

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MOÇAMBIQUE
FACULDADE DE DIREITO**

Barbosa Alberto MORAIS

**PLURALISMO JURÍDICO EM MOÇAMBIQUE: ANÁLISE DA
EFECTIVAÇÃO DA LEI Nº 4/92, DE 6 DE MAIO, COMO
MANIFESTAÇÃO DO PLURALISMO JURÍDICO, CONSAGRADO NOS
TERMOS DO ARTIGO 4º DA CRM**

NAMPULA
2020

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MOÇAMBIQUE
FACULDADE DE DIREITO**

Barbosa Alberto MORAIS

**PLURALISMO JURÍDICO EM MOÇAMBIQUE: ANÁLISE DA
EFECTIVAÇÃO DA LEI Nº 4/92, DE 6 DE MAIO, COMO
MANIFESTAÇÃO DO PLURALISMO JURÍDICO CONSAGRADO NOS
TERMOS DO ARTIGO 4º DA CRM**

Tese a ser apresentada no Departamento de Doutoramento,
na Faculdade de Direito da Universidade Católica de
Moçambique, como requisito para obtenção do grau de
Doutor em Direito Público

**Orientador: Prof. Doutor Melquisedec G. S. F. P.
Muapala'**

NAMPULA
2020

DECLARAÇÃO ANTI-PLÁGIO

Eu, Barbosa Alberto Morais, declaro por minha honra que o texto apresentado é da minha exclusiva autoria e que toda a utilização de contribuições ou textos alheios está devidamente referenciada.

Fevereiro de 2020

O declarante

(Barbosa Alberto Morais)

DEDICATÓRIA

Dedico, a presente Tese, aos meus filhos:

- Melchim Barbosa MORAIS
- Felba Julieta Barbosa MORAIS
- Barbosa Alberto MORAIS JÚNIOR

--

AGRADECIMENTOS

O meu agradecimento vai para todos aqueles que directa e indirectamente deram suporte para a concretização da presente tese. De forma especial a UCM – Faculdade de Direito pelo suporte financeiro (bolsa) e ao Prof. Doutor Melquisedec Muapala pelo acompanhamento dado.

Os meus agradecimentos são extensivos ao Prof. Catedrático Doutor Wladimir Brito pelos subsídios no processo de concepção do projecto que desembocou na presente tese.

LISTAS DE ABREVIATURAS/SIGLAS/SÍMBOLOS

Abr. - abreviatura

AMETRAMO – Associação dos Médicos Tradicionais de Moçambique

Apud – “citado por..”

Art. - artigo

Arts – artigos

AT – Autoridade Tradicional

ATs – Autoridades Tradicionais

B.R. – Boletim da República

B.O. Boletim Oficial

CADHP – Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos

Cap.- Capítulo

CC – Código Civil

CRM – Constituição da República de Moçambique

CRM/90 – Constituição da República de Moçambique de 1990

CRM/2004 – Constituição da República de Moçambique de 2004

CRPM/1975 – Constituição da República Popular de Moçambique de 1975

cfr. - Conferir

COMAL - Comissão de Mediação e Arbitragem Laboral

Coord. – Coordenação

CPC – Código do Processo Civil

CPP. - Código do Processo Penal

CRP – Constituição da Republica Portuguesa

Dec. - Decreto

Dir. – Direcção

DUAT – Direito de Uso e Aproveitamento de Terra

DUDH - Declaração Universal dos Direitos Humanos

et. al - “e outros”

Eds – editores

FRELIMO – Frente de Libertação de Moçambique

Ibidem – o mesmo lugar, na mesma obra emprega-se quando se faz uma citação

IBWs – Instituições de Bretton Wood

IDiLP – Instituto do Direito de Língua Portuguesa

i.e. – isto é

ISCTE – Instituto Superior de Ciências e Tecnologias

Jun.- Junho

Lda - limitada

LOJ – Lei de Organização Judiciária

Nov.- Novembro

Nº - Número

Ob., cit., - “obra citada”

OJM – Organização da Juventude Moçambicana

OMM – Organização da Mulher Moçambicana

ONU – Organização das Nações Unidas

Org. – Organizador

Orgs. -- Organizadores

OTM – Organização dos Trabalhadores Moçambicanos

PALOP's - Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa

PIDCP - Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

p - Página

pp. - Páginas

RAU – Reforma Administrativa Ultramarina

RENAMO - A Resistência Nacional Moçambicana

SA – Sociedade Anónima

S/D – sem data

s/ed – sem edição

Sec. – Século

Sup. - suplemento

ss - seguintes

UCM – Universidade Católica de Moçambique

Vol. - Volume

RESUMO

O presente trabalho tem como tema “Pluralismo Jurídico em Moçambique: Análise da efectivação da Lei nº 4/92, de 6 de Maio (cria os Tribunais Comunitários e define as suas competências), como manifestação do pluralismo jurídico consagrado nos termos do artigo 4 da CRM”. Esta temática prende-se na necessidade de buscar concretizações jurídico - práticas da materialização da garantia constitucional prevista na norma do art. 4, na medida em que a sociedade moçambicana, compõe, ao lado dos tribunais judiciais, outras instâncias de resolução de litígios. Para a concretização desta abordagem foi aplicada a pesquisa bibliográfica e qualitativa. Os métodos aplicados foram o jurídico, hermenêutico e documental. O levantamento bibliográfico e a entrevista foram os principais instrumentos para a recolha de dados. A selecção dos participantes foi feita por uma amostra por conveniência. E para apresentação e análise dos dados foi usada a técnica de categorização. Finalmente, análise de conteúdo e a triangulação foram as técnicas usadas no processo de interpretação e discussão dos resultados. Da análise da problemática da efectivação da Lei nº 4/92, de 6 de Maio, como manifestação do pluralismo jurídico moçambicano nos termos do art. 4º da CRM, resultou que os tribunais comunitários surgem como prática alternativa, resultante da ineficácia de uma legislação estatal herdada do colonialismo, insuficiente para assegurar a realização da justiça comunitária no contexto social moçambicano, potenciando o monismo jurídico. Decorrente disso, não existe instrumentos que estabeleçam os mecanismos de ligação jurídica destes sistemas jurídicos dentro das disposições constitucionais relativas ao pluralismo jurídico. O exemplo disso é a falta de uma regulamentação do funcionamento dos tribunais comunitários. Na falta dessa regulamentação agrava o distanciamento do sistema de administração da justiça dos cidadãos, pondo em causa a sua eficácia, de um lado. Por outro lado, constitui como obstáculo para a concretização dessa alternativa nos mecanismos de acesso a justiça comunitária. Outrossim, o papel da autoridade tradicional no processo de resolução de conflitos torna-se menos destacado, fazendo com que esta autoridade e os costumes perda legitimidade. Constatou-se a existência de um conflito passivo entre os membros dos tribunais comunitários e outros membros da autoridade local (régulos e secretários reconhecidos) que também têm o mesmo papel no processo de resolução de conflitos comunitários. Segundo o exposto, reforçamos a ideia de consagração de um pluralismo jurídico forte ou material, de forma operacionalizar a opção Constitucional do princípio do pluralismo jurídico, para evitar a consagração de um pluralismo jurídico meramente formal. De forma geral é fundamental a efectivação do princípio constitucional de acesso à justiça tendo em vista o princípio da igualdade material, o acesso aos mecanismos alternativos de resolução de conflitos e a utilização do Poder Judiciário para a resolução de conflitos como última *ratio* e desburocratização e democratização do acesso aos tribunais.

Palavras – chave

Acesso á Justiça, meios alternativos de resolução de conflitos, autoridade tradicional, Pluralismo jurídico e tribunais comunitários.

ABSTRACT

The theme of this thesis is legal pluralism in Mozambique with the aim of analyzing of the effectiveness of Law No. 4/92 of 6 May, as a manifestation of legal pluralism enshrined in the Constitution of the Republic of Mozambique (CRM, art. 4.). The thesis focuses on the need to seek practices for the legal implementation of the materialization of the constitutional guarantee to the extent that Mozambican society employs, alongside the courts, other dispute resolution bodies. A qualitative research paradigm was applied in this study. The research methods applied were legal, hermeneutic and documentary. A literature review as well as documentary analysis of relevant legislation was conducted as the theoretical framework of the research. Empirical data collection was carried out via interview. The selection of the participants was made by convenience sample. Data analysis was done using content analysis and triangulation were the techniques used in the process of interpretation and discussion of results. From the analysis of the problem of the effectiveness of Law No. 4/92 of 6 May, as a manifestation of Mozambican legal pluralism in accordance with art. 4. of the CRM, results show that community courts arise as an alternative practice, resulting from the ineffectiveness of state legislation inherited from colonialism which is insufficient to ensure the application of community justice in the Mozambican social context. This situation creates a trend towards a return to the colonial legal system, due to the lack of an effective framework of legal orders within the judiciary that aims to enhance legal monism. As a result, there are no instruments establishing the mechanisms that provides a legal link of these legal systems within the constitutional provisions relating to legal pluralism. An example of this is the lack of regulation of the functioning of community courts. Failure to act according to the constitutional provisions aggravates the distancing between the two systems of the administration of justice for citizens, calling into question their effectiveness. Furthermore, the absence of regulation creates an obstacle to the implementation of any alternatives in the mechanisms for access to community justice. Moreover, the role of traditional authority in the conflict resolution process becomes less prominent, causing this authority and its customs to lose legitimacy. There is a passive conflict between members of the community courts and other members of the local authority (traditional leaders and government-nominated officials) who share the same role in the process of resolving community conflicts. Therefore, we reinforce the idea of consecrating strong or material legal pluralism in order to operationalize the constitutional option of the principle of legal pluralism, to avoid the consecration of merely formal legal pluralism. In general, it is essential to implement the constitutional principle of access to justice with a view to the principle of material equality, access to alternative conflict resolution mechanisms and the use of the judiciary for conflict resolution as the last resort as well as debureaucratization and democratization of access to the courts.

KEYWORDS: Access to justice, alternative means of conflict resolution, traditional authority, legal pluralism and community courts.

Índice	
DECLARAÇÃO ANTI-PLÁGIO	i
DEDICATÓRIA	ii
AGRADECIMENTOS	iii
LISTAS DE ABREVIATURAS/SIGLAS/SÍMBOLOS	iv
RESUMO	vi
ABSTRACT	vii
INTRODUÇÃO	1
1.1. Delimitação do Tema	1
1.2. Contexto do Problema	1
1.3. Hipóteses	8
1.4. Objectivos do Trabalho	8
1.4.1. Objectivo geral	8
1.4.2. Objectivos específicos	8
1.5. Justificativa	9
1.6. Procedimentos Metodológicos aplicados no trabalho	10
1.7. Estrutura do Trabalho	11
CAPITULO 1: METODOLOGIA DO ESTUDO	15
1.1. Tipo de pesquisa	15
1.2. Método da pesquisa	18
1.3. Instrumentos de recolha de dados	18
1.4. Técnica de apresentação e análise de dados	19
1.5. Técnica de discussão de dados	20
1.6. Participantes/sujeitos do estudo	20
1.7. Questões de Pesquisa- Guião de Entrevista	21
CAPITULO 2	23
ANÁLISE CONCEPTUAL E EVOLUÇÃO DO PLURALISMO JURÍDICO	23
CAPITULO 3	46
MANIFESTAÇÃO DO PLURALISMO JURÍDICO EM MOÇAMBIQUE	46
3.1. Percurso evolutivo do pluralismo jurídico no Direito Constitucional Moçambicano	46
3.1.1. Pluralismo Jurídico no período colonial	46
3.1.2. Período pós-independência	54
3.1.3. O Pluralismo Jurídico nas Constituições de 1990 e de 2004	59
3.2. Pluralismo Jurídico interno ou externo	68

3.3. O Pluralismo jurídico no âmbito de conflitos de normas e seu reconhecimento na comunidade jurídica moçambicana	72
3.3.1. Resolução normativa	77
3.3.2. Resolução procedimental	79
3.3.3. Resolução institucional	81
CAPITULO 4	84
OS MECANISMOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DO DIREITO ESTATAL E DO DIREITO CONSUETUDINÁRIO MOÇAMBICANO	84
4.1. OS MECANISMOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DO DIREITO ESTATAL	84
4.1.1. Direito versus justiça	84
4.1.1.1. Direito – perspectiva conceptual	84
4.1.1.2. Justiça: perspectiva conceptual	94
4.1.1.2.1. O conceito de “Justiça” na perspectiva do Platão	95
4.1.1.2.2. O conceito de “Justiça” na perspectiva do Aristóteles	95
4.1.1.2.3. O conceito de “Justiça” na perspectiva do Kant	98
4.1.1.2.4. O conceito de “Justiça” na perspectiva do Reinhold Zippelius	100
4.1.1.2.5. O conceito de “Justiça” na perspectiva de Ulpiano	102
4.1.2. Acesso à Justiça como garantia jurídico – constitucional	104
4.1.2.1. Acesso à justiça – análise conceptual	104
4.1.2. 2. O acesso à justiça é uma garantia jurídico – constitucional?	106
4.1.3. A efectivação do direito fundamental de acesso à justiça	113
4.1.3.1. Caracterização dos direitos fundamentais	113
4.1.3.2. Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico moçambicano	116
4.1.3.3. Efectivação ou eficácia dos direitos fundamentais inerentes ao cidadão, no recurso a acesso à Justiça	119
4.1.4. O sistema da justiça em Moçambique e sua evolução	121
4.1.4.2. Período de 1975 – 1990	124
4.1.4.3. Período pós-Independência (1990 – 2004)	126
4.1.5. O sistema oficial de justiça – prestação jurisdicional (Tribunais Judiciais)	132
4.1.5.1. Organização do sistema da Judicial no quadro constitucional	134
4.1.5.1.1. Funções dos tribunais	135
4.1.5.1.1.1. Função jurisdicional	135
4.1.5.1.1.2. Função educativa	137
4.1.5.1.2. Organização, competências e funcionamento dos tribunais	138
4.1.6. OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	141
4.1.6.1. Os meios alternativos de resolução de conflitos na perspectiva doutrinária	141

4.1.6.1.1. Assessoria Jurídica	142
4.1.6.1.2. Soluções de disputas	142
4.1.6.1.2.1.2. Negociação	143
4.1.6.1.2.1.3. Conciliação	145
4.1.6.1.2.1.4. Mediação	147
4.1.6.1.2.1.5. Arbitragem	149
4.1.6.1.2.1.6. Aconselhamento patrimonial	152
4.1.6.2. Os meios alternativos de resolução de conflitos no ordenamento jurídico moçambicano	153
4.1.6.2.1. Arbitragem	154
4.1.6.2.2. Conciliação	155
4.1.6.2.3. Mediação	158
4.2. OS MECANISMOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DO DIREITO CONSUETUDINÁRIO	162
4.2.1. COSTUME E DIREITO CONSUETUDINARIO	162
4.2.1.1. O costume – análise conceptual	162
4.2.1.1.1. Requisitos do Costume	163
4.2.1.1.2. Elementos constitutivos do costume	165
4.2.1.1.2.1. O uso	165
4.2.1.1.2.2. A convicção de obrigatoriedade	165
4.2.1.1.3. Funções do costume	168
4.2.2. O Direito Consuetudinário ou Costumeiro	170
4.2.2.1. Traços característicos do Direito Consuetudinário	175
4.3. Autoridade tradicional no âmbito de resolução de conflito	178
4.3.1. Tradição <i>versus</i> tradicional	178
4.3.2. Legitimidade da autoridade tradicional - Caso moçambicano	181
4.3.3. Autoridade Tradicional – Evolução histórica	186
4.3.5. O Panorama histórico e jurídico da autoridade tradicional na resolução de conflitos no âmbito do Direito Costumeiro	190
4.3.6. Autoridade tradicional e os mecanismos de resolução de conflitos	197
4.3.7. As autoridades tradicionais no âmbito do pluralismo jurídico: Reconhecimento das autoridades tradicionais em Moçambique	202
CAPITULO 5	206
O PLURALISMO JURÍDICO MOÇAMBICANO NO ÂMBITO DA LEI N.º 4/92, DE 6 DE MAIO	206
5.1. Antecedentes históricos dos tribunais comunitários e seu enquadramento jurídico-legal	206
5.2. Reflexão no âmbito da aplicação prática da Lei nº 4/92, de 6 de Maio (Lei dos Tribunais Comunitários)	212

5.2.1. Os Locais e as condições de funcionamento dos Tribunais Comunitários (art. 1 da Lei nº 4/92, de 6 de Maio)	213
5.2.2. Processo de decisão do Tribunal Comunitário	215
5.2.2.1. Satisfação dos cidadãos em relação às decisões dos tribunais comunitários	216
5.2.3. Composição dos membros dos tribunais comunitários	217
5.2.4. Competências dos tribunais comunitários e o respectivo sistema sancionatório	218
5.2.5. Eleições dos membros dos tribunais comunitários	223
5.2.6. Compensação dos membros dos tribunais comunitários (art. 11 da Lei nº 4/92, de 6 de Maio)	223
5.2.7. Procedimentos e tipo de decisões: o (des) respeito pelos direitos fundamentais	224
5.2.8. A articulação entre os tribunais comunitários e os tribunais judiciais	226
5.3. Os tribunais comunitários como meio alternativo de resolução de conflitos	227
5.4. As implicações da pós modernidade nos tribunais comunitários	231
5.5. Considerações gerais	232
CONSIDERAÇÕES FINAIS	233
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	246

INTRODUÇÃO

1.1. Delimitação do Tema

A presente Tese tem como tema “Pluralismo Jurídico em Moçambique: Análise da efectivação da Lei nº 4/92, de 6 de Maio (Diploma legal que cria os Tribunais Comunitários e define as suas competências), como manifestação do pluralismo jurídico consagrado nos termos do art. 4 da CRM”, é uma abordagem de carácter multidisciplinar (Direito Constitucional e Sociologia de Direito/jurídica). Do direito constitucional, pelo reconhecimento da existência das diversas normas no âmbito de aplicação do direito (art. 4º da CRM, carácter constitucional do pluralismo jurídico na esfera jurídica interna). No âmbito da Sociologia de Direito, por se perceber que umas das funções do direito é a resolução de conflitos resultantes da sociedade.

1.2. Contexto do Problema

O presente tema consistiu na busca de conhecimentos e informações dos factos sociológicos à luz da sociedade moçambicana. Nesse contexto pretendemos levar o assunto a uma reflexão proactiva de uma justiça mais direccionada para as pessoas que necessitam dessa assistência Jurídica para que as mesmas possam ter a consciência de que o Acesso à Justiça é um meio de poder reconhecer o valor de Justiça, na perspectiva mais ampla que a Justiça como instituição.

Tendo em vista o exposto, a sociedade moçambicana compõe, ao lado dos tribunais judiciais, outras instâncias de resolução de litígios, seja elas comunitárias ou não, que apresentam configurações distintas, usam direitos diferenciados, podem ou não ter algum vínculo com as instituições estatais e ser mais ou menos permeáveis à influência do direito e dos mecanismos do Estado.

Ao longo da história, sob diferentes formas e face a variadas pressões internas e externas, o Estado foi assumindo relações diversas com algumas dessas instâncias, por vezes, excluindo-as ou ignorando-as; outra vezes, integrando-as, apropriando-se da sua legitimidade. Portanto, as diferentes lógicas políticas e jurídicas que fazem parte da história do Estado não foram sempre totalmente substituídas, coexistindo e sobrepondo-se, em grande medida, na sociedade de hoje¹. É nessa perspectiva que o País devido a sua diversidade cultural não se descarta também da

¹ ARAÚJO, Sara, Pluralismo jurídico em Moçambique. Uma Realidade em Movimento. Revista Sociologia Jurídica, nº 06 – Janeiro/Junho 2008. [www.https://sociologiajuridicadotnet.wordpress.com/pluralismo-juridico-em-Moçambique-uma-realidade-em-movimento/](https://sociologiajuridicadotnet.wordpress.com/pluralismo-juridico-em-Moçambique-uma-realidade-em-movimento/) acessado no dia 10 de Outubro de 2018.

existência das diferentes formas de regulação social, que consubstanciam-se em instâncias não oficiais de resolução de conflitos. Nessa perspectiva, tendo em vista o multiculturalismo na sociedade moçambicano, não abria outra possibilidade, senão legitimar as diferentes formas de regulação na *Lex Fundamentallis*, assegurando, dessa feita, a sua garantia constitucional.

Aludir que a questão relativa aos sistemas normativos de resolução de conflitos no âmbito da sociedade moçambicana, sempre constituiu um problema ao poder político exercido pela FRELIMO, onde as Autoridades Tradicionais (ATs) foram excluídas da nova ordem político – administrativa, ora instaurada após a Independências Nacional de 1975. Podemos entender que essa exclusão era apenas de carácter formal, por que na prática aquela instituição tradicional já desenvolvia as suas actividades tradicionais, o que quer demonstrar que o pluralismo jurídico sempre esteve presente na trajectória de construção do Estado Moderno, tendo em atenção que do ponto de vista da realidade antropológica, o principio da unidade da ordem jurídica estatal foi há muito ultrapassado: o ponto de partida consensualmente partilhado pela observação é o da multiplicidade de formas de produção e de manifestação ou revelação de normas jurídicas, com origem, fundamento e legitimidade assentes nas instituições socialmente reconhecidas e vigentes nas comunidades². Boaventura de Sousa Santos, a este respeito, disse que apesar de o paradigma do Estado moderno pressupor que em cada Estado só há um Direito e que a unidade do Estado pressupõe a unidade do direito, a verdade é que, sociologicamente, circulam na sociedade vários sistemas jurídicos e o sistema jurídico estatal nem sempre é, sequer, o mais importante na gestão normativa do quotidiano da grande maioria dos cidadãos³. No decorrente do exposto, podemos ilidir que tal situação contribui para o desfasamento entre o controlo político e o controlo administrativo, enquanto funções tradicionais do Estado unitário, conduzindo a chamada fragmentação ou heterogeneização do Estado^{4,5}, o que distancia a realidade moçambicana de muitos outros Estados, com maior destaque os europeus, donde são, curiosamente, importados os

² FEIJÓ, Carlos, *A Coexistência Normativa entre o Estado e as Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica Angolana*, Grupo Almedina, Coimbra, 2012, p. 122.

³ SANTOS, Boaventura de Sousa, *o Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico*, in SANTOS, Boaventura de Sousa, TRINDADE, João Carlos (Orgs), *Conflito e Transformação Social: uma Paisagem das Justiças em Moçambique*, Vol.1, Cap.1, Porto, Edições Afrontamento, 2003, pp. 63-65.

⁴ *Ibidem*, p. 48.

⁵ Na verdade, a heterogeneização do Estado acaba sendo consequência lógica da existência, antes e depois da independência, de instituições jurídicas estatais fracas (em termos de patrimoniais, financeiros e humanos), e basicamente confinadas às áreas urbanas, em comparação com outros sistemas normativos (ARAÚJO, Sara, *Pluralismo Jurídico em Moçambique – Uma Realidade em Movimento*, *Pluralismo Jurídico – os Novos Caminhos da Contemporaneidade* (Organização de António Wolkmer, Francisco Neto e Ivone Lixa), São Paulo, Editora Saraiva, 2010, p. 323, apud SERRA, Carlos Manuel, *Estado, Pluralismo Jurídico e Recursos Naturais: Avanços e Recuos na Construção do Direito Moçambicano*, Escolar Editora, 2014).

principais modelos e experiências legislativas que alimentaram a história recente do Direito moçambicano. Nesta perspectiva, por força do programa de descentralização e desconcentração de poderes iniciado na sequência disposto na Constituição de 1990, as ATs reconquistaram um espaço e enquadramento legal e institucional.

A Constituição de 1990 prévia, como objectivo do Estado moçambicano, a “afirmação da personalidade moçambicana, das suas tradições e demais valores socioculturais⁶. Porem, fazendo uma análise do texto constitucional de 1990, não encontramos uma norma ou algum preceito que faz reconhecimento de forma expressa do Direito Consuetudinário. O pior ainda, a Constituição de 1990, não estabelece os mecanismos que regulam as formas de interacção entre os sistemas de Direito formal e não formal, bem assim, uma estruturação das instituições e dos mecanismos de resolução de conflitos, bem como as formas de actuação dos aplicadores do direito consuetudinário.

Segundo o exposto podemos ilidir que a abordagem sobre os outros sistemas normativos de resolução de conflitos e respectivos mecanismos, para além do Direito estadual, decorre desde os anos 90 e ganhou a forma mais expressiva na Constituição de 2004, e-nalgumas legislações extravagantes, como é o caso da Lei dos Tribunais Comunitários (Lei nº 4/92 de 6 de Maio), que se seguiu à reforma da Organização Judiciária, concretizada pela Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais de 1992, concretizada pela Lei nº 10/92 de 6 de Maio⁷, emanada no âmbito da Constituição de 1990. Por estes factores, o poder legiferante viu a necessidade de revisão da Constituição de 2004, em que o Estado reconhece os sistemas normativos e de resolução de conflitos que coexistem na sociedade moçambicana, na medida em que não contrariem os valores e princípios fundamentais da Constituição⁸. Partindo da norma prevista no art. 4º da CRM de 2004, podemos aferir que ela é estruturada em dois componentes principais: (1). Primeiro, o reconhecimento estadual dos demais sistemas de resolução de conflitos de índole não estatal quer de existência anterior ao próprio Estado moderno, quer nascidos com e no próprio Estado moderno; (2) a consagração de uma norma de excepção, centrada na definição de um limite assente nas disposições da própria Constituição, e que invalida quaisquer normas contrárias aos princípios e normas constitucionais.

⁶ Cfr. art. 6º, al. g), da CRM de 1990.

⁷ Tendo sofrido duas alterações: revogada pela Lei 24/2007 de 20 de Agosto (*Lei da Organização Judiciária*) e pela Lei nº 7/2009 de 11 de Março – e *Estatuto dos Magistrados Judiciais*; actualmente revogada parcialmente pela Lei nº 11/2018 de 3 de Outubro e da Lei nº 24/2014, de 23 de Setembro, *Lei de Organização Judiciária*.

⁸ Cfr. art. 4º da CRM de 2004.

A revisão constitucional de 2004 veio consagrar diversas alterações no ordenamento jurídico-constitucional, com as quais a Lei de Bases da Organização Judiciária⁹ deve conformar-se. Para além do reconhecimento, já referido, do pluralismo jurídico previsto no art. 4º da *Lex Fundamentallis*, a Constituição enfatiza, no seu art. 11º, alínea g), “a promoção de uma sociedade de pluralismo, tolerância e cultura de paz”, e proclama, no art. 118º, que “o Estado reconhece e valoriza a autoridade tradicional legitimada pelas populações e segundo o direito consuetudinário”¹⁰ e “define o relacionamento da autoridade tradicional com as demais instituições e enquadra a sua participação na vida económica, social e cultural do País, nos termos da lei”¹¹. Na base da norma em referência, podemos ilidir que a actividade das autoridades tradicionais na resolução de litígios deve ser encorajada, sempre que for consentida pelas partes e as suas decisões não violarem os princípios e as normas constitucionais.

Abordagem do pluralismo jurídico segundo a previsão constitucional demonstramos que o sistema jurídico não se compõe mais apenas de normas positivas, devendo incorporar os valores presentes no contexto social, que também o integra. Dessa simbiose, deriva sua capacidade de autoregenerar-se à medida que a evolução histórico-social se impõe ao direito.

Partindo dos pressupostos do art. 4º, podemos admitir que o legislador, ao prever aquela norma constitucional, pretendeu incluir no sistema normativo os direitos consuetudinários que são considerados legítimos pela própria sociedade.

O legislador constituinte Moçambicano ao referir que só serão reconhecidos sistemas normativos de resolução de conflito que não contrariem os valores e princípios fundamentais, procurou assegurar um pluralismo equilibrado e limitado pela ordem jurídica formal e, ao mesmo tempo, permitiu a existência de um pluralismo compreensivo referente aos elementos autorreguladores da sociedade, com finalidade de assegurar que os diversos sistemas de resolução de conflitos não positivados que coexistem na sociedade moçambicana tivessem a protecção constitucional. Na verdade, o legislador constituinte, apenas reconheceu constitucionalmente a prática que já era habitual na sociedade moçambicana. Esse reconhecimento por parte do legislador constituinte moçambicano corresponde a uma necessidade social irreversível conforme com o princípio da adequação, o qual constitui um corolário da finalidade fundamental a que se dirigem as regras jurídicas.

⁹ Cfr. Lei nº 24/ 2007 de 20 de Agosto, alterada, parcialmente, pela Lei nº 11/2018 de 3 de Outubro e da Lei nº 24/2014, de 23 de Setembro, Lei de Organização Judiciária.

¹⁰ Cfr. nº 1 do art. 118º da CRM.

¹¹ Cfr. nº 2 do art. 118º da CRM.

Na medida em que estas normas visam disciplinar a vida em sociedade segundo certa ordem de valores, importa que estejam em conformidade com o sentimento de justiça dos seus destinatários, sob pena de serem rejeitadas pelo corpo social que visam conformar o que, em última análise, conduz (como tantas vezes ocorre) à sua ineficácia.

Outrossim, com a nova Constituição (CRM de 2004) reforça-se o monopólio estatal da produção e aplicação do direito e, conseqüentemente aprimora o carácter profissional da função jurisdicional. Com a Constituição de 2004, fortalece o princípio constitucional de acesso à justiça, onde o Estado garante o acesso dos cidadãos aos tribunais. Este é um direito fundamental das posições jurídicas activas das pessoas integradas no Estado – Sociedade, exercidas por contraposição ao Estado – Poder. Porém, com a reforma do sector da justiça, no âmbito da Constituição de 1990, foram extintos os tribunais populares de base do sistema judiciário. É nesse contexto que a lei que cria os tribunais comunitários, na sua introdução reconhece que as “ As experiências recolhidas por uma justiça de tipo comunitário no País apontam para a necessidade da sua valorização e aprofundamento, tendo em conta a diversidade étnica e cultural da sociedade moçambicana. Impõe-se pois, a criação de órgãos que permitam aos cidadãos resolver pequenos diferendos no seio da comunidade, contribuam para a harmonização das diversas práticas de justiça e para o enriquecimento das regras, usos e costumes e conduzam à síntese criadora do direito moçambicano¹²”. É neste sentido que os tribunais comunitários são vistos como órgãos com a competência de deliberar sobre pequenos conflitos de natureza civil e sobre questões emergentes de relações familiares que resultem de uniões constituídas segundo os usos e costumes, tentando sempre que possível a reconciliação entre as partes”¹³.

A criação dos tribunais comunitários (criados pela Lei nº 4/92, de 6 de Maio, tinham como objectivo principal evitar, ao nível da comunidade, o vazio deixado com a eliminação formal dos tribunais populares. Dentro do objectivos dos tribunais comunitários defendia-se o primado da justiça social, da igualdade de direitos para todos os cidadãos, da estabilidade social e da valorização da tradição e dos demais valores sociais e culturais.

O surgimento dos tribunais comunitários, como prática alternativa, deve-se à ineficácia de uma legislação estatal importada da metrópole colonizadora e inteiramente desvinculada dos reais interesses dos segmentos maioritários da sociedade moçambicana. Outro entendimento reside pelo facto de que os tribunais comunitários surgiram como forma de se suprir

¹² Cfr. Lei nº 4/92, de 6 de Maio (*Lei dos tribunais comunitários*).

¹³ Cfr. art. 3º da Lei nº 4/92, de 6 de Maio, que cria os Tribunais Comunitários.

o tradicional modelo jurídico, exclusivamente unitário, insuficiente para assegurar a realização da justiça no contexto social moçambicano, com particular relevância a justiça comunitária.

Apesar da Lei 4/92, de 6 de Maio, definir os parâmetros das actividades dos referidos tribunais, ela nunca foi regulamentada, o que significa que o Estado moçambicano nunca concretizou, formalmente, a sua vontade de criar aqueles tribunais. Para a quase totalidade dos juizes dos tribunais comunitários, esta omissão legislativa representa um forte sinal de legitimação por parte do Estado. Nesse corolário, somos de entendimento de que o Estado a não estabelecer o quadro legal de funcionamento dos tribunais comunitários e não lhes conceder apoios, sobretudo de ordem material e de formação, deslegitima-os ao nível da superestrutura afectando, também, por esta via, a sua legitimidade na base.

Os tribunais comunitários funcionam, na prática, como instâncias extrajudiciais de resolução de conflitos no seio das comunidades, são instâncias judiciais legalmente reconhecidas. Porém, não fazem parte da estrutura orgânica judicial do Estado.

O afastamento dos tribunais comunitários do sistema judicial e a falta de actualização e regulamentação da Lei que os criam agravaram o distanciamento do sistema de administração da justiça dos cidadãos, como acarretou consequências negativas para o funcionamento daqueles mesmos tribunais, pondo em causa a sua eficácia. É dessa forma que a inserção institucional dos tribunais comunitários tornou-se *dúbia*, não estando claramente definido em que estrutura orgânica se situam, quem os coordena, a quem prestam contas e de que forma o fazem.

Porém, os problemas no acesso ao sistema de justiça central fazem com que, para a maioria da população, a via não oficial se torne a única alternativa, seja através das estruturas políticas, seja através das instâncias de poder tradicional e religioso. Contudo há vários obstáculos para a concretização dessa alternatividade nos mecanismos de acesso a justiça comunitária, a saber: o funcionamento das justiças comunitárias, as possibilidades de integrar os valores e conceitos das diversas culturas moçambicanas no processo de resolução dos litígios, as relações entre o Estado e a pluralidade de direitos que estão na base da resolução de conflitos e que mantêm a ordem social. Ainda podemos destacar como problemas à efectivação dessa alternatividade a falta da concretização do princípio constitucional que consagra o pluralismo jurídico na ordem jurídica moçambicana. É nesse âmbito que comungamos com Helene Kyed e João Carlos Trindade na predisposição de que a consagração do princípio do pluralismo jurídico na Constituição vigente, pode-se esgotar por si própria, ficando, no entanto, no mero reconhecimento formal por parte do Estado da existência de ordens jurídicas e instituições de resolução de conflitos não estatais, não

se dando o passo subsequente – isto é, não se desenvolvendo a necessária regulamentação nacional que defina as respectivas áreas de jurisdição e os mecanismos de referência entre os provedores estatais e não estatais¹⁴.

O pluralismo jurídico moçambicano tem especificidades próprias assentes em factores históricos, sociais, económicos, políticos e culturais. Estas especificidades traduzem-se na existência de várias ordens jurídicas e sistemas de justiças. Assim, a pluralidade de direitos, sendo mais ampla, é difícil de analisar, uma vez que as categorias que são usualmente utilizadas para identificar os diferentes direitos em presença, são insuficientes na medida em que a realidade sócio-jurídica moçambicana subverte tais categorias, ao misturar elementos de várias ordens na mesma forma de direito. Estamos perante situações de hibridação jurídica¹⁵. Portanto a questão repercute-se em entender em que medida essa hibridação, no âmbito da resolução de litígios tem uma eficácia no caso de uso de normas costumeiras? Poder-se-á falar da ausência do direito estatal para que a decisão tomada nesse meio de resolução de conflito seja vinculativa? Que força vinculativa tem as restantes constelações normativas ou melhor as ordens plurais existentes em Moçambique?

Das questões expostas, leva-nos a procura de um entendimento partindo das questões que se seguem: se o Direito Alternativo que é um dos exemplos mais claros do pluralismo jurídico, uma forma alternativa de levar justiça social às comunidades, justiça essa que não fica presa à norma jurídica positiva vigente, pode-se, *efectivamente, considerar a Lei n° 4/92, de 6 de Maio, como manifestação do pluralismo jurídico constitucionalmente consagrado nos termos do art. 4° da CRM? Ou a Lei n° 4/92, de 6 de Maio, é apenas um meio alternativo de resolução de conflitos na ordem jurídica moçambicana?*

- Que força vinculativa tem, os tribunais comunitários, tendo em vista os problemas que põe em causa o seu funcionamento, como constelação normativas ou melhor como ordem plural existente em Moçambique?

¹⁴ KYED, Helene Maria; TRINDADE, João Carlos, “INTRODUÇÃO”, *A Dinâmica do Pluralismo Jurídico em Moçambique*, Maputo, Centro de Estudos Sociais Aquino da Bragança, 2012, p.26. apud SERRA, Carlos Manuel, *ob., cit.*, p.461

¹⁵ Segundo Boaventura de Sousa Santos, a hibridação jurídica entendemos como situações em que se misturam elementos de diferentes ordens jurídicas (por exemplo, direito oficial, direito costumeiro e direito religioso). De tais misturam nascem novas entidades jurídicas, entidades híbridas. A sua presença revela-se privilegiadamente na resolução de litígios (p.61). (SANTOS, Boaventura de Sousa, *o Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico*, in SANTOS, Boaventura de Sousa, TRINDADE, João Carlos (Orgs), *conflito e Transformação Social: uma Paisagem das Justiças em Moçambique*, Vol.1, Cap.1, Porto, Edições Afrontamento, 2003, (47-95), p.61.

1.3. Hipóteses

Na tentativa de trazer algumas respostas sobre essas questões, apresentamos as seguintes hipóteses:

- Mero reconhecimento formal por parte do Estado do princípio do pluralismo jurídico na Constituição vigente, e conseqüentemente a necessária regulamentação nacional que defina as respectivas áreas de jurisdição e os mecanismos de referência entre os provedores estatais e não estatais;
- Os tribunais comunitários criados por força da Lei 4/92, de 6 de Maio, são uma prática pluralista alternativa em nível de legislação e de jurisdição, emergente na própria ordem jurídico-legal oficial, com vista almejar a justiça social, da igualdade de direitos para todos os cidadãos, da estabilidade social e da valorização da tradição e dos demais valores sociais e culturais;
- Falta de efectivação da Lei nº 4/92, de 6 de Maio, por ser uma manifestação precisa do direito positivo moçambicano;
- É indubitável que o Acesso à Justiça goza de uma garantia formal e é direito fundamental garantido constitucionalmente. Contudo, o Acesso à Justiça não é efectivo, devido a diversos obstáculos nos mecanismos de acesso à justiça comunitária, a saber: o funcionamento da justiça comunitária, as possibilidades de integrar os valores e conceitos das diversas culturas moçambicanas no processo de resolução dos litígios, as relações entre o Estado e a pluralidade de direitos que estão na base da resolução de conflitos e que mantêm a ordem social.

1.4. Objectivos do Trabalho

1.4.1. Objectivo geral

O trabalho apresenta como objectivo geral, analisar a efectivação da Lei nº 4/92, de 6 de Maio, como manifestação do pluralismo jurídico moçambicano nos termos do art. 4º da Constituição da República de Moçambique.

1.4.2. Objectivos específicos

São decorrentes os seguintes objectivos específicos que configuram no presente trabalho:

1. Abordar sobre a manifestação do pluralismo jurídico em Moçambique;

2. Explicar os mecanismos de resolução de conflitos no âmbito do direito estatal e do direito consuetudinário moçambicano;
3. Compreender as manifestações do pluralismo jurídico moçambicano no âmbito da Lei n.º 4/92, de 6 de Maio (Lei dos Tribunais Comunitários).

1.5. Justificativa

Análise da presente abordagem parte do princípio de que o direito sempre foi visto como a norma jurídica elaborada pelos órgãos dos Estados. Porém, a sociologia jurídica tem despertado interesse pela realidade jurídica, estendendo seu objecto de estudo a outras formas de regulamentação de comportamento social que vinculam as pessoas, mesmo não sendo oficiais. Dai a pertinência da análise do pluralismo jurídico no contexto moçambicano, de forma a verificar a atitude do legislador constituinte no que tange a realidade social moçambicana. E nessa perspectiva que, no presente trabalho, demonstramos que o Estado não é a única fonte do direito em vigor, o que faz reconhecer que o mesmo não tem mais o monopólio da criação das normas jurídicas que ditam a vida em sociedade. Sob esta óptica, tem-se o chamado pluralismo jurídico ou policentrismo jurídico, sendo motivo de discussão saber se figura um ordenamento jurídico na sociedade ou se funcionam em paralelo muitos sistemas de direito, facto que pode conduzir na busca de conciliação do dilema segundo o qual podem existir ordenamentos jurídicos contraditórios (que levam a soluções diferentes para a mesma situação), mas também ordenamentos complementares, aplicáveis a situações diferentes.

A motivação para a escolha do tema objecto do presente estudo, prende-se com a necessidade de o Acesso à Justiça poder ser compreendido como um meio de possibilitar à população o reconhecimento do valor de Justiça. Enfim, uma justiça capaz de atender a uma Sociedade em constante mudança com a diversidade cultural que ela apresenta. Com essa premissa, pretendemos buscar concretizações jurídico - práticas da materialização da garantia constitucional.

A escolha da presente abordagem é pelo facto de ser actual, na medida em que o pluralismo jurídico, embora ainda alcançando espaços restritos no meio académico, vem sendo abordada como um novo caminho para a solução de conflitos e para o reconhecimento de normas particulares de grupos e sociedades. Seu objectivo central é demonstrar que o Estado Moderno não é o único agente legitimado a criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que vão surgindo, ou seja, que não possui o monopólio da produção de normas jurídicas.

Ainda, é justificável abordar o tema proposto, na medida em que o pluralismo jurídico tende a estar presente em todas as sociedades, ainda que com especificidades a vários

níveis. E Moçambique é extremamente rico pela quantidade e diversidade de ordens normativas e de instâncias de resolução de conflitos que actuam no terreno e pelas complexas interligações que se estabelecem entre as mesmas.

A presente abordagem é importante na medida em que a grande diversidade cultural em Moçambique, onde estão presentes formas diferentes de regulação social, traduz-se, entre outros, na presença de instâncias não oficiais de resolução de litígios. Por isso, o dualismo jurídico abre espaço para minimizar os problemas de acesso ao sistema de justiça central, fazendo com que, para a maioria da população, a via não oficial se torne a única alternativa, seja através das estruturas políticas, seja através das instâncias de poder tradicional e religioso.

O tema da presente tese é pertinente pelo facto do legislador constitucional se aperceber que as decisões judiciais se mostram insuficientes para resolver os litígios apresentados ao Judiciário. E deste modo abre espaços para outras formas alternativas para resolução de litígios, como são os casos da mediação, conciliação e arbitragem.

No âmbito da Administração da Justiça, o presente estudo revela-se importante por que no actual contexto de resolução de conflitos possibilitará diagnosticar anomalias possíveis e lições úteis no processo da administração da justiça moçambicana. Por isso acreditamos que o presente trabalho venha a ser um contributo para o aperfeiçoamento dos mecanismos de resolução de conflitos e acesso a justiça susceptíveis melhorar a interpretação dos interesses e prioridades a definir no contexto de acesso a justiça. Efectivamente a Administração da Justiça deve reflectir as formas de inclusão dos tribunais comunitários e outras formas alternativas de resolução de litígios extrajudiciais, na priorização e participação activa da comunidade na solução dos seus problemas.

1.6. Procedimentos Metodológicos aplicados no trabalho

Do ponto de vista metodológico, a pesquisa é básica (quanto a finalidade) e de cariz qualitativa (quanto a abordagem); também é explicativa, quanto aos objectivos e finalmente é bibliográfica e documental no que concerne aos procedimentos técnicos. O método aplicado para a construção deste saber científico é jurídico, se tomarmos em atenção o objecto do presente estudo “Análise da efectivação da Lei nº 4/92, de 6 de Maio, como manifestação do pluralismo jurídico consagrado nos termos do nº 4 da CRM de 2004”.

1.7. Estrutura do Trabalho

O trabalho está estruturado em 3 (três) partes: primeira parte compõem os elementos pré-textuais, como a capa, contra-capa (página de rosto), declaração anti plágio, dedicatória, agradecimentos, listas de abreviaturas/siglas/símbolos, resumo, abstract e o índice.

A segunda parte corresponde a parte textual, composta, para além da introdução, de 5 (cinco) capítulos, estruturados de forma seguinte: o primeiro trata da metodologia aplicada do estudo. Neste capítulo são apresentados os procedimentos metodológicos relativos ao tipo de pesquisa quanto a finalidade, onde o trabalho teve como base a pesquisa básica, consubstanciada no aprofundamento de um conhecimento voltado sobre o pluralismo jurídico e as suas manifestações no âmbito da Lei 4/92, de 6 de Maio, aspectos que requereram, obrigatoriamente, a revisão bibliográfica. E quanto aos objectivos, o estudo teve como pesquisa de natureza explicativa na medida em que o principal objectivo é explicar e racionalizar o objecto de estudo. O objecto cinge-se na análise do pluralismo jurídico em Moçambique, nos termos do art. 4º da CRM e suas manifestações no âmbito da Lei 4/92, de 6 de Maio – Lei que cria os tribunais comunitários. Do ponto de vista de abordagem foi aplicada a pesquisa qualitativa, pelo facto de que a responsabilidade na análise das informações da presente teste, serem do próprio proponente (pesquisador). A pesquisa é qualitativa por basear-se na interpretação de natureza subjectiva, onde o papel do pesquisador foi relevante na determinação dos resultados do estudo. E quanto aos procedimentos técnicos, a pesquisa é bibliográfica pelo facto de enveredar pela recolha de informações a partir de textos, livros, artigos e demais materiais de carácter científico, como se pode depreender nas nossas referências bibliográficas. Ainda a pesquisa é bibliográfica por ser considerada obrigatória em todos os moldes de trabalhos científicos. Classificamos também como documental, do ponto de vista de procedimentos técnicos, visto termos recorrido a legislação pertinente relativa a abordagem e outros documentos relevantes que deram suporte para a concretização da presente tese.

Quanto as técnicas de apresentação e análise de dados, enveredamos pela construção de categorias e recorreremos pela análise do conteúdo e, seguidamente, a triangulação no processo de discussão dos resultados. E finalmente, foi usado o método jurídico, tendo em vista a natureza do próprio estudo, que corresponde ao empreendimento de construção do saber científico na vertente jurídica, tendo iniciado na fase de investigação (pesquisa) à fase expositiva, que se consubstanciou na colocação dos discursos de ideias concebidas na fase de levantamento de dados até as fases conclusivas do presente trabalho.

No segundo capítulo temos presente a discussão doutrinal sobre o pluralismo jurídico. A pretensão deste capítulo é trazer uma abordagem do conceito do pluralismo jurídico avançado na doutrina, tendo em consideração que há diferentes formas de conceituar o pluralismo jurídico, como se pode constatar das várias visões doutrinárias expostas ao longo deste capítulo. Nesse corolário, foram avançados vários pensamentos na tentativa de encontrar consensos conceptuais a volta da questão (pluralismo jurídico). Porém, os pensamentos acerca do conceito do pluralismo jurídico, foram alinhados tendo em atenção duas perspectivas: de direito e de sociologia. Nessa senda tentamos buscar consenso em relação ao conceito que mais se adequa ao contexto da nossa abordagem. Outrossim, no segundo capítulo descrevemos as fases evolutivas do pluralismo jurídico até ao contexto actual.

No 3 (terceiro) capítulo analisamos as manifestações do pluralismo jurídico no contexto moçambicano, partindo do tempo colonial (período antes da independência, período da independência e pós – independência. Toda esta análise tem como epicentro a *lex fundamentallis* das épocas correspondentes. No mesmo capítulo, fomos analisando a tipologia em que se enquadra o pluralismo jurídico moçambicano, se é interno ou externo. Ainda no capítulo em referência, discutimos a essência do pluralismo jurídico no âmbito de conflitos de normas e seu reconhecimento na comunidade jurídica moçambicana.

No 4 (quarto) capítulo, abordamos sobre os mecanismos de resolução de conflitos no âmbito do direito estatal e do direito consuetudinário moçambicano. Este capítulo está desdobrado em duas vertentes: a primeira aborda sobre os mecanismos de resolução de conflitos no âmbito do direito estatal. Nesta perspectiva pretendemos nos situar a volta dos pressupostos da actividade jurisdicional, tendo a sua essência na aplicação contenciosa da lei a casos particulares ou aplicação do direito ao caso concreto, com o intuito de estabilizar o conflito através de uma solução de efeito pacificador. Ligado a este aspecto, apresentamos neste capítulo, o sistema oficial de justiça, isto é, a prestação jurisdicional, assente nos tribunais judiciais. A ideia é compreender as formas de actuação dos tribunais, que são também órgãos de soberania, mas os únicos que têm natureza jurisdicional, cabendo a justa composição de litígios, exercendo a função jurisdicional do Estado que lhes está afecta.

A segunda vertente cinge-se aos mecanismos de resolução de conflitos no âmbito do direito consuetudinário moçambicano. A ideia baseia-se em compreender o papel das autoridades tradicionais, que se assumem também como instituições dentro do sistema normativo de resolução de conflitos na sociedade moçambicana. Ainda nesta vertente analisamos a forma de actuação das ATs na comunidade na esteira do direito costumeiro. É, também, a pretensão, aferir

a dinâmica e a essência das autoridades tradicionais dentro do disposto no artigo 4º da Constituição vigente (CRM de 2004). Decorrente disso, buscamos um entendimento segundo o qual se as autoridades tradicionais como sistemas de resolução de conflitos se enquadram nos requisitos consagrados na Constituição podem ser reconhecidas como sistemas normativos e de resolução de conflitos. Não se descuramos, nesta vertente, compreender o panorama histórico das ATs no processo de resolução de conflitos no âmbito do direito consuetudinário. Ainda dentro do quarto capítulo, temos como focos de análise, o acesso à justiça como garantia jurídico – constitucional. Nesta abordagem pretendemos discutir em que medida o acesso à justiça é uma garantia jurídico-constitucional tendo em vista que as garantias só nelas se projectam pelo nexos que possuem com os direitos. Nessa perspectiva os direitos declaram-se e as garantias estabelecem-se. Apresentamos também, no capítulo 4, o sistema da justiça em Moçambique e sua evolução. Nesta parte da tese abordamos aspectos achados pertinentes do processo de evolução da organização judiciária desde a colonização até aos nossos dias. Neste prisma são observados três períodos: colonial, onde a análise circunscreve-se no regime do indigenato e o dualismo jurídico; período correspondente a independência nacional (1975) à 1990, tendo como foco a reconstrução de sistema judiciário e a implantação do sistema de justiça popular; e o 3º período que corresponde a fase pós-Independência (1990 a 2004). Tratamos também no quarto capítulo os meios alternativos de resolução de conflitos. Pretendemos com esta abordagem aferir a eficácia dos meios alternativos de resolução de conflitos, visto que constituem mecanismos alternativos de acesso à justiça para os cidadãos, na predisposição de que actualmente o sistema oficial de justiça moçambicano, está sobrecarregado, cuja qualidade de prestação jurisdicional decaiu e frustra a expectativa daqueles que o procuram com anseio de solucionar, rápida e eficazmente, os conflitos que os permeiam.

Por último o quinto capítulo discutimos a manifestação do pluralismo jurídico moçambicano no âmbito da Lei n.º 4/92, de 6 de Maio (Lei que cria os tribunais comunitários). A pretensão é de discutir a eficácia dos tribunais comunitários, tendo em atenção o reconhecimento da existência das diversas normas no âmbito de aplicação do direito.

Pretendemos analisar a essência do pluralismo jurídico moçambicano não apenas no âmbito legal. Hoje, o peso dos tribunais comunitários, bem como das restantes instâncias de resolução de conflitos, previstas ou não na lei, constitui uma realidade na sociedade moçambicana, como instâncias de resolução de conflitos. Para lograr os objectivos desta categoria, construímos as seguintes subcategorias:

- 1) Apresentar os antecedentes históricos dos tribunais comunitários e seu enquadramento jurídico-legal;

- 2) Fazer uma reflexão no âmbito da aplicação prática da Lei nº 4/92, de 6 de Maio (Lei dos Tribunais Comunitários), e posteriormente reflectir o âmbito da Lei nº 4/92, de 6 de Maio. Nesse corolário, partimos do pressuposto de que “os tribunais comunitários são uma entidade jurídica híbrida em que se combinam características da justiça oficial e da justiça não-oficial;
- 3) Ainda dentro das subcategorias, pretendemos analisar a previsão do art. 1º da Lei nº 4/92, de 6 de Maio, no concernente aos locais e as condições de funcionamento dos tribunais comunitários;
- 4) Compreender o processo de decisão do tribunal comunitário;
- 5) Aferir a problemática da composição dos membros dos tribunais comunitários;
- 6) Verificar as aplicações práticas das competências dos Tribunais Comunitários e o respectivo sistema sancionatório;
- 7) Avaliar as formas de concretização da Lei em relação às eleições dos membros dos tribunais comunitários;
- 8) Perceber a problemática da compensação dos membros dos tribunais comunitários, segundo o preceituado no art. 11º da Lei nº 4/92, de 6 de Maio);
- 9) Discutir os procedimentos e tipos de decisões: o (des) respeito pelos direitos fundamentais;
- 10) Analisar a problemática da articulação entre os tribunais comunitários e os tribunais judiciais;
- 11) Verificar os pressupostos que impendem os tribunais comunitários como meio alternativo de resolução de Conflitos; e na última subcategoria,
- 12) A pretensão assenta na discussão a cerca das implicações da pós modernidade nos tribunais comunitários.

Dentro da estrutura do trabalho, apresentamos as considerações finais, que inclui as principais conclusões e as respectivas sugestões.

E por último, a terceira parte da estrutura da presente tese, contém as principais referências bibliográficas, que configuram como elementos pós textuais.

CAPITULO 1: METODOLOGIA DO ESTUDO

Neste capítulo espelhamos os procedimentos metodológicos e técnicos aplicados no presente trabalho. É nesse âmbito que enunciamos o tipo de pesquisa desenvolvida para a materialização desta abordagem. Directamente relacionados com o tipo de pesquisa, são os métodos aplicados e as técnicas adoptadas neste estudo. Entende-se por métodos os procedimentos mais amplos de raciocínio, enquanto técnicas os procedimentos mais restritos que operacionalizam os métodos, mediante emprego de instrumentos adequados¹⁶.

1.1. Tipo de pesquisa

Na realização do presente estudo priorizamos os seguintes tipos de pesquisas: quanto a finalidade; quanto ao modo de abordagem, quanto aos objectivos e quanto aos procedimentos técnicos.

Quanto a finalidade, optamos pela pesquisa básica, visto que a nossa pesquisa está orientada para o aprofundamento do pluralismo jurídico em Moçambique. Aqui a pretensão é de aferir a eficácia da lei que cria os tribunais comunitários, estes como instâncias alternativas plurais no contexto da justiça moçambicana. Nessa amplitude, a pesquisa sendo também de cariz teórica, requereu, obrigatoriamente, uma revisão bibliográfica.

Quanto ao modo de abordagem, é uma pesquisa de natureza qualitativa, na medida em que realizamos, por via dela, um estudo fundamentalmente interpretativo, baseado na análise do **“Pluralismo Jurídico em Moçambique: Análise da efectivação da Lei nº 4/92, de 6 de Maio, como manifestação do pluralismo jurídico consagrado nos termos do nº 4 da CRM”**. O estudo do fenómeno teve como assento tónico a discussão dos actuais problemas no âmbito de Acesso à Justiça, analisando os diversos mecanismos que enquadram todo um sistema normativo de resolução de conflitos no ordenamento jurídico moçambicano.

Tendo em conta ao problema da pesquisa, importa ainda afirmar que o estudo, no âmbito qualitativo, nos permitiu aprofundar, interpretar dentro do contexto temático, os dados recolhidos nalguns tribunais comunitários, regulados e noutros participantes da pesquisa, viabilizando, assim, a pesquisa em causa. A aplicação desta modalidade de pesquisa exigiu um número de sujeitos ou participantes, que foram seleccionados por *amostra por conveniência*¹⁷. A

¹⁶ SEVERINO, António Joaquim, *Metodologias do Trabalho Científico*, 21ª Edição, Revista e Ampliada, Cortez Editora, 2000, p. 162.

¹⁷ Esta técnica é muito comum e consiste em **seleccionar uma amostra da população que seja acessível**. Ou seja, os indivíduos empregados nessa pesquisa, principalmente para as entrevistas em profundidade, tendo em vista

opção por esta modalidade de amostra teve em vista a natureza do problema e a especificidade das questões que foram compondo o quadro das entrevistas que determinaram a *priori* a qualidade de informação obtida em cada depoimento, assim como da profundidade da questão em análise. Por isso, o presente estudo encontra a sua razão na abordagem, que coloca, de forma interactiva, aspectos socioeconómicos e jurídico sobre o acesso à justiça, como evolução para uma melhor compreensão do fenómeno dos direitos fundamentais.

A pesquisa qualitativa optada no presente estudo, tem como finalidades e características a compreensão dos significados dos dados apresentados pelos entrevistados. Por isso, foi acompanhada com uma abordagem indutiva, conduzida pelos dados recolhidos, onde os resultados e conclusões foram obtidos através destes.

A pretensão, na investigação qualitativa, foi trazer factores prático-jurídicos que obstaculizam a efectivação da garantia do acesso a justiça. Por outro lado, uma investigação no campo socioeconómico permitiu compreender o comportamento do cidadão quanto ao seu conhecimento e acessibilidade aos vários mecanismos alternativos de resolução de litígios como instrumentos fundamentais de ampliação de acesso à justiça.

Em suma neste tipo de estudo, o pesquisador foi responsável por fazer a análise das informações recolhidas, tendo baseado nas interpretações de natureza subjectiva.

Quanto aos objectivos, a pesquisa é de natureza explicativa. O principal objectivo é explicar e racionalizar o objecto de estudo e tentar construir um conhecimento totalmente novo. É nessa senda que, a partir do objecto do estudo, “**Análise da efectivação da Lei nº 4/92, de 6 de Maio, como manifestação do pluralismo jurídico consagrado nos termos do nº 4 da CRM**”, buscamos construir categorias que possam dar resposta mais precisas a volta do objecto do nosso estudo. Assim, definimos como objectivos específicos os seguintes: abordar sobre a manifestação do pluralismo jurídico em Moçambique; Explicar os mecanismos de resolução de conflitos no âmbito do direito estatal e do direito consuetudinário moçambicano e Compreender as manifestações do pluralismo jurídico moçambicano no âmbito da Lei n.º 4/92, de 6 de Maio (Lei dos tribunais comunitários), como mecanismo alternativo de resolução de conflitos. A ideia central é trazer um raciocínio partindo dos objectivos do estudo alinhados ao objecto do presente estudo e construir conhecimentos, a partir dos já existentes, no intuito de melhorar as manifestações do pluralismo jurídico em Moçambique de forma que seja efectivo e eficaz.

uma das nossas opções quanto ao tipo de pesquisa, que recai sobre uma investigação qualitativa. Não será aplicado o critério estatístico para a selecção da respectiva população. Mas sim, olhar pelo potencial do individuo e a disponibilidade para responder o nosso guião de entrevistas.

Quanto aos procedimentos técnicos, foi aplicada a pesquisa bibliográfica pelo facto de ser uma das mais comuns. É considerada obrigatória em quase todos os moldes de trabalhos científicos. Com base neste tipo de pesquisa, recolhemos informações a partir de textos, livros, artigos e demais materiais de carácter científico, como se pode observar nas referências bibliográfica ao longo do nosso texto e segundo a lista bibliográfica. Nisso, a pesquisa bibliográfica ajudou a compreender, no âmbito da doutrina, as manifestações do pluralismo jurídico e a adequação no contexto jurídico moçambicano. Outrossim, foi importante ter em revista o carácter funcional dos meios alternativos de resolução de litígios e a sua conexão com o sistema da justiça formal/estatal.

A consulta bibliográfica teve em vista o aprofundamento dos conceitos e definições sobre os vários institutos jurídicos em volta do tema, do presente estudo, além de que tal permitiu, nalguns casos a apresentação de uma abordagem mais aprofundada e abrangente sobre a problemática de Acesso à Justiça onde assenta em grande medida o tema em estudo.

Ainda quanto aos procedimentos técnicos, foi aplicado um estudo de natureza documental, visto ter sido como fontes de dados documentos com conteúdo informacional muito úteis para a pesquisa, por exemplo, legislação pertinente, relatórios de estudos etc., tendo criado um vínculo entre o discurso teórico e a realidade apresentada nos documentos. Nesse âmbito foi feita análise e interpretação da legislação pertinente, que são documentos normativos (quadro jurídico - legal sobre os mecanismos de resolução de conflitos extrajudiciais, a lei que cria os tribunais comunitários e outra legislação pertinente: CRM – Constituição da República Popular de Moçambique (CRM de 1975), Constituição da República de Moçambique (CRM de 1990), Constituição da República de Moçambique (CRM de 2004); Lei nº 4/92, de 6 de Maio (Lei que cria os Tribunais Comunitários); Lei nº 24/2007, de 20 de Agosto (Lei de Base de Organização Judiciária); Lei nº 23/2007, de 1 de Agosto (Lei do Trabalho); Lei nº 11/99, de 8 de Julho (Lei de Arbitragem, Conciliação e Mediação); 30/2016, de 27 de Junho que revoga o Decreto nº 50/2009, de 11 de Setembro (Regulamento da Comissão de Mediação e Arbitragem laboral); Decreto 15/2000, de 20 de Junho (estabelece as formas de articulação dos órgãos locais do estado com as autoridades comunitárias) e o respectivo Regulamento do Decreto em referencia (Regulamento aprovado pelo Diploma Ministerial nº 107-A/2000, de 25 de Agosto) e outra legislação pertinente.

1.2. Método da pesquisa

Aplicamos o método documental, cujos fundamentos assentam na discussão do posicionamento do legislador e modos práticos do aplicador da Lei em relação a matéria em análise. A legislação e a doutrina permitiram também, tomar conhecimento sobre a realidade objectiva em matéria sobre acesso à justiça.

Sendo também uma pesquisa de índole qualitativa, os seus métodos são múltiplos, interativos humanístico que se move entre dedução e indução. Porém, o assento tónico baseou-se no uso do método indutivo, tendo sido analisados os aspectos particulares sobre “Pluralismo Jurídico em Moçambique: Análise da efectivação da Lei n.º 4/92, de 6 de Maio, como manifestação do pluralismo jurídico consagrado nos termos do n.º 4 da CRM”, cujo foco assenta na questão de Acesso à Justiça e, obviamente, na análise dos instrumentos fundamentais que concorrem para a materialização dessa garantia jurídico-constitucional, como sejam os mecanismos de resolução de litígios.

Em algumas análises do estudo foi pertinente aplicação do método dedutivo, para verificar a forma de efectivação desses mecanismos no ordenamento jurídico moçambicano.

De forma geral foi usado o método jurídico, tendo em vista a natureza do próprio estudo, que corresponde ao empreendimento de construção do saber científico na vertente jurídica, tendo iniciado da fase de investigação (pesquisa) à fase expositiva, que se consubstanciou na colocação dos discursos de ideias concebidas no momento de levantamento de dados às fases conclusivas do presente trabalho.

1.3. Instrumentos de recolha de dados

Foram definidos como instrumentos de recolha de dados, o levantamento bibliográfico e a entrevista, instrumentos que nos permitiram uma análise profunda das questões a volta do problema. Foi definida entrevista não estruturada, tendo sido levantadas questões inerentes as diversas categorias, destacados na introdução e espelhadas ao longo do trabalho. Por exemplo temos como destaque as principais categorias do estudo: abordar sobre a manifestação do pluralismo jurídico em Moçambique; explicar os mecanismos de resolução de conflitos no âmbito do direito estatal e do direito consuetudinário moçambicano e compreender as manifestações do pluralismo jurídico moçambicano no âmbito da Lei n.º 4/92, de 6 de Maio (Lei dos Tribunais Comunitários), como mecanismo de resolução de conflitos. A ideia central é trazer um raciocínio partindo dos objectivos do estudo alinhados ao objecto do presente estudo e

construir conhecimentos, a partir dos já existentes, de forma a melhorar as manifestações do pluralismo jurídico em Moçambique de forma efectiva e eficaz. Ligado a isso, foram apontadas também as sub - categorias formuladas a partir do problema e aos objectivos do estudo, como por exemplo, apresentar os antecedentes históricos dos tribunais comunitários e seu enquadramento jurídico-legal; fazer uma reflexão no âmbito da aplicação prática da Lei nº 4/92, de 6 de Maio (Lei dos Tribunais Comunitários); analisar a previsão do art. 1º da Lei nº 4/92, de 6 de Maio, no concernente aos locais e as condições de funcionamento dos Tribunais Comunitários; verificar o processo de decisão do Tribunal Comunitário; as Competências dos Tribunais Comunitários e o respectivo sistema sancionatório; compreender a concretização da Lei em relação às eleições dos membros dos Tribunais Comunitários; compreender a problemática da compensação dos membros dos Tribunais Comunitários, segundo o preceituado no art. 11º da Lei nº 4/92, de 6 de Maio); discutir os procedimentos e tipo de decisões: o (des) respeito pelos direitos fundamentais; analisar a problemática da articulação entre os Tribunais Comunitários e os tribunais judiciais; verificar os pressupostos que impendem os Tribunais Comunitários como meios alternativos de resolução de Conflitos e, por último, apresentar as implicações da pós modernidade nos Tribunais Comunitários.

O uso de entrevistas fundamenta-se na possibilidade de ter ampliado o entendimento do objecto do estudo, através da interação entre entrevistados e entrevistador. A sua importância consistiu na obtenção de informações sobre realidades sócio - jurídicas e contribuiu para o aprimoramento do conhecimento nesta área. Os dados foram também recolhidos a partir das análises do material bibliográfico e outros documentos normativos, como focalizamos no ponto 1.1. do presente capítulo.

1.4. Técnica de apresentação e análise de dados

Para apresentação e análise de dados foi aplicado o principal critério que é a categorização. A categorização deve ser entendido como um processo de redução de dados. A definição de categorias no presente estudo, foi resultado de um esforço de síntese de aspectos marcadamente importantes para o estudo (Analisar os mecanismos de operacionalização do princípio do pluralismo jurídico na Constituição da Republica de Moçambique; discutir a eficácia da Lei n.º 4/92, de 6 de Maio (Lei dos Tribunais Comunitários), no que concerne ao acesso do cidadão à justiça; compreender o papel da Autoridade Tradicional no âmbito de resolução de conflitos na esteira do direito consuetudinário (análise do art. 118º da CRM, em consonância com o Decreto 15/2000, de 20 de Junho, que estabelece as formas de articulação dos órgãos locais do

Estado com as autoridades comunitárias; verificar a eficácia da Lei n.º 11/99, de 8 de Julho, que fixa o regime jurídico dos meios alternativos de resolução de conflitos por indicação à arbitragem, à conciliação e à mediação; e averiguar a concretização da garantia jurídico – constitucional de Acesso à Justiça como princípio estruturante do Estado de direito).

A categorização permitiu-nos fazer uma análise mais profunda da informação obtida ao longo da recolha dos dados e na análise dos conteúdos. Por isso, pela natureza das informações recolhidas, foram apresentadas sob forma de descrição, de modo a criar maior simplicidade na leitura e interpretação dos mesmos. Esse exercício foi acompanhado pela análise de conteúdo e análise hermenêutica-dialética (ilidir as questões básicas do estudo, apresentadas sob forma de categorias e subcategorias).

1.5. Técnica de discussão de dados

Sendo uma pesquisa múltipla (segundo a finalidade, abordagem, objectivos e procedimentos técnicos), teve como base de discussão dos resultados a análise do conteúdo, que consistiu na leitura e interpretação dos conteúdos abordados na fase da apresentação e análise dos dados, isto é, a base da discussão assentou nos resultados interpretados das diversas categorias do estudo.

A análise de conteúdo, coadjuvado com o método hermenêutico, foi tomada como base neste estudo, na medida em que representa um conjunto de técnicas de análise das comunicações visando obter dados, através de procedimentos sistemáticos e objectivos de descrição do conteúdo das mensagens, que permitiram inferir conhecimentos relativos às condições de produção ou de recepção dessas mensagens”¹⁸.

1.6. Participantes/sujeitos do estudo

A escolha dos participantes/sujeitos do presente estudo, foi feita tendo em atenção a dois factores:

- dada a sua experiência de trabalho, no sector da justiça, seja ele de natureza formal ou informal; são pessoas que melhor conhecem e vivem os problemas que os Tribunais Comunitários enfrentam desde a sua criação;
- são pessoas que facilmente disponibilizaram-se para contribuir com o seu conhecimento, para a concretização desta abordagem;

¹⁸ BARDIN, Laurence, *Análise de Conteúdo*, Lisboa 70, 1979, p.31.

- são pessoas que já haviam contribuído noutras pesquisas de natureza similar nos anos anteriores e daí conseguimos manter contactos permanentes a volta do assunto;
- a maioria dos juízes dos tribunais comunitários contactados, já eram conhecidos e já havíamos estabelecido relações de trabalho nas pesquisas anteriores (ligadas aos tribunais comunitários);
- pela facilidade de acesso na maioria dos tribunais comunitários (estão sediados na cintura da Cidade de Nampula);

Ainda os aspectos empíricos do estudo tiveram como fonte os sujeitos que seguem:

1. (1) Conservador e notário (Registo e Notariados e assuntos Religiosos) – departamento que coordena as actividades dos tribunais Comunitários na Província de Nampula;
2. (1) Membro da Associação dos Tribunais Comunitários em Moçambique;
3. (1) Magistrado (Magistratura judicial);
4. (1) Magistrada do Ministério Público;
5. (2) Régulos da Província de Nampula;
6. (1) Régulo da Província de Niassa;
7. (8) Juízes presidentes dos tribunais comunitários

1.7. Questões de Pesquisa- Guião de Entrevista

Os sujeitos apresentados no 1.7, do presente capítulo, foram submetido a entrevistas, e cujas informações analisadas no **capítulo 5** da presente tese. Dessa forma foi usada uma entrevista semi – estruturada cujas questões são as que constam no guião que se seguem:

GUIAO DE ENTREVISTA	
1. Quanto tempo exerce a função de juiz do tribunal comunitário?	
2. Que ais são as condições de funcionamento dos tribunais comunitários, em termos de instalações (infraestrutura), material?	
3. Como é feito o Processo de decisão do tribunal comunitário?	
4. Qual é o estado de satisfação dos cidadãos em relação às decisões dos tribunais comunitários?	
5. Que significa estar satisfeito com a resolução de um conflito? Ou mais simplesmente, como se resolve tradicionalmente um conflito para que as partes saiam satisfeitas?	
6. Qual é a Composição dos membros dos tribunais comunitários	
7. Conhece as Competências dos tribunais comunitário	
8. Tem sido realizado eleições dos membros dos tribunais comunitário?	

9. Pelo exercício de funções de juiz de tribunal comunitário, tem sido remunerados ou Compensados?
10. Que Procedimentos e tipo de decisões são levados a cabo pelos tribunais comunitários
11. Haveria a articulação entre os tribunais comunitários e os tribunais judiciais?
12. Como qualifica os tribunais comunitários no âmbito dos mecanismos de resolução de conflitos?
13. Queira deixar algum comentário

CAPITULO 2

ANÁLISE CONCEPTUAL E EVOLUÇÃO DO PLURALISMO JURÍDICO

2.1. Pluralismo Jurídico - análise conceptual

A palavra “pluralismo”, nos ensinamentos da Melissa Curi, significa qualidade do que não é único ou do que admite mais de uma coisa ou categoria. Ainda em conformidade com a autora, a palavra “pluralismo” caracteriza-se também como o sistema político que se baseia na coexistência de grupos ou organismos diferentes e independentes em matéria de gestão ou de representação. Diante da análise conceptual, identifica-se a referida desigualdade fáctica e a coexistência de dois ou mais sistemas em um mesmo espaço, visto que a pluralidade se manifesta na existência e no reconhecimento das diferenças. Nesse sentido, falar em pluralismo é legitimar a diversidade¹⁹.

Ainda na perspectiva conceptual do pluralismo jurídico recorremos a duas versões: a primeira, que considera como um conceito fraco, é aquela que reconhece a existência, no seio da sociedade, de mecanismos jurídicos diferentes para tratar de situações idênticas. Por exemplo, a utilização pelo comerciante de regras diferenciadas para vender a sua mercadoria. Ao contrário dos demais cidadãos, os comerciantes podem usufruir de normas mais maleáveis. A segunda versão, tratada como um conceito forte, baseia-se na ideia de que na relação entre os diferentes grupos sociais existem, além do direito estatal, múltiplas ordens jurídicas, que podem coincidir ou divergir. Exemplo dessa perspectiva é o trabalhador imigrante que se submete ao regulamento interno da empresa em que trabalha; utiliza os benefícios sociais previstos pelo direito estatal e, no interior da sua família, redistribui sua renda conforme normas próprias, que não são as do direito estatal²⁰.

Segundo o exposto somos de entendimento de que o Direito não é necessariamente um produto do Estado, pois a sua principal origem está nas relações sociais, podendo, portanto, ser tratado como um conjunto de regras que determina a posição e a função dos indivíduos dentro de um grupo social. É nessa perspectiva que Norberto Bobbio diz que é possível identificar duas fases do pluralismo jurídico: a primeira fase corresponde ao nascimento e desenvolvimento da historicidade jurídica, sobretudo por meio da Escola Histórica do Direito, a qual afirma que os

¹⁹ CURTI, Melissa Volpato, *O Direito Consuetudinário dos Povos Indígenas e o Pluralismo Jurídico*, in Espaço Ameríndio, Porto Alegre, v. 6, n. 2, (230-247) p. 240, jul./dez. 2012, Artigo publicado <https://www.seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/32216/> acessado nos dias 27/02/2019.

²⁰ *ibidem*, p. 240.

direitos emanam directa ou indirectamente da consciência popular. Existe não apenas um, mas vários ordenamentos nacionais, visto que existem muitas nações, cada qual com seu ordenamento estatal próprio. Essa primeira forma de pluralismo jurídico tem um certo carácter estadista. A segunda fase corresponde à etapa institucional que pressupõe a existência de um sistema jurídico onde quer que exista uma instituição, ou seja, um grupo social organizado. A consequência dessa teoria institucionalista é a fragmentação da ideia universal do direito e um enriquecimento dos problemas existentes entre os sistemas jurídicos, visto que se fundamenta não apenas nas relações entre diferentes sistemas estatais, mas também entre os sistemas diferentes dos estatais, como os supraestatais, os infra-estatais²¹.

De forma similar, isto é, se recorremos na visão do Norberto Bobbio, somos de aludir a existência de um pluralismo jurídico estatal e de um pluralismo fora das leis estatais. No primeiro caso, haveria instâncias plurais dentro do sistema estatal, como, por exemplo, as diferentes regras e formas de julgamento de acordos comerciais. Nesses acordos, garante-se certa independência no estabelecimento de suas regras, mas, ao mesmo tempo, exige-se uma harmonia com as normas estatais, que estariam acima e abrangendo essas transações. Seria uma espécie de pluralismo de controlo. A outra forma de pluralismo estaria desvinculada do Estado, chamado de pluralismo independente, na qual a organização interna de uma dada sociedade é regida por leis não estatais, como, por exemplo, os direitos próprios dos povos indígenas. Para as sociedades indígenas, o pluralismo jurídico introduz um sujeito de direito diferente do proposto pelo sistema envolvente. O direito estatal cria regras para o indivíduo, ao passo que as sociedades indígenas possuem normas colectivas, operadas e recriadas mediante a figura do sujeito colectivo. Esse sujeito colectivo, como sujeito de direitos e deveres, é o que garante a autodeterminação dos povos indígenas, ou seja, o direito do grupo em gerir a sua sociedade e decidir o seu próprio destino. Com base nessa perspectiva, impõe-se um limite de interferência ao direito impositivo e centralizador do Estado. Diferente do papel de interventor, o Estado deve assumir um posicionamento de mediador de conflitos e interesses. A autonomia do sujeito colectivo deve ser respeitada em termos políticos, administrativos, económicos, culturais e judiciais, tanto no âmbito interno como externo à comunidade indígena²².

Acentuar que a discussão conceptual do pluralismo jurídico tem sido marcada pelos debates entre os que defendem que o pluralismo jurídico deverá ser entendido como um conceito científico unívoco e os que o consideram como um fenómeno ou circunstância social susceptível

²¹ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 2007, apud CURI, Melissa Volpato, *ob., cit.*, p.241.

²² *Ibidem.*, p. 241.

a variações empíricas. Sendo uma designação inicialmente desenvolvida pelo Direito, a Antropologia “importou” este termo para caracterizar as sociedades colonizadas pelo Ocidente e, posteriormente, também a Sociologia recorreu a ele para analisar relações sociais nos países industrializados. Apesar de ter surgido como uma noção subalterna face ao paradigma dominante – o positivismo, o pluralismo jurídico é hoje amplamente aceite e reconhecido como característica comum à maioria das sociedades²³.

De um ponto de vista sociológico, e ao contrário do que faz crer a teoria jurídico-política liberal, as sociedades contemporâneas são jurídica e juridicamente plurais. Circulam nelas não só um mas vários sistemas jurídicos e judiciais²⁴. Este facto, em conformidade com Boaventura de Sousa Santos, cria uma disjunção entre controlo político e controlo administrativo, de tal modo que apesar da reivindicação da unidade política territorial do Estado, o controlo político deixa de ter correspondência com uma aclamada unidade burocrático-administrativa: a unidade institucional e jurídica do estado torna-se precária, apresentando sinais de fragmentação e segmentação, muitas vezes de difícil penetração ou assentamento em parcelas do território, e o Estado apresenta-se como “conjunto de micro-estados, a diferentes distâncias entre si, uns locais, outros nacionais, portadores de lógicas compósitas e distintas”²⁵.

No corolário a que expõe Boaventura de Sousa Santos, é de ilidir que nessas sociedades estabelecem-se impreterivelmente relações entre o Estado e a pluralidade de entes e ordenamentos sociais e normativos que reconhecidos ou não oficialmente pelo Estado – regem os conflitos, mantêm, a ordem e coesão social e satisfazem, em geral, a demanda, na predisposição de que os vários entes e os ordenamentos procuram a realização efectiva de direitos económicos e sociais. Nesse âmbito, para Santos, o reconhecimento é apenas um factor de funcionamento que não afectam o modo como o sistemas em si mesmo e autonomamente funcionam, podendo apenas elevar em função dos efeitos recíprocos (ou melhor que um deles queira reivindicar na orbita normativa do outro) das respectivas dinâmicas normativas²⁶. Dando um impulso complementar da ideia exposta, Boaventura de Sousa Santos aponta que “ o facto de só um deles ser reconhecido oficialmente como tal afecta naturalmente o modo como os outros sistemas operam nas sociedades,

²³ Merry, Sally E., *Legal Pluralism*, *Law & Society Review*, 22, (5), 1988, p. 869, apud PATRICIO, Ana Esteves, *Dinâmicas do Pluralismo Jurídico em Moçambique: estudo de Caso do Distrito de Mossurize*, Tese de Doutoramento, ISCTE- Instituto Universitário de Lisboa, 2016, p.32. disponível no repositório.iscte-iul.pt, acessado no <http://hdl.handle.net/10071/14388>, recuperado no dia 1 de Outubro de 2019.

²⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa, *o Estado Heterogéneo.... ob., cit.*, p. 48.

²⁵ *ibidem*, p.67.

²⁶ *ibidem*, p. 48.

mas não impede que tal operação tenha lugar²⁷. Com efeito, antes dos sistemas jurídicos ganharem vigência legal, os vários sistemas jurídicos operam como factos sociais ou realidades empíricas²⁸, com maior ou menor aceitação, e, conseqüentemente, tutela do Estado. Destacamos que “cada um desses sistemas pode reclamar para si: (i) Uma esfera pessoal e um espaço geográfico mais ou menos amplo de validade e aplicação, extravasando ou contendo-se dentro das fronteiras do Estado; e (ii) uma maior ou menor intensidade material na ordenação de comportamentos e respectiva gestão de conflitos”²⁹.

Na busca do conceito do pluralismo jurídico, nos suscita indagar se a expressão pluralismo normativo nos conduz a expressão Pluralismo jurídico? Para o entendimento desta questão nos recorreremos ao Carlos Feijó³⁰ que sustenta que é mais rigoroso recorrer-se a expressão “pluralismo jurídico”. Nessa perspectiva, o pluralismo jurídico aponta para o campo da juridicidade; enquanto o pluralismo normativo aponta para o campo mais vasto, que, sem excluir o Direito, não se ancora apenas nele: a expressão “normativo” pode induzir para as áreas técnico – científicas, moral, ética e das regras de convívio e boa educação.

No entanto, hoje, a nível dos Estados, há uma necessidade de reconhecer a existência de outras manifestações jurídicas “informais”, que não fluem unicamente de canais estatais, o que vem a demonstrar que nenhuma ordem jurídica é absolutamente isolada nem autónoma. Nesse corolário, Hespanha encontra traços genéticos do Pluralismo jurídico no período do Império Romano: ao permitir a coexistência dos Direitos dos Povos conquistados (*os jura própria*) ao lado do *ius romanum* dos cidadãos romanos, o direito romano permitia a convivência de ordens jurídicas diferentes dentro do seu território³¹. Porém, abaixo do Direito régio proliferavam as ordens jurídicas particulares, todas elas protegidas pela *regra de preferência* do particular sobre o geral. É nessa perspectiva que António Manuel Hespanha justifica que a supremacia política do rei era garantida por um princípio de especialidade, segundo o qual a capacidade normativa dos corpos inferiores não podia ultrapassar o âmbito do seu autogoverno. Para o autor, essa autonomia dos direitos particulares dos corpos políticos existentes no reino, dentro dos respectivos âmbitos territorial e pessoal, tinha apoio no Direito romano, que de acordo

²⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa, o Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico, ob., cit., p.48.

²⁸ *ibidem*, p.53.

²⁹ FEIJÓ, Carlos, ob., cit., p. 93.

³⁰ FEIJÓ, Carlos, *ibidem*, p. 94.

³¹ HESPANHA, António Manuel, *Direito Comum e Direito Colonial*, in Panóptica, Vitória, ano 1, nº 3, Nov., 2006, pp. 95-116, apud FEIJÓ, Carlos, *ibidem*, p. 95.

com a lei “*omnes populi*” do Digesto (D.,I,1, 9) reconhecia que todos os povos usam de um direito que em parte lhes é próprio, em parte comum a todo o género humano³².

Segundo o exposto, conclui António Manuel Hespanha que na consagração do *ius commune*, a primeira preocupação não é reduzir à unidade a pluralidade de sistemas normativos. O autor avança mais na predisposição de que a primeira preocupação não é torná-los harmónicos, sem que isso implique que alguns deles devam ser absolutamente sacrificados aos outros: *interpretatio in dubio facienda est ad evitandam correctionem, contrarietatem, repugnantiam*³³. Esta visão do Hespanha é também encontrada por António Carlos Wolkmer, que considera que:

a constatação da existência do pluralismo jurídico no império romano é pautada por duas observações. Primeiramente, no facto de que os romanos não impuseram total e rigidamente o seu Direito às populações conquistadas, permitindo certa liberdade para que as jurisdições locais estrangeiras continuassem aplicar o seu Direito auctótone. A segunda observação consiste no recurso a fontes de Direito não estatais representadas pelo Direito consuetudinário dos juristas³⁴.

As marcas do Pluralismo Jurídico, não só se fizeram sentir no império romano, mas também no período Medieval. Nisso, António Manuel Hespanha³⁵ observa que nessas sociedades conviviam diversas ordens jurídicas - o Direito Comum temporal (basicamente identificável com a doutrina da tradição romanística, incorporada numa mole imensa de textos, invariavelmente escritas em latim, e existentes nas bibliotecas das universidades e dos tribunais europeus, o Direito Canónico (Direito comum em matérias espirituais, obedecendo basicamente à mesma natureza formal), e os direitos dos reinos, constantes de leis que apresentavam a vontade do soberano, mas também do direito estabelecido pelos tribunais do Reino.

Para António Manuel Hespanha, esse pluralismo jurídico significava a coexistência de complexos normativos, com legitimidade e conteúdos distintos no mesmo espaço social, sem que existisse uma regra de conflitos fixa e inequívoca que delimitasse, de uma forma previsível, o âmbito de vigência de cada ordem normativa. No entanto, esse pluralismo não se configurava no contexto de um Estado soberano, como o que assistimos hodiernamente: em tal contexto, a “soberania” do suserano não implicava uma exclusividade normativa da sua autoridade. Antes pelo contrário; como anuncia António Manuel Hespanha:

tal situação difere da actual – pelo menos tal como ela é encarada pelo direito oficial – em que uma ordem jurídica, a estadual, pretende o monopólio da definição de todo o

³² HESPANHA, António Manuel,apud FEIJÓ, Carlos, *ob., cit.*, p. 95.

³³ “a interpretação deve ser feita, em casos de dúvida, no sentido de evitar a correcção, a contradição e a repugnância de umas normas por outras”.

³⁴ MALISKA, Marcos Augusto, *Pluralismo Jurídico e Direito Moderno, Notas para Pensar a Racionalidade Jurídica na Modernidade*, Jurua Editora, São Paulo, 2000, p.22, apud FEIJÓ, Carlos, *ibidem*, p. 96.

³⁵ HESPANHA, António Manuel,..... *ibidem*, p. 96.

direito, tendo quaisquer outras fontes de direito (v.g., o costume ou jurisprudência) uma legitimidade (e logo, uma vigência) apenas derivada, ou seja, decorrente de uma determinação da ordem jurídica estadual³⁶.

Brian Tamanaha assinala também manifestações do pluralismo jurídico nas sociedades medievais³⁷. Com efeito, e para além dos diversos corpos normativos sobrepostos simultaneamente no mesmo território, o autor assinala a existência de vários *fóruns* ou tribunais que aplicavam o Direito conforme o estatuto, descendência, cidadania, ocupação ou religião dos sujeitos envolvidos na disputa. Nesse corolário, Brian Tamanaha, considera que o pluralismo jurídico está em todas as “arenas sociedades”, desde o nível mais baixo ou particular, como nas vilas, até ao nível nacional, expandindo-se inclusivamente a uma dimensão transnacional e internacional. Em todos esses níveis de regulação social, o pluralismo revela-se na multiplicidade de ordens jurídicas, sendo que o que torna o pluralismo notável não é tanto a múltipla descoordenação, sobreposição e coexistência de corpos normativos, mas o facto de haver uma grande variedade de pluralismos. Por exemplo, aos mercadores e comerciantes aplicava-se a *lex mercatória*; a igreja reclamava autoridade para aplicar o Direito Canónico sobre matérias relacionadas com casamentos, Direito Sucessório, e qualquer matéria que envolvesse o estatuto pessoal do clero.

Em conformidade com António Manuel Hespanha, o fenómeno da multijuridicidade no período medieval, caracteriza-se pela existência abaixo do plano do reino de várias ordens jurídicas, cada uma delas com as suas regras de prevalência e todas elas protegidas pelas regras de preferência do particular sobre o geral³⁸. No entanto, o esforço de monopolização jurídica por parte dos Estados europeus modernos reduziu o espaço do pluralismo jurídico interno, ao mesmo tempo que uma nova onda de pluralismo despontava em resultado do processo de colonização³⁹.

Para o continente africano, o fenómeno do pluralismo jurídico (processo de coexistência normativa) resultou do processo da colonização que teve seu início nos finais do século XV e com o seu apogeu no século XIX, tendo terminado com os processos de independência dos territoriais coloniais portugueses na década de 1970. Entretanto, no processo colonial os métodos de domínio e de regulação jurídica dependeram essencialmente dos factores como as circunstâncias das áreas ocupadas, as motivações dos poderes coloniais e ainda os processos de

³⁶ HESPANHA, António Manuel, apud FEIJÓ, Carlos, ob., cit., p. 96.

³⁷ TAMANAHA, Brian Z., *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, in *Sydney Law Review*, Vol. 30, *Sydney Law School, The University of Sydney, Sydney*, 2008, pp.377, apud FEIJÓ, Carlos, ob., cit., p. 97.

³⁸ HESPANHA, António Manuel,..... *ibidem* p. 98.

³⁹ TAMANAHA, Brian Z., *ibidem.*, p. 98.

exploração económica perseguidas por estes. Foi, portanto, da conjugação destes ingredientes sociais e normativos contrastantes que resultaram as diferentes soluções jurídicas introduzidas nesses territórios⁴⁰.

A título ilustrativo, Brian Tamanaha observa que os colonos encontraram na Austrália e no Continente norte-americano largas extensões territoriais com uma densidade populacional relativamente baixa e um poder político descentralizado; o que contrastava com sociedades mais centralizadas e demograficamente mais concentradas nos continentes sul-americano, africano e asiático. Para além destes factores de extensão territorial e de densidade populacional, Brian Tamanaha também aponta a heterogeneidade social – associada a grande densidade populacional e instituições Hindus e Muçulmanas⁴¹.

Analisando ainda o período colonial, Jörg Fisch sintetiza que as instituições jurídicas das populações indígenas foram, na maioria dos casos, toleradas, a menos que interferissem com o estatuto e funções dos comerciantes, missionários, colonos ou funcionários europeus⁴². Operava assim um princípio de “tolerância” mitigado por um princípio de “defesa dos interesses” coloniais, na medida em que não seria nem prático nem economicamente viável impor o Direito das metrópoles europeias às populações indígenas⁴³.

Quando a ocupação começou a ser efectiva, a partir do século XVIII e, em particular para o continente africano, a partir do século XIX, em resultado da conferencia de Berlim, de 1884-1885, o poder era exercido tipicamente através da *indirect rule*, que assentava na relação simbiótica do poder colonial com as estruturas e instituições sociopolíticas indígenas preexistentes ao assentamento colonial, recorrendo aos líderes indígenas ou aos tribunais nativos na resolução de disputas consuetudinárias, isto é, resultantes dos direitos de natureza oral, ou religiosas das respectivas populações⁴⁴.

Tendo em vista o exposto, para Brian Tamanaha, “estava criado o “caldo” institucional que daria lugar ao convívio oficial das diversas formas de ordenação jurídica das populações dos territórios colonizados, isto é, o pluralismo jurídico colonial”⁴⁵. Na mesma perspectiva. Armando Guedes⁴⁶, enfatizou que resultou da Conferência de Berlim uma situação de

⁴⁰ FEIJÓ, Carlos, *ob., cit.*, p. 98.

⁴¹ TAMANAHA, Brian Z., *ibidem*, p. 99.

⁴² *ibidem*, p. 99.

⁴³ *ibidem*, p. 99.

⁴⁴ *ibidem*, p. 100.

⁴⁵ TAMANAHA, Brian Z., *ob., cit.*, p. 100.

⁴⁶ GUEDES, Armando Marques, *The State and Traditional Authorities, 2004*, pp. 25-26, apud FEIJÓ, Carlos, *ob., cit.*, p. 100.

laços de interdependência entre as estruturas coloniais e as chefaturas locais. O autor avança mais apontando que nos modelos coloniais ingleses dos grandes territórios como a Índia, a África do Sul e a Nigéria, tinham sido implantados, inicialmente, a *Indirect rule*, fundada nas teorias de Henry Summer Maine e depois concretizadas em modelo de governo colonial por Lord Lugard como resultado das dificuldades encontradas na administração do extensíssimo território nigeriano. Também Edmund Burke teorizou a política de *indirect rule* - aplicando-a à Índia -, e admitindo que os nativos africanos deviam usufruir de uma larga auto - administração de acordo com os seus costumes e seguindo as suas tradições, desde que submetidos, em última instância à supervisão e controlo dos poderes coloniais⁴⁷.

Somos de entendimento de que os colonos reconheciam os direitos dos indígenas nas regiões colonizadas. Contudo, Brian Tamanaha apela que não se pense que o reconhecimento oficial ou a mera tolerância das autoridades coloniais em relação aos direitos indígenas teria uma eficácia abrangente da totalidade normativa desses direitos: na maioria das vezes, o Direito indígena apenas era reconhecido para regular situações jurídicas relativas à família, aos pequenos crimes e disputas bem como temas exclusivos do Direito consuetudinário ou religioso, conforme o caso. Nesse corolário, o autor nota ainda que por vezes os dispositivos normativos coloniais dispunham de cláusulas de conformidade do costume com as normas oficiais prevendo a invalidade em caso de desconformidade e conferindo aos tribunais oficiais poderes para rever decisões dos tribunais indígenas em caso de desconformidade⁴⁸.

Segundo as notas dos autores, ora referenciados, fácil é notar que o pluralismo jurídico por eles focado, insere-se numa perspectiva ampla, visto haver uma tendência de busca de situações em que são assentadas as normas que vigoram naquelas sociedades, isto é, uma tendência de abordar o pluralismo numa dimensão plurinormativo. Nisso, tendo em vista as notas dos autores verificamos que a cada Direito tinha um determinado destinatário, segundo critérios geográficos, objectivos e pessoais. Nessa visão que Chanock demonstra que o que os poderes coloniais percepcionavam como Direito consuetudinário não era efectivamente o Direito consuetudinário ou tradicional dos indígenas, mas sim a invenção ou as interpretações selectivas feitas pelos poderes coloniais ou pelas elites indígenas para prosseguir os respectivos interesses e agendas⁴⁹.

Nesta perspectiva, Brian Tamanaha considera que em muitas situações, os poderes coloniais procederam a uma incorporação do Direito consuetudinário no ordenamento jurídico

⁴⁷ *ibidem*, p. 100.

⁴⁸ TAMANAHA, Brian Z, *ibidem*, p. 100.

⁴⁹ TAMANAHA, Brian Z., ob., cit., p. 102.

estadual após um longo período de contacto, sendo que, durante esse período de contacto entre o Direito oficial e o indígena, o costume ter-se-á transformado ou perdido⁵⁰.

Buscando o entendimento do Boaventura de Sousa Santos⁵² o pluralismo jurídico surgiu “na filosofia europeia antipositivista do direito” entre o final do século XIX e o início do século XX enquanto crítica ao positivismo jurídico, isto é, como reacção “à redução do direito ao direito estatal [...] assente na ideia que, na realidade prática da vida jurídica, o direito estatal estava longe de ser o único no ordenamento normativo da vida social e que, muitas vezes, não era sequer o mais importante”. Originário do pensamento moderno legal de finais do século XVIII, o positivismo jurídico defende que a única forma de garantir a manutenção da ordem social é através do Direito⁵³. Esta hegemonia da lei, associada à noção de soberania e do monopólio do uso legítimo da violência estatais, afirmava-se assim incompatível com a vigência de outros direitos paralelos⁵⁴. De facto, “com a consolidação e expansão do Estado constitucional liberal e a conversão da hipótese jurídica positivista numa tese hegemónica (e consensual) sobre o direito, o centralismo ou o exclusivismo jurídico do Estado converteu-se num dado consensual e o direito passou a ser o direito do Estado⁵⁵. Em consonância com Boaventura de Sousa Santos, os teóricos do pluralismo jurídico ficaram então com a função de tentar definir o Direito de forma a “legitimar a existência de outros direitos para além do direito estatal⁵⁶”. Boaventura de Sousa Santos avança mais ao afirmar que o pluralismo jurídico acontece sempre que “no mesmo espaço geopolítico, vigora (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica. Esta pluralidade normativa pode ter uma fundamentação económica, rácica, profissional ou outros, pode corresponder a um período de ruptura social, como, por exemplo, um período de transformação revolucionária, ou, ainda resultar da confirmação específica do conflito de classes numa área determinada da reprodução social [...]”⁵⁷. Para este autor somente a existência no mesmo espaço político-social de mais de uma normatividade configura o pluralismo jurídico.

⁵⁰ *ibidem*, p. 102.

⁵¹ No mesmo sentido vide GUEDES, Armando Marques, *ob., cit.*, p. 102.

⁵² SANTOS, Boaventura Sousa, *ob., cit.*, p.53.

⁵³ SANTOS, Boaventura Sousa, “The Post-Modern Transition: Law and Politics”, Oficina do CES, 8, 1989, pp. 43-44, <https://ces.uc.pt/pt/publicacoes/outras-publicacoes-e-colecoes/oficina-do-ces/numeros/oficina-8>, acessado no dia 2 de Março d 2020.

⁵⁴ PATRICIO, Ana Esteves, *ob., cit.*

⁵⁵ SANTOS, Boaventura Sousa, “O Estado Heterogéneo e o Pluralismo jurídico, *ob., cit.* p.53.

⁵⁶ *ibidem*, p.53.

⁵⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa, *Notas sobre a história jurídica – social de Pasárgadas*, in Souza Júnior, José Geraldo de (Org). O direito achado na rua, Brasília: Unb, 1987, p. 46, apud BUCHILLI, Beatriz, *O Pluralismo Jurídico e a realidade sociocultural de Moçambique*, dissertação do mestrado, UFRGS, 2006, p.27. disponível no <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/1314/>, acessado nos dias 4 de Abril de 2019.

Analisando as posições tomadas pelos doutrinários, anteriormente referenciados, no intuito da busca de um conceito do pluralismo jurídico, constatamos que não é tao consensual. É neste âmbito, que os debates têm sido aflorados em várias perspectivas. Assim Sally Merry aponta que há os que defendem que o pluralismo jurídico deverá ser entendido como um conceito científico unívoco; e os que consideram como um fenómeno ou circunstância social susceptível a variações empíricas. A concordância com as definições de pluralismo jurídico como uma “situação” ou uma “circunstância” em que certos factos se verificam, e a opção pela sua reprodução, contribuem para incluir a presente tese nas correntes teóricas que consideram o pluralismo jurídico como um atributo de uma determinada sociedade ou espaço geográfico e que, conseqüentemente, se afastam assim das perspectivas que o pretendem instituir como uma doutrina ou um conceito científico unívoco⁵⁸.

Sendo uma designação inicialmente desenvolvida pelo Direito, a Antropologia “importou” este termo para caracterizar as sociedades colonizadas pelo Ocidente e, posteriormente, também a Sociologia recorreu a ele para analisar relações sociais nos países industrializados. Apesar de ter surgido como uma noção subalterna face ao paradigma dominante – o positivismo –, o pluralismo jurídico é hoje amplamente aceite e reconhecido como característica comum à maioria das sociedades⁵⁹. É nessa perspectiva que à luz do positivismo jurídico, o pluralismo jurídico representa uma excepção à predominância do Direito do Estado, e aos princípios do Estado de Direito, pelo que, durante muito tempo, a existência do pluralismo jurídico foi completamente subalternizada pelo domínio do paradigma positivista⁶⁰. Esta situação traduz-nos um entendimento de que o facto de se ter começado a aplicar a designação de pluralismo jurídico para explicar a coexistência de diferentes ordens jurídicas nas sociedades colonizadas fez com que o colonialismo fosse considerado o ponto de origem do pluralismo jurídico, originando-se assim uma relação de interligação entre ambos que ainda hoje se reproduz.

Tendo em consideração a perspectiva positivista, de acordo com Hans Kelsen⁶¹, uma sociedade é constituída através de uma ordem normativa que regula a conduta recíproca de uma pluralidade de indivíduos, sendo que esses indivíduos “estão submetidos a uma e à mesma

⁵⁸ Merry, Sally E., “*Legal Pluralism*”, *Law & Society Review*, 22, (5), 1988, pp. 869-896, apud PATRICIO, Ana Esteves, *ob., cit.*, p.32.

⁵⁹ *ibidem*, p.32.

⁶⁰ *ibidem*, p.31.

⁶¹ KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, volume II, Coimbra, Arménio Amado, (1962b), apud PATRICIO, Ana Esteves, *ob., cit.*, p.31

ordem jurídica”. Desta forma, a ordem legal deverá caracterizar-se pela sua unidade, impedindo a “existência isolada das demais parcelas de Direito umas em relação às outras”⁶².

Do ponto de vista do positivismo, uma definição “objectiva” de pluralismo jurídico, nomeadamente como conceito científico, torna-se assim praticamente impossível pois esta perspectiva defende a existência de uma clara distinção entre a lei e os denominados “sistemas culturais de ordem social”, os quais não poderão deter “força de lei”⁶³.

É com base nestes pressupostos que ganha força a ideia de que o pluralismo jurídico não é um conceito “objectivo”, mas sim uma “situação”, um “fenómeno” ou uma “circunstância”, pois não se foca exclusivamente em regras específicas aplicadas em situações de conflito ou disputa, mas também examina as diferentes percepções que os grupos sociais têm de ordenamento, das relações sociais e de como determinar a verdade e a justiça. É nessa perspectiva que o pluralismo jurídico pode ser considerado, na visão do Griffiths⁶⁴, como característica de um grupo social no qual ocorrem comportamentos em conformidade com mais do que uma ordem jurídica”; como “uma situação em que dois ou mais sistemas legais coexistem”, segundo a visão de Sally Merry⁶⁵; como “um instrumento analítico para observar as complexidades das ordens normativas”⁶⁶; ou “uma condição do indivíduo que, na sua vida quotidiana, vê o seu comportamento confrontado com diferentes ordens legais ou não-legais, tantas quantas as redes sociais a que pertence”⁶⁷; ou ainda como “a diversidade de normas, instituições e práticas de ordenação social dentro de uma organização política”⁶⁸.

O direito sempre foi visto como as normas jurídicas elaboradas pelos órgãos dos Estados. Porém, a sociologia jurídica passou a dar novos conceitos para essa afirmativa, em que segundo Sabadell⁶⁹: “a sociologia jurídica tem despertado interesse pela realidade jurídica, estendendo seu objecto de estudo a outras formas de regulamentação de comportamento social que vinculam as pessoas, mesmo não sendo oficiais”.

⁶² MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional – Tomo I – Preliminares; o Estado e os Sistemas Constitucionais*, 7ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 15.

⁶³ TAMANAHA, Brian Z., (1993), “The folly of the ‘social scientific’ concept of legal pluralism”, *Journal of Law and Society*, 20, 2, pp. 192-217, apud PATRICIO, Ana Esteves, *ob., cit.*, p.32.

⁶⁴ GRIFFITHS, John, “What is Legal Pluralism?”, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 1986, p.2, apud, PATRICIO, Ana Esteves, *ibidem*, p.32.

⁶⁵ MERRY, Sally E, “Legal Pluralism”, *Law & Society Review*, 22, (5), 1988, p.870, apud PATRICIO, Ana Esteves, *ob., cit.*, p.32.

⁶⁶ PATRICIO, Ana Esteves, *ibidem*, p.32.

⁶⁷ *ibidem*, p.32.

⁶⁸ KYED, Helene M; e TRINDADE, João C., *ob. cit.*, p.5.

⁶⁹ SABADELL, Ana Lucia, *Manual de Sociologia Jurídica. Introdução a uma leitura externa do Direito*. 3ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p.120, disponível no http://www.arnaldomartinez.net/Socjur/socjur_unidad01.pdf, recuperado nos dias 22 de Janeiro de 2018.

Autora avança mais afirmando que: podem existir ordenamentos jurídicos contraditórios (que levam a soluções diferentes para a mesma situação), mas também ordenamentos complementares, aplicáveis a situações diferentes. O pluralismo jurídico sempre existiu nas sociedades. A dinâmica social sempre produziu normas ou procedimentos para a regulamentação social, independente da elaboração das leis ou normas estatais. Dessa forma que Sabadell define “o pluralismo jurídico como a teoria que sustenta a coexistência de vários sistemas jurídicos no seio da mesma sociedade”⁷⁰.

Partindo do conceito da Ana Sabadell podemos observar que estamos perante ao pluralismo jurídico quando decorrente de dois ou mais sistemas jurídicos, dotados de eficácia, existindo em um mesmo ambiente espaço-temporal, ou seja, sistemas jurídicos que são aplicados em uma mesma época em determinado espaço geográfico.

Para Sabina Morais, o pluralismo jurídico “representa “um conjunto de práticas sociais e políticas, que sendo oficiais ou não, se justificam nas necessidades existenciais, materiais e culturais dos grupos sociais e que, põe essa razão, devem ser valoradas como instrumentos de criação de direito nas novas sociedades do terceiro milénio, caracterizadas por seu carácter pluralista, democrático e participativo”⁷¹.

Enquanto Rene Dellgnezze, considera o pluralismo jurídico como “fenómeno decorrente da complexidade humana, nasce, a partir da inadequação da concepção unitária e centralizadora do direito, e das exigências da nova realidade complexa dos conflitos humanos, e baseia-se na existência de mais de uma realidade social, dando atenção às várias formas de acção prática e a complexidade de áreas sociais com características próprias que compõem o mundo jurídico ao qual estamos dentro imersos”⁷². Dessa forma, segundo a perspectiva do autor, essa situação de complexidade corresponde uma adequação do pensamento jurídico com vistas de uma maior eficácia do Poder Judiciário, dentro de sua actuação prática, levando em consideração principalmente uma visão interdisciplinar que busca a supremacia de considerações ético-sociológicas, sobre a realidade puramente positivista do direito. Dessa forma procura-se com isso

⁷⁰ *Ibidem*, p.121.

⁷¹ MORAIS, Sabina, “Direito de Desenvolvimento, Direito Humanos e Pluralismo Jurídico”, *Pluralismo Jurídico – Os novos caminhos da contemporaneidade* (organização de António Wolkmer, Francisco Neto e Ivone Lixa). Editora Saraiva, São Paulo, 2010, p.287, apud SERRA, Carlos Manuel, *ob., cit.*, p. 458.

⁷² DELLGNEZZE, Rene. “O Pluralismo Jurídico”. E- Revista Facitec 1.12 (2017), p.2, disponível no <http://periodicosbh.estacio.br/index.php/erevistafacitec/article/view/3168/1440>, acessado no dia 15 de Outubro de 2018.

diminuir a legislação estatal como única fonte do direito, priorizando-se a produção multiforme do direito originada⁷³.

Para Sally Moore, “o pluralismo jurídico é constituído pela articulação e interdependência de uma ampla rede de campos sociais semi-autónomo em cujo espaço o pluralismo jurídico não é condição normal e universal da organização societária hegemónica como é, essencialmente, a consequência natural do pluralismo social”⁷⁴. Já John Griffiths utiliza a categoria de campo social semi - autónomo para ir mais longe e admitir radicalmente que todo o direito não é direito estatal. Sendo que o pluralismo legal autêntico seria “aquele dos campos sociais não – estatais”. Neste sentido o direito é visto como “auto regulação de um campo social semi – autónomo, em cujo espaço o pluralismo jurídico não é condição normal e universal da organização societária hegemónica como é, essencialmente, a consequência natural do pluralismo social”⁷⁵.

Baseando-se destas conceptualizações, ressalta-nos apresentar as causas de surgimento do pluralismo jurídico na perspectiva do Boaventura de Sousa Santos. Para este autor, o pluralismo jurídico surge no decorrer de duas situações concretas: No primeiro caso, tem uma origem colonial⁷⁶, tendo -se desenvolvido em países que foram dominados económica e politicamente, sendo obrigados a aceitar os padrões jurídicos das metrópoles (casos do colonialismo inglês, português, etc.). Com isso impõem-se forçosamente uma unificação e administração da colónia, possibilitando a coexistência, num mesmo espaço, do direito do Estado colonizador e dos direitos tradicionais autóctones, convivência que se tornou, em alguns momentos, factos de conflitos e de acomodações precárias⁷⁷. No segundo caso está o pluralismo jurídico de origem não colonial, em que se consideram três situações distintas. Primeiramente, países com cultura e tradições normativas próprias, dominantes ou exclusivamente não europeias que acabam adoptando o direito europeu como uma forma de modernização e consolidação do regime político (Turquia⁷⁸, Tailândia⁷⁹, Etiópia⁸⁰, etc)⁸¹.

⁷³ DELLGNEZZE, Rene, *ob., cit.*, p.2.

⁷⁴ BUCHILI, Beatriz, *ob., cit.*, p.26.

⁷⁵ GRIFFITHS, John..... apud, PATRICIO, Ana Esteves, *ibidem*, p.32.

⁷⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa, *O Discurso e o Poder: Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica*. Revista Forense, Rio de Janeiro, V.274,1980, pp. 25-26, apud BUCHILI, Beatriz, *ibidem*, p. 26.

⁷⁷ *ibidem*, p. 26.

⁷⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa, ...1980, apud BUCHILI, Beatriz*ob., cit.*, p.28.

⁷⁹ *ibidem*, p.28.

⁸⁰ *ibidem.*, p.28.

⁸¹ SANTOS, Boaventura de Sousa, *ibidem*, pp. 74-75.

Num outro caso trata-se de hipótese em que determinados países, após sofrerem impacto de uma revolução política, continuando mantendo por algum tempo seu antigo direito, ainda que abolido, pelo direito revolucionário (Repúblicas Islâmicas, incorporadas pela antiga URSS, depois de Revolução de Outubro⁸², Ásia Central)⁸³.

Por fim aquelas situações em que populações indígenas ou nativas, inteiramente dizimadas e submetidas às leis coercitivas dos invasores adquirem a autoridade de manterem e conservarem seu direito tradicional (é o caso das populações Índias dos países da América do norte⁸⁴, América Latina⁸⁵ e dos povos autóctones da Nova Zelândia⁸⁶ e Austrália⁸⁷)⁸⁸.

Tendo como foco nas ponderações sobre a natureza da justiça enquanto reflexo da aplicação do direito na sociedade brasileira dos anos 70/80, Falcão, introduz de forma inovadora a asserção de que a causa directa do pluralismo jurídico deve ser encontrada na própria crise de legitimidade política. Adverte o Falcão que manifestações normativas não - estatais não devem ser aplicadas originariamente como resultantes unicamente de estruturas societárias da fase pré-capitalista e pré – estatal. Ainda o autor sustenta que, em países de terceiro mundo, como Brasil, o aparecimento de situações paralegais, paralelas, ou *extra – legem* incentivadas, aceites ou não pelo próprio direito oficial, está correlacionado directamente com a variável da legitimidade do regime político⁸⁹.

O pluralismo jurídico apresenta duas principais causas genéricas: o carácter “injusto” e “ineficaz” do modelo da unicidade do direito: no que tange a injustiça, o autor parte do pressuposto de que a “unicidade” é incapaz tanto de contemplar correctamente a existência de inferioridades próprias de grupo sociais particulares uns com os outros, quanto de perceber a relatividade da ideia de justiça. Somente o pluralismo, sem incorrer um nivelamento centralizador, saberá adequar com grau de justiça e equidade, as diferenças naturais, físicas, culturais, sociais e económicas. A exemplificação disso está demonstrada em determinadas situações, como aquelas atinentes ao Direito dos menores, o Direito do nativo, o Direito das minorias, etc.⁹⁰. Já do ponto

⁸² SANTOS, Boaventura de Sousa, *ob., cit.*, p. 28.

⁸³ *ibidem*, pp. 74-75.

⁸⁴ BUCHILI, Beatriz, *ibidem*, p.28.

⁸⁵ *ibidem*, p.29.

⁸⁶ *ibidem*, p.29.

⁸⁷ *ibidem*, p.29.

⁸⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa... 1980, apud BUCHILI, Beatriz, *ibidem*, pp. 73-74.

⁸⁹ FALCAO, Joaquim de Arruda (org). *Conflito de Direito de Propriedade, Invasões Urbanas*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p.66, apud BUCHILI, Beatriz, *ibidem*, p.29.

⁹⁰ BUCHILI, Beatriz, *ob., cit.*, p.30.

de vista da ineficácia do monismo estatal, tem-se, como contrapartida as vantagens do pluralismo em melhor acolher as necessidades de:

a) afirmar a primazia de interesses que são próprios a cada grupo predominante; b) manter o equilíbrio entre grupos iguais (Direito dos nativos com o Direito do invasor); c) propiciar a especificidade das instituições (liberdade de optar, em certas circunstâncias pelo direito conveniente); d) resguardar a independência das instituições (imunidades diplomáticas com relação ao Direito local; e) favorecer a descentralização jurídica (impõe-se quando o Estado atinge certo estágio avançado e complexidade); f) propiciar o desenvolvimento económico (condições da igualdade para diferentes actores no processo de desenvolvimento produtivo)⁹¹.

Da análise conceitual, ilidimos que há diferentes formas de conceptuar o pluralismo jurídico, como se pode constatar das várias visões doutrinárias, expostas ao longo deste trabalho. E dessa forma, foram avançados vários pensamentos na tentativa de encontrar consensos conceptuais a volta da questão (pluralismo jurídico). Porém, dentre os pensamentos percussores do conceito do pluralismo jurídico, foram alinhados tendo em atenção duas perspectivas: de direito e de sociológica. Portanto, ilidimos, desde logo, que o pluralismo jurídico pode ser compreendido como a oposição ao surgimento e uso de um direito paralelo ao direito estatal que tem eficácia simultaneamente em uma mesma sociedade, o que faz ocorrer que o uso de um ofusca o outro.

O direito é projecção normativa que instrumentaliza os princípios ideológicos, tendo como umas das bases a certeza e a segurança, sendo formas de controlo do poder de um determinado grupo social. Partindo desse princípio vimos que o direito estatal não foi suficiente para atingir os anseios da sociedade, sendo muitas vezes o próprio causador de conflitos dentro da mesma sociedade.

Há ainda uma necessidade de reflectir à volta de uma definição do pluralismo jurídico. Para o efeito, é fundamental indagar se o direito estatal consegue operar como meio de organização e de controlo do poder social e se goza de consenso popular, ou se é somente um direito no papel, por razões históricas, permanece ineficaz na prática. Como clamam as teorias no âmbito do direito, é sobejamente importante partir do princípio de que o direito é explicado por sua própria materialidade coerciva e concreta, seja ele estatal ou não, tendo em vista a sua efectividade junto à sociedade à qual se refere.

O pluralismo jurídico cria um direito paralelo ao direito transmitido pelas normas jurídicas estatais, sendo complementar ou antagónico, onde a sociedade que adopta mecanismos de defesa de seus próprios interesses estejam ou não estes mecanismos reconhecidos e protegidos adequadamente pelo direito.

⁹¹ BUCHILI, Beatriz, *ob., cit.*, p.30.

Segundo o exposto, é decorrente ter em alusão que o pluralismo jurídico é composto pela diversidade de normas que vigoram em uma determinada sociedade de forma simultânea, sendo considerada como questão social e em partes como antagonismo ao monismo jurídico, que é o monopólio das normas jurídicas exercidas pelo Estado. O pluralismo jurídico é composto de factos que o identifica, seja do ponto de seu surgimento e manutenção, como também é composto de diversas teorias, levando-se em conta que o direito é facto ideológico, como tem-se referido António Carlos Wolkmer⁹². Outrossim, o pluralismo jurídico não é um facto recente e, estando espalhado em várias partes do mundo, inclusive sua actuação em Moçambique.

Da análise dos vários debates sobre o tema, constatamos também que o pluralismo jurídico é uma situação em que, dentro de um mesmo espaço geograficamente delimitado, vigoram diversas ordens jurídicas e diversas instituições e práticas de ordenação social, pois o principal desafio nas discussões sobre pluralismo jurídico prende-se com o reconhecimento de que existem diversas ordens legais, com diferentes fontes e mantidas por diferentes formas de organização. Enquanto este reconhecimento e organização forem desempenhados pelas autoridades estatais, irá sempre verificar-se uma hierarquização normativa, em que o Estado estará no topo. Porém, quando abordagem é relativa ao pluralismo jurídico tem que se ter em vista a diversidade de normas que vigoram em uma determinada sociedade de forma simultânea, sendo considerada como questão social e em partes como antagonismo ao monismo jurídico, que é o monopólio das normas jurídicas exercidas pelo Estado. Por outro lado, verifica-se que o pluralismo jurídico cria um direito paralelo ao direito transmitido pelas normas jurídicas estatais, sendo complementar ou antagónico, onde a sociedade que adopta mecanismos de defesa de seus próprios interesses estejam ou não estes mecanismos reconhecidos e protegidos adequadamente pelo direito.

Contudo, tendo por base os conceitos arrolados, pelos autores destacados na presente discussão do conceito do pluralismo jurídico, António Carlos Wolkmer, apresenta um conceito, embora genérico, serve como referencial para a nossa tese. Segundo António Carlos Wolkmer, a expressão pluralismo jurídico significa “ assumir a multiplicidade de manifestações ou práticas normativas num mesmo espaço sócio – jurídico, interagindo por conflitos ou

⁹² Na perspectiva do António Wolkmer, O direito é visto como fenómeno ideológico, que criticamente a neutralidade normativa de uma Ciência pura não resiste mais a sua ideologização, e afirma que: “A Ciência do Direito não consegue superar sua própria contradição, pois enquanto “Ciência” dogmática torna-se também ideologia da ocultação. Esse carácter ideológico da Ciência Jurídica se prende à asserção de que está comprometida com uma concepção ilusória de mundo que emerge das relações concretas e antagónicas do social”. (WOLKMER, António Carlos (org), *Fundamentos da História do Direito*, 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.151. disponível no: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593>. Recuperado nos dias 23 de Abril de 2019.

consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais⁹³.

2.2. Evolução do Pluralismo Jurídico

O processo de evolução do pluralismo jurídico, conhecido de modelo jurídico moderno, se deu através de quatro grandes ciclos evolutivos, apoiados pelos princípios da estabilidade, da unicidade, da positividade e da racionalidade. Esses ciclos são o declínio do feudalismo e da igreja católica, o período que vai da Revolução Francesa até o séc. XIX, tendo como característica o liberalismo económico; intervalo entre a década de 30 e 50 com o capitalismo monopolista de política Kelsiana; e declínio do modelo jurídico moderno com o período que inicia após a segunda guerra mundial, tendo como factores as necessidades sociais, a integração de mercados, as privatizações, a reordenação do capital mundial, entre outros⁹⁴.

Segundo o exposto, nos leva acomodar a ideia de que o positivismo jurídico é um modelo considerado já saturado, pois escravizava os anseios e as demandas da sociedade, havendo uma inversão de propósitos, pois devia ter em mente que o direito teria de caminhar a serviço da sociedade e não o contrário. Concluindo que se o direito não mais presta a atender seus propósitos, não mais serve para satisfazer as necessidades para as quais foi originalmente concebido como acto da inteligência humana.

Para Ana Patrício, a evolução do pluralismo jurídico conduziu a definição de determinadas “subcategorias” dentro da própria designação de pluralismo jurídico, quer para classificar mais especificamente os objectos de estudo (por exemplo sociedades colonizadas ou sociedade industrializadas), quer para diferenciar as abordagens teóricas aos objectos de estudo (por exemplo se as análises são elaboradas a partir da perspectiva jurídica ou das Ciências Sociais)⁹⁵. Decorrente disso Sally Merry classificou o pluralismo jurídico em “pluralismo jurídico clássico” e “novo pluralismo jurídico”: o primeiro refere-se às pesquisas em sociedades coloniais e pós - coloniais, analisando a intersecção entre a “lei indígena” e a lei europeia e as relações entre colonizador e colonizado; e o segundo foca-se em pesquisas realizadas a partir de finais da década de 1970 nos países industrializados da Europa e nos Estados Unidos da América sobre relações

⁹³ WOLKMER, António Carlos, *Pluralismo Jurídico: fundamentos de nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa Omega, 1994, p.156, apud apud BUCHILLI, Beatriz, *ob., cit.*, p.36.

⁹⁴ OLIVEIRA, Jean Carlos Santos. *Do Monismo Estatal ao Pluralismo Jurídico*. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/textos/x/10/41/1041/DN_monismo_estatal_ao_pluralismo_juridico.doc> Acesso em 23 nov. 2007., recuperado nos dias 22 de Janeiro de 2018.

⁹⁵ PATRICIO, Ana Esteves, *ob., cit.*, p.39.

entre grupos dominantes e grupos subordinados (como minorias étnicas ou grupos imigrantes), e nas formas não-oficiais de ordenamento localizadas em redes sociais ou instituições⁹⁶.

Outra dicotomia da literatura foi estabelecida por John Griffiths é entre “pluralismo jurídico fraco” e “pluralismo jurídico forte”: o “pluralismo jurídico fraco”, fruto do trabalho de juristas, significa que existem diferentes tipos de regras para diferentes grupos da população e que esta coexistência de sistemas legais depende do reconhecimento estatal; o “pluralismo jurídico forte”, resultante do trabalho dos cientistas sociais, remete para a existência independente de outras leis que não as leis sistemáticas e uniformes aplicadas pelo Estado e pelas suas instituições⁹⁷.

Ainda outra dicotomia existente e equivalente à de John Griffiths é a de Gonçalo Ribeiro, que diferencia “pluralismo jurídico de ordem alta” e “pluralismo jurídico de ordem baixa”: no primeiro o reconhecimento de ordens jurídicas é feito pelos funcionários judiciais, e no segundo o reconhecimento parte dos sujeitos de direito⁹⁸. Existe também a separação entre “pluralismo jurídico profundo”, que se refere ao pluralismo jurídico mais “comum” a qualquer sociedade, e “pluralismo da lei estatal”, que se refere à variedade legal dentro do corpo das leis estatais, as quais não são homogêneas e podem ser aplicadas a diferentes pessoas que se encontrem numa mesma situação⁹⁹.

A evolução do pluralismo jurídico levou a que se definissem algumas “subcategorias” dentro da própria designação de pluralismo jurídico, quer para classificar mais especificamente os objectos de estudo (por exemplo sociedades colonizadas ou sociedade industrializadas), quer para diferenciar as abordagens teóricas aos objectos de estudo (por exemplo se as análises são elaboradas a partir da perspectiva jurídica ou das Ciências Sociais). Desta forma, Sally Merry¹⁰⁰ classificou o pluralismo jurídico em “pluralismo jurídico clássico” e “novo pluralismo jurídico”: o primeiro refere-se às pesquisas em sociedades coloniais e pós-coloniais, analisando a intersecção entre a “lei indígena” e a lei europeia e as relações entre colonizador e colonizado; e o segundo foca-se em pesquisas realizadas a partir de finais da década de 1970 nos países industrializados da Europa e nos Estados Unidos da América sobre relações entre grupos dominantes e grupos subordinados (como minorias étnicas ou grupos imigrantes), e nas formas

⁹⁶ MERRY, Sally E, ...1988,....., apud PATRICIO, Ana Esteves, *ob., cit.*, p.39.

⁹⁷ GRIFFITHS, John, 1986,.....apud. PATRICIO, Ana Esteves, *ibidem*, p.39.

⁹⁸ RIBEIRO, Gonçalo A, 2007..... apud PATRICIO, Ana Esteves, *ibidem*, p.39.

⁹⁹ PATRICIO, Ana Esteves, *ibidem*, p.39.

¹⁰⁰ MERRY, Sally E., 1988..... apud PATRICIO, Ana Esteves, *ob., cit.*, p.39.

não-oficiais de ordenamento localizadas em redes sociais ou instituições. Aqui a autora aplica o conceito na abordagem das sociedades industrializadas do Norte¹⁰¹.

Ainda na mesma perspectiva, Boaventura de Sousa Santos acrescentou um terceiro período, tendo como matérias de análise, para além das ordens locais e infra-estatais, as ordens jurídicas transnacionais e supra - estatais¹⁰². Nisso, enquanto na terceira fase, no contexto de combinação entre o pluralismo jurídico nacional e o pluralismo jurídico supranacional, Boaventura de Sousa Santos, reitera a ideia de “porosidade das ordens jurídicas”, afirmando que a maior densidade de relações, propiciada pela globalização, tornam as diferentes ordens normativas mais abertas e permeável a influência mútua. O autor diz ainda que vivemos “num mundo de hibridações jurídicas, uma condição a que não escapa o próprio direito nacional estatal”. Esta hibridação acontece também ao nível micro, na medida em que os cidadãos e os grupos sociais organizam as suas experiências segundo o direito oficial estatal, o direito consuetudinário, o direito comunitário, local, ou o direito global, e, na maioria dos casos, segundo complexas combinações entre as diferentes ordens jurídicas. A esta fenomenologia jurídica que Boaventura de Sousa Santos dá o nome de interlegalidade”¹⁰³.

Em conformidade com Boaventura de Sousa Santos, o pluralismo jurídico está presente em todas as sociedades contemporâneas e elas são jurídica e judicialmente plurais. O autor avança com a ideia de que o facto de só um deles ser reconhecido oficialmente tal afecta naturalmente o modo como os outros sistemas operam na sociedade¹⁰⁴. Para Boaventura de Sousa Santos, falar do pluralismo jurídico, temos a ideia de que numa dada unidade geopolítica coexistem vários sistemas jurídicos¹⁰⁵. Ainda na óptica desse autor, as sociedades contemporâneas são, em termos sociojurídicos, ordenadas por uma pluralidade de ordens jurídicas inter-relacionadas e socialmente distribuídas de diversas formas. Na óptica do autor a expressão “pluralismo jurídico”.

tem uma conotação normativa, pelo facto de ser algo positivo, porque pluralista ou, pelo menos, é melhor do que aquilo que lhe for contraposto como não sendo pluralista. Na óptica do autor há desajustamento do pluralismo jurídico logo na sua origem como conceito científico, surgido por altura da passagem do século XIX para o século XX, como resultado de uma reacção contra o centralismo ou exclusivismo jurídicos do Estado, assente na ideia que, na realidade prática da vida jurídica, o direito estatal estava longe de ser o único no ordenamento normativo da vida social e que muitas das vezes, não era sequer o mais importante¹⁰⁶.

¹⁰¹ MERRY, Sally Engle, 1988apud ARAÚJO, Sara, *ob., cit.*, p.39.

¹⁰² SANTOS. Boaventura de Sousa. *O Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico, ob., cit.*, 2003, p. 55.

¹⁰³ *Ibidem*, pp. 49-55

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 48.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 52.

¹⁰⁶ SANTOS. Boaventura de Sousa, *O Estado heterogéneo e o pluralismo jurídico, ob., cit.*, p. 53.

Ainda em conformidade com o autor¹⁰⁷, foi graças a consolidação e expansão do Estado Constitucional liberal e a conversão da hipótese jurídica positivista numa tese hegemónica sobre o direito, o centralismo e o exclusivismo jurídico do Estado onde converteu-se num dado consensual, momento em que o direito passa a ser o direito do Estado. Em que os pluralistas jurídicos coube-lhe o ónus de definir o direito de modo a legitimar a existência de outros direitos para além do direito estatal. Ainda o autor avança com a visão de que uma pluralidade de ordens jurídicas, que coexistem de formas diversas nas sociedades contemporâneas, permite revelar toda a dimensão da regulação social permitida pelo direito moderno, bem como a capacidade emancipatória do direito.

Buscando o entendimento do Jonh Griffiths, estas três fases anteriormente apontadas diferem na forma dinâmica com que o pluralismo jurídico passou a ser concebido, em que no primeiro período (pluralismo jurídico clássico), era entendido como a presença de ordens normativas paralelas, o que significou a existência dos direitos costumeiros os direitos dos povos indígenas e do direito do europeu. No segundo período, a ideia de interligação entre os direitos passa a integrar as abordagens dos cientistas sociais¹⁰⁸.

O exercício do pluralismo jurídico na sociedade traz consigo alguns aspectos prejudiciais. Por um lado, o pluralismo jurídico é visto como uma força positiva capaz de demonstrar os limites do poder do Estado e por outro considera-se que “não há nada de intrinsecamente bom, progressista ou emancipatório” no pluralismo jurídico porque é um “conceito ambíguo e desadequado”, que surge somente como reacção ao positivismo jurídico. Especificamente no caso africano, a ideia de que o pluralismo jurídico é a única forma de garantir o acesso à justiça para a maioria da população que vive em zonas onde o Estado não conseguiu institucionalizar o seu sistema judicial, e por isso é um aspecto positivo, ou pelo menos representa um “mal menor¹⁰⁹”, coabita com a ideia de que o pluralismo jurídico é negativo porque permite a vigência de aspectos “tradicionais” considerados paradoxais com a modernidade e, como tal, representa uma situação que o Estado pós-colonial deveria erradicar porque constitui um obstáculo à (suposta) democraticidade da justiça¹¹⁰. Existe também a perspectiva mais pragmática de que o

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 53.

¹⁰⁸ GRIFFITHS, Jonh., 1986, pp. 1-55, apud ARAÚJO, Sara, *ob. cit.*

¹⁰⁹ SANTOS, Boaventura Santos, 2003, *ob. cit.*, pp. 47-95.

¹¹⁰ Florêncio, Fernando (2011), “*Pluralismo Jurídico e Estado Local em Angola: um olhar crítico a partir do estudo de caso do Bailundo*”, *Antropologia Portuguesa*, 28, 2011, pp. 95-134. Florêncio, Fernando (2012), “*Autoridades Tradicionais e o Pluralismo Jurídico: Análise Comparada de Dois Estudos de Caso em Moçambique e Angola*”, em

pluralismo jurídico representa uma “concessão” ou “compromisso” transitórios que a administração pós-colonial se vê obrigada a assumir no âmbito do percurso gradual face à “homogeneização” judiciária, o qual se insere nos processos mais amplos de construção ou consolidação do Estado¹¹¹. Outras fundamentações, menos “maniqueístas” e mais “imparciais”, afirmam que “o pluralismo jurídico não é bom nem mau – simplesmente descreve um facto social” decorrente da ideia de que a justiça não é uma fórmula pré-definida à qual basta juntar as leis e as instituições numa estrutura¹¹².

De acordo com Boaventura de Sousa Santos a pluralidade de ordens jurídicas existentes na sociedade actual é mais complexa do que nunca¹¹³. Além da identificação das ordens jurídicas locais e infra-estatais coexistindo de diferentes formas como o direito oficial, estão emergir ordens jurídicas supranacionais que interferem de múltiplas formas nas anteriores¹¹⁴.

Não se trata de direito internacional público convencional, mas sim de imperativos jurídicos concebidos pelos Estados hegemónicos, por agências financeiras multilaterais ou por empresas multinacionais, sobretudo, na área económica, principalmente dos países periféricos e semiperiféricos do sistema mundial, do qual Moçambique faz parte. É nesta visão que Boaventura de Sousa Santos diz:

ordem económica mundial ou sistema económico mundial de Estados tem um Centro (os países capitalistas avançados), uma periferia (os países do chamado terceiro mundo, entre ambos, uma zona intermédia, muito heteroclítica onde coube a maioria dos países socialistas de Estados da Europa do Leste e os países capitalistas semiperiféricos, tais como Portugal, a Grécia, Irlanda e Espanha, isto para limitar à semiperiferia no contexto da Europa. Moçambique pode, assim, ser classificado, como um País periférico¹¹⁵.

Nesse sentido, afirma António Carlos Wolkmer que o pluralismo jurídico apareceu como uma tentativa de redescobrir um novo referencial teórico que atenda à nossa pós - modernidade nos séculos actuais¹¹⁶. Pois, segundo o autor, “os alicerces de uma fundamentação tanto das ciências humanas quanto da teoria geral de direito, não mais conseguem acompanhar as

Helene M. Kyed et al (orgs.), *A Dinâmica do Pluralismo Jurídico em Moçambique*, Maputo, CESAB, pp. 93-112; apud PATRICIO, Ana Esteves, *ob., cit.*, p.40.

¹¹¹ GRIFFITHS, John, 1996, p.7, apud PATRICIO, Ana Esteves, *ob., cit.*, p.40.

¹¹² PATRICIO, Ana Esteves, *ibidem*, p.40.

¹¹³ SANTOS, Boaventura Santos,.....*ibidem*, pp. 47-95.

¹¹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa, *Towards a New Global Common Sense*. London: Words, 2002, pp. 163-351, apud BUCHILI, Beatriz, *ob., cit.*, p.36.

¹¹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa, *Pela Mão de Alice: O Social e o Poder na pós - modernidade*, 3ª ed., São Paulo: Cortez, 1997, p. 93.

¹¹⁶ WOLKMER, António Carlos, 1994, p.156, apud BUCHILI, Beatriz, *ob., cit.*, p.36.

constantes e profundas transformações sociais e económicas porque passam as sociedades capitalistas modernas”¹¹⁷.

Segundo o exposto nos leva a repensar o papel do Estado moderno como detentor exclusivo da produção de normas jurídicas em face de uma nova organização social que está se formando¹¹⁸. Ao contrário da concepção unitária homogénea e centralizadora denominada de “monismo jurídico”¹¹⁹, a teoria do pluralismo vem trazer esta perspectiva epistemológica, tao necessária na conjuntura actual.

De forma geral somos de entendimento de que falar do pluralismo jurídico, evidencia-nos que o direito não depende da sanção do Estado, não se encontrando exclusivamente nas fontes oficiais do direito oficial estatal, ou seja, na em suas normas, como tem advogado Ana Lucia Sabadell¹²⁰. Nesta perspectiva o direito é considerado como manifestação de eficácia de um sistema de regras e sanções, que pode ser observado na prática social e de consciência das pessoas, como por exemplo, além do direito oficial, há o aplicado em diversos grupos e organizações sociais¹²¹. Buscando outra visão do alemão Otto Von Gierke (1841-1921) que: “analisou o direito das várias organizações sociais (corporações – *Genossenschaften*) na Alemanha, sustenta que cada organização possui vontade e consciência e cria suas próprias regras jurídicas”¹²².

Nas últimas décadas foram várias as análises sobre o pluralismo jurídico, sendo o mesmo abordado não só do ponto de vista teórico, mas também do ponto de vista empírico, em que Ana Lucia Sabadell¹²³ divide em quatro concepções: (1). Análises teóricas sobre a interlegalidade: existência de várias normas que interagem entre si; (2). Interessa-se pelas sociedades multiculturais; (3). Refere-se às mudanças do direito internacional, fortalecimento de instituições supranacionais de carácter regional e (4). De interesse da sociologia jurídica, na sua vertente empírica.

No âmbito das quatro concepções, Ana Sabadell se refere à concepção das análises teóricas sobre a interlegalidade em que: “esta é a posição do pós-modernismo jurídico, que

¹¹⁷ *Ibidem*, p.36.

¹¹⁸ *Ibidem*, p.36.

¹¹⁹ *Ibidem*, p.36.

¹²⁰ SABADELL, Ana Lucia, *ob., cit.*, p.120.

¹²¹ *Ibidem*, p.120.

¹²² GIERKE, 1902, apud SABADELL, Ana Lucia, *ob., cit.*, p.123.

¹²³ SABADELL, Ana Lucia, *ob., cit.*, p.125.

considera o monopólio jurídico do Estado superado e acusa a sociologia jurídica de ter caído na armadilha de considerar o direito estatal como o único sistema jurídico existente na sociedade”¹²⁴.

Segundo o exposto assumimos que o pluralismo jurídico é composto pela diversidade de normas que vigem em uma determinada sociedade de forma simultânea, sendo considerada como questão social e em partes como antagonismo ao monismo jurídico, que é o monopólio das normas jurídicas exercidas pelo Estado. O pluralismo jurídico é composto de factos que o identifica, seja do ponto de seu surgimento e manutenção, como também é composto de diversas teorias, levando-se em conta que o direito é facto ideológico. Ao se referir ao pluralismo jurídico leva se em conta a sua análise do ponto de vista sociológico, onde se verifica que não é um facto recente e nem regional, estando espalhado em várias partes do mundo, inclusive sua actuação em Moçambique.

Tendo em vista os vários aspectos reflexivos relativos a evolução e do percurso do pluralismo jurídico ao longo do tempo, podemos ilidir na predisposição de que as sociedades colonias sempre foram consideradas sociedades de pluralismo jurídico. Nisso, Moçambique, enquanto colónia portuguesa, não retira a hipótese de ter sido influenciado pelos traços de uma tradição subjacente de pluralismo jurídico, por ser um País que apresenta uma complexa e diversidade sociocultural e linguística. Porém, admitimos a presunção de que o pluralismo jurídico já existiu em Moçambique mesmo antes da chegada dos colonos portugueses. Visto que o território Moçambicano é e sempre foi constituído por grupos étnico-linguísticos e cada grupo sempre ostentou e ostenta ainda as suas próprias formas de organização sociocultural de produção, distribuição de riqueza, estrutura social, valores próprios e até as normas de regulação próprias, isto é, cada comunidade, grupo étnico regia-se por um direito próprio, baseado nos usos e costumes locais.

O outro factor adjacente a influência do pluralismo jurídico por via colonialismo português, foi a dominação assente na esfera económica e política, o que levou Moçambique ser imposto padrões jurídicos da metrópole, e conseqüentemente passa haver uma ampla supremacia do direito estatal sobre as diversas formas normativas ora existentes.

¹²⁴*Ibidem*, p.125.

CAPITULO 3

MANIFESTAÇÃO DO PLURALISMO JURÍDICO EM MOÇAMBIQUE

3.1. Percurso evolutivo do pluralismo jurídico no Direito Constitucional Moçambicano

A presença do pluralismo jurídico em todas as sociedades tem sido consensual. Nisso, não deixa de lado analisar as especificidades que cada sociedade apresenta e dos vários níveis que cada uma delas vai tomando para a sua consolidação. Moçambique é um País marcado pela experiência de dominação colonial, facto esse que pode considerar-se como um dos pressupostos acentuados do pluralismo jurídico, que pode ajudar – nos a compreender o seu percurso e as suas especificidades sociojurídicas ao longo do tempo até aos dias de hoje.

A quantidade e diversidade de ordens normativas e de instâncias de resolução de conflitos existentes e os mecanismos das interligações estabelecidos para a sua funcionalidade, nos conduz a contextualizar o pluralismo jurídico moçambicano de forma a compreender ou mesmo demonstrar que numa sociedade como a nossa, de uma grande complexidade sociocultural e diversidade de normas consuetudinárias, o direito estatal, tem a pretensão de se constituir uma única forma jurídica entre vários grupos sociais. Contudo não se retira a possibilidade de se admitir que o direito estatal é considerado dominante, mas não é exclusivo. Para o efeito, o pluralismo jurídico, é visto em Moçambique, como uma forma alternativa de levar justiça social às pessoas.

3.1.1. Pluralismo Jurídico no período colonial

A caracterização e percepção da ideia do Direito, ou seja, do pluralismo jurídico na sociedade colonial passa necessariamente por perceber como se deu o encontro entre o colonizador e os povos nativos. Não obstante, a acção colonizadora foi se fazendo através das conquistas, usando a diplomacia (alianças), as expedições e a influência missionária. A Igreja Católica, dentro da sua missão evangelizadora, uniu-se ao poder colonial europeu e aquela foi usada como elemento disciplinador e catequética dos povos nativos. Esta aliança fez com que a Igreja chamasse a si as duas jurisdições, a eclesiástica e a secular¹²⁵.

¹²⁵ HENRIQUES, Henriques, *O Direito Internacional e a Constituição de Moçambique: Encontros e Desencontros à luz do Pluralismo Jurídico Global*, Tese de Doutoramento em Direito Público, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2015, pp. 29-30, disponível no site https://run.unl.pt/bitstream/10362/19529/1/Henriques_2016pdf.pdf, recuperado no dia 25 de Março de 2019.

António Manuel Hespanha escreve que a Igreja detinha uma supremacia nesta aliança que lhe conferia o poder de controlar as políticas do poder colonial. Como resultado desta, a Igreja instituiu um Tribunal (régio) da Inquisição que foi usado como uma instituição, ou seja, um instrumento para disciplinar os nativos e os extratos religiosos dissidentes nas colónias¹²⁶.

A coexistência entre as ordens jurídicas na sociedade colonial foi caracterizada, por um lado, por momentos de riquíssima interacção cultural e normativa e por outro pela aculturação, rejeição e ou supressão dos valores de uma ordem pela outra. O pluralismo de normas que caracteriza o período da coexistência colonial tinha como pressuposto o resgate da cultura e dos usos e costumes dos nativos, cuja evolução civilizacional era classificada por atrasada, retrógrada e estacionária e, a sua transformação em Direito de uma sociedade civilizada¹²⁷. Nesse horizonte J. Cunha acentua, justificando a dicotomia de sistemas jurídicos com base em critérios culturais, refere que “só quando as populações a que se aplica este Direito evoluírem, superando a sua actual situação cultural, é que poderá acabar com a distinção entre os sistemas jurídicos por que se regem não indígenas e indígenas (...). Tudo o que se faça antes deste momento no sentido da unificação, é prematuro, precipitado e perigoso e está condenado a falhar porque os factos necessariamente se sobreporão ao que for legislado”¹²⁸.

Jonh Griffiths considera que o pluralismo jurídico vigente nos Estados colonizadores assumiu carácter jurisdicional, fraco ou clássico, em contraposição ao pluralismo jurídico forte, profundo ou novo, que lhe sucedeu na era pós-colonial. Assim, no caso Português, o direito consuetudinário foi basicamente enquadrado no Estado Colonial. Segundo esta autora” ao mesmo tempo que a legislação europeia ou ocidental era imposta aos súbditos coloniais, também se reconhecia que essa legislação era inadequada em certos casos, como por exemplo para reger a vida familiar de pessoas sub-rogadas que a regulamentação dessas questões devia ser deixada a cargo do direito local, consuetudinário ou indígenas desse grupo. Assim, tornou-se necessário efectuar um estudo dessas formas de legislação para prever a sua incorporação no enquadramento do estado Colonial¹²⁹.

¹²⁶ HESPANHA, António Manuel, *Os Juristas como Couteiros. A Ordem na Europa Ocidental dos inícios da idade moderna*, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, *Análise Social*, Vol., XXXVI (161), 2001, 1183 – 1208), p. 15, apud HENRIQUES, Henriques, *ob., cit.*, pp.30-31.

¹²⁷ HENRIQUES, Henriques, *ibidem*, p.30.

¹²⁸ CUNHA, J. M. da Silva, *Questões ultramarinas e Internacionais* (Direito e Política), Lisboa, Edições Ática, Colecção Jurídica Portuguesa, 1960, p. 79, apud SERRA, Carlos Manuel, *ob., cit.*, p.123.

¹²⁹ GRIFFITHS, Ane, *Pluralismo Jurídico, Justiça e Direitos Humanos, Reavaliando o Direito numa Era Transnacional. A dinâmica do Pluralismo Jurídico em Moçambique*, Maputo, Centro de Estudos Sociais, Aquino de Bragança, 2012, p.37, apud SERRA, Carlos Manuel, *ibidem*, p. 123.

Certamente este facto conduziu ao surgimento de um sistema duplo de teoria do direito, que concedeu primazia ao direito ocidental ou europeu, estadual ou escrito, sobre o direito consuetudinário ou indígena, de matriz oral, com recurso ao mecanismo da cláusula de repugnância, culminando, portanto, no estabelecimento de uma relação de desigualdade entre as ordens normativas, e que, em caso de conflito, se traduzia na subordinação do direito consuetudinário em relação ao direito ocidental ou europeu¹³⁰. Segundo exposto, pode-se ilidir que a visão ou abordagem patente era centralizada e legalista, que, claramente, colocava o direito estatal numa posição de superioridade em relação aos demais não estatais.

O pluralismo jurídico vigente na administração colonial, traduzido na situação criada através do Decreto de 18 de Novembro de 1869, não assentou na diversidade cultural juridicamente protegida, isto é, na coexistência de múltiplas ordens jurídicas, colocadas ao mesmo nível, desprovidas de relações de desequilíbrios, pelo facto de colocar, de um lado a ordem jurídica portuguesa e, de outro lado, um conjunto de ordens jurídica percebidas como inferiores. Logo foi estabelecida uma fronteira civilizacional que separava as populações civilizadas, sujeitas ao Código Civil, das populações não civilizadas, regidas, na sua vida privada, por usos e costumes, cujo desaparecimento progressivo era visto como uma consequência natural da colonização europeia¹³¹.

No entanto, José Capela, partindo da mesma linha de pensamento da Cristina Nogueira Silva, considera que “o colonialismo nunca teve qualquer consideração que fosse, pelos valores da sociedade clânica ou tribal. O indigenato, se foi codificado, foi-o exclusivamente para liquidar à nascença qualquer veleidade de reconhecimento de direitos a um negro. O que subsistiu das culturas tradicionais ficou a dever-se não a qualquer consideração de administração por elas, mas à sua incapacidade para as destruir de tudo”¹³².

No período colonial, o pluralismo jurídico em Moçambique, ganhou a sua forma expressiva com a Política Indígena que data desde a primeira reforma colonial de 1907, através do Decreto de 23 de Maio de 1907 sobre a Organização Administrativa do Distrito de Moçambique, onde estabelecia a política indígena, seguida da Constituição Republicana de 1911 e da Lei de 15 de Agosto de 1914 (Lei orgânica da administração civil das províncias ultramarinas). Esta Política

¹³⁰ KYED, Helene Maria e TRINDADE, João Carlos,..... p.24, apud SERRA, Carlos Manuel, *ob., cit.*, p.124.

¹³¹ SILVA, Cristina Nogueira, *Codificação de usos e Costumes na Doutrina Colonial (séculos XIX-XX), Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, nº 33-34, t.II, 2004-2005, 899-921 (14), apud SERRA, Carlos Manuel, *ibidem*, pp. 127-128.

¹³² CAPELA, José, *Imposto de Palhota e a Introdução do Modo de Produção Capitalista nas Colonias*, Porto Afrontamento, 1977, p.248, apud SERRA, *ibidem*, p. 128.

esteve sujeita a várias alterações¹³³, tendo ganho vigor e firmeza com a subida do António de Oliveira Salazar ao poder. Foi no Governo de Salazar que as reformas de 1926 ganharam forma e vitalidade. Este Governo publica o Acto Colonial através do Decreto n.º 18570/1930, de 18 de Junho, cujo Título II estabelecia os princípios a que a Política Indígena se deveria subordinar¹³⁴.

Em conformidade com Carlos Manuel Serra, o sistema de administração de justiça colonial havia sido concebido numa dimensão bipolar, que assentava em dois sentidos: o primeiro, o direito positivo/estatal, de cariz metropolitano, cujas directrizes eram baseadas na legislação aprovada em Portugal e que vigoram às colónias, mas esse direito era aplicável aos cidadãos nacionais e estrangeiros residentes nas colónias. Segundo, legislação aprovada pelo Estado colonial exclusivamente direccionada aos indígenas, que versava matérias pré – determinadas, como por exemplo o trabalho indígena, remetendo espaço para aplicação dos diversos direitos consuetudinários nas relações entre indígenas¹³⁵.

Nesse prisma, o Acto Colonial de 1933, incorporado na Constituição Portuguesa, preceituou que “nas colónias atender-se-á ao estado de evolução dos povos nativos, havendo estatuto especial dos indígenas, que estabelece para estes, sob influência do direito público ou privado português, regimes jurídicos de contemporização com os seus usos e costumes individuais, domésticos e sociais, que não sejam incompatíveis com a moral e com os ditames de humanidade”¹³⁶. Paralelamente a esse aspecto, a Carta Orgânica do Império Colonial Portuguesa de 1933 previu preceito similar, acrescentando, na parte final, a condição de que tais usos e

¹³³ A proclamação da República em Portugal em 1910 trouxe para as colónias portuguesas incluindo Moçambique uma nova designação – Província Ultramarina. O Congresso da República no cumprimento das directrizes constitucionais apresentou duas propostas de lei: Lei Orgânica de Administração Civil das Colónias e a Lei Orgânica da Administração Financeira das Colónias. Estes dois instrumentos foram adoptados e designados por Leis n.º 227 e 228, publicados em 15 de Agosto de 1914. O Dec - Lei nº 277 de 15 de Agosto de 1914, Lei Orgânica de Administração das Colónias, teve como pressupostos as Leis-bases n.º 16, 17 e 18. Em 1920 as Leis n.º 277 e 278 foram substituídos por Decreto n.º. 7008, de 9 de Outubro, Nova base Orgânica de Administração Civil e Financeira das Colónias. A este Decreto junta-se o Decreto n.º 7030 de 9 de Outubro e as Leis n.º 1030 e 1511, de 20 de Março de 1921 e 1 de Dezembro de 1923 respectivamente, criadas de acordo com os mesmos princípios da Lei n.º 277, que passaram a regular a administração colonial. A Revolução de 28 de Maio, de 1926, fez surgir um novo Governo e com este inicia uma sistematização de princípios da política colonial para com as colónias de uma forma individualizada para adequar a especificidade de cada colónia. Assim, para o efeito, foi criado um novo Decreto n.º 12533, de 23 de Outubro de 1926, sobre o Estatuto Político Civil e Criminal dos indígenas para as Colónias de Angola e Moçambique que conjugaria com o Decreto 12421 que aprova as Bases Orgânicas da Administração colonial. Pouco depois, o Decreto n.º 12533 foi substituído pelo Dec. n.º 16478, de 22 de Junho de 1929, que aprova o Estatuto Político, Civil e Criminal dos indígenas da Guiné, Angola e Moçambique. Na mesma ocasião publica-se o Decreto n.º 16474, sobre a orgânica das relações de Direito Privado entre os indígenas e não indígenas. (HENRIQUES, Henriques, *ob., cit.*, p. 37.)

¹³⁴ HENRIQUES, Henriques, *ibidem*, p. 37.

¹³⁵ SERRA, Carlos Manuel, Estado, *ob., cit.*, p. 121.

¹³⁶ Cfr. art. 22º do Acto Colonial aprovado pelo Dec. -Lei nº 22465, de 11 de Abril de 1933 - Publicado no Diário do Governo, Suplemento, com alterações constantes da Lei nº 1900, de 21 de Maio de 1935.

costumes não sejam incompatíveis com “o livre exercício da soberania portuguesa”, aludindo ainda à procura do seu “lento aperfeiçoamento”¹³⁷. Este mesmo instrumento previu que, para a resolução das questões entre indígenas pudessem ser investidos nas funções de julgar funcionários, tribunais especiais ou as próprias autoridades administrativas locais¹³⁸.

Em 1933 foi também publicado o Decreto-Lei n.º 23288/1933, de 15 de Novembro, que aprovava a Carta Orgânica do Império Português e o Decreto n.º 23229/1933, de 15 de Novembro, sobre a Reforma Administrativa Ultramarina (RAU). Com a RAU implanta-se o sistema de *indirect rule*, onde no mesmo espaço passaram a coexistir oficialmente duas ordens jurídicas, a colonial, por um lado e, a gentílica, por outro lado. No âmbito da política e organização administrativa, a colónia ou Província Ultramarina subdividia-se em conselhos ou circunscrições e estas em freguesias ou postos administrativos.

De acordo com a RAU, a população urbana, ou seja, civilizada era regulada com base no Direito Ultramarino Português e submetidos à jurisdição dos Tribunais Judiciais. As populações não civilizadas, nativas, circunscritas às regedorias eram reguladas através dos usos e costumes e tradições dos indígenas. Todavia, o poder judicial estava nas mãos dos administradores coloniais. Por outro lado, a estratégia subjacente na organização das autoridades gentílicas estabelecidas na RAU, ao mesmo tempo que reconhecia esta autoridade, impunha-lhe regras quanto ao poder político-administrativo e obrigações aos chefes gentílicos, no desempenho das suas funções. Portanto, “a ideia ou filosofia subjacente na RAU, quanto ao modelo do sistema jurídico a ser desenvolvido nas colónias, visava claramente uma missão civilizacional dos nativos e a reconversão gradual da autoridade tradicional em órgãos auxiliares da administração civil nas colónias”¹³⁹.

Porém, segundo Henriques Henriques, “o sistema jurídico estabelecido na RAU não pode ser classificado como de *indirect rule* e nem do *direct rule*. Este sistema oscila entre os dois sistemas acima, todavia não pode ser caracterizado como híbrido, talvez algo “misto, cafuço e descaracterizado”¹⁴⁰”

Olhando para estes dispositivos legais pode-se admitir, eventualmente, que havia traços de um pluralismo jurídico que se desenhou ao longo do período de ocupação colonial efectiva. Nesse aspecto, Silva, afirma que, “o pluralismo jurídico no período colonial constitui um

¹³⁷ Cfr. art. 246º da Carta Orgânica do Império Colonial Português de 1933, aprovada pelo Dec. nº 23.228, de 15 de Novembro de 1933, mandada publicar novamente, com alterações, pela Portaria nº 8.699, de 5 de Maio de 1937, rectificada pela Portaria nº 8.730, de 3 de Junho de 1937.

¹³⁸ Cfr. art. 190º, § 2º da Carta Orgânica do Império Colonial Português de 1933.

¹³⁹ Cfr. art. 78º da RAU.

¹⁴⁰ HENRIQUES, Henriques, *ob., cit.*, p. 39.

objecto no qual o Estado colonial se assumiu como pólo ordenador da diversidade, com a correspondente missão de não apenas as regras reguladoras do funcionamento dos sistemas jurídicos plurais, como também os estatutos das populações nelas envolvidas, face à ordem jurídica hegemónica”¹⁴¹ que significa que as populações locais, foram, em termos jurídicos, considerados até ao final do colonialismo, como “indígenas”. Isto demonstra que o sistema colonial baseou-se em postulados de ordem racial, embora não expressamente formal.

Helene Kyed e João Trindade abordam que o princípio do pluralismo jurídico pressupunha um maior controlo das ordens normativas não estatais, visto que o Estado assumia normalmente o poder de definir os respectivos limites de aplicação, com destaques para as áreas de jurisdição, por exemplo o tipo de casos que tais ordens poderiam resolver e que procedimentos poderiam adoptar, não estando propriamente um interesse benigno subjacente ao reconhecimento estatal da diversidade da produção jurídica¹⁴². Na visão desses autores, este princípio representava um significado muito fraco.

Portanto, Brian Tamanaha distancia-se de uma visão estrita ou puramente dualista, paralela ou autónoma de conceber o pluralismo jurídico que vigorou no período colonial, na medida em que o Sistema Jurídico acabou se caracterizando, numa complexa malha de combinações, interpenetrações e influências recíprocas¹⁴³. E o direito colonial teve um papel subjogador em relação ao direito local, e esta relação permitiu a adulteração e mesmo obliteração de muitas instituições de direito costumeiro¹⁴⁴. Na senda do autor, aquilo que o Estado colonial designava como Direito Costumeiro ou consuetudinário mas não era do que uma invenção ou interpretação selectiva do poder colonial ou das Autoridades Tradicionais de modo alcançar a prossecução dos seus próprios interesses ou agendas¹⁴⁵. Para este autor, os conceitos de costumeiro/consuetudinário, tradicional ou indígena não tem base sociológica, constituindo categorias criados para responder a fins predeterminados nas circunstâncias dos períodos colonial e pós - colonial, e que uma vez criados passam a ser utilizadas e a estar presentes em algumas formas de coexistências ou interpenetração com as ordens jurídica estatais¹⁴⁶. Por outro lado, as próprias Autoridades Tradicionais por uma questão de sobrevivência ou manutenção das suas

¹⁴¹ SILVA, Cristina Nogueira,..... (p.2), apud SERRA, Carlos Manuel, *ob., cit.*, p. 122.

¹⁴² KYED, Helene Maria; TRINDADE, João Carlos, *Ibidem, ibidem*, p. 124.

¹⁴³ TAMANAHA, Brian Z, 2008, p. 384, apud SERRA, Carlos Manuel, *ibidem*, p. 128.

¹⁴⁴ WELCH, Gita, 1991, p.105, apud SERRA, Carlos Manuel, *ibidem*, p. 129.

¹⁴⁵ TAMANAHA, Brian Z, 2008, p. 384, apud SERRA, Carlos Manuel, *ibidem*, p. 128.

¹⁴⁶ *ibidem*. p. 128.

relações de privilegiadas de poder, fizeram um intenso e habilidoso uso do Estado Colonial, contribuindo inclusivamente para influenciar ou alimentar a ordem jurídica estatal¹⁴⁷.

Para Carlos Feijó, a realidade plural pode ser enformada por um pluralismo fraco ou formal; ou um pluralismo forte ou material. Em sentido fraco é aquele no qual a lei estadual, ainda num contexto normativo de centralismo legal, admite a existência de diferentes sistemas legais para diferentes grupos sociais; grupos esses recortados em função de uma pertença ou identidade étnica, religiosa, nacional, geográfica.¹⁴⁸. O autor avança mais sustentando que no pluralismo fraco a validade dos sistemas normativos reconhecidos pelo Estado, geralmente os ditos direitos tradicionais ou de origem consuetudinária, reconhecidos pelo Estado, depende da regulação e controlo do sistema normativo estadual¹⁴⁹. Corroborando com este autor, nos subjaz a ideia de que o pluralismo na vertente fraca nos conduz então a ideia de um pluralismo formal. Logo, em conformidade com Carlos Feijó, o reconhecimento integrativo aqui aludido, não se pode considerar pluralismo fraco pelo facto de se fazer depender dos efeitos jurídicos do Direito Consuetudinário das autoridades tradicionais com à norma estadual¹⁵⁰. O autor apoia-se na fundamentação de que o reconhecimento integrativo, isto é, o fenómeno pelo qual o Estado, ao reconhecer como válidas e eficazes as normas e determinado ente social autónomo, as incorpora na estrutura jurídica estadual, não anula a existência de um universo normativo “policêntrico” na dimensão das relações que compõem a vida das diversas comunidades sociais¹⁵¹.

O autor ainda nos traz o fundamento de que a existência de um direito estatal não reduz a essencial valorativa do direito consuetudinário. Nessa amplitude ele acentua que há um duplo efeito a considerar nessa fundamentação: um de dimensão sociológico, em que o Estado não interfere senão limitar abusos ou ofensas inadmissíveis ao Direito (direito declarativo). Nessa dimensão, no essencial do “pacto social” tradicional. Por outro lado, há um efeito jurídico que resulta da predicação de atributos de Direito estadual, que operam ao nível de desempenho da função administrativa para lá da legitimidade consuetudinária. Ou seja, na dimensão do reconhecimento do costume, não pode haver reconhecimento em sentido fraco na medida em que o costume vale por si mesmo, e o Estado apenas vem admitir a sua confirmação¹⁵².

Partindo do exposto, Henriques Henriques, classifica o pluralismo jurídico em contexto colonial, como um pluralismo fraco. Neste contexto, as ordens jurídicas que coexistiam

¹⁴⁷ TAMANAHA, Brian Z, 2008, p. 384, apud SERRA, Carlos Manuel, *ob., cit.*, p. 129.

¹⁴⁸ FEIJÓ, Carlos, *ob., cit.*, p. 125.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 125.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 126.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 126.

¹⁵² *Ibidem.*, p. 127.

dentro do espaço colonial – autoridades tradicionais cujo direito foi transformado em códigos dos usos e costumes dos indígenas – a sua validade dependia do reconhecimento, regulação e controlo do sistema normativo estadual¹⁵³. De facto, avança o autor, intrinsecamente, o que se passava no terreno e no quotidiano dos nativos contrasta com esta ilação. O reconhecimento integrativo dos usos e costumes dos indígenas não diluiu e nem destruiu as autoridades tradicionais. Nesta asserção, podemos concordar com Carlos Feijó quando, em rigor, nega que seja considerado pluralismo jurídico fraco em contextos em que se faz depender dos efeitos jurídicos das ordens jurídicas infra-estatais à conformidade e a adequação à norma estadual. Para o caso em destaque, o reconhecimento integrativo das autoridades tradicionais em contexto coloniais, “não anulou a existência de um universo normativo policêntrico na dimensão das relações que compõe a vida das diversas comunidades sociais”¹⁵⁴.

Cunha propugnava, em 1960, que o reconhecimento dos direitos costumeiros dos povos indígenas era meramente transitório, visto que “constituiu objectivo de toda a política colonial portuguesa, obter o desaparecimento de tal ordem jurídica, através da integração total dos indígenas no agregado nacional”¹⁵⁵.

Quanto ao pluralismo forte ou material, Carlos Feijó acentua que nele admite-se que nem toda norma deriva da ordem estadual; o Direito não é aplicado exclusivamente pelo aparelho administrativo estadual; e a aplicação do Direito não é socialmente uniforme como no caso da lei do Estado¹⁵⁶. Nesta perspectiva, o Direito estadual e as instituições deles dependentes são apenas mais uma das ordens normativas em coexistência em determinada circunscrição normativa plural. O autor pregoa mais na predisposição de que o pluralismo forte traduz um pluralismo material, no sentido de admissão da existência de sistemas autónomos de normas não estaduais¹⁵⁷.

Contudo, o pluralismo jurídico na visão do Estado Colonial usado como um instrumento controlador de Administração do território moçambicano e suas agentes; foi um pluralismo que teve como base na diferenciação de estatuto jurídico dos cidadãos europeus e das populações locais (indígenas). Nessa visão, pode-se compreender que o pluralismo jurídico que vigorou no período colonial consubstanciava-se num dualismo jurídico, com duas perspectivas: a primeira circunscrevia-se no Direito Colonial, de cariz dogmática e burocrática, e a outra, os

¹⁵³ GRIFFITHS, John, *What is Legal Pluralism?*, *Journal of Legal Pluralism*, 24, 1986, p. 4, apud HENRIQUES, Henriques, *ob., cit.*, p.47.

¹⁵⁴ FEIJÓ, Carlos, *ob., cit.*, p. 126.

¹⁵⁵ CUNHA, J. M. da Silva,apud SERRA, Carlos Manuel, *ob., cit.*, p.127.

¹⁵⁶ FEIJÓ, Carlos, *ibidem*, p. 127.

¹⁵⁷ FEIJÓ, Carlos, *ibidem*, p. 127.

direitos costumeiros ou consuetudinários, de base tradicional e oral. Este dualismo era atinente ao exercício do poder de ordem dominador.

Administração colonial serviu-se dos direitos costumeiros para uma codificação, não com o espírito de reconhecer um pluralismo jurídico perspectivado em moldes horizontais, mas sim com o propósito fundamental de melhor conhecer os padrões de pensamento e comportamento das populações locais, com vista ao seu uso e, na maioria dos casos, manipulação na construção do Estado colonial. Nesse sentido Administração colonial tolerou os chamados usos e costumes das populações nativas, numa primeira fase, cuja intenção era de não colocar em causa a ordem imperial e colonial, bem como os bons costumes das nações civilizadas.

No entanto, mesmo com um pluralismo centralizado e controlador do território, cujo carácter era de dominação, determinados direitos costumeiros resistiram às acções de ameaças do estado Colonial e as tentativas de desmantelamento. Consequentemente as comunidades locais continuaram a guiar-se pelas normas e práticas ancestrais que regem as relações de convivências. Deixa-se claro que os moçambicanos nunca deixaram as suas práticas costumeiras, por ser característico em África, como defende M.O. Hinz “ não há um país africano livre de tradições ou livre, ao menos, de certos elementos pertencentes à modernidade ocidental”¹⁵⁸.

3.1.2. Período pós-independência

Para o melhor entendimento acerca das manifestações do pluralismo jurídico no contexto moçambicano, é fundamental, primeiramente, contextualizar, em traços gerais, o decurso do pluralismo jurídico na sociedade pós-colonial. Nesta perspectiva, “na sociedade pós-colonial, o fenómeno do pluralismo jurídico desenvolveu-se dentro de duas tendências. Por um lado, os novos Estados emergidos da descolonização britânica seguiram o hibridismo multicêntrico. Por outro lado, os da ex-colonização portuguesa evoluíram para o hibridismo estatocêntrico”¹⁵⁹. Nesse contexto, os países ex-colonizador não conseguiram desmembrar-se das “sequelas do modelo do sistema jurídico colonial. Por isso as ordens jurídicas plurais possuem traços caracterizadores típicos da colonização como a discrepância entre a ordem política e o controlo administrativo”¹⁶⁰.

Nesse corolário, Boaventura de Sousa Santos traz-nos o entendimento de que “a expressão pluralismo jurídico tem uma nítida conotação normativa. Está expressão, segundo o

¹⁵⁸ HINZ, M.O, *Traditional Governance and African Customary Law: comparative observations from Namibian Perspective*: 61, apud FEIJÓ, Carlos, *ob., cit.*, p. 127.

¹⁵⁹ HENRIQUES, Henriques, *ob., cit.*, pp. 58-59.

¹⁶⁰ HENRIQUES, Henriques, *ob., cit.*, pp. 58-59

autor, não há nada intrinsecamente bom, progressista ou emancipatório. Nesta expressão transporta consigo exemplos trágicos dos estados Coloniais e o Apartheid é o exemplo claro desta realidade”¹⁶¹. Ainda Boaventura de Sousa Santos avança mais ao afirmar que “Disjunção entre o controlo político e o controlo administrativo do território e das populações; deficiente sedimentação de diferentes culturas político-jurídicas no interior do Estado e do Direito oficial; grande turbulência política e institucional, feitas de múltiplas rupturas sucedendo-se em sequências rápidas; crise aguda do Estado, próxima da implosão”, constituem como factores que levam à emergência do fenómeno da pluralidade das ordens jurídicas dentro de um Estado¹⁶².

Segundo Boaventura de Sousa Santos, esta disjunção nunca tornou-se uma das mais resistentes heranças do Estado Colonial em África e está longe de ter sido superada, muito em particular nos PALOP’s. O sobredimensionamento do controlo político em relação ao controlo administrativo é hoje evidente em Moçambique. Em termos administrativos, o Estado debate com o problema que acompanhou desde sempre a criação dos Estados, o problema da penetração do Estado enquanto administração pública e burocrática. A existência deste problema incita à politização do administrativo, sendo, sempre, posto ao serviço do controlo político com o medo de perda do poder¹⁶³.

Na perspectiva do Henriques Henriques,

os novos Estados erguidos no pós-colonialismo constituem um bom exemplo de amostragem e visualização do fenómeno da pluralidade das ordens jurídicas. Nestes Estados pode-se perceber como é árdua a tarefa do controlo da coexistência entre várias ordens jurídicas. Nestes Estados vislumbra-se a difícil articulação de, por um lado, ao se pretender chamar a unidade do Direito e por outro, ao se reconhecer a coexistência das várias ordens jurídicas que circulam dentro do mesmo Estado¹⁶⁴.

A perspectiva apontada pelo autor, ora referenciado, enquadra-se no Estado moçambicano, pelo facto de este caracterizar-se pela existência de diversidade normativa, e consequentemente a sua coexistência, o que conduz ao desenvolvimento do pluralismo jurídico. É nesta senda que em concordância com Boaventura de Sousa Santos, o Estado Moçambicano é um exemplo de Estado de extrema heterogeneidade, caracterizando-se este por conter no seu Direito Estatal “condições sócio-jurídicas que se auto-define como oficial, formal, moderna e nacional,

¹⁶¹ SANTOS, Boaventura Santos, “O Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico”, *ob., cit.*, pp. 52-53.

¹⁶² *Ibidem*, p. 64.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 64.

¹⁶⁴ HENRIQUES, Henriques, *ibidem*, p. 58.

mas em cuja prática jurídica se detecta alguns ou de todos polos das dicotomias, do não-oficial, do informal, do tradicional, do local e do global¹⁶⁵.

O Estado Moçambicano erguido da descolonização em 1975, à semelhança de outros Estados dos anos 60 e 70, adoptou a doutrina marxista e abandonou a estratégia político-administrativa e o Direito Colonial Português. O Direito Colonial Português foi erguido sobre dogmas fundamentais do Direito liberal, assente em padrões e princípios vigentes no Direito Europeu, a saber: o universalismo, a abstracção, a generalidade, o igualitarismo, a soberania e o publicismo¹⁶⁶.

A República de Moçambique, após a proclamação da sua independência do colonialismo português, no dia 25 de Junho de 1975, o País assenta num autêntico Estadualíssimo Jurídico, com contornos do positivismo, sendo apenas o Estado reconhecido o papel de criador de direito, e os Tribunais Populares e os Grupos Dinamizadores – que eram novas estruturas político-administrativas criadas ao nível da base - detinham a função de resolução de litígios. Foi uma experiência em torno do advento de justiça popular¹⁶⁷. Em suma nasce um Estado de ideologia e estrutura marxista-leninista, no qual o Direito se confundia com o Estado e o Estado com o Direito. Criou-se um sistema unitário e um monismo jurídico¹⁶⁸.

Em Moçambique, a justiça popular emerge da desconstrução e desmantelamento do sistema da justiça que vigorou no Estado Colonial. Neste prisma a Constituição da República de 1975 definiu como um dos grandes objectivos da Revolução: “a eliminação das estruturas de opressão e exploração coloniais e tradicionais e da mentalidade que lhes está subjacente”¹⁶⁹. E no capítulo dos tribunais, o Legislador Constituinte atribuiu aos Tribunais a função judicial, a ser levada a cabo através do Tribunal Popular Supremo e dos “demais Tribunais determinados na lei da Organização Judiciária”¹⁷⁰.

O novo poder judiciário viria a ser exercido pelo Tribunal Popular Supremo. Para a concretização desse princípio, foi criada a Lei n.º12/78 de 12 de Dezembro, a Lei Orgânica dos Tribunais Populares. O sistema judiciário passa a ter uma nova organização: no topo encontrava-se o Tribunal Popular Supremo, seguido dos Tribunais Populares Provinciais, Tribunais Populares Distritais e na base os Tribunais Populares dos Bairros ou Localidades. Desta feita nasce uma nova

¹⁶⁵ SANTOS, Boaventura Santos, “O Estado heterogéneo e o pluralismo jurídico”, *ob., cit.*, p. 63.

¹⁶⁶ HESPANHA, António Manuel, *ob., cit.*, p.18, apud HENRIQUES, Henriques, *ob., cit.*, pp. 59-60

¹⁶⁷ Cfr. SERRA, Carlos Manuel, *ob., cit.*, p. 281.

¹⁶⁸ HENRIQUES, Henriques, *ibidem*, p. 60.

¹⁶⁹ Cfr. art. 4º da CRPM /1975.

¹⁷⁰ Cfr. art. 62º da CRPM /1975.

ideia de justiça – justiça popular ou de reconciliação – cujos tribunais eram constituídos por um colégio de juízes eleitos.

A nível dos bairros e localidades, o colégio devia ser constituído, exclusivamente, por juízes não profissionais, escolhidos entre os elementos do Partido, das Forças Populares de Libertação de Moçambique e das Organizações de Massas (OMM, OTM, OJM). Estes tribunais de base deviam julgar “de acordo com o bom senso e a justiça, tendo em conta os princípios que presidem à construção da sociedade socialista”¹⁷¹. Para os Tribunais Populares de outros escalões, para além dos juízes não profissionais, também podiam trabalhar juízes profissionais nomeados pelos Órgãos Centrais, depois de uma formação ou reciclagem jurídico-política socialista¹⁷².

Os Tribunais Populares, Supremo, Provincial e Distrital deviam julgar com base na Lei. Ironicamente, a tal Lei com que deviam julgar foi herdada do colonialismo português, com a ressalva introduzida pelo art. 71º da Constituição da República Popular de Moçambique de 1975, que dispunha o seguinte: “... a legislação anterior no que não for contrária à Constituição mantém-se em vigor até que seja modificada ou revogada”.

Quanto à estrutura administrativa de base, criou-se os Grupos Dinamizadores encabeçados por um secretário. Os Grupos Dinamizadores antes da constituição dos Tribunais Populares de Base e Células do Partido desempenhavam também o poder político, administrativo e judiciário¹⁷³.

A partir destes pressupostos pode-se ilidir que o processo legislativo manteve-se praticamente indiferente em relação ao papel das demais ordens normativas, especialmente às de cariz consuetudinário, pelo menos até 1992, ano em que foram aprovadas a Lei nº 4/92, de 6 de Maio (a Lei que regula o Funcionamento dos Tribunais Comunitários) e a Lei nº 10/92, de 6 de Maio (a Lei da Organização Judiciária). Como escreve Maryse Raynal “os juristas e os governos optaram por um direito uniforme temendo que os direitos costumeiros não colmatassem as clivagens étnicas que eles pretendiam ultrapassar em nome de uma unidade nacional a forjar. (...) recusando-se a encarar a realidade evidente, a justiça moderna eternizava os seus erros mas sempre bem-vindo”¹⁷⁴.

Evidentemente, o pluralismo jurídico, nessa época, não foi visto como um assunto a tomar em consideração no processo de desconstrução do sistema jurídico e judiciário colonial e

¹⁷¹ Cfr. n.º 2 do art. 38º, da Lei n.º12/78 de 2 de Dezembro.

¹⁷² Frelimo (1976) *Documento da 8ª Secção do Comité Central*. Maputo, Departamento de Informação e Propaganda, p. 121, apud SERRA, Carlos Manuel, *ob., cit.*, p.244.

¹⁷³ HENRIQUES, Henriques. *ob., cit.*, p.62

¹⁷⁴ RAYNAL, Maryse, “O Pluralismo Jurídico E Judiciário em África”, revista *Jurídica*, Vol. III, Maputo, Universidade Eduardo Mondlane, p.19, apud SERRA, Carlos Manuel, *ob., cit.*, p. 283.

consequente erguer de um novo sistema, no contexto do Estado Revolucionário. Ademais, “o conceito de pluralismo jurídico encontrava-se demasiado conotado em os desígnios do Estado colonial, ao defenderem soluções plurais, ou, melhor dizendo duais, sendo que de um lado o direito estadual, dirigido aos cidadãos, e do outro lado, os direitos costumeiros, aplicáveis aos nativos ou indígenas”¹⁷⁵.

É importante reter que a negação da diversidade jurídica que caracteriza e rege as relações entre os membros das comunidades locais e entre estes para com o respectivo meio, na linha daquilo que Moçambique fez após independência, não se revelou como uma solução adequadamente realista, posto que os direitos costumeiros continuaram a ser seguidos, disputando o seu espaço com o Direito estatal.

Hans Abrahamsson e Anders Nilson despertam-nos que o facto de haver condenação e marginalização das Autoridades Tradicionais, bem como das práticas religiosas e tradicionais, não se logrou alcançar grandes impactos juntos das comunidades locais, na medida em que continuaram a ter uma forte presença e legitimidade durante os anos mais difíceis¹⁷⁶.

Como escreve Henriques Henriques, o grau da coexistência, desenvolvimento e intensidade das ordens e normas jurídicas dentro destes espaços jurídicos estaduais ditam o tipo de pluralismo jurídico que pode ser forte, fraco ou médio. Esta classificação toma em conta as margens ou o campo que a ordem jurídica estadual deixa ou permite para a coexistência das várias ordens jurídicas entre elas e estas com aquela¹⁷⁷.

Concordamos com Henriques Henriques que na caracterização do pluralismo jurídico moçambicano pós-independência e do período socialista, o Estado adoptou o modelo ou a ideia do monismo forte, onde as ordens jurídicas infra-estatais foram abolidas. De acordo com esta posição extrema do Estado socialista, *a priori*, não podia existir o pluralismo jurídico no espaço jurídico estadual moçambicano¹⁷⁸.

Que lugar para o Direito Tradicional ou Costumeiro na nova Constituição de 1975?

¹⁷⁵ HONWANA, Gita, “No Tempo Colonial – Justiça que Mata para Dilatar a Fé e o Império”, *Justiça Popular*, nº 10, Edição Especial de 25 de Junho de 1985, Maputo, Ministério da JUSTIÇA, Gabinete de Estudos, p.15. apud SERRA, Carlos Manuel, *ibidem.*, p. 283.

¹⁷⁶ ABRAHAMSSON, Hans; Nilson, Anders, *Moçambique em Transição, - Um estudo da história de desenvolvimento durante o período 1974 -1992*, (Tradução de Dulce Leiria), Maputo, PADRIGU/CEEI – ISRI, pp. 255-256.

¹⁷⁷ HENRIQUES, Henriques, *ob., cit.*, p.72

¹⁷⁸ HENRIQUES Henriques, *ob., cit.*, p.72.

O Direito Costumeiro ou Tradicional outrora reconhecido pelo Estado colonial, em circunstâncias específicas e descritas atrás, deixou de ser reconhecido, ou seja, foi revogado, ao abrigo do art. 71º da Constituição da República Popular de Moçambique de 1975. O legislador de então passou a reconhecer um único regime de jurisdição. Este, de acordo com o artigo 63º da Constituição de Moçambique de 1975 ao dispor que “o Tribunal Popular Supremo promoverá a aplicação uniforme da Lei para todos os tribunais ao serviço dos interesses do povo moçambicano” e suprime todas as outras jurisdições coexistentes na sociedade.

Quanto ao Direito Tradicional ou Costumeiro de facto, contrariamente ao que se podia esperar, partindo do pressuposto de que o Direito Tradicional e Costumeiro deixaria de existir e de ter valor jurídico perante o Estado. As suas instituições já não mais podiam ser reconhecidas como instituições sociais pelo Estado. Estas, de facto, foram sempre seguidas clandestinamente de *jure* à margem do Estado Socialista¹⁷⁹.

Esta realidade vem confirmar a posição de Griffiths quando denuncia o centralismo ou o monismo jurídico dizendo que este é um mito porque assenta numa ideia errada. Para este autor a validade normativa das instituições infra-estaduais não tem que estar subordinadas às leis e instituições do Estado e as normas do Estado são as únicas leis ordenadoras da vida em sociedade¹⁸⁰.

O pluralismo jurídico moçambicano no período pós-socialismo – Estado de Direito Democrático – dada as aberturas e reconhecimento do Estado às autoridades tradicionais e aos vários sistemas normativos e de resolução de conflitos, avaliado pela sua intensidade e o grau de litigiosidade nela existente, é classificado como um pluralismo jurídico não fraco e nem forte, mas tendencialmente forte¹⁸¹.

3.1.3. O Pluralismo Jurídico nas Constituições de 1990 e de 2004

A Constituição da República de Moçambique de 1990 foi aprovada ainda pela Assembleia Popular em 2 de Novembro de 1990 e com início de vigência a 30 de Novembro do mesmo ano, seguiu no fundamental a sistematização estabelecida na CRPM, de 1975¹⁸². No que

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 73.

¹⁸⁰ GRIFFITHS, John, 1986, *What is Legal Pluralism?*... ob. cit., p.4. *apud* HENRIQUES, Henriques, *ibidem*, p.73

¹⁸¹ Por exemplo, o pluralismo jurídico angolano, decorrente das formas de reconhecimento do Direito Costumeiro e Tradicional, assim como do modelo dualista de forma híbrida sendo classificado por pluralismo ou dualismo de média intensidade. Vide, FEIJÓ, Carlos, *ob. cit.*, p. 128.

¹⁸² “TITULO I (Princípios Fundamentais) - Capítulo I (A República), Capítulo II (Nacionalidade), Capítulo III (Participação na vida política do Estado), Capítulo IV (Organização económica e social), Capítulo V (Defesa nacional); Capítulo IV (Política externa); TITULO II – Direitos, deveres e liberdades fundamentais: Capítulo I

tange ao texto constitucional de 16 de Novembro de 2004 (actual Constituição da República), foi elaborado, segundo Jorge Bacelar Gouveia, no âmbito de um procedimento constitucional democrático, de cariz parlamentar e presidencial, já em ambiente de parlamento pluripartidário. Nesse contexto, a legitimidade do texto constitucional surgiria reforçada por dimanar de um parlamento sufragado por eleições multipartidárias¹⁸³. Este aspecto demarca uma diferença em termos de legitimidade dos dois textos constitucionais, embora a Constituição de 1990 tenha introduzido, no seu texto, o modelo de Estado de Direito Democrático.

Segundo o exposto, podemos concordar na perspectiva do Jorge Gouveia, que a Constituição de 2004 manteve a identidade constitucional inaugurada em 1990, a qual não foi tolhida e dela se apresentando como um aprofundamento jurídico-constitucional. Nisso, a Constituição de 2004, multiplicou preceitos constitucionais em relação a CRM de 1990 (dos 206 para 306)¹⁸⁴, dando para o efeito, relevo do foro de aperfeiçoamento regulativo de certos institutos e da adição de mais direitos e liberdades do que propriamente de uma intenção de romper com o regime constitucional pré - existente¹⁸⁵.

A Constituição de 1990 previa como objectivo do Estado moçambicano, a “afirmação da personalidade moçambicana, das suas tradições e mais valores socioculturais¹⁸⁶”.

Da análise desta Constituição de 1990, ilidimos que a mesma não faz referência ao Direito Costumeiro. Nesse prisma, o Pluralismo Jurídico não foi acomodado na *Lex Fundamentallis*, mas vigente no percurso de edificação do Estado Moderno.

Segundo Henriques Henriques, a Constituição de 1990 embora não tivesse reconhecido oficialmente os vários sistemas normativos e de resolução de conflito, com a introdução do sistema democrático e o multipartidarismo várias instituições sociais de resolução de conflitos e de segurança das populações, em letargia, emergiram como forças vivas e alternativas na solução dos problemas vividos dentro das comunidades¹⁸⁷. Ainda o autor acentua

(Princípios gerais), Capítulo II (Direitos, deveres e liberdades), Capítulo III (Direitos e deveres económicos e sociais), Capítulo IV (Garantias dos direitos e liberdades); TÍTULO III – Órgãos do Estado: Capítulo I (Princípios gerais, Capítulo II (Presidente da República), Capítulo III (Assembleia da República), Capítulo IV (Conselho de Ministros), Capítulo V (Conselho Nacional de Defesa e Segurança), Capítulo VI (Tribunais), Capítulo VII (Procuradoria – Geral da República), Capítulo VIII (Conselho Constitucional), Capítulo IX (Órgãos Locais do Estado), Capítulo X (Incompatibilidades); TÍTULO IV (Símbolos, moeda e capital da República); TÍTULO V (Revisão da Constituição); TÍTULO VI (Disposições finais e transitórias) ”- GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Direito Constitucional de Moçambique*, IDiLP, Lisboa/Maputo, 2015, p.117.

¹⁸³ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *ibidem*, p.119.

¹⁸⁴ Com a Revisão Pontual de 2018, a Constituição de 2004, passa a ter 313 preceitos.

¹⁸⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *ibidem*, p.121.

¹⁸⁶ Cfr. art. 6º, alínea g) da CRM de 1990.

¹⁸⁷ HENRIQUES, Henriques, *ob., cit.*, p. 366.

que no âmbito da justiça e segurança, constatou-se que vários intervenientes sociais emergiram e posicionaram-se como alternativas não estadual de resolução de conflitos dentro das comunidades, tais como: autoridades tradicionais, os secretários das aldeias, os tribunais comunitários, as diversas organizações da sociedade civil, tais como: Mulher, Lei e Desenvolvimento (MULEID), Liga dos Direitos Humanos (LDH), Associação dos Médicos Tradicionais (AMETRAMO), Organizações não-Governamentais (ONGs), Conselhos de Policiamento Comunitários (CPCs), Confissões Religiosas (Igrejas), etc¹⁸⁸.

A introdução do Estado de Direito Democrático através da Constituição de 1990 ditou o fim do monopólio do Estado Moçambicano sobre a soberania da legislação nacional que impedia e ofuscava outras fontes de Direito nacionais e internacionais. É nesse âmbito que aquela *Lex fundamentallis*, não reconheceu o pluralismo jurídico, embora reconheça o pluralismo de várias expressões, tais como a cultura, a tradição, a linguística, a religiosa, não reconhecia o pluralismo jurídico¹⁸⁹. O pluralismo jurídico veio a ser reconhecido na Constituição da consolidação do Estado de Direito Democrático em 2004. O artigo 4º da Constituição de Moçambique de 2004 dispõe que “o Estado reconhece os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos que coexistem na sociedade moçambicana na medida em que não contrariem os valores e os princípios fundamentais da Constituição”.

Porém, autores como Helene Kyed e João Trindade, entendem que a consagração do princípio do pluralismo jurídico na Constituição vigente, pode-se esgotar por si própria, ficando, no entanto, no mero reconhecimento formal por parte do Estado da existência de ordens jurídicas e instituições de resolução de conflitos não estatais, não se dando o passo subsequente – isto é, não se desenvolvendo a necessária regulamentação nacional que defina as respectivas áreas de jurisdição e os mecanismos de referência entre os provedores estatais e não estatais¹⁹⁰.

Na senda desta questão deve – se entender que a grande diversidade cultural em Moçambique, onde estão presentes formas diferentes de regulação social, traduz-se, entre outros, na presença de instâncias não oficiais de resolução de conflitos. Mais ainda, os problemas no acesso ao sistema de justiça central fazem com que, para a maioria da população, a via não oficial se torne a única alternativa, seja através das estruturas políticas, seja através das instâncias de poder tradicional e religioso. Porém, a alternatividade dos mecanismos de acesso a justiça nem sempre favorece aos cidadãos devido a “fragmentação e heterogeneização do Estado”¹⁹¹; a “ilusão de

¹⁸⁸ *Ibidem*, p.366.

¹⁸⁹ Cfr. n.º 2 do artigo 5º, alínea g) do art. 6º, n.º3 do art. 9º e o art. 53º, ambos da CRM de 1990

¹⁹⁰ KYED, Helene Maria; TRINDADE, João Carlos, *Apud* SERRA, Carlos Manuel, *ob., cit.*, p. 461.

¹⁹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa, *O Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico, ob., cit.*, p. 48.

centralidade” do sistema judicial, quando na prática a primeira instância do sistema judicial são os tribunais comunitários¹⁹².

No palafraçado do Boaventura de Sousa Santos a esse respeito salienta que “ apesar de o paradigma do Estado moderno pressupor que em cada Estado só há um direito e que a unidade do Estado pressupõe a unidade do direito, a verdade é que, sociologicamente, circulam na sociedade vários sistemas jurídicos e o sistema jurídico estadual nem sempre é, sequer, o mais importante na gestão normativa do quotidiano da grande maioria dos cidadãos”¹⁹³.

Na esteira da Constituição de 1990, foi aprovada uma nova Lei de Organização Judiciária em 1992, que excluiu da justiça formal os então tribunais populares de comunidade, que formavam a base do sistema de administração da justiça, e que foram categorizados como Tribunais Comunitários, regidos pela lei própria (Lei nº 4/92, de 6 de Maio). Estes Tribunais, embora institucionalmente adstritos ao Ministério da Justiça, foram funcionando com muitas dificuldades e fora do sistema formal da administração da justiça, e muito próximos das populações.

Segundo o exposto pode-se acomodar a ideia de que as Constituições de 1975 e de 1990 estabelecem e vinculam claramente a importância da unidade nacional, assim como a integridade do Estado como premissa básica, no sentido de evitar o separatismo e o tribalismo. Estes dois últimos elementos foram e continuam a ser vistos como factores de desagregação dos Estados africanos, consubstanciados em guerras étnicas e tribais¹⁹⁴.

O problema da Unidade Nacional tornou-se um obstáculo para a tomada de uma posição clara do Estado no sentido de assumir que neste país os membros dos grupos étnicos, mesmo que estes não sejam considerados minorias, são livres de preservar e desenvolver a sua própria cultura¹⁹⁵.

Que manifestações do pluralismo jurídico na Constituição de 2004?

O grande debate sobre o reconhecimento ou não do pluralismo jurídico em Moçambique antes da Constituição de 2004 esteve em volta do protagonismo político e partidário. Para uns, o reconhecimento do pluralismo jurídico constituía um imperativo do desenvolvimento

¹⁹² TRINDADE, João Carlos; PEDROSO, João, *A Caracterização do Sistema Judicial e do Ensino e Formação Jurídica.* - In: B.S. Santos e João Carlos Trindade (org.), *Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique*, Vol. I, cap. 8, Porto: Afrontamento, 2003, pp. 316-317.

¹⁹³ SANTOS, Boaventura Santos, *ibidem*, pp.63-65.

¹⁹⁴ HENRIQUES, Henriques, *ob., cit.*, p. 372.

¹⁹⁵ HENRIQUES, Henriques, *ob., cit.*, p. 373.

e consolidação do Estado de Direito Democrático. Para outros, seria o retorno às políticas coloniais e ou uma estratégia dos detentores do poder político para instrumentalizar as comunidades tradicionais e obter vantagens¹⁹⁶. Ainda nesta perspectiva podem ser apontados os principais factores que impulsionaram a consagração constitucional do pluralismo jurídico em 2004, contra a resistência monista instalada pela Constituição de 1975 e a implantação do Estado socialista. De entre estes factores pode-se destacar a convergência de influências do insucesso das reformas das instituições estatais, a alteração das políticas dos doadores e o interesse político subjacente ao pluralismo jurídico¹⁹⁷.

O estudo coordenado pelo Centro de Formação Jurídica e Judiciária sobre o “Conflito e Transformação Social: uma paisagem das justiças em Moçambique” publicado em 2003¹⁹⁸, apontava para a incapacidade e a inoperância das instituições estatais de administrar uma justiça e uma segurança satisfatória, por falta de recursos humanos e materiais, assim como, pela corrupção generalizada. De facto, esta inoperância das instituições de administração da justiça fez com que ignorasse as necessidades dos cidadãos mais desfavorecidos, que clamam cada vez mais para uma justiça, que se assente mais na reparação, nos casos em que os seus direitos fossem violados.

O reconhecimento do pluralismo jurídico implica aceitar a coexistência de concepções jurídicas diferentes. A coexistência significa primeiro aceitar o outro como um concorrente igual a si. Segundo, trata-se de entrar no jogo e competir com as outras fontes paralelas cuja meta ou fim último é a garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos.

A Constituição de Moçambique de 2004 designada como de consolidação do Estado de Direito Democrático, vem reafirmar, desenvolver e aprofundar os princípios fundamentais do Estado moçambicano através do desencadeamento de várias formas de pluralismos. O pluralismo preconizado na Constituição de 2004 estabeleceu-se nos vários domínios de expressão e dos direitos e liberdades fundamentais, tais como: pluralismo jurídico, pluralismo partidário, pluralismo político e administrativo, pluralismo económico, pluralismo religioso, pluralismo étnico e linguístico, pluralismo de segurança pública, etc. Este pluralismo plasmado nesta Constituição constitui um pressuposto básico e ponto de partida para o desenvolvimento e consolidação do Estado de Direito Democrático. Este pluralismo encontra o seu epicentro na própria democracia neoliberal¹⁹⁹. Estas várias formas de expressões plurais

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 380.

¹⁹⁷ KYED, Helene Maria e Trindade, João Carlos, ... apud SERRA, Carlos Manuel, *ob. cit.*, pp. 460-461.

¹⁹⁸ HENRIQUES, Henriques, *ibidem*, p. 380.

¹⁹⁹ HENRIQUES, Henriques, *ob., cit.*, p. 374.

apanágios da democracia premeiam-se e constituem um todo na promoção e garantia dos direitos e das liberdades fundamentais.

Somente na Constituição de 2004, o pluralismo jurídico ganha a sua expressa consagração constitucional, onde “O Estado reconhece os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos que coexistem na sociedade moçambicana, na medida em que não contrariem os valores e os princípios fundamentais da Constituição”²⁰⁰. Com esta norma constitucional, reconhece-se espaço para todas as ordens normativas e instâncias de resolução de conflitos, desde que funcionem em obediência a Lei Constitucional.

Como diz Carlos Manuel Serra,

esta norma pode ser estruturada em dois componentes: (i) o reconhecimento estadual dos demais sistemas normativos de resolução de conflitos de índole não estatal, quer de existência anterior ao próprio Estado moderno, quer nascidos com e no próprio Estado moderno; (ii) a consagração de uma norma de excepção, centrada na definição de um limite assente nas disposições da própria Constituição, e que invalida quaisquer normas contrárias aos princípios e normas constitucionais²⁰¹.

Da leitura do art. 4º da Constituição, pode – se ter presente que o reconhecimento do princípio do pluralismo jurídico significa de igual forma o reconhecimento de que o Estado não é a única fonte e até exclusiva de juridicidade, não detendo o monopólio de produção de normas jurídicas, e o que o Direito não se resume ao Direito do Estado.

Markus Böckenförd, fazendo uma análise crítica da opção Constitucional do princípio do pluralismo jurídico, entende que

“o modelo consagrado na Constituição não é propriamente operacional, principalmente por não reflectir realidades sociais importantes que se manifestam no terreno, tornando-a demasiado alheia e incompreendida pela larga maioria da população, pelo que devia antes ser um instrumento que consagrasse metas a ser alcançadas no decurso do tempo, proporcionando mudança no meio local, através de reconhecimento das diversas realidades sociais”²⁰².

Na visão do Markus Böckenförd, na esteira desta norma, é fundamental que se trabalhe localmente na promoção, estabelecimento e adaptação às novas dinâmicas da sociedade, não só, como também na definição de um quadro jurídico – constitucional apropriado que crie o devido espaço para que o tal processo tenha lugar²⁰³.

²⁰⁰ Cfr. art. 4º da CRM de 2004.

²⁰¹ SERRA, Carlos Manuel, *ob., cit.*, pp. 457 – 458.

²⁰² BÖCKNFÖRD, Markus,..... *apud* SERRA, Carlos Manuel, *ob., cit.*, p. 459.

²⁰³ *Ibidem*, p. 459.

Por sua vez, Fernando Florêncio, indaga se “ o Estado independente não estará, através do actual sistema do pluralismo jurídico, a reproduzir nas suas sociedades uma lógica de cidadãos e súbditos que, fazendo sentido na ideologia colonial, é contra os princípios da actual construção nacional”²⁰⁴. Esta indagação do autor é para mostrar que há um desfasamento entre o disposto na Constituição e as práticas inconstitucionais, facto que, é do conhecimento do Estado, mas que, no entanto, pouco tem feito para corrigir o cenário, por razões de incapacidade, desconhecimento ou mesmo de desinteresse, apenas intervindo quando tais casos venham a ser publicamente divulgados.

Segundo o exposto pelos autores referenciados nos dois últimos parágrafos (Markus Böckenförd e Fernando Florêncio), é de ilidir que o pluralismo jurídico patente na Constituição vigente, acabando ficando no mero reconhecimento formal, senão for desenvolvida a necessária regulamentação que possa definir as respectivas áreas de jurisdição e os mecanismos de actuação entre os provedores estatais e não estatais.

O pluralismo jurídico em Moçambique é visto como uma plataforma jurídico-normativa, que contem constelações provenientes de mais diversos movimentos internacionais e infra estatal e até nacional. Este fenómeno revela-se importante porque no actual contexto de resolução de litígios, ajuda a diagnosticar possíveis anomalias e lições úteis no processo da administração da Justiça moçambicana. Mas por via disso, há falta, no nosso ordenamento jurídico nacional, de uma legislação ordinária essencial que materializa de forma efectiva o princípio constitucional do pluralismo jurídico, pese embora o Estado pode proceder à inclusão substancial da pluralidade de ordens e instituições no próprio sistema jurídico estatal, tendo decorrido em relação à incorporação, de princípios, normas e institutos de direito costumeiro nas leis de Terras (Lei nº 19/97, de 1 de Outubro) e da Família (Lei nº 10/2004, de 25 de Agosto)²⁰⁵.

A Lei da Família²⁰⁶, com vista à sua adequação a Constituição e à realidade sociocultural do País²⁰⁷, introduziu, por exemplo, ao lado do casamento civil, o casamento religioso e tradicional²⁰⁸, atribuindo a estes a mesma eficácia e efeitos do casamento civil e dando o devido reconhecimento e tutela jurídica a modelos de constituição de família, que se regem pelo

²⁰⁴ FLORÊNCIO, Fernando, *Autoridade Tradicional e o Pluralismo Jurídico: “Análise de Dois Estudos de Casos em Moçambique e Angola”*. A *Dinâmica do Pluralismo Jurídico em Moçambique*, Maputo, Centros de Estudos Sociais Aquino de Bragança 2012, p.111, apud SERRA, Carlos Manuel, *ob. cit.*, p. 459.

²⁰⁵ Publicada no Boletim da República, 1ª Série – nº 34, Suplemento, de 25 de Agosto de 2004, já revogada pela Lei 22/2019, de 11 de Dezembro (Nova Lei da Família).

²⁰⁶ Nos referimos da Lei nº 10/2004, de 25 de Agosto, revogada pela Lei no 22/2019, de 11 de Dezembro.

²⁰⁷ Cfr. Preambulo da Lei da Família (Lei nº 10/2004, de 25 de Agosto, já revogada pela Lei no 22/2019, de 11 de Dezembro).

²⁰⁸ Cfr. arts 16º e 17º da Lei nº 10/2004, de 25 de Agosto, já revogada pela Lei no 22/2019, de 11 de Dezembro.

direito costumeiro. Isto demonstra que o legislador moçambicano reconheceu o pluralismo jurídico no âmbito do Direito da Família, valorizando os elementos tradicionais e culturais²⁰⁹. Para que esses casamentos sejam reconhecidos, devem observar os requisitos que a própria lei determina²¹⁰.

O reconhecimento destas modalidades de casamentos tradicionais e religiosos estão limitados a observância dos valores e dos princípios fundamentais da Constituição de Moçambique, ao preceituar que “o Estado reconhece e protege nos termos da lei, o casamento como instituição que garante a prossecução dos objectivos da família”²¹¹. Ainda “....., o Estado consagra o princípio de que o casamento se baseia no livre consentimento”²¹².

Embora a Lei nº 10/2004, de 25 de Agosto, tenha sido revogada por força da Lei 22/2019, de 11 de Dezembro, podemos considerar que o legislador aprofundou e reforçou o papel protector do Estado na presente Lei da Família em vigor, reconhecendo a figura do casamento na sociedade moçambicana, ao afirmar que “ a lei estabelece as formas de valorização do casamento tradicional e religioso, define os requisitos do seu registo e fixa os seus efeitos”²¹³. Como forma de concretização do preceito constitucional em referência, a nova Lei da Família (Lei nº 22/2019, de 11 de Dezembro, preceitua que o casamento religioso e o tradicional produz efeitos na presente Lei ou em legislação especial, desde que esteja devidamente transcrito pelos serviços do registo civil nos termos da lei²¹⁴.

Ainda no âmbito de protecção da Família na sociedade moçambicana, o legislador valorizou a ligação singular existente entre um homem e uma mulher, estável e duradoura, existente entre um homem e uma mulher, que sendo legalmente aptos para contrair casamento o não tenha celebrado²¹⁵. Aqui o legislador instituiu a figura de União de Facto, constituídas a margem do casamento, que pressupõe a comunhão plena de vida pelo período de tempo superior a três anos sem interrupção²¹⁶.

Um aspecto importante reter é que o legislador constitucional, nos sucessivos textos de 1975, 1990 e 2004, não abdicou do princípio fundamental de que a terra constitui propriedade

²⁰⁹ Cfr. art. 4º da Lei da Família (Lei nº 22/2019, de 11 de Dezembro): “No domínio das relações intra e inter-familiares reconhecem-se e valorizam-se os usos e costumes locais em tudo o que não contrarie a Constituição da República e a presente lei (nº 1)”; “Na solução dos conflitos familiares deve-se procurar buscar orientação nos usos e costumes locais predominantes na organização socio-familiar em que os conflituantes estão integrados” (nº 2).

²¹⁰ Cfr. art. 26º da Lei Família, já revogada pela Lei no 22/2019, de 11 de Dezembro.

²¹¹ Cfr. nº 2 do art. 119º da CRM de 2004.

²¹² Cfr. nº 3 do art. 119º da CRM de 2004.

²¹³ Cfr. nº 4 do art. 119º da CRM de 2004.

²¹⁴ Cfr. nº 2 do art. 18 da Lei nº 22/2019, de 11 de Dezembro (Nova lei da Família).

²¹⁵ Cfr. nº 1 do art 207 da Lei nº 22/2019, de 11 de Dezembro (Nova Lei da Família).

²¹⁶ Cfr. n.º 2 do art. 207º da Lei nº 22/2019, de 11 de Dezembro (Nova Lei da Família).

do Estado, conferindo as pessoas (singulares ou colectivas, nacionais ou estrangeiras) um direito de usar a terra (DUAT).

Segundo o exposto, a Constituição de 1990 deu um importante passo no reconhecimento das formas costumeiras de aquisição do DUAT, quando determinou que “na titularização do direito de uso e aproveitamento de terra o Estado reconhece e protege os direitos adquiridos por herança ou ocupação, salvo havendo reserva legal ou se a terra tiver sido legalmente atribuída a outra pessoa ou entidade”²¹⁷. O legislador deu, dessa forma, início ao processo de construção do contexto político-jurídico essencial para o resgate dos sistemas consuetudinários de posse da terra, outrora marginalizados, inclusivamente alvo de tentativas de eliminação.

Segundo José Negrão, veja-se que, não obstante o reconhecimento constitucional, a prática mostrou que as autoridades continuaram a fazer uso do quadro jurídico ordinário que condicionava o reconhecimento de direitos de uso e aproveitamento de terra à apresentação de um título, o que culminava em situação de expropriação sem qualquer tipo de indemnização²¹⁸.

Dentro da perspectiva do José Negrão, John Bruce procurou demonstrar como os sistemas costumeiros não são afinal estáticos, antes pelo contrário, tem uma tendência para evoluir em direcção a direitos sobre a terra, sendo inclusivamente perspectivados como sistemas de propriedade privada em evolução. Segundo este autor, hoje em dia, é frequente a pergunta feita sobre o futuro destes sistemas ser não como substituí-los, mas sim como fornecer um ambiente de apoio legal e institucional dentro do qual eles possam seguir a sua evolução²¹⁹

Este entendimento veio a ser reiterado na Constituição de 2004, segundo o qual “Na titularização do direito de uso e aproveitamento da terra, o Estado reconhece e protege os adquiridos por herança ou ocupação, salvo havendo reserva legal ou se a terra tiver sido legalmente atribuída a outra ou entidade”²²⁰.

Contudo, é de esperar que se crie muita vontade política, dentro da qual, o legislador constituinte use desta hibridação de forma a contribuir para o aperfeiçoamento dos mecanismos de resolução de conflitos e acesso a justiça susceptíveis de fazer melhor interpretação dos interesses e prioridades a definir no contexto de acesso a justiça. Efectivamente, a administração da Justiça deve reflectir as formas de inclusão dos tribunais comunitários e outras instâncias de resolução de conflitos, como preconizado na norma constitucional prevista no artigo 4º da Constituição da

²¹⁷ Cfr. art. 48º da Constituição de 1990.

²¹⁸ NEGRÃO, José, *Terra e Desenvolvimento Rural em Moçambique*, não publicado, Maputo, 1998, p.2.

²¹⁹ BRUCE, John W, *Questões de Posse da Terra em África. Uma Visão Global*, EXTRA – Revista para o Desenvolvimento e Extensão Rural, Edição especial, Maputo, Ministério da Agricultura, Centro de Formação Agrária e de Desenvolvimento Rural. 1992, p.2, apud SERRA, Carlos Manuel, *ob., cit.*, p. 569.

²²⁰ Cfr. art. 111º da CRM/ 1990.

República de Moçambique, vários aspectos da vida, na priorização e participação activa da Comunidade na solução dos seus problemas. O produto do processo é a identificação das necessidades da comunidade no âmbito da administração da justiça em Moçambique.

3.2. Pluralismo Jurídico interno ou externo

Das definições expostas no capítulo anterior, ficou demonstrado que, o pluralismo jurídico interno é uma situação de extrema heterogeneidade no interior do direito estatal, e, portanto, na actuação político administrativo e reguladora do Estado. Trata-se de uma condição sócio-jurídica que se auto define como oficial, formal, moderna e nacional, mas em cuja prática interna se imiscui na presença de alguns ou de todos os pólos das dicotomias, do não-oficial, do informal, do tradicional, do local ou do global²²¹. O autor avança mais fundamentando que esta condição tende à decorrer de determinados factores como disjunção entre o controle político e o controle administrativo do território e das populações; deficiente sedimentação de diferentes culturas político – jurídicas no interior do Estado e do direito oficial; grande turbulência política e institucional, feitas de múltiplas rupturas sucedendo-se em sequências rápidas; crise aguda do Estado, próxima da implosão.

Segundo o exposto podemos ilidir que todos os factores apontados no parágrafo anterior, exceptuando o último, estão presentes na situação política – institucional actual de Moçambique ²²².

Os factores como disjunção entre o controlo político e o controlo administrativo do território tem a ver com a politização do administrativo pelo poder político. Nisso, a politização do administrativo decorre da fraqueza deste e é essa fraqueza que está na origem do pluralismo jurídico interno²²³. Em sua prática quotidiana a administração pública não tem condições para garantir por si própria as condições da sua eficácia. Dai a necessidade de utilizar recursos disponíveis localmente, sejam eles estrutura de um período do estado que, apesar de legalmente suspensos, continuam sobreviver sociologicamente (grupos dinamizadores, chefes de quarteirão, secretários de bairro) seriam eles autoridades tradicionais²²⁴.

O segundo factor de pluralismo jurídico interno vigente em Moçambique é a deficiente sedimentação de diferentes culturas político-jurídicas no interior do Estado. Em quase mais de 40 anos da existência do Estado independentemente sobrepuseram-se em Moçambique,

²²¹ SANTOS, Boaventura de Sousa, *O Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico*, ob., cit., p. 63.

²²² SANTOS, Boaventura de Sousa, *O Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico*, ob., cit., p. 64.

²²³ *Ibidem*, p.65.

²²⁴ *Ibidem*, p. 65.

culturas político-jurídicas tão diferentes quanto a cultura eurocêntrica colonial; a cultura eurocêntrica socialista, revolucionária, a cultura eurocêntrica capitalista, democrática; e as culturas tradicionais ou comunitárias. O autor explica que as primeiras culturas político-jurídicas testemunham a complexidade do pólo moderno no variável moderno/tradicional. Enquanto isso, o autor esclarece que a complexidade do pólo tradicional não é menor. Contudo, a cultura político-jurídica colonial, apesar de ser rejeitada da maneira mais incondicional – como demonstram paradigmaticamente e as ideias do “escangalhamento” do Estado” durante o período revolucionário -, acabou por prevalecer até hoje, não só sob as formas mais óbvias da legislação colonial que continuou em vigor, ou da organização administrativa, mas sobretudo em hábitos e mentalidades, estilos de actualização, representação do outro, etc²²⁵. O autor nos lembra que foi na cultura colonial que se formou muito do funcionalismo público que até hoje vem garantindo as rotinas possíveis da administração pública.

Outra cultura política – jurídica que foi rejeitada, foi o conjunto das culturas tradicionais ou comunitárias. Considerados produto da ignorância e produtoras de obscurantismo, estas culturas foram consideradas não como autónomas, como instrumentos da cultura colonial²²⁶. O autor explana que esta atitude de rejeição, que dominou em absoluto os primeiros anos pós-independência, coexistiu com uma mais contemporizadora para com as virtualidades das culturas tradicionais. O exemplo disso foi a criação dos tribunais populares que visavam cooptar de forma selectiva as culturas tradicionais, de modo a pô-las ao serviço da cultura revolucionária²²⁷.

No entendimento do autor, neste período, a constelação de culturas político-jurídicas foi dominada pela cultura eurocêntrica, socialista, revolucionária. Tratou-se de uma cultura baseada na experiência revolucionária europeia do princípio do século XX, mas para a qual contribuíram experiências revolucionárias não europeias; latino-americano - americanas, asiáticas e africanas (socialismo africano).

Se os tribunais populares foram criados no período da cultura eurocêntrica, socialista, revolucionária, os tribunais comunitários foram criados no segundo período (cultura eurocêntrica capitalista, democrática), em substituição dos anteriores tribunais (tribunais populares). Mesmo assim os tribunais comunitários acabaram por dar continuidade aos tribunais populares, ainda que em condições de precariedade, usando as mesmas instalações e socorrem-se dos mesmos juízes que, no período anterior, eram juízes populares.

²²⁵ *Ibidem*, p. 65.

²²⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa, *O Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico*, *ob., cit.*, p. 66.

²²⁷ *Ibidem*, p. 66.

Tendo em atenção ao parágrafo anterior, somos de concordar que os tribunais comunitários transformaram-se numa instituição híbrida, altamente complexa em que se combinam as culturas político-jurídicas revolucionárias, tradicionais e comunitárias e em que afinal, apenas está ausente a cultura que supostamente passou a ter a primazia e senão mesmo o monopólio da legitimidade oficial, a cultura eurocêntrica democrática²²⁸.

Para a deficiente sedimentação entre culturas político-jurídicas tão adversas contribuiu o terceiro factor: a grande turbulência jurídico – estrutural feita de múltiplas rupturas que se sucederam em sequências rápidas²²⁹.

Foi nesse contexto de sucessivas rupturas políticas e económicas que deu origem a constelações e hibridações jurídicas e institucionais muito complexas, que emergiu o pluralismo jurídico interno que hoje domina o direito e as instituições, a administração pública e a administração da justiça. Segundo Boaventura de Sousa Santos, trata-se de uma situação de grande segmentação e fragmentação de práticas jurídicas e institucionais do Estado, onde a desregulação oficial é sempre menos ampla ou radical do que se proclama, e a re-regulação oficial muito menos unívoca e muito mais heterogénea do que se pretende²³⁰. O autor destaca mais afirmando que nestas condições, a unidade institucional e jurídica do Estado é precária e o Estado, é afinal, um conjunto de micro-Estados, a diferentes distâncias entre si, uns locais, outros nacionais, portadores de lógicas operacionais compósitas e distintas. É esta condição que caracteriza o estado heterogéneo²³¹.

Na óptica do autor, heterogeneidade do Estado e o pluralismo jurídico interno decorrem ainda de dois factores, subjacentes à variável tricotómica local/nacional/global. Este constitui o terceiro período do pluralismo jurídico: o pluralismo jurídico supranacional.

²²⁸ *Ibidem*, p. 66.

²²⁹ “Em verdade, nos últimos trinta anos, a sociedade moçambicana passou por uma série de transformações políticas radicais, muitas delas traumáticas, que se sucederam com vertiginosa rapidez. Eis as principais: o fim do colonialismo, que foi violento até quase ao seu último estertor (início da década de 60 até 1975); uma ruptura revolucionária que visava construir uma Nação do Rovuma ao Maputo, uma sociedade socialista e um homem novo (de 1975 até meados dos anos 80); agressão da África do Sul do *Apartheid*, inconformada com a solidariedade oferecida por Moçambique às lutas de libertação da região (durante a década de 80; a guerra civil (desde os últimos anos da década de 70 até 1992); o colapso do modelo económico revolucionário e sua substituição abrupta por um modelo capitalista neoliberal sob pressão externa e em condições de ajustamento estrutural susceptíveis de agravar as desigualdades sociais; a paz e a transição democrática (a partir dos anos 80 do século passado). Todas estas transformações ocorreram como rupturas, ou seja, como processos que, em vez de capitalizarem nas virtualidades das transformações anteriores, procuram varrer todos os traços delas, assumindo-se assim como novos começos, incapazes de se cumular com o passado” (SANTOS, Boaventura de Sousa, *O Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico*, in *Conflito e transformação social: Uma paisagem das justiças em Moçambique*, Vol. 1, cap. 1, Edições Afrontamento, Porto, 2003, p. 67)

²³⁰ *Ibidem*, p. 67.

²³¹ *Ibidem*, p. 67.

O pluralismo jurídico interno resulta também de fortes pressões da globalização hegemónica a que Moçambique tem estado sujeito. Trata-se do impacto do global no local e no nacional, em condições em que nem o local nem o nacional podem endogeneizar, interiorizar, adaptar e muito menos subverter as pressões externas²³². Nesse corolário, as tais pressões provocam alterações profundas em algumas instituições e alguns quadros legais, impondo-lhes lógicas de regulação muito próprias, ao mesmo tempo que deixam, outras instituições e quadros legais intocáveis e, portanto, sujeitas às suas lógicas próprias.

Segundo o exposto somos de entendimento de que o pluralismo interno é o que se configura como um dos traços mais importantes da pluralidade de direito em Moçambique. Nesses termos, podemos ilidir que o pluralismo jurídico interno surge no próprio Sistema jurídico estatal, configurando a coexistência de diferentes lógicas de regulação executadas por diferentes instituições do Estado com muita pouca comunicação entre si. Porém, que o pluralismo jurídico interno sofre influências provenientes de diversas vertentes, como seja, políticas (controlo político) e a globalização. Nesta amplitude, as instâncias de pluralismo jurídico interno têm o seu futuro vinculado ao futuro do Estado moçambicano. E essas instâncias tenderão a perder importância devido a estabilidade democrática e um desenvolvimento económico e social que permitam quebrar o ciclo das rupturas político - institucionais sucessivas; o aprofundamento da democracia com a efectiva tradução política dos resultados eleitorais, de modo a que o controlo político e o controlo administrativo do País possam desenvolver-se com relativa autonomia; o aumento da capacidade e da eficácia institucional e administrativa do Estado para que o respeito pela pluralidade de actores não estatais nacionais e estrangeiros com intervenção social não redundem em fragmentação e segmentação²³³.

Num outro prisma, David Rubio fala de pluralismo jurídico externo. Segundo o autor, “ no pluralismo jurídico externo “ nega-se que o Estado seja a única e exclusiva fonte de produção jurídica, seja porque se visualiza a presença de diferentes ordens devido à existência de outras culturas em um mesmo espaço, ou seja porque se defende o sistema de Direito no seio de uma unidade de análise determinada, seja de carácter local, nacional ou internacional”²³⁴.

Markus Böckenförde analisa o pluralismo jurídico externo, buscando exemplos das relações que se estabelecem entre as diversas ordens jurídicas, designadamente entre ordens

²³² *Ibidem*, p. 67.

²³³ SANTOS, Boaventura de Sousa, *O Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico*, *ob., cit.*, p. 71.

²³⁴ RUBIO, David, Sanchez, “*Pluralismo Jurídico e Emancipação Social*”, *Pluralismo Jurídico – Os novos caminhos da contemporaneidade* (organização de António Wolkmer, Francisco Neto e Ivone Lixa). Editora Saraiva, São Paulo, 2010, p. 51. apud SERRA, Carlos Manuel, *ob., cit.*, p. 463.

internacionais por fragmentação do direito internacional, entre uma ordem internacional e uma ordem nacional, entre diferentes conjuntos de legislação adjudicados pelas instituições do Estado e entre o direito formal e o direito informal²³⁵. Para o Böckenförde, o caso moçambicano tende para um pluralismo jurídico interno, na medida em que as ordens não estatais estão integradas num determinado sistema jurídico e sujeitas à prevalência da Constituição²³⁶, que não deixa de ser uma lei estadual, que é fundamental, não tendo sido definida qualquer ligação jurídica entre os dois sistemas, de entre eles o estatal e não estatal, e muitos menos sido integrados na organização judiciária quaisquer mecanismos tradicionais de resolução de conflitos²³⁷.

Para Carlos Manuel Serra, “pela falta de qualquer regulamentação ordinária do princípio constitucionalmente consagrado, abre ainda uma discussão à volta do carácter interno ou externo do pluralismo jurídico em Moçambique”²³⁸.

No geral é importante reter que é inequívoco falar do pluralismo jurídico na medida em que a realidade do mundo moderno demonstra que o direito estatal, enquanto instrumento do contrato social e de realização da justiça, tem sido insuficiente para solucionar uma diversidade de conflitos emergentes nas actuais sociedades contemporâneas. Dai a consagração constitucional do pluralismo jurídico implica o reconhecimento que este principio tem por referência a realização objectiva das carências de seus protagonistas, pessoas excluídas pelas normas jurídicas do Estado, guardando certa desconfiança nas instituições jurídicas e em seus profissionais. Contudo, o pluralismo jurídico visa o favorecimento da justiça ao caso concreto.

O pluralismo jurídico, apesar de ser uma alternativa e uma nova esperança de paz social para os cidadãos, nem sempre alcança o seu objectivo, sendo às vezes, um problema social que o próprio Estado necessita intervir.

3.3. O Pluralismo jurídico no âmbito de conflitos de normas e seu reconhecimento na comunidade jurídica moçambicana

Partindo das reflexões conceituais abordadas no *ponto 2.1. do capítulo 2*, somos de entendimento que o pluralismo jurídico reflecte ineficiência causada pelas normas jurídicas impostas pelo Estado a seus cidadãos. É nessa perspectiva que o pluralismo jurídico representa

²³⁵ BÖCKENFÖRDE, Markus....., apud SERRA, Carlos Manuel, *ibidem*, p. 463.

²³⁶ Segundo o art. 18, no seu nº 2, da Constituição vigente (2004), “as normas de direito internacional têm na ordem jurídica interna, o mesmo valor que assumem os actos normativos infraconstitucionais emanadas pela Assembleia da República e do Governo, consoante a sua respectiva forma de recepção”.

²³⁷ BÖCKENFÖRDE,....., apud SERRA, Carlos Manuel, Estado, *ob., cit.*, p. 463.

²³⁸ SERRA, Carlos Manuel, *ibidem*, p. 464.

uma espécie de "direito paralelo" o qual tenta corrigir algumas falhas ou mesmo inaplicabilidades que não são solucionadas pelas normas jurídicas do Estado.

É de conhecimento que na sociedade não existem apenas as leis impostas pelo estado, ou seja, algumas se criam de forma paralela, fazendo com que o estado não tenha mais controle da criação de outras leis. O pluralismo busca suprir as carências que surgem no contexto de sua sociedade, não significando que esteja se garantindo a paz social, já que em algumas situações os interesses colectivos são postos em um segundo plano.

O pluralismo jurídico pode ser considerado uma forma complementar de elaboração de normas do Estado, mas em alguns casos vai se mostrar contrárias a esse objectivo, fazendo surgir diversas críticas quanto à sua aplicação, principalmente quando essas críticas envolvem aqueles que defendem que só o Estado é quem pode ditar as leis (monistas jurídicos), e, quando essa aplicação não atinge a paz social desejada por uma parcela populacional que deixou de ser “massacrada” pelo Estado e leva a um sentir de opressão por esse novo direito.

Tendo em consideração o exposto, diríamos que a existência de uma ordem plural não significa a existência de uma relação harmoniosa e pacífica entre as diferentes ordens jurídicas existentes numa determinada sociedade. É nessa perspectiva que Carlos Feijó apregoa que não se confunda pluralismo com mera pluralidade ou paralelismo. Para evitar esse equívoco, visto que o que está em causa são lógicas regulatórias diferentes e legitimidades com genéticas diversas e uma potencial conflitualidade, visto que ambas se dirigem simultaneamente ao mesmo conjunto ou subconjunto de casos (objectiva ou subjectivamente determinados)²³⁹.

Segundo exposto entendemos que o surgimento de um conflito plural parte necessariamente quando cada uma das ordens pretender regular comportamentos e, conseqüentemente, responder a demanda de tutela de forma a abranger a totalidade do espaço social para o qual foi concebida. Essa tendência pode criar conflitos, de certa forma, de natureza positiva, onde ambas as ordens reivindicam legitimidade para regular ou resolver a situação da vida que se lhe coloca. Há situações últimas em que o conflito pode extravasar a ordem normativa e ter os seus efeitos ao nível, onde os corpos sociais rejeitam a autoridade de uma das ordens. Baseando-se na visão do Carlos Feijó, entendemos que tratando – se do Direito do Estado, será o recurso à força para repor, senão mesmo impor, a normalidade ou regularidade da unidade do Estado²⁴⁰.

²³⁹ FEIJÓ, Carlos, *ob. cit.*, p. 131.

²⁴⁰ *ibidem*, p. 132.

Portanto, a intensidade dos conflitos normativos entre as ordens jurídicas coexistentes na ordem jurídica plural é, numa primeira instância explicada, pelo Boaventura de Sousa Santos, pelas dicotomias oficial/não oficial, formal/informal e moderno/tradicional²⁴¹, numa segunda instância, pela forma de reconhecimento normativo dessas ordens. O autor acrescenta mais outras tipologias de dicotomias que se circunscreve no monocultural/multicultural, urbano/rural, local/nacional/global, para reflectir a inserção das ordens nacionais numa ordem mais vasta – a ordem jurídica global²⁴².

Dessa forma a variável dicotómica oficial/não, oficial decorre da definição político-administrativo do que é e do que não é reconhecido como Direito ou como administração da justiça. É nessa perspectiva que Boaventura de Sousa Santos diz que

No Estado moderno, compete ao Estado ditar o critério da definição. E esse critério tem sido, na esmagadora maioria dos casos, o próprio Estado. Ou seja, é oficial o que é estadual, no caso, o direito e a justiça produzidos e/ou controlados pelo Estado. A redução do direito ao Estado é a matriz política do Estado moderno e a sua consciência teórica-jurídica é o positivismo. Nesta dicotomia o não oficial é tudo o que não é reconhecido como estadual. Pode ser proibido ou tolerado; na maior parte das vezes é ignorado. A variável formal/informal diz respeito aos aspectos estruturais dos direitos em presença²⁴³.

Nessa perspectiva, o informal é uma espécie de Direito e de Justiça dominada pela retórica em que, por isso, tanto a burocracia como a violência estão ausentes ou só marginalmente presentes. A configuração oposta caracteriza o formal, tendo em conta que

No Estado moderno, o formalismo decorre da burocracia. No seu tipo – ideal, a burocracia é um modo de reduzir a complexidade da realização social, reconduzindo a infinita variedade das interações e práticas a um conjunto padronizado de modelos de acção e de sequência. A aplicação dos modelos e o desenrolar das sequências são igualmente padronizados. É por isso que quando não funciona adequadamente a burocracia não apenas aumenta a complexidade como a torna caótica e potencialmente ingovernável²⁴⁴

Quanto a dicotomia formal/informal diz respeito aos aspectos estruturais dos direitos em presença. Decorrente disso as categorias apresentadas acima, consideramos informal uma forma de direito e de justiça dominada pela retórica e em que, portanto, tanto a burocracia como a violência estão ausentes ou só marginalmente presentes. A configuração oposta caracteriza o formal²⁴⁵.

²⁴¹ SANTOS, Boaventura de Sousa, *O Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico*, *ob. cit.*, p.50.

²⁴² *ibidem*, p.50.

²⁴³ SANTOS, Boaventura de Sousa e VAN- DÚNEM, José Octávio Serra (di. técnica), *Luanda e Justiça: Pluralismo Jurídico numa sociedade em Transformação*, Vol. I, Faculdade de Direito Agostinho Neto, Centro de estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2010 (inérito) (27-76), p.52, apud FEIJÓ, Carlos., *ob. cit.*, p. 133.

²⁴⁴ *ibidem*, p. 134.

²⁴⁵ *ibidem*, p. 134.

Finalmente a variável tradicional/moderno, diz respeito à origem e à duração histórica do Direito e da Justiça. Nessa relação binominal, identifica-se o tradicional com o que se crê existir desde tempos imemoriais, não sendo possível identificar, com precisão, nem o momento nem os agentes da sua criação; contrastando com o moderno, que se crê existir há menos tempo do que aquilo que se considera ser tradicional e cuja criação pode ser identificada quer no tempo, quer na autoria.

Com Boaventura de Sousa Santos consideramos que este contraste dicotómico é o mais complexo de toda a tipologia dicotómica abordada pelo autor, na predisposição de que ao contrário a das anteriores, a dicotomia tradicional/moderno diz respeito a representações sociais de tempos e origens sempre difíceis de identificar. Aludir ainda que dependendo do peso relativo das componentes dentro de cada grupo social, tanto pode ser o poder tradicional uma criação do moderno, como o moderno uma criação do tradicional²⁴⁶.

Segundo o exposto podemos aludir que são decorrentes as possibilidades de conflitos plurais na medida em que quanto mais intensos forem os contrastes, quanto menos ductilidade houver no encontro das formulações polares de cada uma das dicotomias presentes na ordem. Outrossim, uma vez que tais dicotomias são parcialmente sobreponíveis e determinadas pelos contextos culturais ou políticos podem afirmar que a conflitualidade é em última instância o que resulta da composição sociopolítica das comunidades infra-estaduais ou em rigor, como o Estado define o seu Direito em relação em relação à autonomia das manifestações destas.

Nos casos em que há um conflito normativo de alta densidade, pode culminar em rupturas sociais. E quando isso acontece o Estado aparece assenhorear-se, pelo menos na aparência ou na normalidade dos casos de um monopólio de produção normativa. Porém, em situações normais, como afirma Carlos Feijó, a coexistência plural assegurada de outra forma: através de uma convivência e convergência, ainda que mínima, entre a lei do Estado e os outros direitos socialmente vigentes²⁴⁷. Enquanto na instância normativa, os modelos de reconhecimento definem os modos de conflitualidade normativa, que são admissíveis ou toleráveis. Com efeito, é através do reconhecimento, formal (que resulta de acto jurídico, mormente de natureza legislativa, por via da Constituição, do Estado mediante o qual este manifesta as suas preposições de aceitação dos efeitos de determinada ordem jurídica) ou informal (que resulta de uma aceitação tácita não

²⁴⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa, O Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico, *ob.*, *cit.*, p. 53.

²⁴⁷ FEIJÓ, Carlos, *ob.*, *cit.*, p. 135.

procedida de um acto jurídico), que as ordens jurídicas coexistentes da ordem global manifestam a sua aceitação, forte ou fraca, de um convívio normativamente pluralista²⁴⁸.

Dessa forma, é de acordo com as preposições recíprocas de aceitação das instituições, normas e respectiva tutela dos direitos ou efeitos jurídicos que cada uma das ordens se dispõe a respeitar e tutelar os efeitos normativos da outra.

Quanto ao reconhecimento, pode assentar em dois tipos: reconhecimento declarativo e reconhecimento constitutivo. A diferença das modalidades, em conformidade com Carlos Feijó, reside no seguinte:

através do reconhecimento declarativo o estado reconhece retrospectivamente, isto é, com efeitos *ex tunc*, as estruturas e características fundamentais de determinada realidade normativa, incluindo as respectivas legitimidades e fontes normativas; por seu turno, o reconhecimento constitutivo tem efeito *ex nunc* e é meramente prospectivo, isto é, vale, a partir do acto do reconhecimento, para o futuro²⁴⁹.

Na visão do N'gunu Tiny, o reconhecimento declarativo é o acto estadual que limita-se a aceitar uma realidade que lhe é autónoma, isto é, que goza de legitimidade e força ontológica própria: trata-se somente de declarar aceites os respectivos efeitos; já no reconhecimento constitutivo, o Estado autoriza a relevância jurídica dessas realidades, não porque sejam autónomas, mas porque a sua legitimidade deriva do acto do Estado²⁵⁰.

Ainda para N'gunu Tiny, o reconhecimento constitutivo assenta numa construção monista, segundo a qual os sistemas reconhecidos, por exemplo, os direitos tradicionais, seriam uma subespécie do sistema jurídico estadual²⁵¹. Segundo o exposto podemos ilidir que tratando-se de um monismo, obviamente, caracteriza-se por uma ordem hierárquica entre a ordem jurídica estadual e o sistema normativo social reconhecido, na qual a legitimidade das instituições deriva normativamente da vontade do Estado, do seu acto de aceitação da realidade social.

Há um entendimento segundo o qual, no sistema monista ou mesmo no monismo jurídico, não existe coexistência normativa, onde pode – se notar que a ordem jurídica reconhecida é uma, segundo as palavras do Carlos Feijó, “inquilina” infra-estadual reconhecida pelo “senhorio” Estado; tudo se passa como se essa ordem passasse de uma situação não titulada, informal, para uma situação titulada, formal. Buscando a visão do John Griffiths, diríamos que, tal modelo conduz

²⁴⁸ *ibidem*, p. 125.

²⁴⁹ *ibidem*, p.136.

²⁵⁰ TINY, N'gunu, *The politics of accommodation: legal and constitutional issues*, in GUEDES, Armando Marques e LOPES, Maria José (Eds), *State and Tradition law in Angola and Mozambique*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 68-84, apud FEIJÓ, Carlos, *ob., cit.*, p. 136.

²⁵¹ *ibidem*, p. 136.

a um pluralismo fraco, por propiciar condições de uniformização e absorção, e não de autonomia e separação.

Diferentemente ao reconhecimento constitutivo, o reconhecimento declarativo assente num modelo pluralista, aceita a relativa autonomia e génese das ordens coexistentes; a relação normativa é relativamente hierárquica e as legitimidades das instituições mantêm as suas características originais. Num tal modelo, as ordens jurídicas funcionais – simultaneamente de autonomia e de relação normativa vertical e hierarquizada -, mas propenso a conflitos²⁵².

Do exposto diríamos que a existência de conflitualidade normativa entre as ordens coexistentes da ordem jurídica plural é uma decorrência das conexões relacionadas que ocorrem nas duas instâncias acima referidas: a social, definida pela dicotomia formal/informal e moderno/tradicional; e a normativa, definida pela forma de reconhecimento normativo entre essas ordens. É nesse âmbito que concordando com Carlos Feijó, aludimos que as tensões e conflitos de instâncias normativas são mais ou menos intensos consoante as formas de articulação social: quanto maior entendimento na forma de conceber o Direito e a ordenação social; quanto maior for a afinidade das instituições, dos seus procedimentos ou critérios de resolução de conflitos, quanto menor for o atrito normativo que resulta das opções socio burocráticas.

Aludimos que a existência de conflitos normativos no pluralismo jurídico é uma condição normal de coexistência; ela existe como resultado da presença de dois sistemas normativos que recorrem a diferentes títulos de legitimidade e lógicas de regulação assentes no modo concomitante e decorrentes das mesmas situações jurídicas. **Perante tal conflitualidade, que mecanismos plurais para a resolução de eventuais conflitos normativos emergentes na esfera do pluralismo jurídico?**

Recorrendo a doutrina, ela nos aponta três tipos de mecanismos plurais de resolução de conflitos: resolução normativa, onde a norma de reconhecimento é considerada como norma de resolução de conflitos e cláusula de ordem pública; resolução procedimental ou a chamada a mútua acomodação e resolução institucional.

3.3.1. Resolução normativa

Em conformidade com O.M. Hinz a fórmula de reconhecimento é também uma norma de conflitos, na medida em que ao definir positiva e negativamente os pressupostos de reconhecimento ou de eficácia da autoridade tradicional, ao estipular o campo positivo de actuação

²⁵² *ibidem.*, p. 137.

normativa do costume e das instituições consuetudinárias, o preceito opera também um recorte negativo, impondo limites à atendibilidade do Direito consuetudinário²⁵³. Dessa forma, a fórmula de reconhecimento funciona, simultaneamente, como norma de resolução de conflitos e como cláusula de ordem pública.

O princípio de que a norma de resolução de conflitos é como cláusula de ordem pública, considerada como preceito fundacional, no intuito de que permite o acolhimento do Direito consuetudinário e das suas instituições, procedimentos e normas, não é acolhida pela Catherine Richmond, pelo facto de que é fundamental que cada ordenamento tenha seu próprio modo de pensar e actuar sobre as normas e situações jurídicas, não sendo a partida, nenhum dos ordenamentos forçado a abandonar o seu próprio ponto de vista²⁵⁴. Nesse sentido o preceito visa assegurar as condições de estabilidade da indeterminação jurídica da coexistência jurídico-plural. A indeterminação jurídica apenas é estável, quando não lhe é dirigido nenhum desafio normativo que ameace a base política do modelo cognitivo adoptado.

Se recorremos, ao nosso Código Civil moçambicano, no seu art. 22º, o mesmo prevê uma cláusula de ordem pública, que é salvaguarda dos princípios e normas fundamentais da ordem jurídica. Nessa senda podemos ilidir com alegações de que a cláusula é uma salguarda contra o resultado que culminaria da aplicação de uma norma estrangeira, regularmente competente pela aplicação das regras de conflito, a um caso concreto. Nisso, ao invocar, fundamentalmente, a cláusula de ordem pública, o aplicador afasta a aplicação da norma estrangeira competente chamada a resolver determinada situação jurídica: nessa eventualidade, a norma estrangeira não só é necessariamente inválida; trata-se de um caso de inaplicabilidade²⁵⁵.

Ainda pode-se ir adiante sustentando que a aplicação da cláusula da ordem pública funciona caso a caso, onde o juízo de conformidade é casuístico, actuando no momento de aplicação da norma estrangeira. Do entendimento doutrinal, aferimos que a ordem pública é vaga, relativa e concreta, pelo facto do seu conteúdo não ser fixo nem preciso. Pois depende da configuração do caso concreto e, obviamente, varia no tempo. Se um caso concreto for invocado, e justificadamente aplicada, a cláusula da ordem pública, fica afastada a norma do Direito Estrangeiro. Nessas circunstancias recorrendo ao nº 2 do art. 22º do Código Civil (moçambicano), podemos considerar que afastada a norma competente, o aplicador deve socorrer-se de outra regra mais apropriada dentro do sistema de normas aplicáveis por via da aplicação de normas de

²⁵³ FEIJÓ, Carlos, *ob., cit.*, pp. 139-140.

²⁵⁴ POIARES MADURO, Miguel, a Constituição Plural – *Constitucionalismo e União Europeia*, Principia, Cascais, 2006, p.41, apud FEIJÓ, Carlos, *ob., cit.*, p. 140.

²⁵⁵ Cfr. nº 2 do art. 22º do CC.

conflitos. Em caso de inexistência ou inaplicabilidade de qualquer outra norma, o aplicador deverá aplicar a norma da *lex fori* como se não existisse a norma de conflito. Antes, porém, deve considerar-se que o mero afastamento e a não aplicação de certa norma pode, por si mesmo, conduzir a uma solução perfeitamente válida para a situação colocada²⁵⁶.

Do exposto, partindo do nº 2, do art. 22º do Código Civil, somos do entendimento de que a ordem pública internacional do Estado, nesse caso moçambicano, não afasta inteiramente o direito estrangeiro considerado competente, mas somente o que é ofensivo dessa ordem pública. Outrossim, o presente Código não define a ordem pública. Trata-se, pois, de um princípio geral, de uma ideia mestra, cujo conteúdo positivo terá de ser preenchido pelo julgador na análise de cada caso.

O que interessa, para saber se houve ou não violação da ordem pública internacional, não são os princípios consagrados na lei estrangeira que servem de base à decisão, mas o resultado de aplicação da lei estrangeira no caso concreto. Assim, a fórmula de reconhecimento deve funcionar simultaneamente como norma de ordem pública, o que implica afirmar que a eficácia jurídica do institucionalismo tradicional ou consuetudinário cessa quando estiverem em causa a contrariedade com a Constituição ou com o princípio da dignidade da pessoa humana, visto que o Direito torna inadmissível a tutela dos efeitos pretendidos.

3.3.2. Resolução procedimental

Segundo o exposto na abordagem anterior, relativa aos mecanismos plurais de resolução de conflitos, vimos que, é na norma de reconhecimento que o sistema estadual verte o núcleo essencial da dignidade humana e dos valores e princípios fundamentais do Estado de Direito democrático, materializado na Constituição: trata-se de valores e princípios irredutíveis que as autoridades reconhecidas devem respeitar²⁵⁷. Nessa perspectiva, o entendimento não poderá ser avançado na predisposição de que sejam insolúveis conflitos dessa mesma intensidade, ou outros de menor intensidade, mas de maior regularidade. É nessa senda que N'Gunu Tiny, propõe

²⁵⁶ Nesse sentido, PIRES, ilustra esta situação com exemplo do afastamento de um obstáculo que, à luz do Direito estrangeiro aplicável, e por efeito do funcionamento da cláusula de reserva de ordem pública, não seria considerado. O exemplo é o seguinte: "se a lei estrangeira consagrar um impedimento ao casamento, por motivo discriminatório inaceitável, à luz da ordem pública da *lex fori* bastará o afastamento da disposição em causa para se possibilitar a celebração do casamento". Pense-se no pretendido casamento entre pessoas de raças diferentes proibido à luz das leis do *apartheid* sul africano: afastando-se o impedimento, nada, a não ser o arrependimento dos nubentes, impedirá que o casamento seja celebrado". PIRES, Florbela de Almeida, *conflito de leis, comentários aos artigos 14º a 65º do Código Civil*, Coimbra Editora, 2009, p. 45. Apud FEIJÓ, Carlos, *ob. cit.* pp. 143-144.

²⁵⁷ Vide TINY, N'Guni,apud FEIJÓ, Carlos, *ob. cit.*, p.144

a ideia da mútua acomodação como mecanismo de resolução de conflitos normativos na ordem jurídica plural.

Nesse corolário, N'Gunu Tiny, adverte que a acomodação normativa pressupõe a presença de valores de tal ordem importantes ou essenciais para as ordens jurídicas coexistentes, ou ao menos para uma delas, que ofende o espírito pluralista que enforma a dita ordem plural na resolução de conflito pela simples supressão de uma das normas conflitantes²⁵⁸. Em conformidade com o autor, em lugar de os diferentes intérpretes e executantes, ou mesmo o legislador, quando chamado a definir fronteiras normativas do primeiro grau, isto é, ao nível da norma de reconhecimento, simplesmente repudiarem as normas conflitantes na ordem jurídica tradicional, estes devem encontrar uma via “dialogante” que permita, através de um processo dinâmico e bilateral, atender às preocupações e fins normativos e à teleologia das normas em conflito.

A resolução de conflitos funda-se, assim, num processo de arbitragem de valores casuística em função do caso concreto, com respeito pela racionalidade própria de cada um dos sistemas, num diálogo que não apela somente aos interesses de cada uma das ordens, mormente a do Estado, por dispor de um parêntese burocrático que pode, em última instância, fazer prevalecer os seus valores ou interesses. É dessa arbitragem de valores e de interesses que surge o critério de resolução daquele caso concreto, na medida em que o processo não é apriorístico²⁵⁹.

Deve-se entender que essa lógica funciona em dois sentidos: o primeiro sentido em que os agentes do Estado devem ponderar os valores fundamentais da ordem jurídica plural e, no segundo sentido, em caso de divergência ou afastamento, fundamentar de forma adequada o critério de decisão.

A resolução procedimental é um mecanismo que se preocupa mais em como se encontra a solução, o que, naturalmente, pressupõe uma aproximação cognitiva: o conhecimento e colaboração recíprocos. Nessa perspectiva pode-se recorrer ao art. 348º do Código Civil moçambicano, que impõe ao juiz, quando haja de discutir de acordo com o Direito Consuetudinário, a realização das diligências adequadas ao conhecimento do Direito aplicável. Nessa senda, idêntico dever de conhecimento do Direito aplicável está pressuposto nas normas de conflito quando, em função da norma aplicável, o juiz nacional deve aplicar Direito estrangeiro: nesses casos, o conhecimento do outro Direito não é apenas matéria de prova cujo ônus recai sobre as partes. Nesse pressuposto pretendemos demonstrar que quando o art. 348º do Código Civil em

²⁵⁸ *ibidem*, p.145.

²⁵⁹ FEIJÓ, Carlos, *ob. cit.*, p.145.

alusão, fala da invocação do direito consuetudinário, local, ou estrangeiro, não quer referir-se apenas ao direito costumeiro (quer seja local, quer seja estrangeiro), mas sim ao direito consuetudinário, ao direito local e ao direito estrangeiro. Para todos eles vigora, quanto à prova da sua existência e do seu conteúdo, o mesmo regime.

A acomodação, como alternativa metodológica de resolução de conflitos normativos, como ensina N'Guni Tiny, visa superar essas insuficiências, introduzindo a harmonização dos princípios e valores fundamentais de cada sistema na resolução do caso concreto, numa lógica de coexistência normativa²⁶⁰.

Segundo exposto, podemos aferir que tal acomodação pressupõe uma flexibilidade ou abertura normativa das ordens coexistentes ou uma composição de interesses conflitantes que permita aproximações dialécticas em conflitos normativos de “média densidade”: aqueles que, não estando para além dos limites impostos pela norma de reconhecimento do Estado, importem, ainda assim, aos valores e princípios fundamentais dos dois regimes. Trata-se de um processo aberto, enformado pelas práticas formais e informais, de intercomunicação das ordens coexistentes²⁶¹.

3.3.3. Resolução institucional

A mútua acomodação, como mecanismo de resolução de conflitos normativos no âmbito do pluralismo jurídico, pressupõe, como vimos na abordagem anterior, relações de coordenação e de harmonização. Esse mecanismo de acomodação mútua pode configurar-se como um mecanismo institucional de resolução ou gestão de média intensidade.

Nesse corolário podem ser considerados mecanismos alternativos paritários de resolução de conflitos entre a norma estadual e o Direito tradicional, que visem assegurar que a acomodação se faça através de uma interpretação multicultural²⁶² dos casos e do Direito, de modo a garantir o respectivo mútuo e a operacionalidade efectiva das regras de reconhecimento. Nessa senda, M. O. Hinz considera que em África se dá um encontro da modernidade, isto é, entre o Direito do Estado e o Direito tradicional de base consuetudinária. Para o autor, não há um país africano livre de tradições ou livre, ao menos, de certos elementos pertencentes a modernidade ocidental²⁶³.

Como exemplos destes mecanismos, apontados pela Raquel Fajardo, são os procedimentos de resolução de conflitos previstos no Convénio sobre *Pueblos Indigenas y Tribales*

²⁶⁰ TINY, N'Guni, “The Politics of Accommodation...”, apud FEIJÓ, Carlos, *ob. cit.*, p.146.

²⁶¹ *ibidem*, p.147.

²⁶² *ibidem*, p.148.

²⁶³ HINZ, M.O., apud, FEIJÓ, Carlos, *ibidem*, p. 127.

de 1989 da Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes. O art. 8º do Convénio estabelece que:

- “1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o seu derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deber «na tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones próprias, sempre que éstas no sean incompatibles com los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni com los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea nexesario, deveran establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.
3. La aplicación de los párrafos 1 e 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes”²⁶⁴

Trata-se assim da previsão de mecanismos institucionais que visam, tendo em conta o caso concreto, resolver conflitos reais que surjam no espaço de coexistência pluralista.

Para o efeito, Raquel Yrigoyen Fajardo propõe que umas possibilidades seja a constituição de tribunais de composição mista com juízes estaduais e autoridades indígenas ou comunitárias que, munidas de regras moderadas, possam ajudar a resolver os conflitos internormativos²⁶⁵. Estes mecanismos institucionais, na perspectiva do autor, visam permitir que as legitimidades e o sentido de Direito próprios de cada um sejam ditos em conta, numa tentativa de compreensão das diferentes posições e promoção de entendimentos operativos eficazes.

A ideia da Raquel Fajardo é suportada na “teoria da múltipla cidadania”, defendida por Will Kymlicka, que pressupõe que uma determinada situação de Direito de carácter multicultural deve ser resolvida não só por referência ao Direito estadual, mas também perante um tribunal ou instância de resolução de conflitos dotado de uma participação paritária de representantes das ordens coexistentes em conflito²⁶⁶. Nesse corolário, é a múltipla cidadania que proporciona os elementos necessários ao diálogo intercultural e o recíproco reconhecimento normativo.

É também a múltipla cidadania, ou a cidadania plurinormativa na visão do Will Kymlicka, que ajuda a explicar a aceitação da lei estadual pelas comunidades tradicionais. Com efeito, a abordagem da cidadania, deve ser entendida, neste contexto, não só um conceito jurídico-constitucional mas sim a noção de pertença a uma comunidade política organizada

²⁶⁴ FAJARDO, Raquel Yrigoyen, *Legal Pluralism, Indigenous Law and Special Jurisdiction in the Andian Countries, in Beyond Law, Informal Justice and legal pluralism in the Global South*, Vol. 10, nº 27, 2004, p. 44, *apud* FEIJÓ, Carlos, *ibidem.*, p.149.

²⁶⁵ *ibidem.*, p.148.

²⁶⁶ *ibidem.*, p.149.

juridicamente²⁶⁷. Não se descarta aqui admitir que a lei estadual é aceite pelos membros das comunidades tradicionais e até mesmo pela autoridade tradicional. Essa aceitação jurídica resulta do facto desses sujeitos se considerarem tanto como cidadãos do Estado como membros de uma comunidade mais particular. Porém, no quotidiano, a vida das comunidades tradicionais, pauta-se pelo costume que retrata mais fielmente o seu modo de organização social, psicológico, genético e cultural.

Em conformidade com Raquel Yrigoyen Fajardo, no essencial, quer através da norma de reconhecimento, do mútuo reconhecimento ou dos mecanismos institucionais, trata-se sempre de garantir um mínimo fundamental, segundo o qual as normas essenciais de cada sistema devem ser compatibilizadas. E para o efeito, a interpretação e aplicação da norma deve ser precedida de um diálogo intercultural²⁶⁸. No nosso entendimento isso irá permitir, eficazmente, o estabelecimento de uma coabitação entre Direito estadual e o Direito consuetudinário. Mas para o efeito é fundamental dissipar imposições de superioridade pela força, mas aceitar que o Estado, tendo a sua autoridade, tem o seu lugar jurídico e o costume o seu.

²⁶⁷ *Ibidem*, p.150.

²⁶⁸ FEIJÓ, Carlos, *ob. cit.*, p.150.

CAPITULO 4

OS MECANISMOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DO DIREITO ESTATAL E DO DIREITO CONSUETUDINÁRIO MOÇAMBICANO

4.1. OS MECANISMOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DO DIREITO ESTATAL

4.1.1. Direito versus justiça

4.1.1.1. Direito – perspectiva conceptual

O direito é visto como uma estrutura complexa. É nessa senda que continuamos tendo conceitos diferentes de direito, o que é comum na ciência. Por exemplo direito como conjunto de regras factuais da convivência humana; direito como um puro sistema de disposições normativas. Ainda há autores que consideraram o direito como um produto das circunstâncias económicas; outros viram no direito um resultado do “espírito do povo” ou das mentalidades alguma vez dominantes. É nesse âmbito que autores como Reinhold Zippelius²⁶⁹ na tentativa de encontrar unanimidade no conceito de direito entende como um sistema de ordenação da actuação humana, que regula a vida em comum. Porém deste conceito colocam-se questões como:

- 1. Será o direito apenas regularidades factuais, externamente observáveis, da conduta?**
- 2. Ou no direito trata-se expectativas indirectas de comportamentos, por conseguinte de imposições e proibições que orientam a conduta?**

Uma outra questão parte do facto de, manifestamente, nem todas as regras de conduta de uma sociedade serem “direito”. Há hábitos de comida, de vestuário, de cortejar o sexo oposto, regras de saudação, em geral de relacionamento social, de ajuda entre vizinhos, de ritos

²⁶⁹ ZIPPELIUS, Reinhold, *Filosofia do Direito*, tradução de António Franco e António Francisco de Sousa, *Quid Iuris* Sociedade Editora Ldª, Lisboa, 2010, p. 21.

religiosos, normas e regras sobre a negociação e a celebração de contratos de compra e venda, regras laborais e outras.

O Reinhold Zippelius²⁷⁰, enuncia que para a filosofia do direito neo-hegeliana, o direito existe na interacção entre norma e concretização da norma. (I). Mas também para um pensamento jurídico institucional, a ordem jurídica é uma ordem vivida, que é levada a cabo em conformidade com normas (II). Ainda na mesma visão conceptual, para K. Larenz²⁷¹, o direito é uma ordem de vida concretizada na existência, permanentemente respeitada pelos homens na convicção da sua obrigatoriedade e que por essa via se conserva – um “ser” que tem o significado de um “*era–assim-que-devia-ser*”. Na filosofia do direito espanhola encontram-se considerações semelhantes. Para Recaséns Siches²⁷², o direito representava-se como forma objectivada da vida humana; também as normas jurídicas pré-concebidas e pré-formuladas eram, quando cumpridas e aplicadas, formas de vida humana viva.

Em ideias semelhantes assenta também a teoria do direito e a teoria de Estado da doutrina integracionista de Rudolf Smend²⁷³. Segundo esta doutrina, “O Estado é não um todo estático, que deixa de emanar de si diferentes manifestações de vida, leis, actos diplomáticos, sentenças, actuações administrativas. Pelo contrário, o Estado apenas existe nestas diferentes manifestações de vida, na medida em que elas são actividades de umnexo intelectual global, bem como nas ainda mais importantes renovações e aperfeiçoamentos, que apenas tem por objecto esta relação mesma. Por conseguinte, trata-se também aqui de uma combinação dialéctica global de sentido objectivo e de vida temporalmente real. “Todo o intercâmbio intelectual leva inevitavelmente a entrar nos domínios do sentido intemporal, que ele simultaneamente pressupõe, e, inversamente, só na vida colectiva intelectual é que sentido e valor se tornam em realidade de sentido e realidade de valor”.

O direito é visto como sistema de ordenação racional da liberdade. Para o efeito, vamos buscar a doutrina de M.S. Kant, em que ela ocupa-se directamente do problema da liberdade. É a partir desta perspectiva que M.S. Kant definiu o conceito de direito verdadeiramente como a “essência das condições sob as quais se pode conciliar o árbitro de um com o árbitro do outro, segundo uma lei geral da liberdade²⁷⁴”. O direito é aqui definido em relação à liberdade, ou

²⁷⁰ ZIPPELIUS, Reinhold, *ob., cit.*, pp. 38-39.

²⁷¹ K. Larenz, *Methodenbre der Rechtswissnschaf*, 1969, 174. apud ZIPPELIUS, Reinhold, *ob., cit.*, p.39.

²⁷² SICHES, Recaséns, *Tratado General de Filosofia del Derecho*, 1961, p. 108 e sgs.112, apud ZIPPELIUS, Reinhold, *ibidem*, p.39.

²⁷³ R. Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 1994, pp. 136-139, apud ZIPPELIUS, Reinhold, *ibidem*, pp. 39 – 40.

²⁷⁴ Kant, MS; G. Funke, *iustitia, ne pereat mundus*, 1979, pp. 33, apud ZIPPELIUS, Reinhold, *ibidem*, p.246

seja, como instrumento para delimitar a liberdade de um relativamente à liberdade dos outros. Mas a questão que se levanta é de saber com base em que critério o direito deve proceder a esta delimitação da liberdade. Para proceder a esta delimitação MS. Kant apoiou-se em princípios a que havia chegado para a filosofia moral: “ o critério geral pelo qual se pode reconhecer no fundo tanto a justiça como a injustiça” só se manifesta quando se “abandonam os princípios empíricos²⁷⁵”. De uma forma deve-se entender, partindo dos pressupostos do MS. Kant, que o direito dá ordens, independentemente de eu aceitar ou não, por consciência própria, o que ordena. Por isso o direito visa ser um sistema de ordenação racional da liberdade.

Segundo os ensinamentos do António Meneses Cordeiro, o Direito é o modo científico da resolução de casos, isto é, resolução de ocorrências humanas que comporte várias soluções. E a resolução do caso exprime uma decisão humana que indica a conduta a adoptar pelos envolvidos, isto é, a decisão tomada no processo de resolução do caso, deve pôr termo da conduta anteriormente adoptada. Deste pressuposto, António Meneses Cordeiro diz que “ o modo científico opõe-se ao modo empírico ou a qualquer procedimento aleatório: as soluções a que chegue são previsíveis e têm uma harmonia e uma lógica internas. São justificáveis e podem ser apreendidas e explicadas pela razão”²⁷⁶.

Para a resolução científica dos casos, ensina António Meneses Cordeiro, pressupõe órgãos de decisão, leis e técnicas de realização. É nesta perspectiva que a Ciência do Direito é uma ciência prática; não se limita a conhecer: resolve²⁷⁷. Por isso a doutrina tomada como o estudo, a criação e exposição da Ciência do Direito, tem o seu papel em vários níveis:

- "- na formação de todos os agentes que intervêm na resolução de casos: legisladores, juízes e advogados, entre as figuras emblemáticas;
- na criação e exposição das coordenadas científicas que, na sua tarefa, os agentes do Direito irão utilizar;
- na preparação das diversas leis e de outras fontes, bem como na análise crítica das existentes e nas consequentes propostas de reforma;
- na análise de casos concretos, quando sobre eles, emitam a sua opinião;
- na ponderação crítica das decisões que venham a ser tomadas sobre esses casos concretos”²⁷⁸.

Buscando os entendimentos conceptuais do António Meneses Cordeiro, o Direito tem natureza científica, na medida em que obedece a regras de complexidade crescente, regras

²⁷⁵ ZIPPELIUS, Reinhold, *ibidem*, *ob.*, *cit.*, p.247.

²⁷⁶ CORDEIRO, António Menezes, *Tratados de Direito Civil I*, 4ª Edição, Reformulada e Actualizada, Edições Almedina S.A 2012, p.45.

²⁷⁷ *ibidem*, p.45.

²⁷⁸ *ibidem*, p.668.

essas que dispõem de instituições adequadas para as suas formulação e realização, como foram descritas no parágrafo anterior.

José Oliveira Ascensão²⁷⁹ avança com duas perspectivas na tentativa de definir o direito: “o Direito como ordem da sociedade e o Direito como prudência”. Na primeira perspectiva deve-se entender que o Direito é uma ordem da sociedade e não a ordem da sociedade. Visto que na sociedade há outras ordens. Toda a sociedade importa necessariamente uma ordem: importa, pois, a conjugação de vários elementos, a demarcação das posições relativas destes, para a obtenção de um fim ou função comum. A ordem de uma sociedade pode ser perturbada por crises, mas persiste e tende para a normalização – com maiores ou menores alterações – pois sem ordem sociedade nenhuma lograria subsistir. Portanto, a ordem é uma realidade.

Em conformidade com José Oliveira Ascensão, a segunda perspectiva, demonstra que o Direito é também uma arte ou virtude de chegar à solução justa no caso concreto. E de facto, dirige-se, em última análise, à solução de casos concretos.

A perspectiva prudencial demonstra que o Direito não é uma ordem estática e acabada. É antes dinâmica, porque necessariamente se manifesta na acção. E também acção jurídica, como toda a acção deve ser comandada pela prudência – a *prudencia romana* ou a *phronesis dos gregos*.

Prudência não é segurança, está mais próxima da sabedoria. “O pensamento prudencial foi um modo de pensamento autónomo, desenvolvido pelos jurisconsultos romanos, e que está na base do que é ainda hoje o maior período da história jurídica da humanidade. E o espírito da Prudência foi perseguido pelos juristas medievos”²⁸⁰.

Tendo em vista as duas perspectivas, o Direito aparece-nos como uma dialética da ordem e da Prudência. Ou então sintetizando naquelas duas perspectivas, diremos que o Direito tem por fim a solução prudente do caso dentro da ordem.

Constata-se que as várias definições do Direito provêm de preconceitos idealistas e até mesmo empiristas. Nesse sentido Mário Bigotte Chorão²⁸¹ nos ensina que para se chegar a uma noção correcta e fundamentada do Direito é indispensável adoptar uma atitude gnosiológica realista, integradora e radical, aberta e todos os subsídios susceptíveis de contribuir para a revelação do significado profundo desta realidade. Em conformidade com Mário Bigotte Chorão,

²⁷⁹ ASCENSÃO, José Oliveira, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, 13ª edição, Refundida, Edições Almedina, 2011, pp. 14-15.

²⁸⁰ ASCENSÃO, José Oliveira, *.....ob., cit.*, p.15.

²⁸¹ CHORÃO, Mário Bigotte, *Temas Fundamentais de Direito*, Reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 1991, p. 30.

só a filosofia nos poderá proporcionar uma definição essencial do Direito à luz da razão natural. Avança ainda com os ensinamentos de que a teologia sobrenatural ajudará a esclarecer, na perspectiva da Revelação, o sentido profundo desta realidade humana fundamental. A partir desse corolário tem de se reconhecer a particular valia, em tal indagação, da filosofia de Aristóteles, mormente a teoria da justiça do livro V da *Ética a Nicómaco*, e do pensamento teológico e filosófico de S. Tomás de Aquino, nomeadamente dos tratados da lei e da justiça na *Suma Teológica*.

Para definir o Direito é fundamental recorrer ao exame dos símbolos²⁸² e das palavras que têm sido utilizados para referir o Direito, acudir ao testemunho do conhecimento vulgar acerca dele e observar experiência científica e prática dos juristas. Dessa experiência científica e prática do Direito reputa-se especialmente instrutivo o direito romano, *máxime* o da época clássica (130 a.C. – 230 d.c.), momento histórico de elevado esplendor da jurisprudência. Partindo deste pressuposto, o Direito é primordialmente (*primo et principaliter*) o justo (*id quod iustum est*), ou seja, a própria coisa justa (*ipsa res iusta*) ou coisa devida (*res debita*), objecto da justiça (*objectum iustitiae*). Esta, por seu turno, consiste na disposição da vontade de atribuir a cada um o seu direito (*ius suum cuique tribuere*). Trata-se do *direito objectivo*²⁸³. Nesta acepção, será direito, por exemplo, o salário devido pela entidade patronal ao trabalhador

Noutro sentido, o direito (em inglês, *right*) é o poder ou faculdade (*facultas agendi*) que compete às pessoas relativamente ao que é seu. É o direito em sentido subjectivo ou direito subjectivo²⁸⁴. Exemplificando-o o poder que pertence ao trabalhador de exigir o seu salário.

Numa outra acepção, o mesmo termo usa-se para designar a lei ou norma jurídica (*norma agendi*), ou o conjunto de leis ou normas e princípios jurídicos (ordenamento jurídico). A lei não é o direito em sentido próprio, mas antes a regra do direito (*lex non est ipsum ius proprie*

²⁸² CHORÃO, Mário Bigote, “Os grandes símbolos do Direito surgidos na Grécia e Roma são revelados do sentido atribuído à realidade jurídica. O lugar central é ocupado neles por uma balança de dois pratos, situados ao mesmo nível. Numa das mais conhecidas versões gregas, a deusa *Dikê*, filha de Zeus e de *Thémis*, aparece a administrar a justiça, de pé e com os olhos bem abertos, sustentando uma espada na mão direita, e na esquerda, uma balança. Estando os pratos equilibrados (*isos*), a deusa declara a ser justo ou haver direito – *dikaion* ou *íson* (o igual). Por sua vez, em Roma, a deusa *Iustitia*, de pé, e com os vendados, administra a justiça, segurando a balança com as duas mãos. Quando o fiel se encontra perfeitamente a prumo, a deusa declara ser justo ou haver direito-*ius*. Sugerem estes sinais icónicos, nomeadamente: que o Direito tem um fundamento divino e procede da Justiça; que lhe são essenciais a bilateralidade e a igualdade, incompatível com acepção de pessoas; que o Direito se pode socorrer da força” (ob., cit., p.30).

²⁸³ *ibidem*, pp. 30 -33.

²⁸⁴ *ibidem*, p.33.

loquendo, sed aliqualis ratio iuris), ou a causa exemplar e a causa eficiente do justo²⁸⁵. Neste caso, trata-se do direito em sentido normativo, que correntemente chama-se-lhe direito objectivo.

Recolhendo os ensinamentos do Mário Bigotte Chorão²⁸⁶, pode-se definir o Direito, como ordenação da convivência humana segundo a justiça. A ordem social segundo a justiça (*ordo iustitiae ou ordo secundum iustitiam*), obtém-se, basicamente com atribuição a cada qual daquilo que é seu (direito objectivo).

A noção desenvolvida pelo Mário Bigotte Chorão, além de implicar a realidade primordial do que é devido a cada um, abrange também o direito nas acepções subjectiva e normativa. Com efeito, a ordenação jurídica postula o reconhecimento de direitos subjectivos (e a imposição de correlatos deveres) às pessoas e servir-se das normas para regular as condutas conforme a pauta da justiça. Por sua vez a ciência jurídica é um saber prático que permite conhecer os ordenamentos jurídicos e contribuir para a realização concreta dos seus fins normativos.

Tendo em vista as exposições conceptuais sobre o Direito, apresentadas pelos diversos autores, convém advertir que apresentar uma definição de direito não é uma questão pacífica, visto que existem diversas formas de entender as definições e diversos usos das mesmas, de que podemos encontrar exemplos no Direito. Assim, o Direito viria ser um complexo de normas coactivas, uma ordem justa da conduta humana, o comportamento dos juízes e dos outros funcionários quando resolvem as disputas. Nessa perspectiva, Manuel Atienza²⁸⁷, lembra-nos que naturalmente nada há que objectivar a essa maneira de definir, mas convém tomar algumas cautelas. Uma delas, segundo Manuel Atienza²⁸⁸, consiste em não pensar que com isso se estão efectuando essenciais ou reais do Direito: o que se define (*o definiendum*) e o que se usa para definir (*o definiens*) são simplesmente palavras ou conceitos. Outra das cautelas a ter é a que a utilidade dessas definições depende, obviamente, de que os conceitos que funcionam como género próximo e diferença específica sejam precisos ou se possam de alguma forma precisar.

Segundo o exposto podemos ilidir que o conceito de Direito tem um significado tao rico. Para o efeito, para definir o que é Direito é fundamental ter em conta que o termo “Direito” é, de uma maneira muito patente, ambíguo, quer dizer susceptível de assumir diversos significados, geralmente distinguíveis pelo contexto. Nesse corolário, (1) o Direito designa o conceito de Direito objectivo, o Direito como conjunto de normas; (2) o conceito de direito subjectivo, o direito enquanto faculdade de fazer algo suportado pela ordem jurídica, ou a posição em que um indivíduo

²⁸⁵ *Ibidem*, p.33.

²⁸⁶ CHORÃO, Mário Bigotte, *ob., cit.*, p.34.

²⁸⁷ ATIENZA, Manuel, *O sentido do Direito*, Escolar Editora, *Verba Legis*, 2014, pp. 71- 72.

²⁸⁸ *Ibidem*, pp.71-72.

ocupa numa relação jurídica; em (3), o conceito de ciência de Direito quer dizer, o estudo ou a reflexão sobre o Direito.

Contudo, nos resta admitir que para responder a pergunta sobre o que é o Direito tem necessariamente respostas diferentes consoante se adopte uma perspectiva estrutural (**na tentativa de buscar quais as componentes do Direito? Que relações conservam entre si?**), funcional (**que função desempenha o Direito? Para que serve?**) ou valorativa (como direito deveria ser o Direito). **Quando é que um Direito é justo?**). Isto não significa que sobre uma das perspectivas, a pergunta encontre uma resposta unívoca. Se por exemplo pensarmos que o Direito consiste essencialmente em normas, pode haver importantes diferenças no momento de determinar o que são as normas, quais são os tipos principais das normas jurídicas, as relações que elas conservam entre si e com outros elementos como a moral, o poder, a ideologia, entre outros.

4.1.1.1.1. O Direito como produto social

Em conformidade com António Manuel Hespanha, o direito em sociedade não consiste apenas em considerar o papel do direito no seio de processos sociais (como o da instauração da disciplina social), mas também em considerar que a própria produção do direito (dos valores jurídicos, dos textos jurídicos) é, ela mesma, um processo social²⁸⁹. Ou seja, algo que não depende apenas da capacidade de cada jurista para pensar, imaginar e inventar, mas de um complexo que envolve, no limite, toda a sociedade, desde a organização da escola aos sistemas de comunicação intelectual, à organização da justiça, à sensibilidade jurídica dominante e muito mais. Aqui defende-se a ideia de considerar o processo social da produção do próprio direito na explicação do direito.

Buscando a visão do António Hespanha, entendemos ser necessário relacionar o direito com o modo como ele é produzido, explicando a partir das suas características. A ideia assenta na busca de uma autonomia do direito em relação aos momentos não jurídicos das relações sociais, de forma que os valores jurídicos perdurem no tempo. São produzidos uma vez, mas são continuamente (re) lidos (ou recebidos).

4.1.1.1.2. Funções do Direito – análise funcional do direito

²⁸⁹ HESPANHA, António Manuel, *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milénio*, Reimpressão, Edições Almedina, 2015, p.26.

Cabe-nos admitir que o Direito é um meio de ordenar a conduta humana, embora com a existência de várias interpretações sobre o sentido dessa ordenação: **tratar de conservar a estrutura social determinada ou possibilitar a sua transformação? Tornar possível a paz social ou estabelecer ou manter um tipo de organização social baseada na força e na imposição de uns grupos ou classes sobre os outros?** etc.. Dadas as questões, podemos apontar que o Direito apresenta duas categorias de funções²⁹⁰: (1) Função Positiva e (2) Função negativa.

1. Função positiva – nas funções positivas, o Direito resolve conflitos emergentes na sociedade, prossecução da paz social, etc.).

2. Função negativa – aqui não se pretende dizer simplesmente que o Direito seja disfuncional pelo facto de, por exemplo, os tribunais cumprirem mal a sua função, devido a lentidão ou morosidade e carência da justiça, mas o que se pretende afirmar é que o Direito desempenha também determinadas funções que, em si mesmas, são negativas. As prisões não só funcionam mal, mas a sua funcionalidade - e, portanto, a do Direito penal - é negativa, pois são um factor de criminalidade; a existência da regulamentação jurídica contribui para perpetuar uma sociedade baseada em relações desigualitárias e baseadas na força, etc.

3. Ainda dentro das funções do Direito, temos a função social do Direito.

Para trazer a análise da função social do Direito, advertimos no sentido de que a pergunta sobre a função desempenhada pelo Direito é consideravelmente ambígua e, portanto, admite diversas respostas, conforme aquilo que se trata de averiguar seja para que serve o Direito ou para quem serve, que funções desempenha em relação à sociedade tomada no seu conjunto ou relativamente a cada um dos grupos ou indivíduos que a compõe, que função desempenha o Direito ou que função deveria desempenhar o Direito, ou ainda como desempenha e quem a desempenha.

De forma mais simplista, devemos partir de que a expressão “funções sociais do Direito” pode ser entendida, basicamente, segundo Manuel Atienza²⁹¹, de duas formas distintas que resultam de seleccionar um ou outro dos dois significados principais que tem cada um dos seus componentes: assim, “função” em ciências sociais pode significar, quer a prestação de um determinado órgão para o organismo (a totalidade) de que faz parte (sentido organicista da função), quer uma relação e dependência ou de interdependência entre dois ou mais factores variáveis (sentido matemático); “sociedade” pode entender-se como o todo social, a sociedade no seu conjunto, ou como alguma instituição ou grupo social em particular; e com “Direito” podemos

²⁹⁰ ATIENZA, Manuel, *ob., cit.*, p. 170.

²⁹¹ *ibidem*, p.171

referir-nos ao conjunto do ordenamento jurídico ou alguma instituição ou norma jurídica em particular.

Assim, quando se afirma que o Direito desempenha uma função de controlo social, estamos a referir-nos à função em sentido organicista do Direito (ao ordenamento jurídico no seu conjunto) na sociedade (no todo social). Importa nos referir que o que interessa aqui não é a questão de saber se o Direito (uma determinada norma ou um conjunto de normas) é ou não aplicado ou obedecido na prática (esta seria a noção de eficácia), mas que direitos sociais tem (eficácia social).

Dentro das funções sociais do Direito, abraça-nos destacar o Direito como sistema de controlo social. Esta função consiste na supervisão do funcionamento das outras instituições sociais, mantendo o sistema social bem aceite e resolvendo os conflitos, isto é, restabelecendo o equilíbrio social. Mas também o Direito desempenha uma função de direcção e de guia das condutas: não é só um mecanismo de integração, mas também de regulação. Por outro lado quando se fala do Direito como sistema de controlo social é que com isso pode aludir-se aos fins que o direito prossegue (manter o equilíbrio ou a integração social, regular o comportamento, etc)²⁹² ou também aos meios que se devem utilizar para atingir esses fins (nesse sentido o Direito aparece como um sistema de controlo social normativo e coactivo)²⁹³.

Finalmente, a noção de controlo social pode também resultar ambivalente, conforme o controlo do Direito se refira à conduta dos cidadãos em geral, ou à conduta das autoridades, dos órgãos jurídicos²⁹⁴. Observamos que em ambos os casos existem normas jurídicas (normas de mandato) incumbidas de realizar esse controlo. Nisso, aferimos que o controlo sobre a conduta dos cidadãos em geral, ou à conduta dos cidadãos fica assegurado, em geral, pela existência de normas que estabelecem quem pode aplicar as outras normas, interpretá-las, etc. Mas quanto aos órgãos jurídicos o sistema de controlo das suas condutas, não ocorre dessa maneira: o poder legislativo controla o governo, o Tribunal Administrativo controla a despesa pública, o Conselho Constitucional a constitucionalidade das leis. A outra consiste em permitir que as instituições sociais controlem a actuação dos órgãos jurídicos através, basicamente, da opinião pública.

De forma geral concordamos que o Direito pode considerar-se, pois, como um sistema de controlo social, na predisposição de que o Direito é uma estrutura de um sistema social que repousa sobre a generalização congruente de expectativas normativas de comportamento.

²⁹² ATIENZA, Manuel, *ob. cit.* 176.

²⁹³ *Ibidem*, p. 176.

²⁹⁴ *Ibidem*, p79.

Ainda na senda das funções sociais do Direito, adverte-nos apontar as seguintes: 1) Resolução de conflitos, actuando, assim por dizê-lo, sobre a patologia do sistema, sobre os casos que chegam até aos tribunais. 2) Orientação do comportamento, ao dirigir e regular a conduta dos membros do grupo. 3) Legitimação e organização do poder social: O Direito, ao determinar as instâncias que devem decidir os casos de conflito, assim como o procedimento para fazê-lo, converte o poder em Direito, legitima-o. 4) A configuração das condições de vida: no Estado social de Direito, este não só desempenha o papel de vigilante nocturno, mas intervém activamente na vida social; esta função vem a coincidir com a função promocional e função distributiva do direito, avançadas pelo Norberto Bobbio²⁹⁵. 5) Cuidado e melhoria do Direito: o próprio Direito cuida da aplicação das normas jurídicas da adaptação dos conteúdos e dos órgãos jurídicos às respectivas funções.

4.1.1.1.3. A eficácia social das normas jurídicas

Nesta abordagem pretende-se as relações de interdependência e dependência entre as seguintes variáveis: 1) os fins do emissor das normas, quer sejam proclamados ou não, e considerando que quem emite as normas não são unicamente as instâncias jurídico-formais, mas também os grupos de pressão que influem nelas; 2) o conteúdo da regulação jurídica; 3) os efeitos sociais produzidos pela entrada em vigor da norma. A este respeito, segundo V. Ferrari²⁹⁶ têm uma grande importância os conceitos de função e de disfunção social e os de função expressa e função latente.

Segundo o exposto, função é “toda a consequência observável produzida pela presença de um elemento no seio de um sistema social, a qual mantém ou aumenta o respectivo grau de integração”²⁹⁷; e a disfunção serão as “consequências observáveis que desvalorizam, minam ou provocam a erosão de uma determinada estrutura social”²⁹⁸. Por consequência, uma instituição jurídica concreta pode produzir efeitos funcionais ou disfuncionais em um ou vários elementos do sistema. Por exemplo, a administração da justiça no nosso País (Moçambique) produz, certamente, efeitos funcionais na medida em que opera, em geral, de maneira imparcial e é vista pelos cidadãos

²⁹⁵ Segundo o Norberto Bobbio, função promocional do Direito, assenta na incentivação de certos comportamentos, mediante o estabelecimento de prémios, vantagens económicas e de oportunidades sociais. Enquanto função distributiva do Direito, assenta na repartição de bens económicos e de oportunidades sociais (1980, p.2), apud ATIENZA, Manuel, *ob., cit.*, p. 170.

²⁹⁶ FERRARI, V. 1980, apud ATIENZA, Manuel, *ibidem., cit.*, p.182.

²⁹⁷ GINER, Salvador, 1974, apud ATIENZA, Manuel, *ibidem*, pp.182- 183.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 183.

como uma instância que contribui para salvaguardar os direitos dos indivíduos mas, ao mesmo tempo, é disfuncional porque actua com tanta lentidão/morosidade que, por vezes, as soluções chegam demasiado tarde, e a justiça tardia não é justiça, como se tem dito “justiça demorada, justiça denegada”.

A outra distinção entre funções expressas e latentes, refere-se ao seguinte. Em princípio as pessoas esperam que as normas produzam determinados efeitos sociais que coincidem com os fins desejados e proclamados pelo legislador; essas são as funções expressas ou manifestas. Por exemplo, quando se estabelece uma norma que prevê sanções de tráfego muito duras em caso de condução em excesso de velocidade, a função manifesta, ao castigar esse comportamento, fará com que diminua o número de acidentes. Por vezes uma norma pode ter um efeito social que não foi previsto pelo legislador: ou que tenha sido previsto mas não declarado; fala-se, então, de funções latentes. Por exemplo, “leis dos estrangeiros”, desempenham aparentemente a função de proteger e garantir os direitos dos estrangeiros, mas a sua função latente (neste caso, no sentido de não declarada, pois os autores dessas normas costumam estar perfeitamente conscientes dela) é a de assegurar as condições de vida dos países ricos, obtendo mão-de-obra barata, etc.

Segundo o exposto, ilidimos em termos funcionais, de uma instituição jurídica deveria, pois, revelar tanto as funções aparentes e manifestas quanto as latentes; as que verdadeiramente importam, em muitas ocasiões, são estas últimas – as latentes. Nisso, a produção das funções latentes e manifestas não se limita, naturalmente, aos pressupostos de produção de normas jurídicas: qualquer indivíduo, ou conjunto de indivíduos que actua dentro de um sistema social pode contribuir com o seu comportamento para a produção de efeitos sociais dos quais não tem consciência (e que em certas ocasiões não desejaria que se produzissem).

4.1.1.2. Justiça: perspectiva conceptual

A discussão a volta de uma definição do que seja a “justiça”, começou nos tempos remotos pelos filósofos e outros juristas clássicos. É nesse quadrante que tentamos trazer nesta discussão a definição do conceito de “justiça”, propiciando uma reflexão das abordagens a respeito da ideia em Platão, em Aristóteles, em Immanuel Kant e outros pensadores em matéria de direito. Nisso, pretendemos com aquele raciocínio abordar ideias de justiça nas suas interjeições a fim de permitir um aprimoramento da reflexão suscitada pela temática. Nesse corolário avançaremos com as ideias de Platão, seguindo as de Aristóteles, continuando com as de Immanuel Kant e de outros pensadores assim sucessivamente, com o intuito de trazer contribuições para o desenvolvimento sistemático da ideia de justiça e de direito.

4.1.1.2.1. O conceito de “Justiça” na perspectiva do Platão

Para Platão, a justiça estava relacionada a “um mundo dos actos perfeitos”, isto é, a conduta humana padecia de se adequar a conduta que do ser humano era esperada de forma que a conduta poderia ser considerada justa se adequada num consenso social que para ele era uma virtude, ou injusta se contrária a moral e aos bons costumes, cabendo mencionar que estes valores eram, para Platão, imutáveis²⁹⁹.

De acordo com Wayne Morrison³⁰⁰: (...) Platão parece seguro de que alguns podem entender o que o bem comum realmente implica, e mostra-se bastante predisposto a defender a coerção e a manipulação para chegar a tais fins. A justiça, então, significa algo como “o que é necessário para o funcionamento do bem comum”. A democracia tem o apelo da liberdade de pensamento, mas esta é também a razão de sua autodestruição. A democracia desposa a “liberdade” por meio da qual “todo indivíduo é livre para agir como bem lhe aprouver”.

Partindo da teoria defendida por Platão, notamos que há uma tendência para defesa da existência de um direito natural, isto é, o homem como um ser justo por natureza que consegue distinguir naturalmente o que é bom e o que é mau. Neste aspecto, para Platão a justiça é algo que se faz presente naturalmente na alma de cada um, tornando-se algo que poderia ser analisado de maneira concreta uma vez que a justiça é uma virtude humana. Nessa perspectiva a teoria de Platão ficou conhecida como teoria do “mundo dos actos perfeitos” ou como “teoria das ideias” em que a justiça aparece como fruto da reflexão, da racionalidade e do conhecimento humano³⁰¹.

4.1.1.2.2. O conceito de “Justiça” na perspectiva do Aristóteles

Para Aristóteles, a ideia de Justiça é proveniente das experiências mundanas ao passo que caminha junto com o Direito e pode modificar-se ao longo do tempo e em razão do espaço. E a ideia da Justiça modificava-se em razão da cultura, dos costumes sociais, da moral e de outros elementos de um povo que a tornara ainda mais subjectiva, em especial quando da atribuição de um conceito. Daí se dizer que o conceito de justiça não poder ser limitado a uma

²⁹⁹SILVA, Douglas, Direito X Justiça, artigo, Disponível em: <http://doglassilva.jusbrasil.com.br/artigos/113728391/direito-x-justica>, acessado nos dias 10 de Março de 2019.

³⁰⁰ MORRISON, Wayne. Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 41. Apud SILVA, Douglas, Direito X Justiça, artigo, *ob., cit.*

³⁰¹ MORRISON, Wayne. Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 41. apud SILVA, Douglas, Direito X Justiça, artigo, *ob., cit.*

visão puramente objectiva como propusera Platão³⁰². Aqui está claro que para o Aristóteles a justiça circunscreve-se num fenómeno social proveniente da moral, dos bons costumes e da lei.

Conforme lecciona Paulo Nader³⁰³, a ideia de justiça havia sido a pedra angular do sistema filosófico de Platão, que a concebera como a máxima virtude do indivíduo e do Estado. Sem chegar a defender um determinismo social, mas convencido das desigualdades humanas, armou o seu raciocínio a partir da premissa de que cada indivíduo é dotado de uma aptidão própria. Assim é que uns nascem para governar e outros para serem comerciantes, artistas, militares, agricultores, auxiliares, entre outras profissões. Todo indivíduo, por imperativo de justiça, deveria dedicar-se apenas à actividade para qual possuísse qualidades. A fórmula de justiça consistiria em que os homens se limitassem apenas aos afazeres que lhes competissem.

Da percepção da perspectiva do Aristóteles, podemos afirmar que a justiça ganhou uma nova linha conceptual em que se primava por uma definição mais ampla que permitisse dar à justiça a dimensão que a terminologia requer. Em sede de conceituação, os escritos aristotélicos são relevantes e importantes na sistemática jurídica até os dias de hoje, remetendo a percepções doutrinárias ainda defendidas na actualidade. Nessa ordem de ideias, Paulo Nader³⁰⁴, afirma que foi com Aristóteles que a ideia de justiça alcançou o seu lineamento mais rigoroso e preciso. Tão importante foi a sua contribuição que Emil Brunner não hesitou em considerá-la definitiva: “Pode-se dizer, em verdade, que a doutrina da justiça nunca foi além de Aristóteles, mas sempre se volta a ele”. O discípulo de Platão distinguiu a justiça em dois tipos: geral e particular. A primeira correspondia a uma virtude da pessoa, concebida anteriormente por Focílides e Teógnis, poetas do séc. VI a. C. e por Platão. A justiça particular dividiu-a em duas espécies: distributiva e correctiva. Esta também denominada igualadora ou sinalagmática.

Percebe-se, portanto, em Aristóteles uma evolução na ideia de justiça que, *apriori* é tida como uma virtude e que foi dividida em dois tipos, qual seja: a geral e a particular. Quanto à justiça geral, esta se resume no bem comum, que pode materializar-se no que a doutrina chama actualmente de interesse público e é representada, em Aristóteles, pela contribuição de cada um para a realização desse bem comum³⁰⁵. No caso da chamada justiça particular foi dividida em duas espécies, qual seja: distributiva e correctiva. No mesmo apreço, quanto à justiça distributiva, segundo aponta Paulo Nader³⁰⁶, “consistia na repartição das honras e dos bens entre os indivíduos,

³⁰² SILVA, Douglas, Direito X Justiça, ob., cit.

³⁰³ NADER, Paulo. Introdução ao estudo do Direito. 32ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 109. Apud SILVA, Douglas, Direito X Justiça, *ibidem*.

³⁰⁴ *ibidem*.

³⁰⁵ SILVA, Douglas, ..., ob., cit.

³⁰⁶ *ibidem*.

de acordo com o mérito de cada um e respeitando o princípio da proporcionalidade”. Essa, obviamente, é uma ideia de justiça que remete a um mérito individual e particular, instituindo verdadeiros valores privados.

A justiça correctiva, por sua vez, diz respeito a duas espécies segundo aponta Del Vecchio: comutativa e judiciária. Nessa análise, a justiça comutativa é pontada como a justiça que deve haver em relação às trocas feitas entre particulares, devendo o quinhão recebido ser equitativamente proporcional a parte dada. Enquanto isso, a justiça judiciária é apontada como a intervenção que o Estado faz na pacificação dos conflitos privados³⁰⁷.

De exposto em relação a perspectiva do Aristóteles, percebe-se, portanto, uma evolução da ideia de justiça, de maneira a corrigir alguns dos problemas destacados na teoria de Platão. Nessa ordem de ideias, para o Aristóteles a justiça continua sendo um valor subjectivo que não comporta um sentido objectivo. Nota-se, ainda na teoria de justiça de Aristóteles que o “ser justo” é composto por dois elementos indissociáveis que são: a bilateralidade e a práxis. Isto é, no primeiro caso – bilateralidade- o que é justo para o indivíduo deverá ser a conduta que este indivíduo dispensará para com os outros; no segundo caso – praxis – o que o indivíduo entende ser justo deverá ser o norte da conduta humana. Neste sentido, segundo aponta Leandro Martins³⁰⁸:

No contexto da filosofia realista de Aristóteles, a justiça se apresenta como exigência imediata da natureza (*physis*) segundo a qual o homem é um ser necessariamente social, o que impõe regras de igualdade, de conformidade com relações do todo com as partes (justiça distributiva) ou das partes entre si (justiça correctiva, depois melhor denominada comutativa). O mando que este tem por toda a parte a mesma “força, por não depender das opiniões e dos decretos dos homens, expressão que é da natureza racional do homem”.

Conforme se pode notar, para o autor, Aristóteles relaciona a ideia de justiça com a natureza social do homem. Se em seu estado de natureza o homem é um ser político que precisa do convívio social, esse convívio social precisa seguir alguns preceitos básicos de conduta para que as relações humanas sejam preservadas.

Esse entendimento, obviamente, remete as ideias mencionadas anteriormente em que se percebe que, para Aristóteles a justiça é algo bilateral em que a justiça que se espera da conduta do outro seja algo presente na conduta do indivíduo. No mesmo sentido, percebe-se que a ideia de justiça em Aristóteles também se relaciona com a práxis que remete à necessidade de ser justo nas ações e condutas deste indivíduo.

³⁰⁷ *ibidem*.

³⁰⁸ MARTINS, Leandro José de Souza. Uma Leitura da Teoria do Ethos e da Justiça em Aristóteles. In: VVAA, O fundamento do Direito. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2008, p. 30. Apud SILVA, Douglas, *ibidem*.

Ainda, a justiça na doutrina de Aristóteles (384-322 a.C)³⁰⁹, elevou o princípio da igualdade a problema central da justiça no sentido mais estrito ensinou que a justiça podia estar colocada perante duas questões diferentes da igualdade de tratamento: perante a questão de compensar de modo justo e perante a outra questão de distribuir adequadamente bens e ónus; simultaneamente, Aristóteles, não ignorou que há também questões de justiça, como por exemplo a lei de talião, que não é possível encaixar neste esquema.

O primeiro caso trata-se da compensação justa nas relações jurídicas, por exemplo da compensação justa de bens no caso de compra, de empréstimo a juros ou de renda, mas também da compensação de bens após condutas não permitidas. O princípio desta compensação é a igualdade aritmética: em nenhuma das partes podem surgir lucros ou perdas. Este critério aplica-se: “sem distinção de ninguém”. No segundo caso se aplica o princípio do “a cada um o que lhe é adequado segundo a sua natureza”, “a cada um o que é seu”³¹⁰.

Contudo, podemos ilidir que das questões que foram estruturadas pelo Aristóteles, quanto ao conceito de justiça, devem ser resolvidas em livre concurso de convicções e fundadas no consenso mais amplo possível.

4.1.1.2.3. O conceito de “Justiça” na perspectiva do Kant

Em conformidade com Wayne Morrisont³¹¹, a ideia de Justiça assenta na ideia da liberdade e coerção que passaram a fazer parte do conceito de Direito. Nesta perspectiva, a liberdade passa a ser um valor presente na teoria de justiça, vislumbrando-se como um elemento individualizado da própria ordem social. Nesse sentido doutrinário, Kant aponta que a racionalidade é o elemento que permite ao indivíduo estabelecer uma divisão entre o certo e o errado. Percebe-se, a partir de então, que a moralidade torna-se um instituto presente na cabeça de cada um, permitindo ter uma ideia da justiça que, para o filósofo, consubstancia-se na ideia do certo.

Outro elemento presente na teoria de justiça de Immanuel Kant é em relação à liberdade que representa, sobretudo numa perspectiva moralista, uma forma de fazer realizar os anseios públicos por meio da norma jurídica. Ainda de acordo com essa ideia, a sanção tem um papel fundamental ao passo que seu carácter pedagógico permite ao indivíduo compreender a

³⁰⁹ Aristóteles NE, 1130 e ss, apud ZIPPELIUS, Reinhold, *ob., cit.*, pp. 150 -152.

³¹⁰ Quanto a este aspecto, pode ser aprofundado na obra do ZIPPELIUS, Reinhold, *ibidem*, pp. 150 e ss.

³¹¹ MORRISON, Wayne, *Filosofia do Direito: dos Gregos ao Pós-Modernismo*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp.155-156, Apud SILVA, Douglas, *ob., cit.*

necessidade de adequação de seus actos à ideia de certo que existe dentro da sociedade. Na perspectiva deste elemento, lecciona Thaita Trevisan e Vallêda Neta³¹² que

Segundo Immanuel Kant, a todo ser racional que tem uma vontade temos que atribuir a ideia de liberdade, sob a qual ele unicamente pode agir. Um ser racional agiria sempre conforme a razão, mas o homem que pertence ao mundo sensível e ao mundo inteligível tem que considerar-se como submetido à lei prescritiva da razão. Logo, todo ser racional tem que conhecer as leis do mundo inteligível como imperativos e as ações deles decorrentes como deveres.

Ainda nesse sentido, de acordo com o que lecciona Thaita Trevisan e Vallêda Neta³¹³, a filosofia kantiana redimensiona o conceito de justiça, o que se revela ponto crucial no desenvolvimento do conceito. Partindo da ideia de que o homem possui uma preeminência valorativa derivada da sua racionalidade, Immanuel Kant conceituou a justiça como “um dever absoluto que consistiria em tratar cada ser humano com respeito, isto é, como um fim em si mesmo e não como um meio para a obtenção de algo”.

Dos pressupostos apontados pelo Thaita Trevisan e Vallêda Neta podemos observar que a ideia de Justiça, na perspectiva do Immanuel Kant, cuida-se de uma abstração ligada a razão. Sendo assim, a razão torna-se elemento necessário e indissociável da própria justiça, constituindo-se das experiências sociais sejam elas boas ou más, das relações humanas, da necessidade de pacificação dos conflitos, dentre outras fontes. Dessa forma, a formação do conhecimento e a análise do caso concreto pautado na razão permitem acentuar a ideia de justiça. No mesmo norte, posiciona-se Domingos ao afirmar que o conceito de justiça na filosofia de Immanuel Kant manifesta-se, essencialmente, pela razão pura, não podendo ser extraída da realidade empírica. Neste contexto a experiência, os sentidos, os exemplos de bondade, de maldade, constituem fontes do conhecimento empírico. A construção do conhecimento *a priori* kantiano serve de fundamento à teorização da justiça. Isto posto, significa que o conceito de justiça revela-se puramente no campo da abstração, ou seja, dissemina-se a ideia que este conceito forma-se pelo entendimento puro da razão³¹⁴.

³¹² TREVISAN, Thaita Campos; NETA, Vallêda Bivar Soares Dias, *A Liberdade sob a Perspectiva de Kant: um elemento Central da Ideia de Justiça*. Disponível em: <ob.,http://www.ifcs.ufri.br/sfjp/revista/downloads/a_liberdade_sob_a_perspectiva_de_kant.pdf> Acesso em: 29, Ago., 2013, pp.113. apud SILVA, Douglas, *ob., cit.*

³¹³ Ibidem.

³¹⁴ DOMINGOS, Terezinha Oliveira, *A Teoria da Justiça*. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/526/524>> Acesso em: 29, Ago., 2013, pp.296-297. Apud SILVA, Douglas, *ob., cit.*

Partindo do posicionamento da Terezinha Domingos, pode-se reiterar que os ideais do Immanuel Kant contribuíram bastante ao amadurecimento da ideia do direito e da justiça em relação ao conceito da justiça, fazendo surgir uma nova forma de se perceber a existência do Direito e de sua finalidade social. E nesta ordem social onde destacamos os ideais e preceitos da justiça. É nesta ordem de ideias que Eduardo Bittar e C. Almeida ensinam o seguinte:

Kant afirma que o Direito é uma forma de fazer com que o indivíduo norteie sua conduta conforme o dever, isto é, se sua conduta for diversa do estabelecido pela norma jurídica, estará sujeito à sanção. Por outro lado, a Moral é o exercício do dever pelo dever em que o indivíduo age pelo dever de agir, pouco importando se existirá ou não sanção³¹⁵.

A partir dos ensinamentos de Eduardo Bittar e C. Almeida, tentamos concluir que Kant faz a distinção entre moral e direito. O agir, conforme o dever, que é o pressuposto da moral em Kant, remete a ideia da práxis e da bilateralidade na composição da justiça vista em Aristóteles. Contudo, a forma como essas ideias foram abordadas por Immanuel Kant permitiram uma evolução crucial para o desenvolvimento da doutrina do Direito, em especial, com relação à coerção como elemento presente na norma jurídica.

4.1.1.2.4. O conceito de “Justiça” na perspectiva do Reinhold Zippelius

Ainda na busca de uma definição de justiça, Reinhold Zippelius³¹⁶ fala na sua obra de espécies da justiça³¹⁷: “justiça constitucional, justiça comutativa, justiça relacional, justiça distributiva, justiça processual e justiça penal”. Na justiça constitucional, deve – se ter em conta de questões de ordenação correcta que se circunscrevem no respeito dos poderes, isto é, dos poderes de regulação (competências) a exercer numa comunidade: em particular a respeito da sua distribuição, exercício, limitação e controlo e a respeito do acesso a estas competências. Porém, para a concretização da justiça constitucional é fundamental que o poder de regulação tem de ser correctamente distribuído, limitado, regulado e controlado no seu exercício.

No Estado, deparamo-nos com princípios de justiça constitucional sobretudo como regras de acesso legítimo a cargos públicos e com normas da separação de poderes, dos controlos parlamentares e jurídico-constitucional do poder e como limitações do poder regulador, que se realiza através de garantias jurídico-fundamentais.

³¹⁵ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de, *Curso de Filosofia do Direito*, 9ª ed. Revista e aumentada. São Paulo: Atlas, 2011, p. 331. Apud SILVA, Douglas, *ibidem*.

³¹⁶ ZIPPELIUS, Reinhold, *ob., cit.*, pp. 263 - 269.

³¹⁷ Esta matéria pode ser aprofundada na obra do CHORÃO, Mário Bigotte, *ob., cit.*, p.74.

Na justiça comutativa, diz respeito à questão da justa compensação de bens entre os membros de uma comunidade jurídica. Na justiça comutativa, colocam também questões de compensação de uma locupletação injustificada que alguém conseguiu à custa de outra pessoa. Enquanto a justiça relacional diz respeito, em geral, aos princípios jurídicos, que se aplicam quando os membros de uma comunidade regulam eles próprios, entre si, as suas relações jurídicas, por exemplo relações de direito da família. Na área da justiça relacional figura também a questão de saber em que condições vícios de consentimento podem ser uma razão suficiente para alguém se desvincular das obrigações contratuais, e ainda por exemplo, onde o negócio jurídico colide com os bons costumes, ou onde têm de ser postos limites legais da autonomia privada no interesse da segurança jurídica, para a protecção de uma parte mais fraca, ou para a protecção de terceiros do público.

A justiça distributiva trata de distribuição dos bens e encargos numa comunidade. Importante realçar que estes problemas de distribuição devem-se resolver segundo outros princípios que não os das questões da justiça comutativa. Ainda o autor fala da justiça processual. Para que se concretize esta justiça, as decisões devem ser preparadas num processo que conceda a todos os interessados uma oportunidade franca de fazerem a sua exposição dos factos e exporem o seu ponto de vista jurídico. Aplica-se, pois, o princípio do direito de ser ouvido. Todavia, o princípio de uma “oportunidade franca para todos os envolvidos” exige também “igualdade de armas”, e por isso, se necessário, a nomeação de um defensor officioso no processo penal e a concessão de ajuda nas custas processuais em processos dos tribunais cíveis e administrativos. Para que cada um fica convencido de que o processo é conduzido de modo imparcial, franco e com igualdade de armas, aplica-se., além disso, o princípio da publicidade do processo.

Um pressuposto fundamental para um processo “justo” é muito especialmente a imparcialidade do Juíz. Este não pode estar directa ou indirectamente ligado aos interesses sobre os quais decide, e também não pode estar exposto a quaisquer influências que possam perturbar a sua neutralidade e imparcialidade. Daí, aplicar-se a exigência de independência objectiva e pessoal do Juíz. Mas também não deve estar onerado com preconceitos através de um envolvimento técnico-processual.

Quanto a justiça penal. Constitui um problema da justiça penal saber para que fins podemos instituir uma pena: se ela é uma reparação de uma injustiça cometida, ou se deve ser também, um meio de prevenção de uma futura conduta socialmente prejudicial; se visa, no caso desta última hipótese se confirmar, apenas prevenir delitos deste autor (prevenção especial) ou se

deve servir advertir e dissuadir outras pessoas de ilícitos penais (prevenção geral); ou se, no caso de prevenção especial, deve ser sobretudo um meio de proteger a sociedade contra ele.

A justiça penal está também relacionada com a segurança jurídica: cada um deverá ser capaz de prever as consequências jurídico-penais da sua conduta. Por isso, alguém só deve poder ser punido em virtude do seu acto, se a punibilidade da sua conduta já estiver legalmente determinada no momento do delito.

4.1.1.2.5. O conceito de “Justiça” na perspectiva de Ulpiano

Para Deocleciano Guimarães³¹⁸ justiça pode ser definida como: Conformidade com o direito, o preceito legal. Equilíbrio perfeito que estabelecem a moral e a razão entre o direito e o dever. Poder de julgar, de aplicar os dispositivos legais. O autor ainda avança apontando que a definição consagrada é de Ulpiano: “Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu”.

Percebe-se que o conceito de Justiça trazido por Ulpiano é uma ideia que predomina no sistema normativo até nos dias de hoje, correlacionando-se com a teoria de Spencer³¹⁹, que defendia que “a justiça é determinada pela liberdade que cada um tem de fazer aquilo que quer, logo que não ofenda a liberdade igual dos outros”.

Das exposições sucintas resultantes das teorias de Ulpiano, este correlaciona a justiça com a ideia de “dar a cada um o que é seu”, e a teoria do Spencer cuja ideia de justiça é o exercício da liberdade que numa perspectiva geral remete ao entendimento de que a liberdade não deve ultrapassar os limites da liberdade do outro. Também é possível perceber, nesta teoria, o pilar do princípio da legalidade aplicado actualmente ao Direito Administrativo que define: “ao particular é permitido fazer tudo o que a lei não proíbe, enquanto ao Estado é permitido fazer tudo o que a lei permite”.

Dentro da teoria do Ulpiano, encontramos alguma inspiração da definição do Mário Bigotte Chorão³²⁰ “a justiça como a virtude cardeal que consiste na disposição da vontade de atribuir a cada um o seu direito”. “O seu objecto é, precisamente, o direito de cada um (*ius suum*) e por esta pode ser exigida”. Quer dizer, o que é devido a uma pessoa (*res debita*) e por esta pode ser exigido. Assim pode-se dizer que a justiça é pressuposto do direito. Nesse corolário, “o objecto

³¹⁸ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri, *Dicionário Técnico Jurídico*, 13ª ed, São Paulo: Rideel, 2010, p. 409, apud SILVA, Douglas, *ob.*, *cit.*

³¹⁹ GROPPALI, Alexandre, *Filosofia do Direito*, Campinas (SP): LZN Editora, 2003, p.176, apud SILVA, Douglas, *ob.*, *cit.*

³²⁰ CHORÃO, Mário Bigotte, *ob.*, *cit.*, p.72.

da justiça é um *debitum* em sentido estrito ou rigoroso, algo cujo cumprimento pode ser legalmente imposto e reclamado por alguém (*debitum legale*)”.

Mário Bigotte Chorão³²¹ nos ensina que “a justiça tem como características a alteridade (*alteritas*), visto tratar-se de virtude que respeita a outrem (*iustitia est ad alterum*), versando, como se viu, sobre o que lhe devido”. A outra característica da justiça apontada pelo autor é “a exterioridade, no sentido de que esta virtude tem como objecto material acções e coisas exteriores que os homens podem comunicar entre si”. Portanto, as duas características apontadas (alteridade e exterioridade), deriva a possibilidade de realização do justo objectivo qualquer que seja o ânimo do agente e, inclusive, por via da coercibilidade, o que se reveste do maior interesse no plano jurídico.

É ainda característica essencial da justiça “a igualdade, pois exige esta virtude que seja atribuído a cada um o que lhe é devido, em sua justa medida, nem mais, nem menos”. Como se pode ver nesta característica, o critério dessa igualdade pode variar conforme a espécie da justiça³²² em causa. Por que não existe perfeita igualdade nas virtudes da religião, da piedade e da reverência, concernentes as relações entre o homem e Deus, às relações com os pais e a pátria e às relações com os superiores, elas são qualificadas como virtudes anexas da justiça.

Não nos restam dúvidas que, dados os vários pensamentos sobre o direito e a justiça, são muitas as confusões, os equívocos e controvérsias acerca das relações entre o direito e a justiça. Porém, pode-se ilidir que essa relação é essencial, pois trata-se de conceitos correlativos, na medida em que a justiça (*iustitia*) pressupõe o direito (*ius*), que é o seu objecto (*objectum iustitiae*). Por isso se diz, não só filológica, mas onticamente a *justitia* provém do direito. O direito é, pois, primordialmente, objecto da justiça, o direito objectivo, e por isso este conceito representa, entre as várias acepções análogas do termo “direito”, o analogado principal. E os conceitos de direito como norma, poder e ciência são conceitos derivados, isto é, análogos secundários.

Por essa via, Mário Bigotte Chorão acentua que “ a correlação essencial entre o direito e a justiça está profundamente arraigada na consciência humana e tem numerosas e muito expressivas manifestações na história cultural e jurídica, designadamente na especulação

³²¹ *Ibidem*, pp. 73-74.

³²² “A justiça comutativa, que rege as relações reciprocas entre os membros da sociedade (*ordo partium ad partes*); a justiça distributiva, que respeita aos deveres da sociedade da sociedade e para com os seus membros (*ordo partium ad totum*). As duas espécies costumam incluir-se na chamada “justiça particular”, pois nelas, ao invés do que acontece na justiça geral, o termo *ad quem* são os particulares, membros da sociedade. Enfim temos a justiça legal ou geral que leva os membros da comunidade a dar a esta o que lhe é devido como contribuição para o bem comum, observada também uma igualdade fundamentalmente proporcional” (CHORÃO, Mário Bigotte, *ob., cit.*, p.74).

aristotélica e tomista e no direito romano”³²³. E desta forma que o chorão define o direito, “como ordenação da vida social segundo a justiça, considerando esta o fim ou valor fundamental da ordem jurídica”³²⁴.

Das discussões levantadas nesta abordagem, permite – nos ilidir que o Direito não nos leva necessariamente à Justiça. O que significa que o Direito nem sempre caminha "*pari passu*" com a Justiça, na medida em que o Direito (sentido objectivo) é o conjunto de normas jurídicas que regem o comportamento humano numa determinada sociedade, de forma a estabelecer uma harmónica entre uma convivência pacífica entre os membros da mesma sociedade. Enquanto a justiça é a única virtude existente (*a ratio essendi*); isto é, o fim pretendido pelo Direito.

4.1.2. Acesso à Justiça como garantia jurídico – constitucional

4.1.2.1. Acesso à justiça – análise conceptual

A expressão “acesso a justiça” é reconhecida de difícil definição, mas serve para determinar finalidades básicas do sistema jurídico, o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar os seus direitos e/ou resolver os seus litígios. Dessa forma, para Beatriz Rêgo Xavier, “tradicionalmente entende-se o Acesso à Justiça como uma garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário. Regra geral, a ideia de garantia de Acesso à Justiça está vinculada ao processo judicial, desde o ajuizamento da acção, passando pelo regular desenvolvimento processual, ideal de justiça contido nas decisões judicial, até a garantia de utilidade nas decisões judiciais”³²⁵.

Para Mauro Cappelletti e Bryant Garth³²⁶, a expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. [...] uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o

³²³ CHORÃO, Mário Bigotte, *ob., cit.*, pp. 80-81.

³²⁴ *Ibidem*, p. 81.

³²⁵ CINTRA, António Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, 8. ed. ver. e actual. São Paulo: RT, 1991, p. 34, apud XAVIER, Beatriz Rêgo, *Um novo conceito de acesso à justiça: propostas para uma melhor efetivação de direitos*, *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, artigo disponível no Periodicos.unifor.br/rpen/article/view/716. Acessado nos dias 13 de Outubro de 2018.

³²⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 8, apud Mauro Vasni Paroski, *Do Direitos Fundamental de Acesso à Justiça*. In *SCIENTIA IURIS*, Londrina, v. 10, pp. 225-242, 2006, p. 229, Revista Electrónica disponível no www.uel.br/revistas/uel/index.php/uris/article/view/4132, acessado no dia 12 de Outubro de 2018.

acesso efectivo. Desse parafraseado, podemos entender que acesso à justiça não é simplesmente acesso aos tribunais, e sim, num conceito mais largo, é o acesso à ordem jurídica justa, ou seja, a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano.

O acesso à justiça é entendido por José Joaquim Gomes Canotilho³²⁷ do seguinte modo:

Em termos gerais – e como vem reiteradamente afirmando o Tribunal Constitucional na senda do ensinamento de Manuel de Andrade –, o direito de acesso --aos tribunais reconduz-se fundamentalmente ao direito a uma solução jurídica de actos e relações jurídicas controvertidas, a que se deve chegar um prazo razoável e com garantias de imparcialidade e independência possibilitando-se, designadamente, um correcto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discreter sobre o valor e resultado de causas e outras”. [...]. Significa isto que o direito à tutela jurisdicional efectiva se concretiza fundamentalmente através de um processo jurisdicional equitativo – *due process*. [...] O direito ao processo equitativo está hoje positivamente consagrado no art. 20º da CRP; no art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; no art. 14º do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Civis e Políticos e no art. 10ª da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Em conformidade com Glauco Gumerato Ramos³²⁸,

“O fenómeno do acesso à justiça deve ser compreendido como a possibilidade material do ser humano conviver em uma sociedade onde o direito é realizado de forma concreta, seja em decorrência da manifestação soberana da atuação judiciária do organismo estatal, seja, também, como reflexo da atuação das grandes políticas públicas a serem engendradas pela respetiva atuação executiva, não olvidando-se, é claro, o escoreito regramento a ser impresso pela atuação legiferante”

Segundo o exposto, somos de entendimento que deste conceito a aplicação do princípio do acesso à justiça implica ter em atenção dois aspectos fundamentais: (i) em um processo justo e imparcial; (ii) a garantia de igualdade de oportunidade às partes litigantes, com participação efectiva e adequada na relação processual, o que se consubstancia com o regime democrático e com o exercício da cidadania. Portanto, os dois aspectos apontados funcionam em simultâneo.

Para Kazuo Watanabe³²⁹ o acesso à justiça não se limita à mera provocação do Poder Judiciário, mas importa, fundamentalmente, no “direito de acesso à ordem jurídica justa”, e para que tal desiderato seja alcançado, faz-se *mister* a presença dos seguintes elementos: a) direito à

³²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 433, 492.

³²⁸ RAMOS, Glauco Gumerato, *Realidade e Perspectivas da Assistência Jurídica aos Necessitados no Brasil*, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, pp. 38-39; apud Mauro Vasni Paroski, *ob., cit.*, p. 230.

³²⁹ WATANABE, Kazuo, *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.), *Participação e Processo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, apud Mauro Vasni Paroski, *ibidem*, p.230.

informação; b) adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país; c) direito a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objectivo de realização da ordem jurídica justa; d) direito a pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efectiva tutela de direitos; e) direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso; f) efectivo acesso à justiça com tais características.

Dos diversos conceitos apontados podemos ilidir que falar de acesso a justiça é referir a um processo de resultados efectivos, que seja capaz de solucionar a controvérsia produzindo seus efeitos na vida das pessoas e nas suas relações. Um processo que produza uma decisão justa, assim entendida aquela que se harmoniza com os valores, princípios e objectivos da ordem constitucional em vigor.

Autores como Carlos Alegre³³⁰ faz a distinção entre acesso ao direito e o acesso à justiça. Nisso, o acesso ao direito não é uma qualquer tradução de acesso à justiça. O acesso ao direito é mais amplo, já que engloba também o direito à informação, à consulta jurídica e ao patrocínio judiciário. Do acesso ao direito depende, em grande medida, o acesso à justiça, isto é, ao recurso aos tribunais implicando a existência de uma protecção judicial integral e sem lacunas de todos os direitos e interesses legalmente protegidos e significando a atribuição a todos os sujeitos de direito dos meios processuais próprios que lhes permitam alcançar a tutela de toda e qualquer situação juridicamente relevante. Nesse corolário, é do nosso entendimento que o acesso ao direito constitui um pré - estágio judiciário, na medida em que somente a sua realização e eficácia garantirão uma via judiciária ou um direito à justiça em pleno pé de igualdade.

4.1.2. 2. O acesso à justiça é uma garantia jurídico – constitucional?

Nesta abordagem pretendemos discutir em que medida o acesso à justiça é uma garantia jurídico-constitucional efectiva no contexto moçambicano. Uma vez que o Estado proíbe, em regra, aos particulares o recurso à própria força para a realização e afirmação de direito³³¹, fica claro que recai sobre o mesmo Estado o ónus de fixar um quadro formal e institucional que garanta uma efectiva protecção de direitos adquiridos e concomitantemente estabeleça mecanismos necessários à sua reintegração em caso de violação. Nesse sentido, o Estado não só toma para si a função de realizar a vontade da lei, como se substitui aos interesses das partes que não conseguem chegar a uma conciliação, impedindo que a justiça privada seja realizada. Se assim não fosse

³³⁰ ALEGRE, Carlos, *Acesso ao Direito e aos Tribunais*, Almedina, Coimbra, 1989. p.10.

³³¹ Cfr. art. 1º do CPC.

entender-se-ia que quaisquer considerações relativas ao preceito em apreço não passariam de “meras declarações políticas.

Para um melhor entendimento da questão em abordagem, recorremos ao Jorge Miranda³³² que nos destrinça direitos e garantias fundamentais. Na visão do autor, os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são os principais e as garantias são acessórias e, muitas delas, adjectivas; os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexó que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.

Partindo desta visão, podemos afirmar que as garantias são objectos de preceitos constitucionais, e tem a função própria a de protecção das pessoas e estas podem nelas se firmar para defender a sua personalidade.

Pode-se depreender também que o acesso à justiça é uma garantia jurídico-constitucional na medida em que pressupõe um regime jurídico-constitucional especial que se caracteriza dentro das espécies dos direitos fundamentais, por isso a sua consagração constitucional³³³. Partindo deste pressuposto nos ensina José Joaquim Gomes Canotilho: “uma das classificações mais importantes sob ponto de vista jurídico – constitucional, é a que refere aos direitos, liberdades e garantias e à sua sistematização positiva: direitos, liberdades e garantias pessoais³³⁴.

Na perspectiva do Carlos Alegre³³⁵, há que destrinçar o acesso ao direito do acesso à justiça. Em conformidade com o autor, falar de acesso ao direito não é uma qualquer tradução de acesso à justiça. Nessa senda, o direito é mais amplo que engloba o direito à informação, à consulta jurídica e ao patrocínio judiciário. Do acesso ao direito depende, em grande medida, o acesso à justiça, isto é, o recurso aos tribunais implicando a existência de uma protecção judicial integral e sem lacunas de todos os direitos e interesses legalmente protegidos e significando a atribuição a todos os sujeitos de direito dos meios processuais próprios que lhes permitam alcançar a tutela de toda e qualquer situação juridicamente relevante. Do exposto, podemos aludir que para que haja a plena concretização do direito à justiça de forma igualitária, é necessário que haja, efectivamente, uma realização plena do direito pelos cidadãos.

³³² MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV: *Direitos Fundamentais*, 3ª edição, Revista e Actualizada, Coimbra editora, 2000, p.95.

³³³ Cfr. Cap. III (Direitos, Liberdades e Garantias individuais), arts. 56º e ss da CRM.

³³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *ob., cit.*, 2003, p.398.

³³⁵ ALEGRE, Carlos, *ob., cit.*, p.10.

José Afonso Silva ³³⁶ nos ensina que acesso à Justiça é uma expressão que significa o direito de buscar protecção judiciária, o que vale dizer: direito de recorrer ao Poder Judiciário em busca da solução de um conflito de interesse. Nessa acepção, a expressão acesso à Justiça tem um sentido institucional.

Pode-se referenciar que dentre os direitos fundamentais da pessoa humana sobleva o direito que todos têm à jurisdição. Bem o diz o art. 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: "Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela".

Para José Joaquim Gomes Canotilho³³⁷, a expressão "acesso a Justiça" é reconhecida de difícil definição, mas serve para determinar finalidades básicas do sistema jurídico, o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar os seus direitos e ou resolver os seus litígios. Por isso para aquele autor, "a garantia do acesso aos tribunais foi atrás considerada como uma concretização do princípio estruturante do Estado de Direito. Neste momento, trata-se apenas de estabelecer o conteúdo desta garantia jurídico-constitucional sob ponto de vista da defesa dos direitos fundamentais. Em termos sintéticos, a garantia de acesso aos tribunais significa fundamentalmente, direito à protecção jurídica através dos tribunais."

O sistema de acesso ao Direito e aos tribunais destina-se a providenciar que ninguém seja dificultado ou impedido, em razão da sua condição social ou cultural, ou por insuficiência de meios económicos, de conhecer, fazer valer, ou defender seus direitos. Assim, o acesso ao Direito e aos Tribunais constitui uma responsabilidade do Estado, que promove, designadamente, através de dispositivos de cooperação com instituições representativas das profissões forenses, a informação e protecção jurídica. O acesso aos tribunais é garantido á todos pela Constituição da República no seu art. 62º.

Para que se possa falar de um efectivo de direito de acesso a justiça em seu sentido mais amplo, uma série de pressupostos têm de ser levado em consideração, sendo que apenas alguns deles dizem respeito ao direito processual, sendo de destacar a necessidade de existência: 1) de um direito material legítimo e voltado à realização da justiça social; 2) de uma administração estatal preocupada com a solução dos problemas sociais e com pleno realização do Direito; 3) de

³³⁶SILVA, José Afonso, *Acesso à Justiça e Cidadania*, Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, 216: 9-23, abr./jun. 1999, disponível na bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47351/. Acessado no dia 10 de Outubro de 2018.

³³⁷CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra Editora, 1998, p. 447.

instrumentos processuais que permitam a efectividade do material, o pleno exercício da acção e da defesa.

A realidade do mundo moderno demonstra que o direito estatal, enquanto instrumento de contrato social e de realização da justiça, tem sido insuficiente para solucionar os grandes desafios, problemas, e conflitos emergentes nas sociedades contemporâneas, não tem obtido efectividade.

Quando os textos constitucionais, internacionais e legislativos reconhecem, hoje, um direito de acesso aos tribunais concebe-se como uma dupla dimensão: (1) um direito de defesa ante os tribunais e contra actos dos poderes públicos; (2) um direito de protecção do particular através dos Tribunais do Estado no sentido de este proteger perante a violação dos seus direitos por terceiros (dever de protecção do Estado de Direito do Particular exigir essa protecção).

Segundo Mauro Cappilletti e Bryant Garth ³³⁸, “os juristas em geral e processualistas de modo particular são concordes, que o acesso à justiça pode ser encarado como requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos. E lamenta que paradoxalmente, nossas estruturas de ensino jurídico, práticas judiciais, prestação de serviços legais, etc. não têm dado o devido valor ao tema “acesso a justiça”.

Nessa senda quando abordamos em “acesso a justiça”, pensa-se logo numa justiça eficaz e acessível a todos que precisam dela e em condições de dar resposta imediata ao povo; enfim uma justiça capaz de atender a uma Sociedade em constante mudança.

De acordo com A. Santos Justos³³⁹, “o princípio da justiça é um impulso de alma que traduz uma intenção de incondicionado e de fundamento que o homem (...) auto -assume na consciência axiológico-jurídico através do seu esforço de iluminar a acção e de dar sentido a vida”.

Corroborando com Thicianna Araújo³⁴⁰, o acesso à justiça, lembra-se imediatamente numa Justiça eficaz, dinâmica, acessível aos que necessitam dela e em condições de dar solução imediata às demandas; por fim, uma Justiça competente para atender a uma sociedade que está em constantes modificações. Todavia, o acesso à justiça não se restringe apenas ao Judiciário e suas

³³⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant,apud Mauro Vasni Paroski, *ob., cit.*, p. 229.

³³⁹ JUSTOS, A. Santos, *Introdução ao Estudo de Direito*, S/Ed, Coimbra Editora, 2001, p. 65.

³⁴⁰ ARAÚJO, Thicianna da Costa Porto, *Acesso à justiça e a Efectividade do Processo*, Revista Tema, Revista Eletrónica do Centro de Estudos Superior e Desenvolvimento, Campina Grande v. 8, número 12 - Janeiro / Junho 2009, disponível no revistatema.facisa.edu.br/index.php/revistatema/article/view/17, acessado no dia 13 de Outubro de 2018.

instituições, mas também a inúmeros direitos fundamentais e valores para o ser humano, até mesmo por meio da efectividade do processo.

Partindo dos diferentes debates doutrinários sobre esta matéria, somos de entendimento que o acesso à justiça é um conjunto de meios colocados à disposição da sociedade para a solução de litígios, que devem ser escolhidos por critérios de adequação, reservando-se a jurisdição à condição de último *ratio* desse sistema. Nesse corolário, o Acesso à Justiça, envolve a ideia da busca pela efectivação de direitos. Para o efeito o cidadão recorre, para a sua concretização, diversos meios como: assessoria jurídica comunitária, educação jurídica, consultoria, solução judicial de disputas e soluções extrajudiciais de disputas, tais como facilitação do diálogo, negociação, conciliação, mediação, aconselhamento patrimonial e arbitragem. Acentuar que os meios alternativos de resolução de conflitos constituem instrumentos fundamentais de ampliação do acesso a justiça.

Contudo, para a concretização desses meios ou espécies, no âmbito de Acesso à Justiça, o cidadão pode encontrar diversos obstáculos, nomeadamente: condição de pobreza e ausência de orientação jurídica às comunidades, elevadas somas em dinheiro das custas judiciais, dificuldade de acesso ao advogado e desconhecimento das formas extrajudiciais de solução de litígios ou conflitos.

O acesso à justiça, visto como direito fundamental, garantido pela Constituição da República³⁴¹, excede aos acanhados limites de mera possibilidade de propor uma demanda perante os órgãos jurisdicionais, devendo ser concebido como acesso aos próprios direitos contemplados pelo ordenamento jurídico substancial e processual, assegurando-se àquele que tem razão a efectiva entrega do bem jurídico tutelado, com o menor custo e tempo possíveis. Significa acesso a um processo de resultados efectivos, que seja capaz de solucionar a controvérsia projectando seus efeitos na vida das pessoas e nas suas relações. Um processo que produza uma decisão justa, assim entendida aquela que se harmoniza com os valores, princípios e objetivos da ordem constitucional vigente. Importa num sistema que congregue meios materiais e processuais com a condição de proporcionar tutela³⁴² adequada aos direitos lesados ou ameaçados de lesão.

Segundo o exposto, podemos reforçar chamando a colação os art. 62º, 69º e 70º todos da CRM, que consagram o direito de acesso ao tribunal e o direito de acesso ao próprio

³⁴¹ Cfr. suporte constitucional no art. 70º da CRM/2004.

³⁴² A tutela jurisdicional efectiva é desenvolvida, *inter alia*, pela norma do art. 2º do CPC, a qual estabelece o direito de obter num prazo razoável uma decisão de mérito (nº 1) e determina que todo o direito corresponde uma acção adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a sua violação e a realizá-lo coercivamente, quando o necessário (nº 2, 1ª parte).

direito, concedidos a todos os cidadãos sem qualquer discriminação, nomeadamente por motivos económicos, de cor, raça, sexo, origem, lugar de nascimento, religião, grau de instrução, posição social, estado civil, dos pais, profissão ou opção política³⁴³.

No âmbito das normas emanadas do direito internacional, Moçambique aceita, observa e aplica os princípios da Carta da ONU e da Carta da União Africana, cujos preceitos são interpretados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos³⁴⁴.

A garantia de acesso aos tribunais e ao próprio direito e a sujeição ao processo, uma vez iniciado, ao princípio do contraditório e da igualdade estão previstas nos arts 10º da DUDH, 7º CADHP, bem assim no art. 14º do PIDCP, sendo uma concretização do *due process of law*, ou seja, da regra do devido processo legal.

Não deixaríamos de focalizar o acesso à justiça como uma questão que merece destaque, pela sua vital importância para que seja eficaz, em todo o ordenamento jurídico moçambicano. Para o efeito, no plano ordinário, a LOJ concretiza a garantia do acesso aos cidadãos aos tribunais, e, bem, o direito de defesa e o direito à assistência jurídica e ao patrocínio judiciário, para que a justiça não seja denegada por insuficiência de recursos³⁴⁵. Garante ainda um sistema de administração da justiça territorial, social, económica e culturalmente próximo do cidadão³⁴⁶. Ainda no plano ordinário, a Lei do Consumidor, no seu art. 12º, já assegura o direito à acção inibidora destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor³⁴⁷.

Em conformidade com o art. 2º do CPC, podemos ilidir a presença de uma tutela jurisdicional efectiva, ao estabelecer que “ a protecção jurídica através dos tribunais implica o direito de, em prazo razoável, obter ou fazer executar uma decisão judicial com força julgada”³⁴⁸ e determina que todo “o direito corresponde a uma acção, destinada a fazê-lo reconhecer em juízo ou a realizá-lo coercivamente, bem como as providências necessárias para acautelar o efeito útil da acção”³⁴⁹.

Há obstáculos decorrentes para a concretização do princípio de acesso à justiça, isto é, no campo material, nem sempre é plenamente alcançado. Nisso, podemos aludir que com o

³⁴³ Cfr. art. 35º da CRM/2004.

³⁴⁴ Cfr. arts. 17º, nº2 e 43º todos da CRM/2004.

³⁴⁵ Cfr. art. 11º nos seus nºs 1 e 2 e art. 22º todos da Lei nº 24/2007, de 20 de Agosto (LOJ).

³⁴⁶ Cfr. nº 3 do art. 11º da LOJ.

³⁴⁷ Cfr. Lei nº22/2009, de 28 de Setembro.

³⁴⁸ Cfr. nº 1 do art. 2º do CPC.

³⁴⁹ Cfr. nº 2 do art. 2º do CPC.

aumento da gama dos direitos individuais e colectivos, há proporcionalmente um incremento do recurso aos processos judiciais. Porém, a procura por estes serviços não encontra, da parte do Estado, especificamente no exercício da sua função jurisdicional, pronta a resposta para os utentes. Resulta daqui uma justiça muita das vezes inacessível, tardia ou mesmo inoperante. E assim sendo, não se pode falar de justiça real e efectiva sem que, em prazo razoável, o tribunal declare ou faça executar uma decisão judicial com força de caso julgado³⁵⁰.

Segundo o exposto, somos de entendimento que os obstáculos de excessos à justiça não recaem apenas sobre um individuo que não consegue fazer – se ouvir em juízo, mas também todo aquele que, pelas imperfeições do processo, recebe uma justiça tardia ou alguma injustiça de qualquer ordem. A justiça lenta é cara e diminui em grande parte a eficácia dos textos legislativos. Corroborando com Carlos Mondlane, afirmamos que a justiça tardia não deve ser apelidada de justiça, mas antes uma injustiça qualificada e manifesta³⁵¹. Outrossim, a justiça torna-se cara, se termos em conta todo uma série de custos que envolvem preparos e custas judiciais, honorário dos advogados e peritos e custos resultantes da morosidade processual. Segundo o exposto aludimos que os obstáculos económicos (custos de justiça), impedem, sobretudo, as camadas mais desfavorecidas financeiramente, o acesso aos tribunais para a defesa dos seus direitos.

Para além dos obstáculos económicos referidos no parágrafo anterior, pode-se apontar também os obstáculos de acesso à justiça, nomeadamente, culturais e sociais. Os primeiros têm a ver com o grau de conhecimento por parte dos cidadãos - cultura jurídica. Este conhecimento. De facto, a falta de uma cultura jurídica impede que o cidadão possa estar monido de instrumentos de defesa nos casos em que o seu direito é violado. Por isso os cidadãos de nível social mais baixo, apresentam maiores dificuldades em reconhecer uma determinada situação como tradutora de violação de um direito adquirido, de um lado. Por outro lado, os cidadãos não só não sabem identificar um problema jurídico, como hesitam em procurar os serviços da justiça quando reconhecem estar perante um problema jurídico.

Autores como Mauro Cappelletti e Bryant Garth, trazem outras motivações para os litígios serem considerados pouco atraentes para os cidadãos de classes mais modestas como a linguagem inacessível para a maior parte das pessoas, procedimentos complexos e excesso de formalismo, sendo que a solenidade dos procedimentos é privilegiada em detrimento da solução material dos litígios e a não adaptação pelos utentes a ambientes tidos como repressores como o espaço físico onde funcionam os tribunais e as pessoas que os frequentam, nomeadamente os

³⁵⁰ MONDLANE, Carlos Pedro, *ob., cit.*, comentário do CPC, (anotação 7), p. 144.

³⁵¹ MONDLANE, Carlos Pedro, *ibidem*, p.144.

juizes, procuradores, advogados e outras distantes do círculo habitual do convívio dos interessados³⁵².

A problemática de acesso à justiça tem ainda outras causas para além daquelas apontadas nos parágrafos anteriores, nomeadamente as causas endógenas e exógenas, como obstáculos a um verdadeiro acesso à justiça. Nessa perspectiva, Miguel Sousa Teixeira³⁵³, diz que as causas endógenas tem a ver com a excessiva passividade, senão legal, pelo menos real do juiz da acção; a orientação da actividade das partes, não pelos fins da tutela processual, mas por razões consequentemente dilatórias; alguns obstáculos técnicos, como os crónicos atrasos na citação do réu e na demora da proferição do despacho saneador devido às dificuldades inerentes elaboração da especificação e do questionário. Como causas exógenas, o autor aponta falta de respostas dos tribunais ao crescimento exponencial da litigiosidade, dada a exiguidade dos meios disponíveis; maior complexidade do direito material e crescente uso nele de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais, cuja concretização encontra limitações na deficiente preparação técnica dos profissionais forenses.

4.1.3. A efectivação do direito fundamental de acesso à justiça

4.1.3.1. Caracterização dos direitos fundamentais

A protecção de direitos subjectivos de homem é designada sob diversas formas, tais como “direitos fundamentais”, “direitos do homem”, “direitos humanos”, “direitos humanos fundamentais”. Pode-se admitir que esta diversidade de designações ou expressões não se confundem, embora estejam estreitamente relacionadas.

Segundo Joaquim José Gomes Canotilho, os direitos fundamentais são aqueles direitos do ser humano reconhecidos e protegidos como tais pela ordem constitucional de um estado. Dessa feita, estamos perante as normas jurídicas vinculativas, protegidas através de controlo jurisdicional da constitucionalidade dos dispositivos reguladores destes direitos³⁵⁴. Isto demonstra que os direitos fundamentais diferenciam-se dos direitos humanos pelo facto destes serem reconhecidos internacionalmente ao ser humano considerado como tal, mas sem qualquer vinculação estatal. No nosso entendimento os direitos fundamentais são positivados, sendo colocados no vértice do sistema. É nesta perspectiva que

³⁵² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *ob., cit.*, p. 229.

³⁵³ SOUSA, Miguel Teixeira de, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, Lex Lisboa, 1997, pp. 51-66, apud MONDLANE, Carlos Pedro, *ob., cit.*, p.146.

³⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *ob., cit.*, p.372.

“A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados 'naturais' e 'inalienáveis' do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *fundamental rights* colocados no cumeiro das fontes de direito: as formas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os direitos de homem são esperança, aspirações, ideias, impulsos, ou até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional³⁵⁵

Partindo do palafraçado do José Canotilho, podemos somos de entendimento de que os direitos fundamentais são determinados positivamente e protegidos especialmente por normas do nível mais elevado.

Para Jorge Miranda³⁵⁶ “a locução direitos fundamentais” tem sido nas últimas décadas a preferida pela doutrina e pelos textos constitucionais para designar direitos das pessoas frente ao estado que são objecto da Constituição. O autor em alusão aborda ainda que os direitos fundamentais, radicam no Direito natural (ou, se se preferir, em valores éticos ou na inteligência jurídica comunitária), de tal sorte que são tidos como limites transcendentais do próprio poder constituinte material (originário) e como princípios axiológicos fundamentais.

Importante reter que os direitos fundamentais estão correlacionados com outras figuras subjectivas e objectivas. É nesse âmbito que os direitos fundamentais não devem ser desprezados da organização económica, social e cultural da organização política, exercem aí um importantíssimo papel dinamizador, projectam-se fortemente sobre uma e outra. Ainda no âmbito desse corolário, Jorge Miranda³⁵⁷ aponta que os direitos fundamentais presentes na generalidade das constituições do século XX, não se reduzem a direitos impostos pelo Direito natural. Há muitos outros: direitos do cidadão activo, do trabalhador, do administrado, etc. Há direitos conferidos a instituições, grupos ou pessoas colectivas: direito das famílias, das associações, dos sindicatos, dos partidos. Muitos são direitos pura e simplesmente criados pelo legislador positivo, de harmonia com as suas legítimas opções e com os condicionalismos do respectivo país.

Podemos admitir que os direitos que as constituições definem constitucionalmente como direitos fundamentais aqueles que têm maiores possibilidades de serem efectivados, diante dos mecanismos jurídicos existentes nos ordenamentos que os contemplam. Porém, a efectiva realização dos direitos fundamentais é uma das grandes questões que apresentam na sociedade contemporânea, e que a nossa realidade não é excepção. Nesta perspectiva, o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto de justificá-los, mas o de protegê-los [...] o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais

³⁵⁵ *ibidem*, p.371.

³⁵⁶ MIRANDA, Jorge, *ob., cit.*, pp. 48-51.

³⁵⁷ MIRANDA, Jorge, *ob., cit.*, pp. 48-51.

amplo, político³⁵⁸. Esta visão doutrinal do Bobbio quer mostrar que as principais dificuldades encontradas actualmente no processo da efectivação dos direitos fundamentais, não estão em sua previsão normativa, mas na implementação das normas existentes, ou seja no processo de concretização das normas existentes, essencial as de carácter constitucional.

Para José Joaquim Canotilho, direitos fundamentais referem-se aqueles direitos inerentes ao homem como individuo ou como participante na vida política; as liberdades, à defesa esfera jurídica dos cidadãos perante os poderes políticos, e as garantias ou meios processuais adequados para a defesa dos direitos”³⁵⁹.

Partindo das posições doutrinárias avançadas, somos de entendimento de que os direitos fundamentais pelo facto de designar no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência social digna, livre e igual de todas as pessoas. Realçar que os direitos fundamentais relacionam-se directamente com a garantia de não-ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento universal da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível do direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais.

Tendo em atenção ao exposto, ressaltamos que a nossa intenção não se consubstancia na classificação dos direitos fundamentais, ou melhor discutir a essência das três gerações³⁶⁰ que compõem os direitos fundamentais, apregoa-nos depreender que os direitos fundamentais constituem a base lógica e axiológica de um ordenamento jurídico. Partindo de uma análise dos direitos fundamentais de um Estado, pode depreender-se quais os seus valores básicos, ao verificar quais direitos foram considerados essenciais àquela sociedade em concreto. Afinal, segundo Norberto Bobbio, “ o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada

³⁵⁸ Bobbio, Norberto, *A Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pp. 43-45, apud GOMES, Daniela Vasconcelos, *A Importância do Exercício da Cidadania na Efectivação do Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado*. Dissertação de mestrado, Universidade de Caxias do sul, 2007, p.17, disponível no <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp067662.pdf>, acessado nos dias 16 de Fevereiro de 2020.

³⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *ob., cit.*, p.371.

³⁶⁰ “Os direitos da primeira geração (direitos civis e políticos) – compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais (realçam o princípio da liberdade); os direitos de segunda geração (direitos económicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas reais ou concretas- acentuam o princípio da igualdade, os da terceira geração materializam poderes de titularidade colectiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indispensáveis” (MORAES, Alexandre de, *Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Doutrina e Jurisprudência*, 8ª ed., Editora Atlas S.A., 2007, p. 24.

civilização não é fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”³⁶¹.

Apesar da determinação constitucional de aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais e dos instrumentos processuais existentes visando a sua garantia, a efectivação desses direitos é um processo contínuo, e que depende em grande parte do exercício da cidadania. É nessa base que Norberto Bobbio acentua que “ a efectivação de maior protecção dos direitos de homem está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana. É um problema que não pode ser isolado, sob pena, não digo de não resolvê-lo, mas de sequer compreendê-lo em sua real dimensão.

Segundo o exposto, podemos aludir que para a real efectivação dos direitos fundamentais é necessário que se faça primeiramente aproximação acerca das características dos direitos fundamentais e a sua forma de aplicação, para depois engendrar nas características específicas do direito fundamental em estudo (acesso á justiça).

4.1.3.2. Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico moçambicano

Nos ensinamentos do Jorge Bacelar Gouveia, os direitos fundamentais em Moçambique, reflectem vários equilíbrios e estão nitidamente filiados na herança cultural ocidental em matéria de direitos fundamentais, como o apelo conjunto às diversas teorias, como sejam: (1) a teoria socialista, plasmadas nos sistemas constitucionais de inspiração soviética, em que os direitos fundamentais, de cunho social e económico, se colocavam ao serviço de uma ideologia única e de uma ditadura colectivista de extrema-esquerda; (2) na teoria fascista, os direitos fundamentais assumia uma relevância social – corporativa, indexados ao estado segundo uma concepção organicista do poder político, com ausência do pluralismo político, ainda que se consagrando direitos de natureza económica e social; (3) a teoria social, em directa decorrência da questão social e do intervencionismo económico e social, defendendo a existência de direitos sociais, num contexto de sistema político democrático pluralista e de economia de mercado, se bem que socialmente limitado por diversos mecanismos de intervenção pública, (4) a teoria democrática, fundada numa certa obsessão na Alemanha do pós – guerra, com a preservação, por dentro, da democracia política, depois do trauma que o regime nacional – socialista infligiu na sociedade alemã ³⁶².

³⁶¹ Bobbio, Norberto, *A Era dos Direitos*,..... apud GOMES, Daniela Vasconcelos, *ob., cit.*, p.17.

³⁶² GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Direito Constitucional de Moçambique, Parte Geral e Parte especial*, IDiLP, Lisboa/Maputo, 2015, p.311.

Segundo o exposto é do nosso entendimento que não houve nenhuma inovações que a *Lex Fundamentallis* moçambicana tenha introduzido neste domínio. Dessa forma, no plano constitucional os direitos fundamentais estão sistematizados dentro do Título III “Direitos, Deveres e Liberdades fundamentais”, estando previstos no Capítulo I – Princípios Gerais; Capítulo II – Direitos, Deveres e Liberdades; Capítulo III – Direitos, Liberdades e Garantias individuais; Capítulo IV - Direitos, Liberdades e Garantias de Participação Política; Capítulo V – Direitos e Deveres Económicos, Sociais e Culturais.

Para Jorge Bacelar Gouveia, esta tipologia apresentada pela CRM, fornece ao intérprete um critério qualificativo, segundo o qual considera que tudo que se encontra nesse conjunto de artigos corresponde a tipos de direitos fundamentais pertencentes à espécie “direitos, liberdades e garantias”, que definem em razão da norma atributiva dos mesmos, enquanto categoria mais restrita do que os direitos fundamentais em geral: são as posições subjectivas constitucionalmente positivadas em normas precativas³⁶³. Enquanto as normas constitucionais que consagram os direitos económicos, sociais e culturais tem natureza programática, oferecendo uma menor vinculatividade em relação à força inerente as normas precativas³⁶⁴. Contudo, somos de entendimento de que o critério de separação entre estes dois grupos de direitos fundamentais é normativo – formal.

Segundo o Jorge Bacelar Gouveia³⁶⁵, numa lógica formal, a protecção dos direitos fundamentais coloca o problema da sua força vinculativa na constelação geral dos direitos subjectivos públicos. Nisso, se são direitos fundamentais, de acordo com o conceito que os substancia, isso implica que tais posições jurídicas oferecem uma relação singular com o texto constitucional: uma relação de inserção na Constituição que estrutura cada Estado.

Se os direitos fundamentais estão inseridos no texto constitucional, obviamente ostentam uma força vinculativa constitucional, que lhes é dada pelo carácter Constitucional das fontes normativas que os consagram, que derivam do Ordenamento jurídico-constitucional.

Porém, é prevalecente a seguinte questão: que mecanismos constitucionalmente concebidos no Ordenamento Moçambicano para a protecção dos direitos fundamentais contra as possíveis violações a que sejam alvos?

Na tentativa de encontrar uma resposta a volta da questão, recorreremos ao Prof. Jorge Bacelar Gouveia que nos explica que “a posição jurídico – constitucional dos direitos

³⁶³ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *ob., cit.*, p.318.

³⁶⁴ *ibidem*, p.318.

³⁶⁵ *ibidem*, p.312.

fundamentais, bem como a tipificação e a abertura da respectiva positivação, são elementos cruciais na obtenção de um desiderato de efectividade desses mesmos direitos fundamentais”³⁶⁶. O autor avança mais afirmando que, “sem a implantação de mecanismos de ordem prática destinados à sua defesa, nunca essa efectivação poderia passar do papel e penetrar na realidade constitucional do quotidiano dos cidadãos que fossem turbados na titularidade e exercício desses seus direitos”³⁶⁷. Segundo o exposto somos de entendimento de que a protecção dos direitos fundamentais não se confina com a mera existência na grelha constitucional, mas sim criar mecanismos viáveis para a sua protecção, e sobretudo a sua efectivação.

Segundo o exposto no parágrafo anterior pretendemos aludir que há uma toda necessidade de pôr em prática o dever do Estado na protecção dos direitos fundamentais contra ameaças ou ataques provindos de terceiros. Nesse corolário, è imperioso que o Estado, na esteira da sua obrigação, estabelecer mecanismos da mediação do legislador ordinário, mas também, em caso de omissão deste, através da actuação autónoma do poder judicial ou da Administração, a uma actuação normativa, judicial ou fáctica, tendente a garantir os bens e as actividades protegidas de direitos fundamentais mas também contra agressões não estatais, ou seja, contra intervenções de terceiros (particulares e entidades públicas).

Esta obrigação de protecção é uma consequência primária da atribuição do Estado do monopólio da utilização da força que garante a existência da sociedade enquanto ordem de paz, onde a autodefesa dos particulares é, um princípio vedado, donde decorre que, em contrapartida, o Estado que reivindica esse monopólio tem que garantir a protecção dos seus cidadãos contra agressões ou ameaças de terceiros.

Corroborando com Jorge Reis Navais³⁶⁸, o dever de protecção do Estado fundamenta-se juridicamente, no que se refere ao dever de protecção dos bens jus fundamentais, não apenas na vinculação geral de todos os órgãos estatais pelos direitos fundamentais, mas também na dimensão jurídico-objectiva autónoma de cada disposição de direito fundamental e nos deveres constitucionais explícitos que dela decorrem.

De forma geral podemos ilidir que o dever de protecção dos direitos fundamentais se traduz numa obrigação abrangente de o Estado conformar a sua ordem jurídica de tal forma que nela e através dela os direitos fundamentais sejam garantidos e as liberdades neles sustentadas possam encontrar efectivação.

³⁶⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *ob.*, *cit.*, pp. 330-331.

³⁶⁷ *Ibidem*, p.331.

³⁶⁸ NAVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 2ª ed. Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, pp. 88-89.

4.1.3.3. Efectivação ou eficácia dos direitos fundamentais inerentes ao cidadão, no recurso a acesso à Justiça

A eficácia se refere, pois, a aplicação ou execução da norma jurídica, ou por outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento da conduta humana. A sociedade deve viver o Direito e como tal reconhecê-lo. Reconhecido o Direito, é ele incorporado à maneira de ser e de agir da colectividade. Tal reconhecimento, feito a nível dos factos, pode ser o resultado de uma adesão racional deliberada dos obrigados, ou manifestar-se através do “assentimento costumeiro”³⁶⁹ que não raro resulta de actos de adesão aos modelos normativos em virtude de mera intuição de sua conveniência ou oportunidade. O certo é, porém, que não há norma jurídica sem um mínimo de eficácia, de execução no seio de um grupo.

O Direito autênticos, nos dizeres do Miguel Rale³⁷⁰, não é apenas declarado mas reconhecido, é vivido pela sociedade em geral, têm eficácia compulsória. E que os tribunais não podem recusar aplicação às normas em vigor, a não ser quando estiver caracterizado e comprovado que a lei caiu em desuso.

O acesso à justiça é direito humano fundamental e deve ser protegido e promovido pelo Estado de forma substancial, como a possibilidade de se buscar uma decisão justa e que resolva o litígio em tempo razoável, por estar vinculado à dignidade da pessoa humana. Cabe ao Estado a implementação de condutas negativas e positiva para a concretização dos direitos fundamentais, posto que amplamente relacionado com a dignidade da pessoa humana, as quais também devem ser exercidas pelos cidadãos em suas relações particulares. E para que a dignidade da pessoa se torna real é fundamental que se assegure o seu exercício e repousa nas garantias efectivamente postas à disposição do indivíduo.

Portanto, na presente abordagem pretendemos analisar o direito de acesso à justiça em relação ao direito fundamental no âmbito de acesso à justiça no nosso ordenamento jurídico. Nesse corolário, induz-nos ilidir que há muitos aspectos no âmbito da materialização do direito a acesso á justiça que poem em causa a sua efectivação como um direito fundamental inerente ao cidadão. É nesse paradigma que podemos constatar, na nossa realidade social, que há grande carência de servidores por parte de órgãos como Ministério Pública que deveriam assessorar os que procuram esses serviços. Além do que há dificuldade por parte dos cidadãos de chegarem as

³⁶⁹ REALE, Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, 10ª ed., revista, Livraria Almedina, Coimbra, 1982, pp. 112-113.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 113.

localidades determinadas para buscarem do auxílio, sendo em grande maioria de nível social baixo. Outros factores estão ligados com a problemática de cultura jurídica e o melhor exercício da cidadania.

Apesar do muito já realizado, objectivando estender o acesso à justiça a toda a sociedade moçambicana, como por exemplo a existência de Tribunais Judiciais e Comunitários, muitos obstáculos ainda resistem e muito há-de ser feito no intuito de garantir o acesso a uma ordem jurídica justa e ao integral exercício da cidadania. Para o efeito é fundamental promover a educação jurídica aos cidadãos, profissionalizar os juízes dos tribunais comunitários para que tenham a capacidade de interpretar a lei. Ainda é fundamental munir de capacidades humana material e financeira o Instituto de Patrocínio e Assistência Jurídica (IPAJ) para que possa desempenhar eficazmente as suas funções, como a da educação cívica e Jurídica nas comunidades, inculcando a cultura jurídica aos cidadãos.

A partir da Constituição de 2004 (vigente), aumentou a procura da protecção judicial, o que foi motivado pelos novos direitos consagrados e pela eficácia das normas sobre direitos fundamentais, bem como pela criação de novos meios de acesso ao Judiciário.

Embora a *Lex Fundamentallis*, prevê um leque de direitos fundamentais, os mesmos não são, expressamente, conhecidos pela maioria expressiva população moçambicana. A previsão constitucional e a criação da Lei que cria os TCs, ter sido um grande avanço no âmbito de acesso dos cidadãos aos tribunais e a justiça, ainda falta, na prática, a adequação e estrutura necessária para efectivá-la. Para o efeito, é ainda preciso ampliar os instrumentos para atender essa demanda. Porém, na prática, ainda não atingiu a eficácia.

Outro factor, que ao nosso ver, que impede a não concretização do princípio fundamental de acesso à justiça é a falta de um eficiente serviço de assistência judiciária em Grande parte dos cidadãos carentes. A grande maioria não possui defensores públicos permanentes, mas sim ocasionais. Sem falar no número reduzido de juízes, que sobrecarrega o Poder Judiciário.

Segundo o exposto, avançamos com a ideia de consciencialização como iniciativa primária, para que o Estado, na qualidade de promotor, tenha uma ligação forte proporcionando às pessoas o conhecimento dos direitos básicos ou meios alternativos para que possam auxiliar em suas *lides*. Ainda, deve o Estado investir no cidadão directamente, no gozo de seus direitos; ficando a protecção judiciária, através dos Tribunais, como instrumento sancionatório, no segundo plano, accionável apenas quando ocorrer alguma lesão ou ameaça a um desses direitos.

4.1.4. O sistema da justiça em Moçambique e sua evolução

Nesta parte da tese pretendemos analisar a evolução da organização judiciária, desde a colonização até aos nossos dias. Neste prisma são observados três períodos: colonial, onde a análise circunscreve-se no regime do indigenato e o dualismo jurídico; período correspondente a independência nacional (1975) à 1990, tendo como foco a reconstrução de sistema judiciário e a implantação do sistema de justiça popular; e o 3º período que corresponde a fase pós-Independência (1990 a 2004).

4.1.4.1. Período colonial

Durante a colonização portuguesa havia dois sistemas jurídicos: um sistema jurídico na vertente do direito tradicional, que surge como parte integrante do processo de subordinação – dominação. E um sistema jurídico colonial, que se consubstanciava-se no direito colonial europeu. Nesse corolário, a cultura jurídica nacional da época foi marcada por “dualismo jurídico”³⁷¹. De um lado havia um direito colonial europeu; de outro, os direitos consuetudinários dos povos nativos, coexistindo duas ordens jurídicas paralelas que actuam em espaços diferentes. Nessa perspectiva, o direito colonial, composto de um conjunto de leis, estatutos e políticas, que passaram a colocar, de um lado, o colonizador e, do outro, o colonizado – o cidadão, de um lado, e o indígena, do outro – reflectem, na essência, a forma como estava concebido o aparelho colonial, a necessidade de estruturar o sistema de exploração e de discriminação racial³⁷².

Fruto de criação do Estado Colonial, aqueles indivíduos que eram detentores da liberdade de circulação ou movimento no território e que podiam contratar trabalhadores e adquirir propriedades eram definidos como “cidadão colono” e os que não podiam realizar os referidos actos tinham o estatuto de “indígena”. A posição do indígena e do não-indígena seria reforçada em 1917, com a introdução do conceito de assimilados³⁷³.

³⁷¹ Dualidade de juridicidade no âmbito da administração da justiça. Ver c.f Muller *Juristischer Vertag, Annuaire Droit Africain*. p. 121. apud BUCHILI, Mateus, *ob. cit.*, p.46.

³⁷² MENESES, Paula Maria et al, *As Autoridades Tradicionais no Contexto do Pluralismo Jurídico*. in: SANTOS, Boaventura de; TRINDADE, João Carlos (Org.), *Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique*, Vol. 2, Cap. 20, Edições Afrontamento, 2003, (341-425), pp. 347-349.

³⁷³ O conceito de assimilação foi estabelecido durante a primeira república em Portugal (1910). A sua ideia era conferir aos Africanos os mesmos direitos que os cidadãos portugueses possuíam. Para obter o estatuto de assimilado, a pessoa devia ser maior de 18 anos, fluente em português, ter um determinado salário e possuir uma certidão de nascimento e atestado médico. Adicionalmente duas cartas de referências e um juramento de lealdade tinham que ser apresentados. Uma vez que apenas um pequeno grupo de africanos era capaz de

Como cidadãos de estatuto inferior, os assimilados (negros, asiáticos, mistos, na sua maioria) tinham cartão de identidade que os diferenciava da massa de trabalhadores detentores de uma “caderneta indígena”. Essa caderneta foi, pois, o meio encontrado para limitar a circulação da força de trabalho³⁷⁴.

Como foi referido anteriormente, o sistema colonial assentava numa esteira dualista, cuja pretensão era de opor distintas formas de governação dos sistemas legalmente instituídos, como sejam: 1º. A forma de posse de terra e 2º. A forma de regulamentação do trabalho. Nesse contexto, o aparelho colonial atribuiu uma identidade política aos africanos por meio de autoridades locais/indígenas, como forma de implantar as raízes de uma oposição étnica, racial e identitária, marcando para o efeito como uma referência peculiar no período pós-independência.

O dualismo jurídico-legal manifestava-se também no nível da estrutura jurídica oficializada, como foram os casos em que a nomeação da vida social não dava um tratamento igual a todos os moçambicanos, na altura considerados cidadãos portugueses. Nesse prisma, existiam normas próprias para moçambicanos indígenas e normas para moçambicanos não – indígenas³⁷⁵. Normas essas previstas no Código do Indigenato, que formalmente foi imposto em 1928, mas que sistematizava um conjunto de normas anteriores que dividiam a população entre cidadãos, isentos do trabalho forçado, e indígenas, sujeitos ao trabalho forçado, cujo recrutamento era garantido pelas autoridades tradicionais³⁷⁶. O Estado Novo de Salazar intensificou e aperfeiçoou esta política, nomeadamente com a Constituição de 1933, que incorporava o Acto Colonial. Este é, muitas vezes, considerado o ponto de viragem, que marca o início de um Estado colonial³⁷⁷.

E dessa forma que o direito formal português então instituído formou um sistema jurídico que trazia consigo suas próprias leis. Esse sistema reflectia muito mais valores e tradições jurídicas do Direito formal europeu (Romano – Germânico)³⁷⁸. Disto resultou na desconsideração

apresentar estes requisitos, a maioria da população permaneceu no grupo de indígenas. Pertencer este grupo significava trabalho forçado e restrições de movimento. A pessoa era excluída do sistema de educação do Estado e tinha que ser portador de um “passe específico”. (W.Van DER waals, Portugal's Angola, 1961-1974, Rivonia, 1993, p. 35, apud BUCHILLI, Mateus, *ibidem*, p.47.

³⁷⁴ MENESES, Paula Maria *et al.*, *ibidem*, *cit.*, p. 344.

³⁷⁵ Cfr. o Regime do Indigenato – Dec - Lei nº 399666, de 20 de Maio de 1954).

³⁷⁶ ARÁUJO, Sara, *O Estado e as Instâncias Comunitárias de Resolução de Conflitos em Moçambique. Das Diferentes Políticas Impostas à Diversidade de Respostas Locais*. CODESRIA, 12a Assembleia Geral Governar o Espaço Público Africano, Universidade de Coimbra, 2008. Disponível no <http://www.codesria.org.pdf>, acessado no dia 10 de Agosto de 2019.

³⁷⁷ ARÁUJO, Sara, *ibidem*.

³⁷⁸ Sistema jurídico de uma sociedade moderna ocidental, representada pela *Civil Law* (direito escrito produzido directamente pelo Estado. A característica principal, para além das fontes históricas, é a preponderância do direito escrito, que tende a provocar confusão entre o direito e a lei. A outra característica importante é a técnica de codificação adoptada no século XIX, por todos os países romanos - germânicos. Aliás, na actualidade, há, de facto, tendências a sistematizar-se todo o direito em grandes códigos, segundo a matéria de tratam: por

das práticas jurídicas já existentes dentro do direito comunitário nativo e consuetudinário, impondo a cultura legal proveniente da Europa e da coroa portuguesa. Em termos da pluralidade jurídica e fruto do sistema colonial implantado, a *indirect rule* garantia a existência de um sistema legal moderno e oficial para os cidadãos (colonos e assimilados). Estes eram detentores de um registo de nascimento e de um documento de identificação, podendo possuir bens e recorrer aos tribunais judiciais para a resolução de conflitos. Como refere Maria Paula Meneses³⁷⁹, a identidade civil era, pois, a identidade do cidadão, do civilizado único detentor de direitos civis e políticos. Para o resto da população (indígenas), foi criado o tribunal privativo dos indígenas. Os direitos dos indígenas eram regulados através do direito tradicional pelas autoridades gentílicas (denominação das autoridades tradicionais durante o período colonial). Porque a identidade indígena era definida pelas ligações ancestrais a uma região, esta, por seu turno, era definida com base em critérios étnicos. Os direitos e obrigações eram estabelecidos em função dos costumes indígenas locais. Como resultado, a regulação do conflito era através da linguagem da cultura local.

Assim, no período da colonização, o direito estatal predominante foi basicamente o direito oficial da autoridade instituída, que, com as devidas adaptações, era extraído e elaborados a partir da legislação portuguesa, completamente distanciado das práticas jurídicas comunitárias e inibidor das formas do pluralismo da justiça informal.

No período de transição, no início da década de 60³⁸⁰, com a modernização e pressões internacionais contra o trabalho forçado, e fruto do processo de independência das colónias africanas, o regime de Indigenato foi abolido formalmente, mas na prática, continuou a vigorar até quase o período da independência. Por exemplo o dualismo manteve-se em vários sectores. Os regulados continuaram a existir, e, em termos de justiça, a pluralidade manteve-se, com o (s) direito (s) tradicional (ais) a coexistir com o direito oficial promovido pelo Estado. De facto a posição dos regulados foi reforçada tendo estes passado a ser parte integrante da administração local³⁸¹.

exemplo o código civil tratando das relações privadas; o Código Penal tratando dos Crimes, etc. (BUCHILI, MIGUEL. *ob., cit.*, p. 48.

³⁷⁹ MENESES, Maria Paula; et. al., *ob. cit.*, p. 346.

³⁸⁰ O período 1960 a 1974 é caracterizado pela eclosão de lutas de libertação nos territórios Africanos colonizados por Portugal.

³⁸¹ Cfr. Dec. nº 43896 (Regedorias nas Províncias Ultramarinas) e Decreto nº 43897 (Usos e Costumes Locais reguladas de Relações Jurídicas Privadas nas Províncias Ultramarinas), ambos de 6 de setembro de 1962, apud MENESES, Maria Paula, et al, *ibidem*, p.348.

4.1.4.2. Período de 1975 – 1990

Moçambique tornou-se independente em 25 de Junho de 1975³⁸². A Frelimo, transformada em partido político, governou em regime de partido único até 1994, data das primeiras eleições democráticas³⁸³.

O documento do Conselho de Ministros, reunido de 9 a 25 de Julho de 1975, assumia como tarefa fundamental «Revolucionar o aparelho de Estado» e afirmava que «destruir as estruturas do passado não é tarefa secundária, não é ‘luxo ideológico», mas «condição do triunfo da Revolução»³⁸⁴. O Estado a construir deveria ser soberano, independente e democrático, unitário³⁸⁵. Era necessário desenvolver uma cultura nacional, construindo um País unido³⁸⁶. Ao nível da justiça, tinha que ser transformado num sistema popular, moçambicano e democrático. A concretização dessa tarefa passava pela implementação de uma organização judiciária que se estendesse a todas as circunscrições territoriais e promovesse a participação popular, bem como pela institucionalização de um sistema de acesso à justiça gratuito³⁸⁷. Assim institui-se o princípio da participação popular na administração da justiça, com a introdução da Lei nº 12/78, de 2 de Dezembro³⁸⁸, intervindo nos tribunais “juizes eleitos”, ao lado dos juizes profissionais. Desse modo, “o novo sistema de judiciário devia exprimir o poder de aliança operária – camponesa e reflectir a ditadura da maioria exploradora”. Essa opção conduziu ao afastamento da autoridade tradicional, e, conseqüentemente, o direito tradicional por elas aplicado, pelo facto de serem conotados com o poder colonial.

Embora ao nível da justiça, o sistema jurídico colonial era fascista, colonial e elitista; e que tinha que ser transformado num sistema popular, moçambicano e democrático, pouco tinha se concretizado no sentido de que, muito pouco mudou ou, se mudanças ocorreram, elas apenas se fizeram sentir ao nível formal ou institucional. Pode-se dar exemplos da composição, organização e funcionamento dos tribunais e dos outros órgãos da administração da justiça que

³⁸² Cfr. Preâmbulo da Constituição da República Popular de Moçambique (CRPM/1975)

³⁸³ As primeiras eleições multipartidárias em Moçambique foram concretizadas através da Lei nº 4/93, de 28 de Dezembro, designado por Lei Eleitoral.

³⁸⁴ Trindade, João Carlos, «*Rupturas e Continuidades nos Processos Políticos e Jurídicos*», 2003, p.104; in Santos, Boaventura de Sousa e Trindade, João Carlos (org.); *Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique*, Porto: Afrontamento, Vol. I, Cap. 2, 2003, (97-128).

³⁸⁵ Cfr. art. 2 da CRPM/1975.

³⁸⁶ Cfr. art. 4 da CRPM/1975.

³⁸⁷ Cfr. Lei da Organização Judiciária de Moçambique (Lei nº 12/78, de 2 de Dezembro, publicado no Boletim da República Popular de Moçambique, 1ª Série, Número 144; cfr., o Decreto Presidencial nº 69/83, de 29 de Dezembro.

³⁸⁸ Cfr. Lei nº 12/78, de 2 de Dezembro.

foram profundamente alterados. Porém, a estrutura judicial³⁸⁹ e o núcleo essencial do ordenamento normativo que esses órgãos foram chamados a aplicar mantiveram-se praticamente os mesmos, prevalecendo aqui uma clara solução de continuidade. A título ilustrativo, o País continua a reger-se com base na Legislação Portuguesa, como são os casos de antigos códigos civis, processuais, comerciais, etc, tendo sido apenas reformados alguns institutos.

A Lei nº 12/78, de 2 de Dezembro (Lei dos Tribunais Populares da época), definiu uma estrutura hierárquica dos tribunais judiciais, idêntica à que vigorou nos primeiros anos da independência. Nesse corolário, no topo da pirâmide, estava o Tribunal Popular Supremo (a sua constituição somente concretizada em 1988), tendo estado anteriormente a funcionar o Tribunal Superior de Recurso (criado pela Lei nº 11/79, de 12 de Dezembro), em substituição do Tribunal da Relação – seguindo-se sucessivamente, os tribunais populares provinciais onde havia funcionando os tribunais de comarca) e os tribunais populares de localidade ou de bairro (onde funcionavam os julgados de paz).

Embora a Constituição de 1975, estabeleceu ao nível de direito formal, um regime único de jurisdição, com traços fortemente marcados pelo modelo colonial, em conformidade com o estabelecido no art. 72º: “o tribunal popular garante a aplicação uniforme da lei por todos os tribunais ao serviço do povo moçambicano”, continuaram a vigorar para a maioria da população, as formas jurídicas consuetudinárias que expressam uma juridicidade tradicional, dotada de fontes e mecanismos próprios de legitimação dissociada do direito estatal.

Já na vigência da Constituição de 1975 havia um reconhecimento do pluralismo jurídico por parte do Estado, apesar de não declarar expressamente, com a criação dos tribunais populares³⁹⁰, o exercício da actividade judicial era feito por juízes eleitos pelas assembleias populares³⁹¹.

Tendo como base a Constituição da República de 1975, a regulação jurídica das actividades e dos conflitos aplicados nesses tribunais baseava – se na linha política do partido no poder (Partido FRELIMO – na vertente oficial) – e nas normas consuetudinárias locais (vertente não – oficial). Várias correntes consideraram essa influência, extremamente negativa.

³⁸⁹ Um Tribunal da relação, com jurisdição em todo o País, é exercendo funções quase exclusivas de recursos; tribunais judiciais de comarca, com jurisdição em cada província; julgados municipais, com jurisdição em cada distrito; julgados de paz, com jurisdição em cada posto administrativo. Os julgados municipais de primeira classe, os tribunais de comarca e o tribunal de relação eram compostos por juízes profissionais. Nos restantes tribunais, o poder jurisdicional era exercido pela autoridade administrativa da respectiva circunscrição territorial (BUCHILLI, Mateus, *ob. cit.*, p. 50).

³⁹⁰ Cfr. Lei nº 12/78, de 2 de Dezembro – Lei Orgânica dos Tribunais Populares.

³⁹¹ Cfr. art. 31, da Lei 12/78, de 2 de Dezembro.

Como se pode depreender da Lei da Organização Judiciária³⁹² (Lei nº 12/78, de 2 de Dezembro), os tribunais populares eram instâncias de administração da justiça e órgãos de poder e participação popular. Como órgãos de poder e participação popular, os tribunais populares estavam integrados ao aparelho judicial do Estado e dependentes, para efeitos administrativos, do Ministério da Justiça, que era também um órgão do executivo do partido no poder³⁹³.

O Ministério da Justiça tinha como competência de “organizar o sistema judiciário promovendo a criação de tribunais populares”. Em coerência, o mencionado Decreto Presidencial, foi aprovado o Estatuto do Ministério da Justiça, mediante o Diploma Ministerial nº 42/85, de 18 de Setembro, que definia as áreas da sua actividade, concretamente, e em primeiro lugar, a área judicial. Nisso nos conduz a verificar que até 1989³⁹⁴, o sector judicial e da administração da justiça eram o núcleo essencial dos objectivos e das funções centrais do Ministério da Justiça, sendo um órgão em que os tribunais o dependiam e espelhavam uma interferência do executivo no poder judicial.

4.1.4.3. Período pós-Independência (1990 – 2004)

A década de 1980 trouxe uma viragem no âmbito do governo da Frelimo, causados por fracassos do seu desempenho no sector económico. A estratégia económica socialista nos moldes que até então vinha sendo conduzida, era impossível salvar o cenário económico de então. A tendência foi, assim, de aderir à ideologia que viria a tornar-se dominante em termos globais: o neoliberalismo³⁹⁵. Em 1984, o governo aderiu às Instituições de *Breton Woods* (IBWs), nomeadamente ao Banco Mundial e ao Fundo Monetário Internacional. No ano seguinte, logo após o governo ter introduzido as primeiras medidas de liberalização dos preços, o Banco Mundial aprovou um pacote de 45 milhões de dólares. A partir de 1987, «o processo de reforma rumo à transformação da economia socialista centralizada numa economia de mercado capitalista, adquiriu um enquadramento sistemático e amplo, com a introdução do Programa de Reabilitação

³⁹² Cfr. nº 5 da Lei nº 12/78, de 2 de dezembro.

³⁹³ Cfr. nº 3 do art. 52 da Lei 12/78, de 2 de Dezembro.

³⁹⁴ Segundo o art. 65, da criada lei orgânica dos tribunais judiciais - Lei nº 10/92, de 6 Maio, a direcção do aparelho judicial é exercida pelo Presidente do Tribunal Supremo e pelo Conselho Judicial.

³⁹⁵ FRANCISCO, António Alberto da Silva. «*Reestruturação Económica e Desenvolvimento*»; in Santos, Boaventura de Sousa e Trindade, João Carlos (org); *Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique*; Porto: Afrontamento; Vol. I, Cap. 4, 2003, pp. 141-178.

Económica (PRE), apoiado financeiramente pelas IBWs³⁹⁶». A este novo modelo económico impunha-se um modelo político assente na democracia representativa multipartidária³⁹⁷.

Em 1990, foi aprovada uma nova Constituição, que visava adequar o quadro legal ao novo contexto económico e político, reconhecendo o fim da República Popular e a substituição do sistema de economia centralmente planificada para a economia de mercado³⁹⁸.

Em 1994 decorreram as primeiras eleições multipartidárias³⁹⁹. Foi, pois, neste contexto que os papéis atribuídos aos tribunais populares, nomeadamente aos de base, e às autoridades tradicionais têm vindo a ser reconfigurados. A Constituição de 1990 consagra os princípios da separação de poderes, da independência, da imparcialidade, da irresponsabilidade e da legalidade, lançando bases para a produção de alterações substanciais na organização judiciária⁴⁰⁰. Assim, com a Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais de 1992⁴⁰¹, os juízes eleitos passam a intervir apenas nos julgamentos em primeira instância e sobre matéria de facto⁴⁰² (art. 10.º). Seguindo uma interpretação restritiva da norma constitucional, segundo a qual «os tribunais decidem pleitos de acordo com a lei», os tribunais de base foram excluídos da organização judiciária, passando os tribunais distritais a funcionar como primeira instância. Ainda no mesmo ano foram criados, por lei própria⁴⁰³, os tribunais comunitários (TCs)⁴⁰⁴.

A Constituição de 1990 definiu como princípios e regras constitucionais relativas aos órgãos judiciais, os seguintes:

- tribunais como órgão de soberania (art. 109);
- tribunais tendo como objectivo reforçar a legalidade, garantir o respeito pelas leis e assegurar os direitos e liberdades dos cidadãos (nº 1 do art. 161);
- tribunais com a função de educar os cidadãos no cumprimento voluntário e consciente das leis, estabelecendo uma justa e harmoniosa convivência social (nº 2 do art. 101);
- tribunais reprimindo as violações da legalidade e decidindo os pleitos de acordo com o estabelecido na Lei (nº 3 do art. 161);
- decisões dos tribunais de cumprimento obrigatório e prevalecendo sobre as de outras autoridades (art. 163);
- Juízes independentes no exercício das suas funções, devendo obediência à lei e à Constituição (arts. 162 e 164, no seu nº 1);
- Juízes com garantias de imparcialidade, irresponsabilidade e inamovibilidade (164º, nº2 e 165º, nº2);

³⁹⁶ *Ibidem*, p.162.

³⁹⁷ Cfr. art. 30 da CRM/90. Artigo mais tarde alterado pela Lei nº 12/92, de 9 de Outubro

³⁹⁸ Cfr. art. 41 da CRM/90.

³⁹⁹ A legislação eleitoral tem como antecedente principal a Lei nº 4/93, de 28 de Dezembro, designado por Lei Eleitoral, que permitiu a realização das primeiras eleições multipartidárias em Moçambique.

⁴⁰⁰ Cfr. arts. 161, 164 e 165, todos da CRM/90.

⁴⁰¹ Cfr. Lei n.º 10/92, de 6 de Maio.

⁴⁰² Cfr. art. 10 da Lei nº 4/92, de 6 de Maio.

⁴⁰³ Cfr. Lei n.º 4/92, de 6 de Maio.

⁴⁰⁴ Cfr. Lei nº 4/92, de 6 de Maio: Estes tribunais tinha como objectivo principal evitar, ao nível da base, o vazio gerado com a eliminação formal dos tribunais populares.

- Juizes eleitos participando apenas nos julgamentos em primeira instancia e exclusivamente na decisao sobre a mat6ria de facto (art. 172º).

No corol6rio desses fundamentos, foram criados os tribunais judiciais em 1992, em substituic6o dos tribunais populares atrav6s da Lei nº 10/92, de 6 de Maio (Lei Org6nica dos Judiciais de Moçambique). Essa estrutura judici6ria oficializada constitucionalmente era unit6ria e formal, excluindo qualquer outra inst6ncia de resoluç6o de conflitos⁴⁰⁵.

Os tribunais de localidade e de bairro deixaram de fazer parte do sistema judicial, passando a ser regulados por lei pr6pria – lei dos tribunais comunit6rios⁴⁰⁶. Dada a exclus6o desses tribunais de base do sistema judici6rio, a jurisdiç6o formal 6 delimitada at6 aos distritos⁴⁰⁷, em conformidade com a Lei Org6nica dos Tribunais Judiciais⁴⁰⁸.

No n6vel dos bairros e localidades, a funç6o jurisdiccional ficou a cargo dos tribunais comunit6rios, inst6ncias com compet6ncias muito limitadas. Em casos de lit6gios de grande complexidade, a populaç6o 6 obrigada a recorrer ao tribunal judicial do distrito mais pr6ximos, que muitas vezes se situa a mais de 100km da localidade ou bairro. Portanto, o sistema judicial termina no n6vel do distrito e apenas cobre pouco mais de um terço dos distritos existentes, n6o chegando assim a todo o territ6rio⁴⁰⁹.

A Constituiç6o (CRM de 1990) trouxe inovaç6o no seu texto, a institucionalizaç6o do Conselho Constitucional, com compet6ncias de fiscalizar as Constituiç6o e a legalidade dos actos normativos p6blicos, de julgar os conflitos de compet6ncias entre os 6rg6os de soberania e de decidir sobre quest6es eleitorais⁴¹⁰.

A lei da Organizaç6o Judici6ria, Lei nº 10/92, de 6 de Maio, prev6 ainda que a direcç6o e gest6o do aparelho judicial ficam a cargo do Tribunal Supremo e do Conselho Judicial, como 6rg6os centrais do sistema judicial⁴¹¹.

Contudo, com a entrada em vigor da Constituiç6o de 2004, 6 resgatado o pluralismo jur6dico no sistema legislativo, como se pode depreender do art. 4º do referido textual constitucional que prescreve o seguinte: “o Estado reconhece os v6rios sistemas normativos e de

⁴⁰⁵ Cfr. art. 167º da CRM/1990.

⁴⁰⁶ Cfr. Lei nº 4/92, de 6 de Maio.

⁴⁰⁷ O sistema compreende o Tribunal Supremo, os tribunais judiciais de prov6ncia e de distrito, podendo ser criados sempre que as circunst6ncias o justifiquem, tribunais especiais de compet6ncia especializada (como 6 o caso do Tribunal de Menores e o Tribunal de Pol6cia, ambos da Cidade de Maputo). BUCHILI, Mateus...*ob. cit.*, p.55).

⁴⁰⁸ Cfr. art. 56 da Lei nº 10/92, de 6 de Maio.

⁴⁰⁹ BUCHILI, Mateus, *ibidem*, p.55.

⁴¹⁰ Cfr. arts. 180º e 181º da CRM/90.

⁴¹¹ Cfr. art. 168º da CRM/90.

resolução de conflitos que coexistem na sociedade moçambicana, na medida em que não contrariem os valores e os princípios fundamentais da Constituição”.

A Constituição de 2004 enfatiza que “a promoção de uma sociedade de pluralismo, tolerância e cultura de paz”, e enfatiza, que o “ Estado reconhece e valoriza a autoridade tradicional legitimada pelas populações e segundo o direito consuetudinário⁴¹²”. E define o relacionamento da autoridade tradicional com as demais instituições e enquadra a sua participação na vida económica, social e cultural do País, nos termos da lei⁴¹³”. Tendo em consideração a presente norma, deve-se ter em conta que a autoridade tradicional pelo papel que desempenha nas comunidades há uma necessidade de encoraja-los, sempre que forem consentidas pelas partes e as suas decisões não violarem os princípios e as normas constitucionais em vigor.

A nova Constituição de 2004, ao integrar o pluralismo jurídico como um dos princípios fundamentais da *lex fundamentallis*, inicia a quebra rígida da juridicidade estatal, reconhecendo as múltiplas instâncias de justiça existentes em Moçambique, quer no meio urbano, quer no meio rural, às quais a população pode recorrer para satisfazer as suas necessidades sociais jurídicas. Reconhece que os tribunais judiciais há muito deixaram de ter monopólio da administração da justiça⁴¹⁴, prevendo expressamente a possibilidade de serem definidos por lei mecanismos institucionais e processuais de articulação entre os tribunais e demais instâncias de composição de interesse e de resolução de litígios⁴¹⁵.

Importante frisar que o art. 212º da CRM de 2004 também vem a reconhecer a necessidade de uma reestruturação desse modelo rígido de juridicidade estatal, em busca de um equilíbrio maior entre a sociedade e o Estado na concretização de direitos do povo, consagrados na Constituição, que, na prática, não são efectivados, tais como os previstos nos arts 35º (princípio da igualdade), 36º (acesso aos tribunais) e os demais direitos, económicos, sociais e culturais previstos no capítulo V.

A Constituição de 2004 consagra também o direito à acção popular⁴¹⁶, bem como reconhece o papel que as organizações sociais, como formas de associação com afinidades e interesses próprios, desempenham na promoção da democracia e na participação dos cidadãos na vida pública. Nesse contexto, a Constituição reconhece que as organizações sociais contribuem para a realização dos direitos e liberdades dos cidadãos, bem como para elevação da democracia e

⁴¹² Cfr. alínea g), do art.118º da CRM/2004.

⁴¹³ Cfr., nº 2 do art.118º da CRM/2004.

⁴¹⁴ BUCHILI, Mateus..ob. cit., p.57.

⁴¹⁵ Cfr. nº 3 do art. 212º da CRM/2004.

⁴¹⁶ Cfr. art. 81º da CRM/2004.

na participação dos cidadãos na vida pública, bem como para a elevação da consciência individual e colectiva no cumprimento dos deveres cívicos⁴¹⁷, por isso, é importante a sua intervenção no processo de divulgação da cultura jurídica, de forma que os cidadãos tenham acesso ao novo sistema de acesso à justiça.

Quanto a organização judiciária, a nova Constituição, vem a integrar os tribunais comunitários na nova organização judiciária moçambicana, como uma das espécies de tribunais judiciais⁴¹⁸.

A primeira lei da Família (Lei nº 10/2004, de 25 de Agosto)⁴¹⁹, constitui um grande avanço no nível infraconstitucional, pelo facto de que o direito da família vem sendo o ramo do direito mais próximo da realidade social e, quase antropológico de uma sociedade, desde logo, se mostrou desconforme com a realidade sociocultural do País⁴²⁰. Nisso, o instituto regulado pelo Código Civil Português vigente em Moçambique (Livro IV do CCP de 1966), não se adequava à realidade sociojurídica da instituição familiar do nosso País. Não é por acaso que a própria autoridade colonial tenha tido o cuidado, quando da introdução do Código Civil de 1867 em Moçambique, de afirmar que as relações jurídico – familiares dos indígenas continuariam a reger-se pelos usos e costumes locais, conforme rezava o Decreto Régio de 1869⁴²¹. Nessa perspectiva, a organização judiciária do Ultramar, introduzida pelo decreto nº 48033, o conhecimento, apreciação e a decisão das questões familiares e de sucessões estavam confiadas aos chamados julgados de 2ª classe, que aplicavam a lei a este tipo de casos, o direito consuetudinário não codificado, segundo dispõe expressamente o artigo 25 do referido decreto (relativo à competências

⁴¹⁷ Cfr. art. 78º da CRM/2004.

⁴¹⁸ Cfr. o nº 2 do art. 223º da CRM/2004.

⁴¹⁹ Recentemente revogada pela Lei nº 22/2019, de 11 de Dezembro.

⁴²⁰ BUCHILLI, Mateus.*ob. cit.*, p. 58.

⁴²¹ SACRAMENTO, Luís Filipe. Reforma legal no âmbito do direito de família e das sucessões: Algumas reflexões. Revista Jurídica da Universidade Eduardo Mondlane, v.4, Dez. 2000, p. 109: o art. 8 do referido decreto Régio (Decreto publicado no B.O., nº 12 de março do ano de 1870) consagrava o seguinte: “Desde que principiar o a vigorar o código civil ficará revogada toda legislação a anterior, que recair nas matérias civis, que o mesmo código abrange: são ressalvados:

[...] e) Em Moçambique os usos e costumes dos baneanes, bathias, parses, mouros, gentios e indígenas nas questões entre eles;

2. Nos casos em que as partes, as quais aproveitar a excepção de 1., optarem de comum acordo pela aplicação do código civil, será este aplicado.

3. Os governadores das províncias ultramarinas mandarão imediatamente proceder por meio de pessoas competentes à codificação dos usos e costumes ressalvados no n. 1, e ainda não codificados, submetendo os respectivos projectos à aprovação do governo. E, por seu lado, relativamente as modalidades de casamento reconhecidas por lei, dispunha o art. 4: “o casamento celebrado segundo o rito religioso dos contraentes não católicos produz todos efeitos civis, que o código reconhece ao casamento católico ou civil”.

dos juizes municipais de 2ª classe)⁴²². Buscando ainda o entendimento do Sacramento⁴²³, a Portaria nº 22869, que tornou extensivo a Moçambique, o Código Civil de 1967, não fazia qualquer referência expressa ao direito consuetudinário, estava latente, de certo modo, a preservação dos usos e costumes locais⁴²⁴.

A evolução da Organização judiciária desde a independência até aos dias de hoje é um espelho da evolução do sistema político e da ordem jurídico – constitucional de Moçambique. É, assim, possível de destrinçar “três períodos na evolução da organização judiciária, designadamente: a) o pós – independência (1975-1978); b) a organização judiciária da nova legalidade (1978-1992); c) a nova organização judiciária da paz, do pluralismo político e da economia do mercado, em consequência da Constituição de 1990, que consagra o princípio da separação dos poderes e a independência do judiciário (desde 1992)”⁴²⁵.

A Constituição de 1990, para além de preceitos relativos à organização política, económica e social do País, consagra um extenso leque de direitos dos cidadãos. E nesse corolário que a Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais (Lei nº 10/92, de 6 de Maio – consagra que “os tribunais são órgãos de soberania que administram a justiça em nome do povo” e passa a regular a organização, a competência e o funcionamento dos tribunais à luz dos novos princípios constitucionais. A lei enuncia igualmente princípios gerais novos (nomeadamente, o acesso dos cidadãos à justiça garantido pelo Estado, a presunção de inocência dos arguidos, a publicidade de audiências, etc.), complementando as garantias constitucionais.

A jurisdição formal é delimitada até aos distritos, e os tribunais de base, denominados por Tribunais Comunitários, sob a direcção do Ministério da Justiça, são excluídos do sistema judicial formal. No entanto o sistema judicial formal compreende o Tribunal Supremo⁴²⁶, os tribunais judiciais de província e de distrito, podendo ser criados, sempre que as circunstâncias o justifiquem, tribunais judiciais de competência especializada e tribunais judiciais de distrito nas capitais de província. Até ao momento, já foram criados alguns tribunais de

⁴²² “[...]. Em matéria civil: a) preparar e julgar os feitos civis, seja qual for o valor, quando o direito aplicável for direito consuetudinário não codificado [...]”.

⁴²³ SACRAMENTO, Luís Filipe, *ob., cit.*, p. 109.

⁴²⁴ Portaria nº 22.869, publicada no B.O. n. sup, 18, 12, 1967, descreve no seu número 2, do ponto 3, o seguinte: “[...] por outro lado, há ainda que ressaltar a diversa legislação privativa de natureza civil das províncias ultramarinas, quando traduza interesses superiores, situações enraizadas nas tradições locais ou condicionalismos próprios que convém respeitar”.

⁴²⁵ TRINDADE, João Carlos; PEDROSO, João, *ob., cit.*, p. 313.

⁴²⁶ “O Tribunal Supremo é o órgão superior da hierarquia dos tribunais; e garante a aplicação uniforme da lei na esfera da sua jurisdição e ao serviço dos interesses do povo moçambicano”. Cfr art. 234º da CRM/2004. Para além das suas competências jurisdicionais em todo o País, assume ainda a organização e gestão do sistema judicial.

competência especializada – como é o caso do Tribunal de Menores da Cidade de Maputo, de Tribunal de Polícia da Cidade de Maputo⁴²⁷.

Os tribunais judiciais caracterizam-se por incluírem, qualquer que seja o escalão, juízes profissionais e juízes eleitos, não profissionais, mantendo em funcionamento, o princípio de participação popular na administração da justiça.

O Tribunal Supremo assume uma relevância especial, devido ao facto de, na organização judiciária moçambicana, este Tribunal deter uma dimensão tutelar, ao exercer, de fixação de orientações sociais através das suas decisões e de garante da estabilidade e mudanças do sistema da justiça em Moçambique.

O sistema da justiça moçambicano tem um carácter de centralidade. Partindo deste pressuposto, a ordem jurídica não pode ser exclusivamente reduzida a instituições e aos órgãos representativos de monopólio estatal. Por razões de proximidades culturais, linguísticas, económicas e até de inacessibilidade dos tribunais judiciais, impõe o reconhecimento de outras fontes informais de regulação social e produção legal, geradas no seio da sociedade e por ela e para ela orientada, tais como autoridade tradicional, Gabinete das Mulheres de Carreira Jurídica, AMETRAMO, etc. Assim, para a resolução de conflitos no sistema da justiça em Moçambique, recorrem em dois mecanismos: através de prestação jurisdicional (tribunais judiciais) no âmbito do direito estatal e por via de meios alternativos de resolução de conflitos, como sejam: mediação, arbitragem e conciliação.

4.1.5. O sistema oficial de justiça – prestação jurisdicional (Tribunais Judiciais)

A doutrina apresenta, tradicionalmente, desde o período aristotélico, o Estado considerado como entidade abstracta, desempenhando três funções básicas, resultantes das esferas de actuação dos poderes do Estado, como sejam: as deliberações tomadas a nível do Legislativo; comando, exercido pelo executivo e justiça, aplicada pelo judiciário. Nesta perspectiva pretendemos nos situar com a actividade jurisdicional, tendo a sua essência na aplicação contenciosa da lei a casos particulares ou aplicação do direito ao caso concreto, com o intuito de estabilizar o conflito através de uma solução de efeito pacificador.

⁴²⁷ Informação de Julho de 2002 (N.E). apud TRINDADE, João Carlos; PEDROSO, João, *Administração da Justiça Oficial: A caracterização do Sistema Judicial e do Ensino e Formação Jurídica*; in Santos, Boaventura de Sousa e Trindade, João Carlos (org.); *Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique*; Porto: Afrontamento; Vol. I, Cap. 8, 2003, (257-318) p. 314.

Aos tribunais, que são também órgãos de soberania⁴²⁸, mas os únicos que têm natureza jurisdicional, cabe a justa composição de litígios, exercendo a função jurisdicional do Estado que lhes está afectada⁴²⁹. Na mesma perspectiva, José Joaquim Gomes Canotilho, ensina que “o poder judicial é um poder separado”, na predisposição de que são “órgãos constitucionais aos quais é especialmente confiada a função jurisdicional exercida por juízes”⁴³⁰.

É notório que de forma organizatória e funcionalmente, o poder judicial é, portanto, separado de outros poderes. Só pode ser exercido por tribunais, não podendo ser atribuídas funções jurisdicionais a outros órgãos de soberania. A ideia de separação de poderes está subjacente, de forma implícita, na Lei Fundamental⁴³¹, no espírito da qual, está patente o pensamento de que para garantir a liberdade dos indivíduos e, ao mesmo tempo, para a racionalização do poder estatal, é imprescindível que os três poderes estejam separados e actuem de forma independente. Ou melhor, não basta separar para funcionar, é preciso que exista um equilíbrio, causado pela independência que cada poder tem para estatuir e impedir. Assim, controlando o poder, por via do poder, pode ser garantida a justiça e a liberdade política do cidadão. Aliás, separados (ou distribuídos) os poderes, ficam eles a funcionar de forma independente no e para o mesmo fim: limitar os abusos e os excessos do exercício do poder político.

De acordo com José Norberto Carrilho⁴³², o poder judicial, que corresponde a justiça, pode ser visto em dois prismas, nomeadamente institucional e funcional, sendo a mais comum o institucional, aquele que desenha a justiça de um país, por via da sua estrutura organizacional. Portanto, nos Estados, o poder judicial⁴³³ tem sido encarregue do exercício de funções como (a) a função jurisdicional, (b) o Ministério Público, (c) a representação e defesa (advocacia e patrocínio) do Estado, (c) a investigação criminal, (d) a advocacia privada, (e) o patrocínio e a assistência jurídica pública aos mais carenciados, (f) a reinserção social dos delinquentes, (g) o controlo da constitucionalidade e da legalidade das leis, (h) o controlo dos actos administrativos do Estado, (i) a fiscalização das contas públicas, (j) a fiscalização da legalidade dos processos eleitorais, dentre outros⁴³⁴.

⁴²⁸ Cfr. art. 133º da CRM/2004.

⁴²⁹ FONTES, José, *Teoria Geral do Estado e de Direito*, 3ª ed. Coimbra Editora, 2010. pp. 83-84.

⁴³⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *ob., cit.*, 2003, p.657.

⁴³¹ Cfr. art. 134º da CRM/2004.

⁴³² CARRILHO, José Norberto, *O Poder Judicial na Experiência Moçambicana*, In *Controle Social do Poder Político em Moçambique: Divisão de Poderes* (33-50), CEPKA, CIEDIMA, Maputo, 2003. p. 33.

⁴³³ Aqui, deve entender-se o poder judicial no sentido lato da palavra, por forma a incluir, não só o Tribunal (Magistratura Judicial), como também a Procuradoria (Magistratura do Ministério Público), a Polícia de Investigação Criminal, O Ministério da Justiça, a Ordem dos Advogados, o Tribunal Administrativo, Aduaneiro e Fiscal, dentre outros.

⁴³⁴ CARRILHO, José Norberto, *ob. Cit.*, p. 34.

4.1.5.1. Organização do sistema da Judicial no quadro constitucional

A Constituição de 2004 em vigor trata do sistema judicial de forma mais exaustiva que as anteriores constituições⁴³⁵, reservando disciplinas específicas para os Tribunais⁴³⁶, Ministério Público⁴³⁷ e Conselho Constitucional⁴³⁸.

Em matéria de princípios caracterizadores do sistema judicial, a *Lex Fundamentallis* moçambicana desenvolveu e consolidou princípios previstos anteriormente, nomeadamente da separação de poderes decorrente do princípio do Estado de direito (elevando os tribunais à condição de órgãos de soberania), da reserva da função judicial para os tribunais⁴³⁹ e da independência⁴⁴⁰, constituindo desta forma um aprofundamento do Estado de direito democrático.

Na mesma senda, reafirmou o princípio da não aplicação pelos tribunais de leis ou princípios que ofendam a constituição nos feitos submetidos a seu julgamento⁴⁴¹. Com efeito, os tribunais assumem-se como “órgãos de garantia de constitucionalidade”, embora não possam declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou de um princípio com força obrigatória geral, pois tal competência é exclusiva do Conselho Constitucional⁴⁴².

A consagração do princípio da obrigatoriedade do cumprimento das suas decisões para todos os cidadãos e demais pessoas jurídicas, prevalecendo sobre decisões de outras autoridades⁴⁴³, traduz a soberania dos tribunais, enquanto órgãos da administração da justiça. Outro aspecto crucial é a consagração das garantias funcionais dos magistrados judiciais, designadamente da imparcialidade, irresponsabilidade e inamovibilidade⁴⁴⁴.

Ainda a CRM/2004 consagra a existência do Tribunal Supremo, do Tribunal Administrativo e dos Tribunais Judiciais, admitindo, no entanto, a existência de um escalão de tribunais entre os tribunais provinciais e o Tribunal Supremo, os Tribunais de Administrativos, de Trabalho, Fiscais, Aduaneiros, Marítimos, Militares, Arbitrais e Comunitários, e ainda tribunais,

⁴³⁵ Cfr. as Constituições de 1975 e 1990.

⁴³⁶ Cfr. Título IX – arts 211.º a 232.º todos da CRM/2004.

⁴³⁷ Cfr. Título X – arts 233º a 239º todos da CRM/2004.

⁴³⁸ Cfr. Título XI – arts 240º a 247º todos da CRM/2004.

⁴³⁹ Cfr. art. 211º da CRM/2004.

⁴⁴⁰ Cfr. art. 216º da CRM/2004.

⁴⁴¹ Cfr. art. 213º da CRM/2004.

⁴⁴² Cfr. arts. º 240º, 243º e 247º todos da CRM/2004.

⁴⁴³ Cfr. art. 214º da CRM/2004.

⁴⁴⁴ Cfr. arts. 216º e 217º todos da CRM/2004.

na primeira instância, com competência específica e tribunais especializados para o julgamento de matérias determinadas⁴⁴⁵. Existem ainda os tribunais arbitrais e comunitários⁴⁴⁶.

No quadro constitucional moçambicano abre a possibilidade de existirem tribunais militares, apenas na vigência do estado de guerra e para julgamento de crimes de natureza estritamente militar⁴⁴⁷.

Consagra também, esta lei constitucional, um Conselho Constitucional ao invés de um Tribunal Constitucional. Mas parece não existirem razões para grande controvérsia sobre a sua natureza jurisdicional, uma vez que se consagra para ele a função de administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional⁴⁴⁸ e se encontra composto por “sete juízes conselheiros”⁴⁴⁹. Também a natureza das suas competências de “julgar as acções”⁴⁵⁰. O facto das decisões proferidas serem designadas “acórdãos”⁴⁵¹ ou a obrigatoriedade dos acórdãos⁴⁵² apontam para essa caracterização.

A *mater legis* define o Ministério Público “como uma magistratura hierarquicamente organizada subordinada ao Procurador-Geral da República”⁴⁵³. Isto subjaz-nos no entendimento de que, em consonância com a estrutura hierárquica, os magistrados subordinados recebem directivas, ordens e instruções, que devem ser acatadas desde que em conformidade com a lei. Todavia, os magistrados do ministério público na sua actuação estão sujeitos a critérios de legalidade, objectividade e isenção.

4.1.5.1.1. Funções dos tribunais

Os tribunais como órgãos de soberania, desempenham duas funções: “Jurisdicional e Educativa⁴⁵⁴”.

4.1.5.1.1.1. Função jurisdicional

Na função jurisdicional, “os tribunais tem como objectivo garantir e reforçar a legalidade como factor da estabilidade jurídica, garantir o respeito pelas leis, assegurar

⁴⁴⁵ Cfr. art. 222º da CRM/2004.

⁴⁴⁶ Cfr. nº 2 do art. 222º da CRM/2004.

⁴⁴⁷ Cfr. art. 225º da CRM/2004.

⁴⁴⁸ Cfr. nº 1 do art. 240º da CRM/2004.

⁴⁴⁹ Cfr. nº 1 do art. 241º da CRM/2004.

⁴⁵⁰ Cfr. alíneas f), g) e h), do n.º 2 do art. 243º da CRM/2004.

⁴⁵¹ Cfr. art. 246º da CRM/2004.

⁴⁵² Cfr. art. 247º da CRM/2004.

⁴⁵³ Cfr. nº 1 do art. 233º da CRM/2004.

⁴⁵⁴ Cfr. arts 211º e 212º todos da CRM/2004.

os direitos e liberdades dos cidadãos, assim como os interesses jurídicos dos diferentes órgãos e entidades com existência legal⁴⁵⁵”. Pode-se entender nesta norma que garantir a liberdade, no âmbito da prestação jurisdicional, é uma função muito importante, pois não há liberdade quando existir a concentração ou confusão entre quem faz as leis, quem as aplica e quem julga. Por isso é fundamental que haja garantias na independência da magistratura, pois só magistrados independentes podem assegurar a justiça em liberdade.

Ainda dentro da função jurisdicional “ os tribunais penalizam as violações da legalidade e decidem pleitos de acordo com o estabelecido na lei⁴⁵⁶”. Aqui reforça o monopólio do Estado na produção e aplicação do direito e, conseqüentemente tornar a função judicial mais profissional. Esta norma exige para a sua materialização, o respeito pelo princípio de obrigatoriedade geral no cumprimento das decisões judiciais.

A questão da independência dos tribunais resulta da reacção contra a função de julgar do monarca. Neste sentido, a independência era também um princípio antimonárquico porque, através dela, se combatiam as sentenças de direito e as sentenças do império proferidas pelo soberano⁴⁵⁷. Tudo visto denota-se que o sentido de independência dos tribunais como dimensão do Estado de Direito. Por outro lado, a independência dos tribunais significa necessariamente a separação da função de julgar (função jurisdicional) num sentido positivo e num sentido negativo. Num sentido positivo, a função jurisdicional é atribuída exclusivamente a juizes; em sentido negativo, proíbe-se o exercício da função jurisdicional por outros órgãos ou poderes que não sejam jurisdicionais⁴⁵⁸.

A independência do poder judicial circunscreve-se no monopólio da função jurisdicional, que se projecta, por um lado, no facto de esta função ser reservada aos Magistrados e não se permitir a intromissão de terceiros (dos outros poderes: legislativo e executivo) no exercício da mesma e, por outro lado, no facto de os juizes não poderem realizar mais funções do que a jurisdicional e a esta inerentes e, expressamente atribuídas por lei, em garantia de qualquer direito⁴⁵⁹.

⁴⁵⁵ Cfr. nº 1 do art. 211º da CRM/2004.

⁴⁵⁶ Cfr. nº 2 do art. 211º da CRM/2004.

⁴⁵⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes, *ob., cit.*, 2003, p.660.

⁴⁵⁸ *Ibidem*, p.660.

⁴⁵⁹ ALARCÓN, Maria Luz Martinez, *A Independência Judicial, Centros de Estudos Políticos e Constitucionais*, Madrid, 2004, apud UCAMA, Antônio Costa David, *A Independência do Poder Judicial em Moçambique versus Morosidade e Incerteza das Decisões Judiciais*, Ballot. Rio de Janeiro: UERJ. Volume 2 Número 1 Janeiro/Abril 2016. pp. 95-112. Disponível em: [<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/ballot>] acessado no dia 21 de Agosto de 2019.

O princípio da independência do poder judicial encontra o seu acolhimento na Lei Fundamental⁴⁶⁰. A independência do poder judicial constitui uma categoria jurídico-política necessária dentro do Estado de Direito, não como a manifestação de um valor absoluto, mas sim de um princípio relativo, justificado pela condição de conseguir alcançar alguns objectivos, como sejam: a exclusividade em exercício da função jurisdicional, a imparcialidade, a segurança e a previsibilidade (formal e material) na aplicação do Direito⁴⁶¹.

4.1.5.1.1.2. Função educativa

Na função educativa, “os tribunais educam os cidadãos e a administração pública no cumprimento voluntário e consciente das leis, estabelecendo uma justa e harmoniosa convivência social”⁴⁶². Desta norma podemos ilidir que, efectivamente, educar o cidadão implica muni-lo de instrumentos de defesa de direitos juridicamente protegidos. Por outro lado, ter acesso às informações jurídicas constitui uma crucial necessidade para o cidadão, na medida em que lhe permite a um exercício da cidadania plena e para a consciencialização justa da prática dos seus actos. Certamente a instrução jurídica é imprescindível para o exercício da cidadania, para nortear as mais diversas condutas de ordem prática, já que o direito faz parte da vida de todo o cidadão.

Sendo o direito o meio a se chegar à justiça, é de vital necessidade que o cidadão tenha acesso às informações jurídicas, para que não permite invocar o desconhecimento da lei ou do próprio direito perante ao juiz. Mas que tenha o conhecimento suficiente de uma norma legalmente positivada no ordenamento jurídico.

A educação no âmbito jurídico constitui um complemento basilar dos direitos e deveres do cidadão, assentes do dentro do leque dos direitos fundamentais. Por isso uma vez conhecedores dos direitos e deveres abre o espaço para o conhecimento das leis em todos os sectores da sociedade, para que elas sejam obedecidas e cumpridas. A lei precisa ser aplicada e ter eficácia, sob o risco de tornar-se somente letra morta no papel.

A justiça estatal moçambicana encontra-se, estruturada entre duas ordens de não -judicialização ou de desjudicialização: uma no topo de hierarquia social (arbitragem, negociação por advogados, actores transnacionais, e actores privados que actuam à margem do Estado e resolvem os litígios dos negócios ou em que não querem a intervenção do Estado) e outra na base

⁴⁶⁰ Cfr. art. 216º da CRM/2004.

⁴⁶¹ ALARCÓN, Maria Luz Martinez, *ibidem*, p. 69.

⁴⁶² Cfr. art. 212º da CRM/2004.

(os tribunais comunitários e todo um conjunto de autoridades, designadamente as que são denominadas de tradicionais, que resolvem os litígios locais que afectam a vida da sociedade⁴⁶³.

Contudo, a função essencial do poder judicial é, contudo, a função jurisdicional, aquela que é incumbida aos tribunais e que visa dirimir conflitos, resolver diferendos, solucionar disputas, punir as violações da legalidade, entre outras do gênero. É esta função principal que foi a razão originária da existência desse poder ou órgão do Estado.

4.1.5.1.2. Organização, competências e funcionamento dos tribunais

Os tribunais são qualificados, pela lei fundamental como órgãos de soberania. Os tribunais são órgãos constitucionais aos quais é especialmente confiada a função jurisdicional exercida pelos juízes. Do ponto de vista de organização e funcionamento, o poder judicial é, separado dos outros poderes. Assim, a função judicial é exercida pelos seguintes tribunais: “Tribunal Supremo, Tribunais Superiores de Recurso, Tribunais Judiciais de Província e Tribunais Judiciais de Distrito⁴⁶⁴”.

De forma geral, os tribunais têm a faculdade de julgar um caso concreto e determinado. Dado a isso, os tribunais têm as suas competências, repartidas nos seguintes termos: a) competência em razão da matéria: “as causas que não sejam, por lei, atribuídas a outra ordem jurisdicional, são da competência dos tribunais judiciais”⁴⁶⁵; b) competências em razão da hierarquia: “os tribunais encontram-se hierarquizados para efeitos de recurso das suas decisões e de organização do aparelho judicial”; c) competência territorial: “O Tribunal Supremo é o mais alto órgão da hierarquia dos tribunais judiciais e tem jurisdição em todo o território nacional⁴⁶⁶. Este tribunal incumbe a direcção do aparelho judicial⁴⁶⁷.

Em função daquilo que é a prestação jurisdicional na nossa realidade moçambicana, não deixaríamos de admitir que o grande desafio que se coloca no sistema judicial é o de construir a cidadania, ou seja garantir os direitos cívicos, sociais, económicos e toda a sociedade moçambicana, consolidando a sua independência e capacidade de reprimir as práticas ilegais e criminosas. Isto por que o sistema da justiça moçambicana é visto como cheio da Incerteza da

⁴⁶³TRINDADE, João Carlos; PEDROSO, João, *ob. cit.*, pp 316-317.

⁴⁶⁴ Cfr. alíneas a), b) c) e d) do nº 1 do art. 29 da Lei da Organização Judiciária (Lei nº 24/2007 de 20 de Agosto).

⁴⁶⁵ Cfr. art. 33º da LOJ.

⁴⁶⁶ Cfr. art. 39º da Lei da LOJ.

⁴⁶⁷ Cfr. art. 35º da LOJ.

Justiça Teoricamente, o problema da incerteza e o da insegurança jurídica é o oposto do princípio da segurança jurídica, basilar no Estado de Direito e consagrado na Lei Fundamental⁴⁶⁸.

Segundo António Pinto Pereira, a segurança jurídica é um dos valores imanescentes ao Direito e indispensável, pois cada um deve saber com o quê pode esperar da prática de certo acto por qualquer cidadão. Diz ele que, “a vida jurídica pressupõe, assim, um certo grau não só de estabilidade, como de previsibilidade”⁴⁶⁹. O parafrazeado do autor, ora referenciado, faz-nos entender que a certeza jurídica está ligada ao princípio da confiança legítima, através do qual, tem de haver um mínimo de certeza e de segurança no direito das pessoas e nas expectativas que lhes são juridicamente criadas.

No nosso entendimento, em Moçambique, não existe este mínimo de confiança e certeza da decisão esperada, pois, refugiando-se na má interpretação do princípio da independência do poder judicial e na pacificidade de pacatos cidadãos que até têm medo de reivindicar seus próprios direitos (as vezes nem os conhecem), o judicial desvia os fundamentos legais da decisão e decide os processos, movidos por outros fundamentos.

O juiz é o árbitro que pode decidir de forma arbitrária. O frequente é que nas situações completamente idênticas, pode existir decisões diferentes e extremas. Por exemplo o Advogado nunca tem certeza daquilo que pode, no mínimo, esperar de uma decisão judicial, mesmo quando, depois de o processo correr seus termos até final (julgamento), os elementos à vista tendem, legalmente, para certa posição – o juiz pode tomar decisão contrária (até mesmo ilegal)⁴⁷⁰.

Outro problema que se vive no nosso sistema da justiça tem a ver com a morosidade processual. Portanto, hoje os cidadãos procuram, cada vez mais uma justiça célere, tornando-se a celeridade um elemento crucial à materialização da justiça. Segundo Matos⁴⁷¹, “o elemento essencial dessa concretização é o elemento temporal; então o problema da lentidão excessiva deixa de pertencer às partes e passa a apossar-se da própria justiça que interveio demasiado tarde”. Essa exigência de celeridade só pode ser resolvida pela independência judicial. Só o juiz independente é que pode promover a celeridade processual, na medida em que, sem depender de uma terceira força, e movido pela consciência, ele correrá para aplicar a lei no devido tempo e de forma certa.

⁴⁶⁸ Cfr. art. 3º da CRM/2004

⁴⁶⁹ PEREIRA, António Pinto, *Princípios Gerais de Direito*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 72.

⁴⁷⁰ Concordando com UCAMA, António Costa David, *ob., cit.*, pp. 95-112.

⁴⁷¹ MATOS, José Igreja, *Um Modelo de Juíz para o Processo Civil Actual*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010. p. 85.

Contudo, uma efectiva independência do poder judicial é uma condição necessária para a promoção da celeridade e, em consequência, segurança jurídica.

Na senda da questão em discussão, António David Ucama⁴⁷² aponta três razões que levam aos problemas de morosidade e incerteza da justiça em Moçambique:

(i) a falta de clareza das normas sobre o princípio da independência judicial, pois nem juízes e, muito menos os cidadãos percebem o significado deste princípio e as consequências da desaplicação ou da aplicação incorrecta do mesmo.

(ii) a falta de interpretação correcta e hábil das normas que consagram este princípio, pois muitos juízes, diante dos abusos do poder judicial (extravasam os prazos; aplicam sentenças abusivas; entre outras situações), refugiam-se no princípio da independência judicial. E,

(iii) a falta de cultura de trabalho num ambiente onde vigora o princípio da independência judicial. Isto é, há, efectivamente, muitos problemas de cultura de trabalho. Proclamado o princípio da independência judicial, sem cuidados, sem treinamento, sem acompanhamento, sem controlo dos actores directos na aplicação deste princípio, é um perigo à justiça e, consequentemente, ao Estado de Direito. São exemplos disso os casos estagnados ou frustradamente decididos.

Para além das causas apontadas, o autor supracitado avança mais mencionando dois factores que dificultam a independência do poder judicial. A primeira tem a ver com o poder executivo (e político) que, ou não sabendo qual é o seu papel face ao judicial ou, sabendo, ignora-o, em benefício próprio. A segunda tem a ver com o próprio Magistrado, responsável pelo tribunal ou pelo cartório de uma secção do tribunal e irresponsável nos actos ou decisões legais que for a praticar.

Paralelamente aos factores que enfermam a justiça moçambicana, João Carlos Trindade e João Pedroso, apontam que desde o início dos anos noventa que o crescimento das práticas corruptivas alegais, ilegais e criminais, da criminalidade violenta; e da insegurança urbana vem colocando a Procuradoria – Geral no epicentro da contestação da sociedade moçambicana, consequentemente, a Procuradoria tem sido acusada de inoperância e passividade, tendo atravessando inúmeras crises⁴⁷³. De acordo com o enunciado, o cidadão descredibiliza os órgãos de justiça, recorrendo aos outros meios para resolução de conflitos. É nessa perspectiva que os cidadãos vendo os vários factores que o enferma o sistema de administração da justiça procuram outros meios alternativos como os tribunais comunitários, já que integram o sistema judicial de resolução de litígios. Com a criação da nova legislação de arbitragem, conciliação e mediação, enquanto meios alternativos de resolução de litígios, são outras vias que os cidadãos procuram, já

⁴⁷² UCAMA, António Costa David, *ob., cit.*, pp. 95-112.

⁴⁷³ TRINDADE, João Carlos; PEDROSO, João, *ob., cit.*, 315.

que os tribunais judiciais não conseguem dar vazão dos inúmeros conflitos que emergem na sociedade.

4.1.6. OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

4.1.6.1. Os meios alternativos de resolução de conflitos na perspectiva doutrinária

Nesta parte pretendemos trazer a discussão na perspectiva doutrinária acerca dos meios alternativos de resolução de conflitos⁴⁷⁴. Para o efeito, partimos do princípio que o acesso à Justiça não se confunde (e não se exaure) com o acesso ao Judiciário, de forma que, em muitas situações, não basta aos litigantes o comando decisório proferido pelo Magistrado para pôr fim à questão controvertida que originou o processo. Há, pois, que se falar em um tema que se impõe mais e mais constantemente no sistema judicial e nas doutrinas nacionais, por se tratar de

⁴⁷⁴ Deve-se entender, conflito como uma luta de valores e reivindicação de *status*, poder e recursos escassos em que o objectivo dos oponentes consiste em neutralizar, lesionar ou eliminar os seus rivais. Neste corolário, Johane Francisco Chibairo, “Conflito é visto como uma construção social que apresenta uma divergência de interesses entre grupos que concorrem no contexto de uma realidade social, sendo o mesmo padrão social do comportamento pode ser considerado litígio ou não dependendo da sociedade, grupo social ou contexto da interacção. Na presente abordagem, o conceito de conflito deve ser entendido como manifestações de antagonismos abertos entre actores, (individuais ou colectivos) de interesses opostos em relação à posse ou gestão de bens materiais ou simbólicos, por outro lado, consideramos a existência de conflito quando indivíduos dentro da comunidade não respeitam o comportamento considerado normal pelo modo de vida local. O conflito resulta de vários factores inerentes a interacção entre os indivíduos ou grupos de indivíduos decorrente da inevitável convivência humana. Qualquer conflito é provocado quando os indivíduos ou grupos de indivíduos dentro da comunidade não respeitam os ditames de boa fé, definidos numa determinada comunidade ou no modo de vida local” (CHIBALO, Johane *Francisco*, *Acesso, Posse e Conflitos, de Terra: Estudo de caso do Distrito de Búzi, 1975 á actualidade*, Maputo, UEM, FLCS, 1999, p.44).

Segundo António Gaspar da Costa, resolução de conflito “é um processo que envolve a identificação e análise das principais causas que deram origem ao conflito. É um exercício através do qual descobrem-se os objectivos e necessidades das partes, o que permite a mediação avançar com algumas opções e propostas de resolução. Trazendo o entendimento deste autor, podemos acentuar que no processo de resolução do conflito, seja de que natureza há que se fazer uma análise cuidadosa das formas, métodos e estratégias de resolução de conflitos, de forma que se procure salvaguardar os interesses das partes de modo a se alcançar o consenso. É um processo em que todos fazem parte na tomada de decisão que consiste em estabelecer um ponto em que a maioria concorda. Porém, para alcançar o consenso não implica que todos os integrantes do grupo concordem com a decisão tomada, mas sim quando a maioria esteja de acordo com a posição” (COSTA, António Gaspar de, *Diagnóstico de Focos e Origens de Conflitos Sociais nas Comunidades Urbanas e Periféricas*, Maputo: Editora Escolar, 2003, p. 25).

Nesta abordagem deve ser entendida a resolução de conflitos como uma forma de interacção social onde os conflitos são resolvidos recorrendo casos passados semelhantes e onde as decisões são tomadas por indivíduos com experiências reconhecida pela comunidade. Por outro lado, O vocábulo conflito, na linguagem jurídica, é muito utilizado como sinónimo de litígio, o qual significa a existência de disputa por uma pendência entre as partes que compõem o processo judicial, que significa a situação existente entre duas ou mais pessoas ou grupos, caracterizado pela pretensão a um bem ou situação da vida e impossibilidade de obtê-lo.

mecanismo tendente a ampliar e tornar mais satisfatório o acesso à justiça: os meios alternativos de resolução de conflitos.

Para Beatriz Rêgo Xavier⁴⁷⁵ pode-se categorizar o Acesso à Justiça como um grande género conceptual, que traduz a busca pela efectivação de direitos. Deste género decorreriam duas grandes espécies: assessoria jurídica e solução de disputas.

4.1.6.1.1. Assessoria Jurídica

Em conformidade com Beatriz Rêgo Xavier⁴⁷⁶, a assessoria jurídica, envolve “a ideia de acto de partilha de noções de direitos aos destinatários em forma de educação jurídica, consultoria, que se consubstancia na emissão de pareceres, e a assessoria jurídica comunitária”. A inclusão desta espécie, como decorrente do género, Acesso à Justiça, é o que justifica a amplitude deste. Na medida em que se admite Acesso à Justiça não só como o acesso ao Poder Judiciário, ou provocação da jurisdição estatal, é de se acrescentar que o acesso a um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos⁴⁷⁷, se dá também por meio de acções preventivas. Ou seja, Acesso à Justiça se efectiva também por acções como a educação jurídica, promovida individual ou colectivamente - assessoria jurídica comunitária, e a emissão de pareceres, como forma de esclarecimento sobre determinada questão de natureza jurídica.

4.1.6.1.2. Soluções de disputas

A espécie soluções de disputas jurídicas pode ser classificada em soluções judiciais e soluções extrajudiciais de disputas, como descreve Beatriz Rêgo Xavier⁴⁷⁸. A solução judicial de disputas é reconhecida como a prestação jurisdicional do Estado. Entendida como função, é aquela prestada pelo Estado, no sentido de promover a pacificação de conflitos, mediante a realização do direito justo e através do processo legal. Se por um lado caracteriza-se como jurisdição estatal, por outro a solução judicial de disputas pode ser entendida como o próprio direito de acção.

Na perspectiva do sujeito, segundo José de Albuquerque Rocha⁴⁷⁹, a busca pela efectivação do direito pela via judicial, ou seja, a procura pela solução judicial da disputa de

⁴⁷⁵ XAVIER, Beatriz Rêgo, *ob., cit.*

⁴⁷⁶ *Ibidem.*

⁴⁷⁷ *Ibidem.*

⁴⁷⁸ *Ibidem.*

⁴⁷⁹ ROCHA, José de Albuquerque, *Teoria Geral do Processo*, 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 165, apud XAVIER, Beatriz Rêgo ...*ob., cit.*

natureza jurídica apresentada se efectiva por meio do direito fundamental à prestação jurisdicional do Estado. Ainda buscando os ensinamentos do autor em referência, entende-se, pois, solução judicial de disputas como jurisdição estatal, vista pelo aspecto da função prestada pelo Estado e, na óptica do sujeito, como direito à prestação jurisdicional ou direito de acção.

Partindo dos pressupostos do Albuquerque, Xavier⁴⁸⁰, classifica, dentro das Soluções de disputas, em soluções extrajudiciais de disputas todas as espécies de solução de disputas que não são apreciadas de forma imediata pelo Poder Judiciário. Evitou-se a expressão “soluções alternativas de disputas” pela imprecisão do conceito e pela semelhança de nomenclatura em relação à corrente doutrinária do direito alternativo.

4.1.6.1.2.1. Sub espécies de soluções extrajudiciais de disputas

Falando do actual estágio do ordenamento jurídico brasileiro, a Xavier⁴⁸¹, destaca a negociação, conciliação, mediação, arbitragem, facilitação do diálogo e aconselhamento patrimonial como modalidades das soluções extrajudiciais de disputas.

4.1.6.1.2.1.1. Facilitação do diálogo

Facilitação do diálogo é uma forma de solução extrajudicial de disputas que representa um estímulo à retomada do diálogo entre pessoas envolvidas, no estágio inicial de controvérsias de qualquer natureza. O facilitador do diálogo buscará restabelecer a comunicação entre os interessados, no intuito de dirimir a disputa. A facilitação do diálogo tanto pode ser compreendida como uma fase de um outro procedimento de solução extrajudicial de disputas mais complexo, como um procedimento autónomo. É tida como a espécie de solução extrajudicial de disputas que possui conceito mais ampliado, com incidência sobre todas as demais.

4.1.6.1.2.1.2. Negociação

A negociação pode ser considerada como um processo de decisão pelo qual os intervenientes estabelecem, ou pretendem estabelecer, um acordo por oposição a uma forma de acção unilateral. O processo desencadeia-se quando se verifica a existência de divergências entre posições de várias partes, cuja natureza compreende a percepção de interesses comuns que conduzem, por sua vez, à geração de algum tipo de interdependência. Aquela decisão, ou a

⁴⁸⁰ XAVIER, Beatriz Rêgo ...*ob.*, *cit.*

⁴⁸¹ *Ibidem.*

aceitação de uma solução englobada num acordo, envolve um sistema de comunicação que pode oscilar entre a negociação formal e a negociação informal, mas com objetivo assente na satisfação das necessidades, de uma forma vantajosa para todas as partes, e na obtenção de um consenso que satisfaça os múltiplos interesses em jogo.

A negociação passa necessariamente, neste contexto, por uma relação entre várias entidades, que se assumem como actores num jogo de natureza social e humana, onde se cruzam comportamentos, valores, poderes e expectativas distintas, mas não necessariamente divergentes. Devido à sua natureza humana, “o processo de negociação não adquire facilmente contornos estáveis e homogêneos, sendo pautada por momentos de conflito e outros de consenso, derivados das características cognitivas, comportamentais e sociais dos negociadores”⁴⁸². A negociação implica, assim, a gestão mais ou menos equilibrada de todos esses aspectos num conjunto mediado por um sistema de comunicação, pelo estabelecimento de procedimentos e métodos de condução das diferentes etapas da negociação, desde a preparação à sua conclusão.

Um processo de negociação envolve vários domínios, económicos, sociais e humanos, pelo que se torna complexo traçar um perfil genérico, tanto quanto possível transversal, aplicável a todos os procedimentos ao nível da negociação. Nessa perspectiva Carvalho⁴⁸³ apresenta uma matriz ou um denominador comum, i.e., um conjunto de pontos universais a todo o tipo de negociações:

- A negociação pressupõe a existência de duas partes (negociação bilateral) ou de várias partes (multilateral);
- A procura da negociação verifica-se quando se eleva o/um conflito de interesses entre várias pessoas ou entidades;
- Não existe negociação se não houver uma perspectiva/expectativa de influência de cada uma das partes sobre as restantes;
- Num dado momento, a preferência pela negociação sobrepõe-se ao estabelecimento de uma disputa que gera hostilidade e resistência à resolução dos problemas;
- Cada uma das partes apresenta-se na negociação com uma perspectiva de que irá conceder algo na esperança de receber benefício de igual ou maior interesse para si;
- A relação dos elementos tangíveis e intangíveis, no decorrer da negociação, obriga ao estabelecimento de uma equação cuidadosa e a uma análise quanto ao seu grau de importância.

Segundo o exposto, a negociação é um procedimento que envolve a ideia de transação para a solução de uma disputa de natureza instantânea. Os interessados tentam acordar sobre o que vai ser dado e o que vai ser recebido, com ou sem o auxílio de um negociador. Assim como a facilitação do diálogo, a negociação também pode ser compreendida como um

⁴⁸² CARVALHO, José Mexia Crespo de. *Negociação*, 5ª ed., Edições Sílabo, Lda, Lisboa, 2016, p.18.

⁴⁸³ *Ibidem*, p.18.

procedimento autónomo ou uma fase de um outro procedimento de natureza mais complexa, visto que quando uma das partes deseja obter algo que a outra não está disposta a fornecer, ocorre uma colisão entre as conveniências de uma e de outra. É por essa razão que a negociação, porém, procura eliminar as matérias discordantes e o conflito, transformando-os em momentos de partida para que ambas as partes atinjam os seus objectivos da forma mais favorável a cada uma e podendo evitar choques provenientes de uma disputa com efeitos muitas vezes destruidores para ambas.

Contudo, para que haja sucesso no processo de negociação, é fundamental ter em consideração a gestão de objectivos e “interesses intangíveis e tangíveis”⁴⁸⁴ de ambas as partes, distinguindo quais os realmente importantes para a finalidade global da negociação e quais os níveis mínimos e máximos que se dispõem a aceitar e a conceder.

4.1.6.1.2.1.3. Conciliação

A conciliação tem como escopo a resolução do conflito por meio de um acordo, instigado por um terceiro que não tem papel activo na desavença e não a aprecia com profundidade, evitando-se, assim, o processo judicial. O conciliador tem como papel, tão-somente, interferir e sugerir às partes envolvidas na desavença soluções para instruir um possível acordo. Logo, é perceptível que a conciliação não tem como objectivo precípua aproximar as partes de modo a diminuir o conflito pessoal existente entre elas, mas sim colocar fim à questão conflituosa apresentada.

A conciliação é, por sua vez, um processo de solução de disputas, endoprocessual ou extraprocessual, como aponta António Cintra e Ada Grinover⁴⁸⁵, que envolve a solução de determinada disputa entre interessados momentaneamente adversários. O conciliador, cuja função é administrar a controvérsia de maneira activa, deverá ouvir as partes e poderá aconselhar os interessados, explicar os pontos de natureza jurídica, auxiliar a avaliar as opções de solução, esclarecer os efeitos das possíveis soluções e por fim tentar dirimir a disputa. O conciliador apresentará uma postura neutra e imparcial, podendo, contudo, interferir directamente na demanda.

No nosso entendimento subjaz-nos apontar que se falamos da conciliação temos em atenção de um processo tão metódico em que fazem parte: o conciliador, que é um imparcial, que também pode ser considerado como terceiro na relação, que tem como a função de dialogar com as partes envolvidas no conflito, no intuito de encontrar um denominador comum, a fim de que desistam ou evitem o litígio judicial por meio da renúncia, submissão ou transação. Insta

⁴⁸⁴ Quando a esta questão pode ser conferida no CARVALHO, *ob., cit.*, 2016.

⁴⁸⁵ XAVIER, Beatriz Rêgo, *ob., cit.*

mencionar que, durante a conciliação, não são praticados quaisquer actos de jurisdição (declaração e aplicação do direito) pelo terceiro.

Para Juan Vezzulla⁴⁸⁶, a conciliação/conciliador exige um profissional que conheça toda a técnica e método de conciliação, sendo imparcial e que pratique uma posição activa, onde a conciliação exige um trabalho de investigação mais superficial, não sendo necessário um aprofundamento maior na discussão.

Nesse contexto cabe ao conciliador saber que a conciliação é mais adequada quando o litígio objectivo e patrimonial, onde não existam vínculos afectivos entre as partes envolvidas, dessa forma pode o conciliador participar mais activamente, inclusive apontando soluções. A conciliação tem suas próprias características, onde além de um conciliador administrar o conflito de forma neutra e imparcial (como faz o mediador na mediação), o conciliador tem a prerrogativa de sugerir soluções, apontar de forma criteriosa as vantagens e desvantagens que o acordo traria as partes.

No entendimento do António Hélio da Silva⁴⁸⁷, há que ter em consideração no processo extrajudicial a conciliação e o conciliador: A conciliação é também, uma forma de resolução, de controvérsias na relação de interesses, administrada por um conciliador, aquém compete, aproximá-las, controlar as negociações, a parar as arestas, sugerir e formular propostas, apontar vantagens e desvantagens, objectivando sempre, a composição do conflito pelas partes.

Desta maneira, a conciliação, busca a celeridade, em orientar a construção do acordo, uma vez que a sociedade actual, precisa de um poder judiciário, eficaz, assim as audiências de conciliações vêm para transformar um judiciário moroso em algo ágil e de soluções amigáveis. Doutro norte a conciliação é exercida em virtude de lei e por servidor público. É instituto quase sempre utilizado quando uma das partes já procurou o Poder Judiciário para a resolução de seu problema, sendo, portanto, o próprio órgão responsável pelo julgamento do litígio o instituidor da conciliação como meio de solucioná-lo.

Por ser instituto que, assim como a mediação, visa evitar o processo judicial.

⁴⁸⁶ VEZZULA, Juan Carlos, *Teoria da Mediação*, São Paulo: *Inst. de Mediação e Arbitragem do Brasil*, 2011, p. 16. apud GUNDEL, Priscila Lutz; GODOI, João Adelar Mallmann, *De Eficácia dos Meios Alternativos na Resolução dos Conflitos: Mediação, Arbitragem e Práticas Restaurativas Frente ao Novo Código de Processo civil*, 9ª Jornada de pesquisa e 8ª jornada de extensão do Curso de Direito de FAMES, disponível no fames.edu.br/jornada-de-direito/9a-jornada-em-extensao-do-curso-de-direito/artigos/meios-alternativos-de-resolucao-dos-conflitos-mediacao-arbitragem-e-praticas-restaurativas/e3-06.pdf, acessado nos dias 23 de Agosto de 2018.

⁴⁸⁷ SILVA, António Hélio da, *Arbitragem, Mediação e Conciliação*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 25-26, apud GUNDEL, Priscila Lutz; GODOI, João Adelar Mallmann de, *ob., cit.*

4.1.6.1.2.1.4. Mediação

Em traços gerais, pode-se dizer que a mediação é “uma forma de comunicação entre os seres humanos de longa data, que existe simultaneamente à existência do homem. Com efeito, a história da mediação está intimamente ligada ao movimento de acesso à justiça, iniciado na década de 70 no Brasil, quando eram buscadas alterações no sistema que permitissem um melhor acesso à ordem jurídica, na perspectiva do próprio jurisdicionado. Por exemplo buscavam-se formas de solução de disputas que colaborassem com a melhoria das relações sociais envolvidas no conflito, tendo em vista o sucesso que já se alcançara com medidas desse gênero na Justiça do Trabalho e nas ações comunitárias⁴⁸⁸”

De acordo com António Hélio da Silva⁴⁸⁹ a mediação é uma espécie de solução extrajudicial de disputas com vistas a solucionar disputa de natureza complexa, resultante de relacionamento anterior entre os interessados. Neste procedimento, os interessados buscam, com o auxílio do mediador, manter diálogos amistosos com o objectivo de tentar firmar um acordo entre si. A finalidade principal da mediação é a pacificação da relação existente entre os interessados. A postura do mediador deverá ser neutra, não sendo indicado que este participe da elaboração da solução.

No processo de mediação, recomenda-se que o mediador apenas conduza a conversa, não interferindo diretamente em momento algum do processo. A mediação justifica-se pela existência de uma relação anterior entre os interessados. Como corresponde a um procedimento mais criterioso e que tem por finalidade não apenas a solução da controvérsia aparente, mas a real pacificação dos conflitos, pode exigir, para sua concretização, mais de uma sessão.

Para António Hélio Silva⁴⁹⁰ a mediação é um método de resolução de conflitos onde duas ou mais pessoas recorrem à intervenção de um terceiro imparcial, o mediador, o qual auxilia as partes a identificar o conflito, com o objectivo de trabalhá-lo, construindo assim, um conjunto de soluções alternativas, visando à realização de um acordo, preservando princípios éticos. Noutro prisma, a mediação consiste na interferência de terceiro em um conflito ou negociação, mediante aceitação das partes interessadas, a fim de que possam chegar, voluntariamente, a comum acordo. Logo, o elo de confiança entre mediador e os interessados é essencial ao desenvolvimento do

⁴⁸⁸ QUEIROZ, Donner Rodrigues; et al, *Mecanismos Alternativos de Resolução de Conflitos*, Revista Ius Gentium, jan./jun2014. Disponível: <https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/viewFile/133/pdf>. Acesado no dia 23 de Agosto de 2018.

⁴⁸⁹ GUNDEL, Priscila Lutz; GODOI, João Adelar Mallmann de, *ibidem*.

⁴⁹⁰ SILVA, António Hélio da, *ob., cit.*, pp. 25-26.

processo de mediação e, assim como na conciliação, o terceiro, ora mediador, não tem o poder de decidir o litígio. Nisso, a mediação depende da vontade das partes interessadas para se realizar. Por sua vez, a participação de terceiro imparcial é o princípio que reflete na postura que o mediador deve adotar, ao qual a imparcialidade deve ser inerente. A esta figura é que também se aplica o princípio da competência do mediador, uma vez que ele só deve aceitar a tarefa de mediar quando tiver as qualificações necessárias para satisfazer as expectativas razoáveis das partes.

Tendo em vista as exposições descritas nos parágrafos anteriores, somos de entendimento de que a mediação possui carácter absolutamente voluntário, facultativo, consensual e sigiloso. O Mediador deverá ser diligente e observar a máxima prudência, para não ultrapassar os limites da mediação. Enquanto o processo judicial arrasta as partes para o litígio e o embate nos Tribunais, trazendo consigo desgastes e exposição das partes, a Mediação apresenta-se como um método discreto e sigiloso⁴⁹¹. Não só, o processo de mediação é, em sua essência, informal e confidencial.

A função do mediador é, portanto, a de facilitação do diálogo e de incentivar a tomada de decisões pelos mediados, mostrando-lhes as suas responsabilidades e o papel de cada um na construção da solução para o conflito existente, mantendo uma postura apaziguadora. Nesse sentido entende-se que o Mediador não deve tentar interferir no problema, pois muitas coisas estão ocultas, e ao tentar entendê-las, o mediador pode piorar a situação conflituante, assim a missão dele é interferir nos sentimentos das partes, ajudando-as a sentir e compreender os sentimentos que causam todo o litígio.

Juan Carlos Vezzula⁴⁹² em seu livro “Teoria da Mediação”, explica que “assim como a responsabilidade dos clientes é discutir o problema, a do mediador é orientar como discuti-lo”.

Do ponto de vista de benefícios de se resolver um conflito pela via da mediação, disserta Ângela Mendonça:

Dentre os principais benefícios deste recurso, destaca-se a rapidez e efectividade de seus resultados, a redução do desgaste emocional e do custo financeiro, a garantia de privacidade e de sigilo, a facilitação da comunicação e promoção de ambientes cooperativos, a transformação das relações e a melhoria dos relacionamentos⁴⁹³.

⁴⁹¹ GUNDEL, Priscila Lutz; GODOI, João Adelar Mallmann de, *ob., cit.*

⁴⁹² VEZZULA, Juan Carlos, *ob., cit.*, p. 30.

⁴⁹³ MENDONÇA, Ângela HaraBuonomo, *Introdução aos Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias*, Brasília: CACB/SEBRAE 2003, p. 34, apud QUEIROZ, Donner, *ob. cit.*

Tendo em atenção o exposto, nos encerra estabelecer diferenças entre a mediação e o processo civil, de forma a avaliar o grau de celeridade, em suma da eficácia de cada um dos mecanismos. Partindo deste pressuposto aludimos que diferentemente da mediação, no processo judicial, são estabelecidas como vantagens do julgamento pelo Poder Judiciário o foro público, a institucionalização, a existência de regras quanto à prova, o facto de haver jurisprudência, a inspiração de respeito que promove, a uniformidade, a independência, as decisões serem susceptíveis de recurso, o facto de gerar obrigações e encerrar questões, o carácter de aplicação obrigatória e o facto de ser custeado com recursos públicos.

As desvantagens, segundo a mesma linha de raciocínio, encontram-se pelo facto de a decisão judicial ser conferida ao juiz, independentemente da vontade das partes; de exigir-se advogado, em razão do necessário conhecimento técnico; de ser criado um temor reverencial à figura do juiz; de ter longa duração; de polarizar e perturbar relações; de dificilmente levar a soluções de compromisso; e de ser um procedimento oneroso.

Por sua vez, os mesmos autores orientam, o que também se depreende da obra da Serpa⁴⁹⁴, que as vantagens da mediação são, em síntese: a privacidade; a escolha do mediador pelas partes; o facto de reflectir as preocupações e as prioridades da disputa; o tratamento dado ao conflito; a busca por soluções criativas; o facto de registar altas taxas de cumprimento das decisões; o baixo custo que exige.

Como desvantagens, apontam o facto de o mediador não ter o poder de obrigar a participação das partes, de não contar com as devidas salvaguardas processuais, de poder haver influência no resultado frente ao poder maior de uma das partes, de não serem produzidas obrigações legais e, por fim, o facto de a mediação não aplicar/desenvolver normas públicas.

4.1.6.1.2.1.5. Arbitragem

Do ponto de vista histórico aponta-se que, como assegura a existência da arbitragem pode ser constatada em diversos textos antigos, os quais mencionam o método como forma de resolução de conflitos, seja na esfera privada ou estatal. Na Grécia, a arbitragem foi utilizada no período designado como Clássico. Na mitologia grega, é mencionada na escolha da deusa (Atenas, Hera ou Afrodite) que receberia a maçã de ouro, prêmio que era oferecido pela deusa da discórdia à mais bela, tendo como árbitro Páris, filho do *rei de Tróia*, Príamo. Após o julgamento, a

⁴⁹⁴ SERPA, Maria de Nazareth. Mediação em família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, pp. 69-70, apud QUEIROZ, Donner Rodrigues; et al, *Mecanismos Alternativos de Resolução de Conflitos*, Revista Ius Gentium.jan./jun, 2014. Disponível: <https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/viewFile/133/pdf>. Aceso no dia 23 de Agosto de 2018.

sequência de factos culmina na guerra de *Tróia*, conforme narrado por Homero. Os hebreus também faziam uso da arbitragem em suas disputas de direito privado, que se concretizava através de colegiado denominado *Beth-Din*, formado por “doutores da lei”⁴⁹⁵.

Em Roma, acredita-se que a arbitragem teve sua utilização iniciada durante o período dos reis etruscos, em que pese o facto de que só venha a estar registada textualmente na Lei das XII Tábuas. No Brasil, a arbitragem é conhecida desde o século XV, instituída pelos portugueses. Era prevista nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, aplicadas no País até 1822, quando da declaração de sua independência. Após, encontrava amparo no art. 160 da Constituição do Império de 1824 e nas demais legislações infraconstitucionais⁴⁹⁶.

No período de 1831 a 1867, tornou-se obrigatória nos conflitos que envolviam colisão de embarcações marítimas. Com a proclamação da República, em 1889, a competência para regular sobre a arbitragem passou a ser dos Estados da Federação⁴⁹⁷.

No Código Civil brasileiro de 1916, a arbitragem também foi positivada, sendo que também encontrava previsão nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, vindo a se tornar objecto de legislação específica no ano de 1996. A prática da arbitragem no Brasil é escassa, uma vez que encontra certa resistência por parte da população, dos juristas e do Poder Judiciário⁴⁹⁸.

Do ponto de vista conceptual, José de Albuquerque Rocha⁴⁹⁹ diz que arbitragem é o “meio de resolver litígios civis, atuais ou futuros, sobre direitos patrimoniais disponíveis, através de árbitro ou árbitros privados, escolhidos pelas partes, cujas decisões produzem os mesmos efeitos jurídicos das sentenças produzidas pelos órgãos do Poder Judiciário”. Acrescente-se ainda em relação à arbitragem que esta constitui uma forma de jurisdição não estatal. Isto é, a um terceiro ou terceiros, que não o Estado, é dado o poder, pelos interessados, de dizer o direito e assim decidir a disputa, vinculando-os quanto ao conhecimento do direito. Registe-se que a arbitragem não alcança o processo de execução, vez que o monopólio legítimo da força é exclusivo do Estado.

Priscila Gundel vê na arbitragem uma forma de resolução de conflitos onde as partes envolvidas reúnem suas vontades, com o objectivo de escolher um terceiro dissemelhante, para que ele aprecie a demanda e pronunciar uma solução. Ocorre que tais soluções de conflitos alternativas, como a arbitragem são necessárias a partir do momento que se trate de questões tão

⁴⁹⁵ QUEIROZ, Donner Rodrigues, *ob.*, *cit.*

⁴⁹⁶ *Ibidem.*

⁴⁹⁷ SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos, *Noções Gerais da Arbitragem*, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 30. Apud QUEIROZ, Donner Rodrigues; et al. *ibidem.*

⁴⁹⁸ QUEIROZ, Donner Rodrigues; et al. *ob.*, *cit.*

⁴⁹⁹ ROCHA, José de Albuquerque, *Teoria Geral do Processo*, 5ª. ed., « São Paulo: Atlas, 2001, p. 102, apud XAVIER, Beatriz Rêgo, *ob.*, *cit.*

específicas que um especialista decidirá de forma mais condizente com a controvérsia da questão.

Partindo dessa aceção, Sónia Monteiro⁵⁰⁰ avança com a ideia de que

Em uma sociedade exigente, que evolui de acordo com a cultura e os costumes, à medida que a informação é disseminada, ela cobra os resultados de forma rápida e eficaz, disposta a experimentar tais alternativas visando garantir o sucesso final, tanto econômico como satisfatório. Daí, não somente o Poder Público como também, a iniciativa privada, conseguem investir em sistemas de administração alternativa de conflitos, sendo que poucos, conseguem chegar à conclusão de seus resultados, em razão da ausência mínima de condições necessárias à implementação desses novos métodos e habilidades para negociar. (...), mas hoje, as organizações inseridas no ambiente econômico e tecnológico – no mundo empresarial, passam por grandes transformações e tentam se sustentar na busca de novas parcerias, em um cenário não só de extrema competitividade, como amplo e dinâmico, necessitando constantemente de reestruturação nas relações entre os indivíduos com o propósito de serem avaliadas.

De forma geral podemos afirmar que a arbitragem é forma de resolução de conflito com procedimento próprio, em que as partes escolhem um julgador, podendo ser o árbitro ou um órgão colegial de árbitros (julgadores), denominado Tribunal Arbitral. A escolha da arbitragem implica na exclusão do Poder Judiciário da apreciação do conflito. Ademais, a sentença arbitral vincula as partes e é passível de execução perante o Judiciário.

Tendo em vista a forma procedimental do processo arbitral, como meio alternativo de resolução de conflitos, podemos elucidar que ela tem determinadas vantagens, como as que se seguem:

1. Liberdade - o que significa que as partes têm ampla liberdade de escolha do seu árbitro ou o painel arbitral, e podem conferir o diferendo a pessoa de reconhecida idoneidade por ambas as partes, e com especiais conhecimentos técnicos, jurídicos ou outros de acordo com a especificidade ou complexidade das questões.
2. Informalidade – as partes são livres de adoptar procedimentos informais, adaptáveis e simplificados para reger o processo.
3. Celeridade – os árbitros deverão conduzir o processo de arbitragem tendo em vista a um resultado razoavelmente célere.
4. Confidencialidade – os procedimentos, no âmbito do processo arbitral, são sigilosos, é só as partes e outros intervenientes directos têm a acesso a eles.
5. Finalidade – da sentença arbitral apenas se admite o recurso de anulação, que se fundamenta em bases, muito restritivas. Dessa forma a arbitragem tende à resolução rápida do diferendo.

⁵⁰⁰ MONTEIRO, Sônia Valesca Menezes, *A arte da Negociação no Mundo Globalizado*, Publicado na Revista Justitex, ano VII, nº 76, abr. 2009, pp. 55-56, apud GUNDEL, Priscila Lutz; GODOI, João Adelar Mallmann de, *ob., cit.*

6. Economia – os custos processuais são menores se comparados num processo de natureza judicial (recurso ao tribunal).

7. Neutralidade – é mais aplicável, esta a vantagem, nos casos em que há diferendos envolvendo partes de nacionalidades diferentes, onde a possibilidade de escolher árbitros nacionais de terceiros países diminui a suspeita de haver quem favorece os nacionais de determinado país.

As vantagens relativas à arbitragem ganham mais peso pelo contraste que se dizem fazer com o processo judicial. E devido a percepção do público do desempenho dos tribunais, o potencial mercado para arbitragem é correspondentemente grande.

Contudo, a arbitragem, não só traz benefícios como meio alternativo de resolução de conflitos, mas também acarreta certos riscos e desvantagens. Como por exemplo, os árbitros podem comportar-se como representantes das partes que os nomearam e não como julgadores independentes. Também em causas de pequeno valor, o custo de arbitragem, especialmente quando se previu árbitros múltiplos, podia ser demasiado elevado para justificar este meio de resolução da causa.

4.1.6.1.2.1.6. Aconselhamento patrimonial

O aconselhamento patrimonial é uma modalidade de solução extrajudicial de disputas, segundo Beatriz Rêgo Xavier⁵⁰¹ relacionada a problemas de divisão de patrimónios pessoais ou societários. Constitui um meio que irá patrocinar acordos de divisão de património, inserindo-se nesse rol a partilha antecipada de bens familiares, tendo como referência o aproveitamento sócio-económico do património individualizado dos interessados. Frise-se que não há, conceptualmente, espécie de solução de disputas mais vantajosa que as demais. Nem mesmo se confrontadas as soluções extrajudiciais com as soluções judiciais de disputas, pode-se definir previamente qual a espécie mais recomendada.

Tendo em vista a perspectiva da Beatriz Rêgo Xavier, aludimos que se entendidas todas como espécies de Acesso à Justiça, e cada uma com características próprias, tem-se que: (a) todas são válidas como instrumento de efectivação de direitos; e (b) cada uma delas possui traços distintivos que fazem com que sejam adequadas a cada caso concreto, se observadas as peculiaridades do objecto da disputa e dos sujeitos interessados.

⁵⁰¹ XAVIER, Beatriz Rêgo, *ob., cit.*

4.1.6.2. Os meios alternativos de resolução de conflitos no ordenamento jurídico moçambicano

A Arbitragem, Conciliação e Mediação, como meios alternativos ao sistema judicial, de resolução de conflitos, foram criados através da Lei n.º 11/99, de 8 de Junho. Esta fonte de direito constitui um encontro entre o Direito de Moçambique e o Direito Internacional. A adopção desta fonte visa responder aos imperativos resultantes das políticas neoliberais da economia do mercado e de relações económicas internacionais.

Os tribunais arbitrais, no âmbito do pluralismo jurídico, estão reconhecidos constitucionalmente, quer através do art. 4º da CRM/2004, quer através do n.º 2, do art. 222º da mesma Lei Fundamental. Dado ao exposto, a Lei de Arbitragem, Conciliação e Mediação estabelece as regras aplicáveis a estes tribunais que na essência são regras internacionais impostas pela globalização transnacional e no âmbito do Direito do Comércio Internacional. A Lei de Arbitragem, Conciliação e Mediação estabelece os mecanismos institucionais e processuais de articulação com os tribunais estaduais e com outros órgãos internacionais, no âmbito de arbitragem comercial internacional⁵⁰². Uma nota importante destes tribunais quanto a articulação é a sua susceptibilidade de recursos para os tribunais judiciais em caso da anulabilidade da sua sentença⁵⁰³. Por outro lado, a Lei permite o recurso a arbitragem comercial internacional⁵⁰⁴.

Um outro exemplo de internacionalização do pluralismo jurídico aliado a arbitragem são os mecanismos e procedimentos de resolução extrajudicial dos conflitos laborais. A Lei n.º 23/2007, de 1 de Agosto, determinou que os conflitos laborais passassem a ser resolvidos através de mecanismos extrajudiciais, tais como conciliação, mediação e arbitragem.

A resolução de conflitos extrajudicial pode ser realizada junto às entidades públicas e privadas. Quando a resolução é feita junto a entidade pública aplicam-se as normas do Decreto n.º 30/2016, de 27 de Julho, dispositivo legal que revoga o Decreto 50/2009, de 11 de Setembro – Regulamento da Comissão de Mediação e Arbitragem Laboral (COMAL).

A COMAL é uma entidade pública e tutelada pelo Ministério do Trabalho, Emprego e Segurança Social e com representação nas províncias através dos Centros de Mediação e Arbitragem Laboral. Quando a entidade é privada as normas aplicáveis são as estabelecidas na Lei n.º 11/99, de 8 de Julho – Lei da Arbitragem, Conciliação e Mediação.

⁵⁰² Cfr. art. 55º e ss, da Lei n.º 11/99, de 8 de Junho.

⁵⁰³ Cfr. art. 40º da Lei n.º 11/99, de 8 de Junho.

⁵⁰⁴ Cfr. art. 52º da Lei n.º 11/99, de 8 de Junho.

4.1.6.2.1. Arbitragem

A arbitragem, como foi avançado nas exposições anteriores (*no ponto 4.1.6.1.2.1.5*), é o “meio de resolver litígios civis, actuais ou futuros, sobre direitos patrimoniais disponíveis, através de árbitro ou árbitros privados, escolhidos pelas partes, cujas decisões produzem os mesmos efeitos jurídicos das sentenças produzidas pelos órgãos do Poder Judiciário. Acrescente-se ainda em relação à arbitragem que esta constitui uma forma de jurisdição não estatal. Isto é, a um terceiro ou terceiros, que não o Estado, é dado o poder, pelos interessados, de dizer o direito e assim decidir a disputa, vinculando-os quanto ao conhecimento do direito. Aludir que a arbitragem não alcança o processo de execução, uma vez que o monopólio legítimo da força é exclusivo do Estado.

Na senda da Lei n.º 23/2007, de 1 de Agosto, arbitragem: será o processo pelo qual um tribunal arbitral decidirá, de forma definitiva e vinculativa, sobre a questão controvertida levantada pelas partes. Portanto, o que verdadeiramente é facultativo é a submissão à conciliação e à arbitragem⁵⁰⁵.

O procedimento de arbitragem é simples, após escolher-se um terceiro imparcial ou de um grupo de pessoas sem interesse na causa, testemunhas são ouvidas e todos os documentos são analisados, profere-se então uma decisão, ou seja, a sentença arbitral, objectivando encerrar a disputa. Cabe ressaltar que as regras da arbitragem se assemelham a um processo judicial, uma vez que os árbitros devem analisar tanto os fatos como o direito. O atributo principal da arbitragem é a coercibilidade, uma vez que após ter-se findado o trâmite da arbitragem, ela não possui recursos cabível.

Para a realidade Moçambicana são três, as características fundamentais da arbitragem que se desprendem da Lei n.º 11/99, de 8 de Julho. Em primeiro lugar, esse instituto é, como declara o art. 1º da Lei, um meio de resolução de conflitos ou litígios. Mas não é só isso, pois a arbitragem também pode ter por objecto conflitos de interesses sem carácter contencioso, por lhes faltarem os elementos constitutivos de um litígio: uma pretensão e uma resistência. É esse o caso das questões a que se refere o n.º 3 do art. 4 da Lei: a revisão de contratos, por exemplo, pode ser confiada a árbitros, ainda que nenhum contencioso exista a esse respeito. Em segundo lugar, a arbitragem é um instituto que implica a subtração de litígios aos tribunais estaduais e a atribuição a particulares da competência para decidi-los. Esses particulares tanto podem ser designados pelas partes como por terceiros (v.g. uma instituição de arbitragem por eles escolhida

⁵⁰⁵ Quanto a esta matéria vide os arts 188º a 193º da Lei nº 23/2007, de 1 de Agosto (Lei do Trabalho).

ou um tribunal judicial). Não prejudica esta característica a circunstância de o tribunal arbitral ser integrado por juizes, como nos parece admitir o art. 19º da Lei n.º 11/99, de 8 de Julho, contanto que os mesmos exerçam a função de árbitros à margem da sua condição oficial. Uma terceira nota distintiva do conceito de arbitragem é o facto de a eficácia da decisão proferida pelos árbitros ser – em Moçambique tal como em Portugal – idêntica à da sentença proferida pelo tribunal judicial (art. 43º: a decisão arbitral, depositada nos termos do art. 42), produz entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do poder judicial e, sendo condenatória, constitui título executivo.

A arbitragem pode ser voluntária⁵⁰⁶ ou obrigatória⁵⁰⁷ tendo as ambas o mesmo efeito nos termos do art. 183 da Lei do Trabalho. A distinção entre a arbitragem voluntária e obrigatória radica na sua diferente natureza negocial ou não negocial, pois enquanto a primeira (arbitragem voluntária) corre na sequência de um acordo entre as partes (compromisso arbitral), a segunda assenta num despacho da Comissão de Mediação e Arbitragem Laboral⁵⁰⁸, ouvido o ministro responsável pela área laboral, independentemente da vontade das partes.

O regime da arbitragem aplica-se, subsidiariamente, o disposto nos artigos 28 a 48 do Regulamento da COMAL, e a Lei de Arbitragem, Conciliação e Mediação⁵⁰⁹. Nos termos do art. 189 da Lei de Trabalho, a arbitragem pode ser tomada obrigatória quando o conflito envolver empresas públicas ou empregadores cujas actividades se destinem à satisfação de necessidades essenciais da sociedade.

4.1.6.2.2. Conciliação

Segundo o referenciado *no ponto 4.1.6.1.2.1.3*, a conciliação é um processo de solução de disputas extraprocessual que envolve a solução de determinada disputa entre interessados momentaneamente adversários. O conciliador, cuja função é administrar a controvérsia de maneira activa, deverá ouvir as partes e poderá aconselhar os interessados, explicar os pontos de natureza jurídica, auxiliar a avaliar as opções de solução, esclarecer os efeitos das possíveis soluções e por fim tentar dirimir a disputa. O conciliador apresentará uma postura neutra e imparcial, podendo, contudo, interferir directamente na demanda. É nessa perspectiva que podemos ilidir que a conciliação é caracterizada pela intervenção de um terceiro, com o objectivo

⁵⁰⁶ Cfr. nº 2 do art. 188 da Lei do Trabalho.

⁵⁰⁷ Cfr. art. 189 da Lei do Trabalho

⁵⁰⁸ Aprovado pelo Dec. nº 50/2009, de 11 de Setembro, decreto este, posteriormente revogado pelo Dec. nº 30/2016, de 27 de Julho,

⁵⁰⁹ Cfr. Lei nº 11/99, de 8 de Julho, artigos 4 a 51).

de promover um acordo entre as partes, embora essa intervenção se limite a assistir as partes na tentativa de chegarem a um consenso, sem qualquer poder, de emitir propostas de solução.

A Conciliação constitui, pois, um procedimento voluntário e resolução de conflitos colectivos, cuja promoção e funcionamento se situa na esfera da autonomia negocial das partes em litígio, isto é equivale dizer, que trata-se de uma negociação assistida por um terceiro (conciliador) que se limita a proporcionar um apoio destinado a facilitar a solução do conflito, mas que não intervém relativamente ao conteúdo do possível acordo que as partes, de modo autónomo, podem alcançar. Significa isto que além das partes, participa nela uma terceira entidade, que pode ser um representante do Estado ou uma pessoa escolhida pelos próprios interessados que se incumbe de auxiliar os interlocutores a encontrarem uma plataforma de acordo.

Em conformidade com a Lei n.º 23/2007, de 1 de Agosto – Lei do trabalho, a conciliação procurará facilitar a comunicação e o relacionamento entre as partes para que cheguem a um acordo⁵¹⁰. Tem acontecido por vezes, que o acordo é dificultado simplesmente por falta de iniciativa dos contendores, nos casos em que nenhum deles deseja avançar com uma proposta que exprima uma cedência, sem a garantia de que esse passo seja correspondido da mesma forma pela outra parte.

O recurso a conciliação assenta no acordo das partes, mas a lei admite que o impulso pertença a uma delas em certos casos e condições. Isto significa que o impulso para o início do processo de resolução de conflitos laborais é, dado, pois, por uma das partes (acto unilateral) ou por ambas as partes (por acordo no âmbito da autonomia colectiva), ao solicitar intervenção de uma entidade por eles escolhida, com competência para proceder a conciliação, mediação ou arbitragem⁵¹¹.

Portanto no Processo conciliatório, as partes podem não chegar a um acordo prévio quanto a entidade à qual será confiada a tentativa de conciliação. Nesses casos é da competência da Comissão de Mediação e Arbitragem Laboral⁵¹² a realizar essa diligência, convocando as partes para os passos subsequentes para que se chegue a um acordo que satisfaça as partes. A ideia é que se chegue a uma solução por via conciliatória de forma a pôr fim o conflito, estabelecendo, para o efeito o equilíbrio global do acordo. Contudo, o requerimento de escolha do órgão competente para proceder a resolução do conflito colectivo de trabalho deve ser feita de acordo com os

⁵¹⁰ Pode-se cfr. também nos termos do nº 3 do art. 60 da Lei nº 11/99, de 8 de Julho.

⁵¹¹ Cfr. nº 1 do art. 183 da Lei de Trabalho.

⁵¹² Cfr. nº 3 do art. 183 da Lei do Trabalho.

procedimentos prescritos na Lei de Trabalho e no regulamento específico do órgão encarregue da resolução do litígio⁵¹³.

O produto da conciliação, quando tenha êxito, consiste num texto que integrará a convenção colectiva em cujo processo de formação o conflito surgiu. É do nosso entendimento que a regulamentação estabelecida por via conciliatória não assume expressão formal autónomas: muito embora os resultados da diligência fiquem exarados em acta subscrita pelos intervenientes, trata-se de uma simples forma de integração (parcial ou total) do conteúdo de uma convenção colectiva. Nessa perspectiva que Monteiro António Fernandes, sustenta que acta da conciliação não se destina, em si mesma, a depósito e publicação, mas apenas a condicionar, na parte correspondente, o texto final da convenção colectiva a que se respeita⁵¹⁴.

Portanto, o procedimento de conciliação, assim como da mediação e arbitragem pode ser assegurados por quaisquer entidades, sejam pessoas colectivas públicas ou privadas, assim como pessoas singulares a quem as partes entendem atribuir essa competência. Este aspecto resulta do preceituado do art. nº 63 da Lei nº 11799, de 8 de Julho⁵¹⁵.

Como explicitado anteriormente, o uso dos meios alternativos de resolução de conflitos representa forte contribuição para a efectivação no processo de actuação do Poder Judiciário. Por outro lado, os meios alternativos de resolução de conflitos são também um instrumento fundamental à sociedade como um todo, uma vez que representam uma maneira democrática de pôr fim aos conflitos, na medida em que não somente reduzem os processos na esfera estatal, como também incentivam uma transformação cultural, que valoriza, sobretudo, o diálogo e a solidariedade entre as pessoas envolvidas nos referidos conflitos.

De certa forma, os mecanismos de resolução de conflitos, emponderam as partes a capacidade de solução dos problemas, o que lhes leva à consciencialização de que não é a função do operador do direito a resolução dos problemas as partes.

Os meios alternativos de resolução de conflitos são vistos como podem ser considerados como propulsores da cidadania, pelo facto de proporcionarem aos indivíduos a

⁵¹³ Cfr. nº 2 do art. 183 da Lei do Trabalho.

⁵¹⁴ FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 15ª ed., 2010, p.911.

⁵¹⁵ “ Têm competências para proceder à conciliação e mediação instituições especializadas de conciliação e mediação, nos termos do art. 69º, e pessoas singulares, se respeitadas os requisitos previstos no presente artigo” (1) acrescentando o nº 2 que pode ser mediador ou conciliador toda a pessoa singular, maior e plenamente capaz”. Por seu turno, o artigo 69º dessa mesma Lei de Arbitragem, Conciliação e Mediação dispõe que “ as pessoas jurídicas podem constituir e administrar centros institucionalizados de Arbitragem, Conciliação e Mediação, estabelecendo nos seus estatutos o carácter representativo da instituição responsável pelo centro de arbitragem, conciliação e mediação” nº 1, alíneas a) e b).

capacidade de intervir no processo em que elas fazem parte, buscando soluções para o conflito que emergem na sua esfera.

Contudo, é da nossa percepção que a implementação de meios alternativos de resolução de conflitos consubstancia-se com o Estado de Democrático de Direito, na medida em que a concretização ou a efectivação desses meios traz vantagens ao sistema judicial e, principalmente no que diz respeito às relações interpessoais. Sem prejuízo às vantagens já expostas, cabe-nos ressaltar que a utilização das medidas alternativas amplia para a sociedade o acesso à justiça, sem a obrigatoriedade de se recorrer ao Poder Judiciário, que, assim sendo, será beneficiado com a diminuição de sua demanda, podendo oferecer um serviço de melhor qualidade àquelas que se façam necessárias.

4.1.6.2.3. Mediação

Tendo em revista *o ponto 4.1.6.1.2.1.4*, o processo de mediação é uma espécie de solução extrajudicial de disputas com vistas a solucionar disputa de natureza complexa, resultante de relacionamento anterior entre os interessados. Neste procedimento, os interessados buscam, com o auxílio do mediador, manter diálogos amistosos com o objectivo de tentar firmar um acordo entre si. A finalidade principal da mediação é a pacificação da relação existente entre os interessados. Nessa relação, o mediador deverá ser neutro, não sendo indicado que este participe da elaboração da solução. Recomenda-se que o mediador apenas conduza a conversa, não interferindo diretamente em momento algum do processo. Enquanto isso a Lei n.º 23/2007, de 1 de Agosto – Lei do Trabalho, refere a mediação como processo que consiste na designação de uma ou mais pessoas, imparciais e independentes, com a função de encontrar uma solução satisfatória para as partes envolvidas num conflito⁵¹⁶.

De uma forma geral todos os conflitos laborais devem ser obrigatoriamente submetidos, em primeiro lugar, à mediação (com excepção das providências cautelares). E o procedimento da mediação baseia-se na designação de uma terceira pessoa, imparcial e independente, que tem com função encontrar uma solução satisfatória para ambas as partes. A mediação é um processo de gestão de conflitos, não tendo em vista como adversários, aonde um mediador, imparcial, ajuda os envolvidos a chegarem à resolução do conflito, de forma colaborativa e consensualmente. O mediador também ajuda a eliminar as adversidades, proporcionando às partes um diálogo produtivo, podendo estas chegar num acordo⁵¹⁷.

⁵¹⁶ Cfr também o nº 2 do art. 60 da Lei nº 11/99, de 8 de Julho.

⁵¹⁷ Cfr. art. 186 da Lei nº 23/2007, de 1 de Agosto, conjugado com o nº 2 do art. 60 da Lei nº 11/99 de 8 de Julho.

Os mecanismos extrajudiciais e resolução de conflitos, tais como a conciliação, a mediação e a arbitragem⁵¹⁸, deve ser considerado como alternativos à via judicial, de modo a se harmonizarem com o direito de recorrer aos tribunais nos termos previstos na *Lex Fundamentallis*⁵¹⁹. No nosso entendimento, isto implica que o poder legiferante reserva ao cidadão interessado a autonomia decisória quanto à escolha entre as vias extrajudiciais e judicial para fazer valer os seus direitos ou interesses constitucional e legalmente reconhecidos, excluindo-se, naturalmente, o recurso à autotutela, isto é, à “justiça pelas próprias mãos”.

O recurso aos meios extrajudiciais por lei permitidos, quando seja alternativo, isto é, opcional à via judicial, não suscita problemas de constitucionalidade, visto que o referido direito constitucionalmente consagrado⁵²⁰, não vincula o cidadão apelar à intervenção da jurisdição estadual em quaisquer hipóteses e circunstâncias de conflitos. Trata-se, sim, duma faculdade de agir que *Lex Fundamentallis* lhe outorga conferindo-lhe legitimidade para exigir do Estado a protecção e efectivação judicial dos seus direitos. Quando o cidadão decide exercer essa faculdade, o Estado não lhe deve contrapor obstáculos, porque o mesmo está vinculado a garantir o acesso do cidadão nos tribunais por imperativo do disposto no art. 62º da Constituição.

Nos referimos anteriormente (*no ponto 4.1.6.1.2.1.4.*) que a mediação consiste na interferência de terceiro num conflito ou negociação, mediante aceitação das partes interessadas, a fim de que possam chegar, voluntariamente, a comum acordo. Porém, subjaz-nos aludir que a mediação prévia obrigatória dos conflitos laborais não é gratuita⁵²¹. Neste corolário, somos de entendimento que nos casos de fracasso da tentativa de mediação, um agravamento dos custos do acesso à justiça laboral para as partes, para o trabalhador, o qual poderá ver custos duplamente confrontado com os encargos financeiros, primeiro, os decorrentes da mediação prévia obrigatória nos Centros de Mediação e Arbitragem Laboral e, depois, os inerentes à acção judicial, sem excluir as eventuais providencias cautelares que podem ser requeridas ao tribunal, antes ou no decurso da mediação. Segundo o exposto leva-nos a ilidir que esta situação, derivada da imposição legal da

⁵¹⁸ Cfr. as previsões dos arts 4º; 211º, nº 3 e 222º, no seu nº 2 todos da CRM/2004.

⁵¹⁹ Cfr. art. 70º da CRM/2004

⁵²⁰ Cfr. art. 70º da CRM/2004.

⁵²¹ Cfr. n.º 4 do art. 20 do Regulamento da COMAL, que dispõe o seguinte: “A aceitação do pedido de Mediação está sujeita ao pagamento das custas de mediação”. Por outro lado, “os processos cíveis estão sujeitos a custas...”, de acordo com o disposto no artigo 1 do Código das Custas Judiciais, aprovadopelo Dec. nº 43 809, de 20 de Julho de 1961, sucessivamente revisto pelos Dec. nº 48/89, de 28 de Dezembro, 14/96, de 21 de Maio, e 82/2009, de 29 de Dezembro. O processo cível compreende os processos laborais, de acordo com as disposições do Livro I do Código de Processo de Trabalho, aprovado pelo Dec. - Lei nº 45479, de 30 de Dezembro de 1963, tornando-se extensivo a Moçambique nos termos da Portaria nº 87/70, de 2 de Fevereiro de 1970, do então Ministro do Ultramar, e que se mantem em vigor por força do disposto no nº 1 do art. 31 da Lei n.º 18/92, de 14 de Outubro.

mediação prévia obrigatória, poderá significar mais um constrangimento ao exercício do direito de acesso à justiça laboral, sendo incompatível com o direito consagrado no art. 70º da CRM.

Desta feita, o art. 184º da Lei do Trabalho é materialmente inconstitucional, porque, sem autorização constitucional expressa, nos termos dos nºs 2 e 3 do art. 56º da Constituição, limita, no domínio das relações jurídico-laborais, concretamente, das relações individuais de trabalho, o direito de recorrer aos tribunais, reconhecido ao cidadão pela norma do art. 70º, conjugado com a norma constante da primeira parte do nº 1 do art. 62º, ambos da Constituição. Limita, igualmente, o poder jurisdicional dos tribunais judiciais em matéria laboral, partilhando-o com os Centros de Mediação e Arbitragem Laboral, órgãos da administração pública, ao obrigar os tribunais a não conhecerem o mérito das acções laborais que lhes forem submetidos, sem que os conflitos, exceptuando as providências cautelares, tenham sido previamente submetidos à conciliação ou à mediação prévias, levadas a cabo por aqueles Centros.

Concluindo, somos do entendimento de que as normas contidas nos nºs 1 e 2 do art. 184 da Lei do Trabalho foi declarado inconstitucional pelo Conselho constitucional por via do acórdão 3/CC/2011. A referida declaração de inconstitucionalidade, foi em sede de fiscalização sucessiva concreta e não em sede de fiscalização sucessiva abstracta, sendo assim, os efeitos da declaração da inconstitucionalidade de uma norma em sede de fiscalização sucessiva concreta são *inter partes* e não *erga omnes* como ocorre na fiscalização sucessiva abstracta, conforme se pode depreender dos artigos 66 e 73 da lei Orgânica do Conselho Constitucional. Desta feita, as normas contidas nos nºs 1 e 2 do artigo 184 da Lei do Trabalho não foram eliminadas do Ordenamento Jurídico Moçambicano pela declaração de inconstitucionalidade por via do acórdão 3/CC/2011, uma vez ter *efeitos inter partes* (só para o processo no tribunal *a quo* que julgava a matéria controvertida), estando ainda as mesmas normas em vigor, carecendo ou de revogação por uma outra lei, ou de declaração de inconstitucionalidade das mesmas em sede de fiscalização sucessiva abstracta de modo que, os efeitos sejam *erga omnes* e como consequência, se elimine as mesmas do ordenamento jurídico.

4.1.6.3. Traços diferenciadores entre os meios alternativos de resolução de conflitos

Apos a discussão analítica a cerca dos meios alternativos de resolução dos meios alternativos de resolução de conflitos apresentados, podemos notar que tais procedimentos são distintos. Porém, importa destacar as seguintes destrições:

(1º) Destacar que os meios alternativos de resolução de conflitos tanto a mediação quanto a conciliação tem como o escopo a realização de um acordo de vontades. Contudo se diferencia no que concerne ao percurso enveredado para que se atinja esse objectivo. Com isso podemos ilustrar

que tendo em vista as características da conciliação, que tange no processo de administração do conflito emergente entre as partes, por um terceiro neutro e imparcial, este mesmo conciliador, diferentemente do mediador, tem a prerrogativa de sugerir um acordo, avaliando, antes, das vantagens e desvantagens que tal proposição traria para o efeito;

(2ª) Na mediação, as partes envolvidas no processo, devem chegar a um acordo, sozinhas e de forma voluntária, sem que haja interferência do mediador cujo papel é a busca do equilíbrio entre as partes. Enquanto na conciliação o terceiro poderá intervir no processo decisório ou mesmo na decisão, despontando vantagens e desvantagens do possível acordo, com vista a resolução do conflito;

(3ª) A conciliação e a arbitragem diferem nos seguintes termos: na conciliação as partes detêm o poder de decidir, enquanto na arbitragem quem decide é o árbitro escolhido ou aceito pelos conflituantes. Nesse corolário, pode-se ilidir que a arbitragem diferencia-se de outros meios ou mecanismos alternativos de resolução de conflitos por não objectivar um acordo entre as partes e sim em estabelecer uma decisão, uma sentença arbitral. O árbitro é aquele que decide a controvérsia por ter sido eleito previamente pelos litigantes para tal feito. Logo, a arbitragem se diferencia dos outros meios porque as partes possuem autonomia de vontade para escolher o terceiro neutro e imparcial, sendo o árbitro que tem o papel de estabelecer a decisão;

(4ª) A mediação, a conciliação e a arbitragem não são conceitos sinónimos.

De forma geral, mediação, conciliação e arbitragem, são adequados meios alternativos de resolução de conflitos devido as peculiaridades que eles apresentam, como por exemplo a celeridade e eficácia, pois a utilização desses meios permite ver os conflitos resolvidos em menor prazo, evitando, deste modo, prejuízos e desconfortos. Ainda como características que impendem sobre os meios alternativos de resolução de conflitos, apontamos a rapidez com que esses meios conseguem alcançar uma solução, para além da informalidade que constitui-se requisito essencial em face dos procedimentos judiciais.

4.2. OS MECANISMOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DO DIREITO CONSUETUDINÁRIO

4.2.1. COSTUME E DIREITO CONSUETUDINARIO

4.2.1.1. O costume – análise conceptual

O costume decorre dos movimentos sociais, tendo como núcleo fundamental a racionalidade humana. Jónatas de Paula⁵²², recorrendo aos autores como Kant e Shopenhauer, sustenta que a evolução dos movimentos sociais recorre ao início da história humana, quando o ser humano se distinguiu dos demais seres vivos razão da sua intelectualidade e de sua capacidade de organizar, comandar e interagir relações humanas. O autor avança mais afirmando que modernamente, a respeito da evolução técnica do direito, de todo aparato tecnológico e da dinâmica legislativa, o costume possui importante papel na esfera jurídica.

A doutrina vem definindo o costume como uma prática social reiterada (*corpus*), acompanhada da convicção da sua obrigatoriedade (*opinio iuris*). Nesse conceito pode-se chegar a uma entendimento de existência de uma situação de imediação entre prática social e norma jurídica, o que torna incluir o costume no âmbito das fontes de direito é do entendimento, ainda da doutrina, que o Direito Romano teve origem consuetudinária⁵²³. Porém, com o desenvolvimento voluntarístico do Direito, como foram os casos de leis, editos, *senátus-consultos* e jurisprudentes, o puro costume recuou, ou foi absorvido. O que implica dizer que com a racionalização do Direito e as codificações o costume regrediu. Mesmo assim, o costume teve alguma vitalidade em Estados descentralizados, que comportassem vários povos ou nações como à Espanha, enquanto especificidades regionais e em espaços que houvessem retardado a codificação do seu Direito civil, como Alemanha⁵²⁴. Portanto, o costume tem o fundamento da validade em si mesmo, enquanto fonte de normas. Esse facto pode-se depreender no espírito do povo, na vontade comum dos membros da comunidade ou na própria natureza das coisas.

Nesse corolário, autores como António Meneses Cordeiro define o costume como uma prática reiterada (*o corpus*) acompanhada da convicção de obrigatoriedade (*o animus*)⁵²⁵.

⁵²² PAULA, Jónatas Luiz Morera de, *O Costume no Direito*, Akropolis – Revista de Ciências Humanas da UNIPAR, V.5, 18 (1987), disponível no site revistas.unipar.br/infex.php/akropolis/article/view/1695 – acessado nos dias 2 de Março de 2019.

⁵²³ CORDEIRO, António Meneses, *Tratado de Direito Civil I: Introdução, Fontes do Direito; Interpretação da Lei; Aplicação das leis no tempo; Doutrina Geral*. 4ª Edição, Reformulada e Actualizada, Edições Almedina, Coimbra, 2012, p. 558.

⁵²⁴ CORDEIRO, António Meneses, *ob., cit.*, p.558.

⁵²⁵ CORDEIRO, António Meneses, *ob., cit.*, p.558.

A mesma visão conceptual é apresentada pelo Miguel Reale: “o costume é o nome dado a qualquer regra social resultante de uma prática reiterada de uma forma generalizada e prolongada, o que resulta numa certa convicção de obrigatoriedade, de acordo com cada sociedade e cultura específica”⁵²⁶. Nesse conceito evidenciam-se os elementos básicos do costume jurídico que lhe dão juridicidade: a generalidade e o senso da obrigatoriedade.

Tendo o costume as características da espontaneidade e do nacionalismo popular, não basta fazê-lo de fonte de direito, sem necessariamente sujeitá-lo a um tratamento analítico e científico.

4.2.1.1.1. Requisitos do Costume

Para tanto, reserva-nos fazer a distinção dos seus requisitos e os fundamentos de validade. Segundo o António Meneses Cordeiro⁵²⁷, temos como requisitos:

- a) A Conduta (*o corpus*). A conduta deve ser generalizada ou, pelo menos, conjunta: *com + sueto*. Aqui importa destacar que o preciso âmbito da conduta, será, tomada em consideração, de tal modo que a generalidade dos membros da comunidade seja capaz de o identificar
- b) A Conduta reiterada. Exige-se que a conduta seja reiterada e que isso suceda há algum tempo significativo. **Questiona-se qual seria o tempo em que a conduta deveria perdurar no tempo?** Teoricamente, segundo António Meneses Cordeiro ora citado, mais importante que a duração da conduta, seria a intensidade. Mas um prolongamento no tempo permite, sequer, identificar a prática e dela retirar normas de conduta.
- c) A Racionalidade. O autor em destaque aponta como terceiro elemento ou requisito do costume, a sua racionalidade que significa a sua compatibilização com o Direito no seu todo. Isto implica mostrar que o costume aqui em discussão é o costume – fonte de Direito. E para o efeito deve ser reconhecível como Direito, para a sociedade considerada. Nessa perspectiva, ele terá de ser reconduzível a uma harmonia de conjunto, integrando princípios gerais.

José Oliveira de Ascensão questiona o terceiro requisito que é a racionalidade do costume. Para ele, a racionalidade não poderá ser considerada como uma característica particular do costume, mas um momento de tudo o que é jurídico: segundo Ascensão, também a lei deve ter racionalidade. Nisso, é plausível admitir que o costume, para que tenha a sua aceitação na

⁵²⁶ REALE, Miguel, *Teoria Tridimensional do Direito*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2000, p. 121.

⁵²⁷ CORDEIRO, António Meneses, *Ibidem*, p. 562.

sociedade, tem de ser conforme à ordem natural, como todo o elemento da ordem jurídica. Só neste sentido, é justificada a exigência da racionalidade do costume

José Oliveira de Ascensão aponta ainda como requisitos do costume como fonte de direito os seguintes:

1. Consagração legal. A ideia parte do princípio de que não é necessário que a relevância do costume seja aceite pela lei. Por que seria aceitar a superioridade da lei, como critério único de avaliação das fontes de direito. A problemática do valor do costume depende, não do direito legislado, mas das concepções sobre o fundamento da juridicidade. Nas palavras do Savigny⁵²⁸ “ há que reconhecer à lei e ao costume uma dignidade autónoma e igual”. É nesse âmbito que buscando os ensinamentos da Ascensão, afirmamos que o costume é o modo por excelência de revelação do direito. Ele releva directamente a ordem normativa da sociedade, independentemente da atitude que perante ele tomam os governantes, e até não obstante a atitude que os governantes tomem⁵²⁹.
- d) Imposição pelos órgãos públicos. A princípio uma das características da norma jurídica é a coercibilidade. Nesse contexto não é necessário que o costume seja imposto pelos órgãos públicos, e em especial que seja judicialmente aplicado. Assim, segundo José Oliveira de Ascensão, pode uma sentença decidir contra a regra costumeira, que esta em si não é prejudicada. Só quando, em consequência da persistente actuação dos órgãos públicos, forem atingidos, ou o uso, ou a convicção que o anima, o costume deixa de existir⁵³⁰.
- e) A espontaneidade. O costume deve ser espontâneo, no sentido de que a repetição de condutas que está na sua base não pode resultar da mera imposição de um poder ou de um grupo social. Este requisito está abrangido pela convicção de obrigatoriedade. Por isso se uma prática resulta de mera imposição, não há ainda convicção de obrigatoriedade, e assim sendo, não podemos falar do costume.

⁵²⁸ SAVIGNY, Friedrich Carl Von, System, 1, 43, *Combatendo a concepção de que o costume se limitaria a preencher as omissões da lei*, apud ASCENSÃO, José Oliveira, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, 13ª edição refundida, Coimbra Almedina, 2011, p. 273.

⁵²⁹ *Ibidem*, p. 274.

⁵³⁰ Ascensão, José Oliveira, *ob., cit.*, p. 267.

4.2.1.1.2. Elementos constitutivos do costume

Basicamente distinguem-se no costume dois elementos⁵³¹ constitutivos essenciais:

4.2.1.1.2.1. O uso

Um uso é simplesmente uma prática social reiterada. A afirmação da sua existência resulta de uma mera observação de facto. Para António Menezes Cordeiro⁵³², o uso, é, na noção habitual, uma prática social reiterada, independentemente da convicção da obrigatoriedade.

O Código Civil nada dispõe, em geral, quanto ao costume. Mas no que respeita aos usos, contém um pequeno subsistema regulador. No seu art. 3º, epígrafado “valor jurídico dos usos”, dispõe:

1. Os usos que não forem contrários aos princípios da boa-fé são juridicamente atendíveis quando a lei o determine;
2. As normas corporativas prevalecem sobre os usos.

Partindo do preceituado no nº 1 do art. 3º do Código Civil, se apercebe que, por lhe faltar uma juridicidade própria, o uso não consubstancia um modo autónomo de criação do Direito. Só vale na medida em que a lei a colher e na exacta medida desse acolhimento. Em suma, reconhece-se a falta de uma juridicidade própria. Ao uso falta o sentido do cumprimento do dever.

4.2.1.1.2.2. A convicção de obrigatoriedade

Em conformidade com Ascensão⁵³³, quando se refere da convicção de obrigatoriedade, fala-se normalmente na *opinio iuris vel necessitatis*. Esta afirmação quer significar que os membros daquele círculo social devem ter a consciência, mais ou menos precisa, de que há uma obrigatoriedade naquela prática, pois não deriva só da cortesia ou da rotina. É só quando se forma a convicção de que deve proceder-se segundo aquele uso que se pode dizer que há costume, e, portanto, estão implicadas regras jurídicas, visto que os fenómenos sociais não implicam elucubrações jurídicas associadas. Diz-se o que é, com o sentido de que deve ser.

Fala-se na *opinio iuris vel (ou) necessitatis*. Seria, na óptica de José Oliveira de Ascensão, uma convicção também de necessidade. Normalmente haverá também a convicção de que o uso não representa nada de casual, antes é necessário para a comunidade. Mas isso poderá não acontecer sempre, nem se confunde com a convicção de obrigatoriedade. Partindo desta

⁵³¹ Quanto aos elementos do costume, vide também José Fontes, *Teoria Geral do Estado e do Direito*, 3ª Revista e Actualizada, edição, Coimbra editora, 2010, pp. 240 – 242.

⁵³² CORDEIRO, António Meneses, *ob. cit.*, p. 573.

⁵³³ ASCENSÃO, José Oliveira, *ob. cit.*, p. 266.

perspectiva, pode-se tirar a ideia de que o mero uso, só por si, não é suficiente para definir o costume. Pode existir uso sem que esse uso se juridifique e crie Direito. Esta visão pode ser fundamentada nos ensinamentos do Marcelo Rebelo de Sousa et al:

“O Direito é uma ordem imperativa, o que significa toda a juridificação passa pelo sentido do cumprimento do dever. O Direito é uma ordem dotada de coercibilidade, o que implica que não se pode deixar de supor que a consciência da sanção decorrente do não acatamento da regra nasce da convicção da obrigatoriedade de certa conduta”⁵³⁴.

Partindo do ensinamento do Marcelo Rebelo de Sousa, há dois pressupostos essenciais no conceito de costume: 1º a relevância do costume não depende do reconhecimento da lei e 2º a relevância do costume não depende de uma efectiva aplicação coactiva. Por outras palavras o autor em referência pretende nos mostrar que o costume é uma forma autónoma de criação do Direito que não carece de consagração legal e que subsiste independentemente de os Tribunais e a Administração Pública serem chamados a aplicá-lo, sancionando os seus infractores.

Ainda no âmbito da análise do valor jurídico do costume, René David, inquieta-se pelo facto de se manter ainda nos dias de hoje, a concepção romano-canónica do costume, procurando-se colocar todos os costumes no quadro da lei, mesmo se, para isso, tivermos de apresentar falsamente, como sendo conformes à lei, costumes que, realidade, preenchem lacunas ou mesmo vão contra à lei. Perde-se assim, o seu carácter de fonte autónoma do direito⁵³⁵. Nessa perspectiva, acautela o autor, René David, não se deve atribuir um valor em si ao costume; ele apenas deve ser consagrado na medida em que serve para indicar a solução justa. O jurista não deve, portanto, aplicá-lo dum modo automático. Deve exercer sobre ele a sua crítica e interrogar-se sobre a sua razoabilidade⁵³⁶.

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. Por isso, o costume pode acompanhar a lei, ir para

⁵³⁴SOUSA, Marcelo Rebelo de, *ob. cit.*, p. 150.

⁵³⁵ DAVID, René, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo: Direito Comparado*, 2ª ed., Meridiano, Lisboa, 1972, p. 141.

⁵³⁶ *Ibidem*, p. 142.

além da lei ou opor-se à lei⁵³⁷. Aqui pretende-se falar do costume *secundum legem* (no primeiro caso), *praeter legem* (no segundo caso) e no terceiro e último caso, costume *contra legem*⁵³⁸.

Naturalmente que os mais frequentes são os casos de costume *contra e praeter legem*. As situações de costume *secundum legem* são, na maioria da doutrina, raras- caracterizam os sistemas dualista no seio dos quais coexistem, em zonas bem diferenciadas da sociedade, Direito legislado e Direito consuetudinário.

O certo é que a relevância jurídica do costume em nada depende da sua identificação com a lei, quer ultrapasse, quer a contrarie. Isto é, a relevância do costume não depende do facto de ser acolhido, consagrado ou, sequer, tolerado pela lei. Contrário o pensamento da doutrina moderna que não reconhece a juridicidade da norma consuetudinária, senão quando chancelados pelo judiciário. É desta feita que Austin, um dos percursores, fundamenta que

“O costume é transformado em direito positivo quando é adotado como tal pelos tribunais de justiça e quando as decisões judiciais formadas com base nele são feitas a valer com força do poder do estado. Antes de ser adotado pelos tribunais e receber um sanção legal, o costume é apenas uma regra da moralidade positiva, uma regra geralmente observada pelos cidadãos ou súbditos, mas derivando sua força, que se pode dizer que possua, de reprobção geral que recai sobre aqueles que transgridem”⁵³⁹

A fundamentação do costume, segundo a nossa perspectiva actual de pensar, deve procurar-se na parcela de verdade que se contém na chamada Escola Histórica do Direito de que foi coriféu jurisconsulto germânico Friederich Savigny⁵⁴⁰. A Escola Histórica do Direito do Friederich Savigny, que tinha inspiração romântica, assentava todo o Direito na consciência colectiva, na *psique* da comunidade, no espírito do povo. Para Savigny, o povo era o primeiro, o

⁵³⁷ “Quando o costume acompanha a lei, fala-se em costume *secundum legem*, isto é, o costume com o mesmo conteúdo que a lei. O que se passa, portanto, é que a conduta devida é adoptada não em função da lei que a impõe, mas do costume de conteúdo idêntico a essa lei, havendo a convicção da obrigatoriedade do cumprimento desse costume. No segundo caso (o costume pode ir para além da lei), fala-se do costume *praeter legem*, ou costume que regula matéria não prevista pela lei. No terceiro caso (o costume que se opõe à lei), pode-se falar do costume *contra legem*, ou costume de conteúdo oposto ao de lei anterior” (SOUSA, Marcelo Rebelo de; GALVÃO, Sofia, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5ª ed., Lex Lisboa, 2000, p.152.

⁵³⁸ Vide também no DAVID, René, *ob., cit.*, pp. 140-141.

⁵³⁹ AUSTIN, apud BUCHILI, Beatriz, *ob., cit.*, p.41.

⁵⁴⁰ “FRIEDERICH KARL SAVIGNY (VON), nascido em 1779 e falecido em 1861, foi sem dúvida, a figura de maior relevo entre os juristas tedescos da primeira metade do século XIX. A par da actividade política desenvolveu actividade jurídica intensa, deixando obras de mais alta valia. Viveu, com participação activa, as mais transcendentas de Direito então debatidas. Influenciado pelo movimento cultural do romantismo, afirmou-se como adepto de uma visão sociológica do Direito, colocando no centro e origem deste o “espírito do povo” (“*wolgeist*”), mas acabou por evoluir em sentido racionalista, vindo abrir caminho ao positivismo jurídico, com as suas formulações conceitualistas e normativistas” (TELLES, Inocêncio Galvão, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. I, 11ª edição, Reimpressão, Coimbra editora, 2010, pp. 124-125).

grande, o verdadeiro legítimo criador do Direito. O costume, “expressão directa da consciência social, era só por isso obrigatório e representava mesmo a fonte mais genuína do Direito”⁵⁴¹.

De todo o debate aqui apresentado, resta-nos afirmar que o costume é uma fonte privilegiada do direito, pelo facto de exprimir directamente a ordem da sociedade, sem necessidade de mediação. Por isso, a eficácia da regra costumeira está automaticamente assegurada. No costume não há tensão entre os dois momentos essenciais do ser e do dever ser. Pretende-se demonstrar que verificado o facto consuetudinário, igualmente está em princípio determinado que a regra nele contida não repelida pela ordem social.

4.2.1.1.3. Funções do costume

Tendo em vista as várias discussões doutrinárias, podemos ilidir que o costume se constitui numa fonte onde o legislador poderá se inspirar diante das lacunas que, certamente, a lei apresenta fonte de interpretação da lei. Nesse contexto, tendo como referencia aos autores como Jónatas de Paula⁵⁴², as funções do costume circunscrevem-se nos seguintes:

1. O costume constitui-se como fonte inspiradora do legislador, fonte suplementar diante das lacunas da lei e fonte de interpretação da lei. Nesse corolário, se o Direito se vale do contexto social para justificar a sua existência, logo pode-se afirmar que o costume vem a ser o melhor caminho para exprimir o direito. Sendo assim, encontra-se no costume três funções primordiais que se seguem: a função de inspirar o legislador; a função de complementar a lei diante de lacunas, e a função de interpretar a norma legal. Nesta perspectiva podemos nos suportar nas lições do René David, que aponta a função prática do costume, como “suplemento da lei, na predisposição de que ela deve ser compreendida, na medida em que as noções às quais recorre o legislador exigem ser esclarecidas do ponto de vista do costume”⁵⁴³. Em conformidade com René David, não se pode, sem se apelar para o costume, dizer quando a conduta de uma pessoa é faltosa, e se uma certa marca constitui uma assinatura, se um indivíduo agiu dentro de um prazo razoável, se um autor dum infracção pode invocar circunstâncias atenuantes, se um bem constitui recordação de família, se houve ou não impossibilidade moral de se constituir a prova escrita de uma obrigação⁵⁴⁴. Esses aspectos demonstram a função do costume e a necessidade de o considerar como fonte de direito.

⁵⁴¹ TELLES, Inocêncio Galvão, *ibidem*, p.125.

⁵⁴² PAULA, Jónatas Luiz Moreira de, *ob., cit.*

⁵⁴³ DAVID, René, *ob., cit.*, p. 140.

⁵⁴⁴ *ibidem*, p. 140.

2. Quando o costume é transformado em lei escrita, a doutrina denomina costume *secundum legis*.
3. Na perspectiva do Miguel Reale⁵⁴⁵, pode-se apontar a função relevante que o costume continua desempenhando na experiência jurídica de nossos dias. O Direito costumeiro tem uma força para a solução de determinados problemas, como é o caso do Direito Comercial e do Direito Internacional. A esse propósito, Hans Kelsen⁵⁴⁶, apresentou os costumes internacionais como fundamento real do Direito Internacional. É somente no plano filosófico que o Hans Kelsen, subordina toda a vigência do Direito a uma normal transcendental, consagrada do respeito ao avançado como condição lógica de possibilidade da experiência jurídica.
4. Partindo da distinção entre o Direito Público e Direito Privado, pode-se afirmar que no primeiro (Direito Público), os costumes desempenham papel mais relevante. Em algumas Nações, o Direito Público é, todo ele, no que tem de essencial, de natureza consuetudinária. A Inglaterra, por exemplo, formou as bases do seu regime parlamentar tão-somente à luz de um comportamento político que foi se consolidando através do tempo e se transformando em uma consciência social muito viva, com maior capacidade de actuação do que as leis propriamente ditas. Não existem normas constitucionais escritas governando a vida política da Inglaterra, que não possui uma Carta constitucional, na qual estejam discriminados os poderes dos órgãos essenciais do Estado, nem tampouco existem declarações de princípios que desçam a minúcias, como as que constam, em geral, dos textos constitucionais dos países americanos. Não obstante essa falta de forma legal, o povo inglês vive a substância de seu Direito Público, através de uma adesão de todos os dias, revelada no Direito costumeiro.

O “parlamentarismo” ou “governo de gabinete” formou-se na Inglaterra, tão-somente por força de usos e costumes. Nenhuma lei exige que o Gabinete, ou seja, que o Ministério, na sua totalidade, deva reflectir a maioria do Parlamento. Partindo da reflexão do Miguel Reale⁵⁴⁷, pode-se falar que o “parlamentarismo” britânico é fruto de uma experiência que se consolidou e que, hoje, governa partidos e indivíduos, sem precisar, de maneira alguma, de consagração expressa em textos legais.

No plano do chamado Direito Privado, especialmente a parte relativa ao Direito Civil, e ao Direito Comercial, as regras não são puramente costumeiras, mas assumem também um

⁵⁴⁵ REALE, Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, 10ª ed., revista, Livraria Almedina, Coimbra, 1982, p. 160.

⁵⁴⁶ KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, 2ª ed., trad. port., 2 vols., Coimbra, 1962, apud REALE, Miguel, *ibidem*, p. 160.

⁵⁴⁷ REALE, Miguel, *ob., cit.*, p. 161.

carácter jurisprudencial se tornando obrigatórias em virtude de reiteradas decisões. Formam-se assim os precedentes judiciais que constituem a fonte primordial do *common law*⁵⁴⁸.

4.2.2. O Direito Consuetudinário ou Costumeiro

O direito que estamos nos propondo aqui analisar é aquele que representa não apenas os princípios normativos existentes em uma dada sociedade, mas também o que actua como parte integrante dos processos sociais. É a perspectiva que se aproxima da antropologia do direito que, segundo João Pacheco de Oliveira⁵⁴⁹, tem como característica fazer uma abordagem das leis por meio de um fenómeno histórico e cultural, cuja eficácia social e dinamismo devem ser explicados pela inter-relação entre valores e interesses de determinados grupos sociais, com contextos sociais mutáveis e com usos e costumes diversificados (preexistentes ou alternativos). Essa característica de compreender o direito respeitando o dinamismo social e os fenómenos históricos e culturais é muito importante para situar o direito consuetudinário, também conhecido pelo direito costumeiro, pois este, ao contrário do que se possa imaginar, não se refere a um conjunto de normas imutáveis e inalteradas desde um tempo imemorial, mas sua concepção actual é de que ele contempla diversos aspectos, que vão desde elementos culturais de períodos pré-coloniais até referenciais contemporâneos que foram incorporados dinamicamente em sua cultura.

Nos ensinamentos de Luís Lorenzetti, o costume, quando é explicitado pela doutrina, atinge uma formulação conceitual que permite falar do direito consuetudinário⁵⁵⁰. A África viveu durante séculos sob domínio de um direito essencialmente consuetudinário. A submissão do costume era espontânea, cada individuo sentia-se obrigado a viver como haviam vivido os seus antepassados; o temor das forças sobrenaturais era por si suficiente, na maioria das vezes, para impor o respeito e a observância dos modos tradicionais de vida. Obedecer ao costume é um testemunho de respeito à memória dos antepassados, cujas ossadas se misturam com o solo e cujos espíritos velam pelos vivos⁵⁵¹.

O direito consuetudinário africano pode ser definido como “o conjunto de normas e preceitos que emanam da vontade dos antepassados (ancestrais) e cuja função não consiste

⁵⁴⁸ *Ibidem*, p. 161.

⁵⁴⁹ OLIVEIRA, João Pacheco de, *Indigenismo e Territorialização: Poderes, Rotinas e Saberes Coloniais no Brasil Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Contra-Capa, 1985., apud CURI, Melissa Volpato, *O Direito Consuetudinário dos Povos Indígenas e o Pluralismo Jurídico*, in Espaço Ameríndio, Porto Alegre, v. 6, n. 2, pp. 230-247, jul./dez. 2012, Artigo publicado <https://www.seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/32216/> acessado nos dias 27/02/2019.

⁵⁵⁰ LORENZETTI, Luis Ricardo, *Fundamentos do Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 273, apud BUCHILI, Beatriz, *ob., cit.*, p.42.

⁵⁵¹ DAVID, René, *ob., cit.* p. 605.

somente em solucionar conflitos de interesses individuais, mas essencialmente em promover o equilíbrio e o controlo social”⁵⁵². Pode-se perceber que ao conceito está ligado o “elemento religioso”, na medida em que sobressai o receio do castigo sobrenatural que garante a coercitividade e legitimidade das regras costumeiras. O costume está ligado ao espírito dos africanos, a uma ordem mítica do universo⁵⁵³. Na medida em que a sua transgressão poderá provocar reacções desfavoráveis dos génios da terra, tendo em vista que “o mundo africano”, há toda uma ligação de fenómenos: o natural e o sobrenatural, o comportamento do homem e os acontecimentos da natureza⁵⁵⁴.

Em conformidade com René David, os costumes africanos são múltiplos e variados. Por exemplo a antiga África Equatorial Francesa e o antigo Congo Belga comportam à volta de 1.500 étnias, a África Oriental Inglesa 200, Madagáscar 19. No Senegal apenas 68 costumes estão oficialmente reconhecidos por uma decisão de 28 de Fevereiro de 1961; entre estes costumes 20 são quantificados de costumes islamizados e 7 de costumes cristãos⁵⁵⁵. Nessa perspectiva cada comunidade tem os seus usos e costumes próprios, bastando-se a si mesma. Podemos constatar também a variedade de costumes na realidade moçambicana. Dessa forma em Moçambique prevalecem variedades de normas costumeiras, tendo em atenção as múltiplas comunidades étnicas, relevantes na resolução de conflitos e na actuação social no âmbito das comunidades.

É nessa perspectiva que o Código Civil moçambicano já fala do costume e do direito consuetudinário nos termos do artigo 348º, e apregoa o seguinte:

- “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.
3. Na impossibilidade de determinar o conteúdo do direito aplicável, o tribunal recorrerá às regras do direito comum moçambicano”.

Tendo em vista ao preceituado no art. 348º do Código Civil, nota-se que a invocação do direito consuetudinário, local, ou estrangeiro, não quer referir-se apenas ao direito costumeiro

⁵⁵² ANDRÉ, Bento Zalazar, Recepção no Sul de Angola (Direito Consuetudinário) do Direito Português das sucessões, apud BUCHILI, Beatriz, *ibidem.*, p.42.

⁵⁵³ DAVID, René, *ibidem*, p. 605.

⁵⁵⁴ *ibidem*, p. 605.

⁵⁵⁵ *ibidem*, p. 604.

(quer este seja local, quer seja estrangeiro), mas sim ao direito consuetudinário, ao direito local e aos direitos estrangeiros. Para todos eles podemos ilidir da existência de uma validade jurídica das normas costumeiras, tanto de outras referidas no artigo em referência⁵⁵⁶.

Porém, ressaltar que falar da validade da norma, nos leva a abordar dois sentidos diferentes⁵⁵⁷: por um lado pode-se designar por este termo a eficácia das normas jurídicas, neste caso concreto, das normas costumeiras, por tanto a possibilidade segura de serem aplicadas e impostas; por outro lado, pela palavra “validade”, podemos pretender exprimir a ideia de que uma norma tem uma base de validade suficiente, por conseguinte, de que há um fundamento para o facto de dever ser observada.

O aspecto de validade referido em primeiro lugar (eficácias das normas jurídicas sendo aplicadas e impostas), parte da ideia de que o direito é, desde logo em virtude do seu conceito, uma ordem normativa realizada na vida: quando se fala de direito “vigente”, pensamos em normas a propósito das quais há a possibilidade de serem seguidas sem dificuldades ou de serem impostas, num procedimento juridicamente organizado, contra quem age ilegalmente. Validade neste sentido significa eficácia jurídica⁵⁵⁸.

Em conformidade com Roberto Lisboa⁵⁵⁹, o sistema consuetudinário tem como fonte imediata o costume, uma vez que se trata do conjunto de regras não escritas, observadas há muito tempo pelos indivíduos, que são consideradas, como leis, na acepção jurídica do termo. Para Curi Melissa, não discordando com Roberto Lisboa, define o direito consuetudinário como um conjunto de normas sociais tradicionais, criadas espontaneamente pelo povo, não escritas e não codificadas. O verbete “consuetudinário” significa algo que é fundado nos costumes, por isso chamamos essa espécie de direito também de direito costumeiro⁵⁶⁰.

Na abordagem conceptual do direito consuetudinário, Cuevas Gayosso⁵⁶¹ nos traz uma definição a que consideramos relevante, segundo a qual o direito costumeiro é uma regra de organização comunitária enraizada em uma visão cosmológica. Segundo o autor, dessa definição

⁵⁵⁶ De forma mais profundada pode-se ver no VARELA, Antunes e LIMA, Pires, *Código Civil Anotado*, Volume I, 4ª edição revista e Actualizada, Coimbra Editora, 1987, p.311.

⁵⁵⁷ ZIPPELIUS, Reinhold, *ob., cit.*, pp. 47-48.

⁵⁵⁸ Para aprofundamento desta matéria vide na obra do ZIPPELIUS, Reinhold, *ob., cit.* pp. 47-59.

⁵⁵⁹ LISBOA, Roberto Senise, *Manual do direito Civil*, Vol. 1: *Teoria Geral do Direito*: Saraiva, 8ª ed. – São Paulo: Saraiva Editora, 2013.

⁵⁶⁰ CURI, Melissa Volpato, *O Direito Consuetudinário dos Povos Indígenas e o Pluralismo Jurídico*, Espaço Ameríndio, Porto Alegre, v. 6, n. 2, pp. 230-247, jul./dez. 2012. Artigo publicado [https://www.seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/32216/](https://www.seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/32216) acessado nos dias 27/02/2019.

⁵⁶¹ CUEVAS GAYOSSO, José Luís, *La Costumbre Jurídica de los Pueblos Indígenas em la Constitución Del Estado de Vera Cruz, México, de la Norma a la Práxis*, Ciudad del México: Universidad Veracruzana, 2000. Apud CURI, Melissa Volpato, *ibidem*, pp. 230-247.

é possível retirar duas características principais: flexibilidade e profundidade. Entendemos que o termo “regra” usado na definição do Cuevas Gayosso, permite conceber o direito costumeiro como algo que não tem a mesma rigidez do termo “norma jurídica”, utilizado pelo direito positivo. O primeiro (o direito costumeiro) permite uma adaptação dentro da sociedade em que se manifesta; ao passo que o segundo (direito positivo), inserido em um contexto diverso, é rígido e sua aplicação corresponde à imposição da referida norma de conduta nos fenómenos sociais. As regras terão que se adequar às características da sociedade, convertendo-se em uma expressão comum, de um grupo determinado e com tendência em resguardar seus valores e princípios essenciais. Nessa perspectiva, Cuevas Gayosso⁵⁶² ressalta a origem fundamental das regras costumeiras, aquela que denomina “visão cosmológica”. Por meio da “visão cosmológica”, observam-se as diversas fontes do direito. Constatamos que não apenas a vontade do legislador é responsável por criar o direito, mas que as práticas quotidianas, relacionadas à cosmovisão de diversos grupos sociais, resultam também nas criações de regras costumeiras que, mesmo informalmente, tornam-se legítimas para ordenar o convívio social.

Corroborando com os fundamentos conceptuais apontados pelos autores referenciados nos parágrafos anteriores, e num prisma de complementaridade, Mabasso⁵⁶³ sustenta que O Direito Costumeiro constitui base para o estabelecimento da ordem e sancionamento de práticas consideradas ilícitas, principalmente em sociedades de base tradicional. Nisso, o Direito Consuetudinário apresenta características que o distanciam de outros sistemas legais a vários níveis da sua actuação. A esse respeito:

Ficou estabelecido que o direito costumeiro africano, à semelhança de qualquer sistema legal, consiste em diferentes tipos de princípios, normas e regras. Alguns desses princípios e regras estabelecem princípios gerais e abrangentes sobre a moralidade e a política pública para constituir um quadro ideológico de justiça aparentemente duradouro. Tais princípios de conotação abrangente, estabelecidos em termos multivocais e abrangendo muitos aspectos num vasto leque de acções, são flexíveis e adaptáveis a condições e padrões mutáveis⁵⁶⁴.

Desde logo depreende-se que o Direito Consuetudinário é estabelecido pelo uso social. É um direito consagrado dos próprios costumes do Povo e, conseqüentemente, contém normas não escritas, com regras e princípios próprios semelhantes a outro qualquer sistema legal.

⁵⁶² CUEVAS GAYOSSO, *ob., cit.*

⁵⁶³ MABASSO, Eliseu, *Língua oficial, Direito Positivo e Direito Costumeiro nas Esquadras de Moçambique: Um Caso para a linguística forense*, in Rev. Cient. UEM, Ser: Letras e Ciências Sociais, Vol. 1, Nº 0, pp 40-61, 2012. Revista publicada no <http://www.revistacientifica.uem.mz/index.php/LCS/article/view/12>, acessado nos dias 27 de Fevereiro de 2019.

⁵⁶⁴ *Ibidem*, pp 40-61.

Partindo deste pressuposto podemos concordar que, se o direito consuetudinário está assente no corpo social, firmemente entrelaçado com todos os outros aspectos da cultura de um povo, inequivocamente, forma uma unidade compacta, isto de um lado; ainda pode-se afirmar que a força e conteúdo da tradição comunitária do direito consuetudinário está expressa nos usos e costumes, por outro lado. Como ensina Cuevas Gayosso⁵⁶⁵, o direito costumeiro dos povos indígenas atende a uma cosmovisão fundada em princípios ancestrais que atende princípios ancestrais que está relacionada com a ordem natural dos acontecimentos. São regras aceites e aplicadas pela sociedade porque a consciência colectiva diz que são boas para os homens. Sua aplicação não requer a inclusão de tais regras em textos normativos, pois o que as tornam legítimas é a consciência comum do grupo que, por meio do conhecimento dos princípios gerais que regem as suas condutas, sustenta as regras determinadas para a resolução de problemas específicos.

Do entendimento das várias concepções, apontadas na presente abordagem, podemos admitir que o direito consuetudinário corresponde uma série de costumes, práticas e crenças que são receptíveis ou mesmo aceites como regras obrigatórias de conduta de um determinado povo e comunidades locais. Equivale também dizer que o direito consuetudinário é uma parte intrínseca dos seus sistemas sociais e económicos e modos de vida desses povos e comunidades.

O direito consuetudinário apresenta uma variedade de atributos tendo em vista ao contexto em que o mesmo vigora. É nessa perspectiva que entre os principais atributos do direito consuetudinário podem encontrar-se, a sua legitimidade, flexibilidade e adaptabilidade.

Em alguns países o direito consuetudinário é reconhecido como uma fonte do direito, noutros países a sua função está limitada ao exercício da autonomia interna ou governo autónomo dos povos indígenas e comunidades locais, enquanto muitos países ainda não reconhecem formalmente o direito consuetudinário⁵⁶⁶.

No ensinamento da Comissão Intergovernamental da Organização Mundial da Propriedade Intelectual e os recursos genéticos, os conhecimentos tradicionais e o Folclore, o direito consuetudinário pode servir como:

- “• base legal fundamental ou fonte de direito para os direitos legais de uma comunidade sobre os conhecimentos tradicionais;
- elemento factual no estabelecimento dos direitos coletivos de uma comunidade sobre os conhecimentos tradicionais;

⁵⁶⁵ CUEVAS GAYOSSO, José Luis, *ob., cit.*

⁵⁶⁶ Comissão Intergovernamental da Organização Mundial da Propriedade Intelectual e os Recursos Genéticos, os Conhecimentos Tradicionais e o Folclore, *o Direito Consuetudinário e os Conhecimentos Tradicionais*, Genebra Suíça, 2016, revista nº 7, disponível: www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_tk_7.pdf, acessado nos dias 3 de Abril de 2019.

elemento da definição dos conhecimentos tradicionais, ou pode de outro modo estabelecer a relação entre os conhecimentos e uma comunidade, relação esta que é fundamental para o conceito de “conhecimentos tradicionais”;

- meio de determinar ou orientar os processos a utilizar para obter o “consentimento livre, prévio e esclarecido” de uma comunidade para o acesso a e/ou a utilização de conhecimentos tradicionais;
- base de direitos específicos de usuário ou exceções, isentando as utilizações e práticas consuetudinárias duradouras de restrições legais relativas à utilização dos conhecimentos tradicionais;
- guia para a avaliação da ofensa ou dano cultural ou espiritual causado pela utilização inapropriada de conhecimentos tradicionais;
- modo de determinar ou orientar a maneira como os benefícios da utilização de conhecimentos tradicionais devem ser partilhados equitativamente numa comunidade;
- meio de determinar medidas correctivas, sanções ou restituição apropriadas após uma violação de direitos relativos a conhecimentos tradicionais;
- meio de resolução de conflitos sobre a propriedade ou outras formas de detenção de conhecimentos tradicionais; e
- guia em matéria de transmissão de direitos sobre conhecimentos tradicionais de geração em geração”⁵⁶⁷.

Tendo em vista a esta importância sobre conhecimentos tradicionais, o direito consuetudinário pode reger a maneira como devem ser empreendidas as consultas, como devem ser resolvidos os conflitos, como devem ser reconciliadas reivindicações concorrentes, e que penalidades e medidas correctivas devem ser aplicadas. O que implica admitir que o direito consuetudinário pode ter um lugar cimeiro do ponto de vista processual.

Importa destacar ainda que os valores morais desempenham um papel preponderante no sistema normativo consuetudinário e estes variam de acordo com os princípios estabelecidos em cada comunidade. É nessa perspectiva que o direito consuetudinário é fundamental para a própria identidade dos povos indígenas e das comunidades locais, pois define direitos, obrigações e responsabilidades dos membros relativamente a aspectos importantes das suas vidas, culturas e visões do mundo.

O direito consuetudinário pode referir-se à utilização aos recursos naturais, direitos e obrigações relacionados com a terra, as sucessões e a propriedade, condução da vida espiritual, preservação do património cultural, e muitas outras questões, bem como ao respectivo acesso.

4.2.2.1. Traços característicos do Direito Consuetudinário

1. Tendo em atenção as características que o norteiam, distinguimos o direito consuetudinário do direito positivo, pois este se fundamenta pela existência de uma autoridade política constituída, o Estado, do qual emana todo o seu poder, sendo que aquele vigora e opera independentemente da existência dessa autoridade. Por outro lado, embora estejamos

⁵⁶⁷ *ibidem*.

tratando essas formas jurídicas (direito costumeiro e direito positivo) como distintas⁵⁶⁸, o direito costumeiro só existe em relação ao direito positivo, portanto não há como se pensar nem na sua anterioridade nem na sua autonomia perante o Estado. O direito costumeiro, nesse sentido, só existe em oposição ao direito positivo e seu próprio conteúdo é, parcialmente ou por contraste, informado pela presença do Estado.

2. Os costumes representam fontes importantes do direito, visto que as normas derivam, em grande parte, dos modos de viver (*modus vivendi*) de uma sociedade. No entanto o direito positivo vigente dá aos costumes um valor secundário, colocando o direito costumeiro como algo inferior ou estagnado no tempo, como se fosse um estágio anterior à constituição do direito positivo normativo emanado pelo Estado.
3. Dentre outras peculiaridades, o direito consuetudinário se diferencia do direito positivo das sociedades modernas por não separar o aspecto social do aspecto jurídico. O direito para as comunidades actua submerso no corpo social, nos usos e costumes comunitários, envolvendo tradição oral, sistemas de cargos e fundamentos mágico-religiosos que formam a cosmovisão particular da comunidade. Por outro lado, as sociedades modernas têm necessidade de separar esses dois aspectos – o social do jurídico, criando uma dicotomia entre a forma e o conteúdo.
4. Outras características atribuídas ao direito costumeiro, que o difere do direito positivo, é o de não ser escrito nem codificado e o de vigorar sem a presença do Estado. Nessa espécie de direito existe um corpo de regras e costumes delimitado, reconhecido e compartilhado por uma dada colectividade. O facto de não ser escrito e codificado suscita diversas críticas na tentativa de empobrecer o direito costumeiro. Como visto anteriormente, o direito escrito é visto pela doutrina como um direito mais seguro, dando mais garantias à lei. Entretanto, apesar dessa consideração, não há questionamentos, por exemplo, sobre o sistema jurídico inglês, o qual não possui uma Constituição escrita. Ao contrário, todos reconhecem e dão legitimidade a esse ordenamento legal. Levanta-se a hipótese, portanto, de que o mais relevante não é o facto de ser escrito ou não, mas de estar relacionado a comunidades ditas “primitivas ou indígenas”, que sempre tiveram seus direitos deixados em segundo plano. Talvez a preocupação maior seja de que, uma vez reconhecidos, esses direitos deverão ser compatibilizados na prática com o direito positivo vigente. Porem, tendo os sistemas legais raízes em necessidades e preocupações diferentes, há muito poucas possibilidades de que se tornem compatíveis. Esse seria outro grande desafio – encontrar

⁵⁶⁸ CURI, Melissa Volpato, *ob., cit.*, pp. 230-247.

os mecanismos adequados para compatibilizar o direito consuetudinário com as leis positivas do país⁵⁶⁹.

5. Primeiramente referir que o direito positivo e o direito costumeiro embora de natureza e de utilização social diferentes, eles podem conviver de forma pacífica no âmbito das suas normas. No entanto isso não significa que possam ser reduzidos a um sistema único, ou seja, não há como replicar no direito positivo, de forma explícita e substantiva, o direito costumeiro que só faz sentido dentro do sistema em que está inserido.
6. Uma outra característica do direito consuetudinário é, precisamente, o facto de consistir num grupo de costumes que são reconhecidos e partilhados de forma colectiva por uma comunidade, por um povo, grupo étnico ou religioso. Isto contrasta com as leis escritas que emanam de uma autoridade política constituída, cuja aplicação está nas mãos dessa autoridade, geralmente o Estado.

Tendo em vista todo este panorama da análise do Direito Consuetudinário, podemos ilidir que o Direito não escrito é umas das fontes importantes no contexto actual de pós-modernidade; como demonstram o lobolo e poligamia, no casamento tradicional em Moçambique⁵⁷⁰.

A civilização pós-moderna é caracterizada também por um pluralismo de estilos de valores desconhecidos anteriormente, bem como pela ideia de que a diferença gera, sobretudo, o direito ao respeito da identidade cultural. É assim que nas sociedades multiculturais pós-modernas, concretamente nas sociedades africanas, verifica-se o resgate do direito à identidade cultural pelos ordenamentos jurídicos como imperativo de construção de um novo sistema de justiça, mais adequada às realidades sociais. Esse facto tem um importante significado para os estados, visto demonstrar o respeito dos estados africanos no que concerne a individualidade e os costumes dos seus povos nativos⁵⁷¹. A protecção da identidade cultural das minorias é apenas um aspecto da maneira pós moderna de ver, onde cada indivíduo pode pretender um direito a ser diferente (*droit à la difference*)⁵⁷².

⁵⁶⁹ CURI, Melissa Volpato, *ob., cit.*, pp. 230-247.

⁵⁷⁰ BUCHILI, Beatriz, *ob., cit.*, p.44.

⁵⁷¹ *Ibidem*, p.35.

⁵⁷² *Ibidem*, p.36.

4.3. Autoridade tradicional no âmbito de resolução de conflito

4.3.1. Tradição *versus* tradicional

Para Armando Marques Guedes, o termo autoridade tradicional não é utilizado como poderia ter sido cunhado pela escola e herança sociológica weberiana, por se tratar de uma expressão engendrada pelos políticos nacionalistas africanos. Nesse domínio político, o autor explica que, o tradicional não se refere de modo linear ao passado ou imemorial a qualquer título ou modo de legitimidade do exercício do poder⁵⁷³.

Decorrente ainda no sentido político, as expressões “tradição” e “tradicional”, na perspectiva do Armando Marques Guedes 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, caracteriza como uma brilhante peça de propaganda política⁵⁷⁴.

Na visão do Max Weber, a tradição caracteriza aquilo que sempre foi, enquanto uma das três formas ideais de poder⁵⁷⁵. 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, isto significa que o poder de soberano não advém de 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 pessoa⁵⁷⁶.

Segundo o palafraiseado do Carlos Feijó, a tradição assim concebida combina duas características geralmente aceites:

a sacralidade e a intemporalidade. A sacralidade provém do apelo ao passado, aos fundadores da comunidade. 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 esta estejam associados um conjunto de imagens, insígnias e rituais tanto de entronização como de falecimento⁵⁷⁷.

Nem todos os autores olham as duas características de forma unânime. Por exemplo Fernando Florêncio considera que

⁵⁷³ GUEDES, Armando Marques; LOPES, Maria José, *States and Traditional Law in Angola and Mozambique*, Almedina, Coimbra, 2007 (15-65, p.59, nota 44, apud FEIJÓ, Carlos, *ob. cit.*, p. 40.

⁵⁷⁴ FEIJÓ, Carlos, *ibidem*, p. 40.

⁵⁷⁵ FEIJÓ, Carlos, *ob. cit.*, p.40.

⁵⁷⁶ MENESES, Maria Paula; et., al., *ob., cit.*, p.342.

⁵⁷⁷ FEIJÓ, Carlos, *ibidem*, p. 41.

“a sacralização opera uma espécie de transfiguração do poder político público, isto é, aquele que se exerce por via das instituições, em poder sagrado, que serve para exacerbar as características (...) do poder político. 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”.⁵⁷⁸

Por sua vez, o carácter da temporalidade é fundamental para a compreensão do que a tradição não se refere a nenhum corpo particular de crenças ou práticas, mas a maneira como essas crenças e práticas estão organizadas, especialmente em relação ao tempo⁵⁷⁹. Desse modo, entende-se que a tradição é um processo simbólico que simultaneamente pressupõe a existência e reinterpretção criativa (no presente) dos simbolismos do passado⁵⁸⁰.

Tendo em vista o exposto, Maria Paula Meneses, acentua que ao contrário do que parece indicar a expressão, as sociedades ditas tradicionais assentam mais em costumes do que em tradições⁵⁸¹, 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 mudança⁵⁸². 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.

Para Eric Hobsbawn, a legitimidade do poder tradicional é reconhecido pelos membros da colectividade, havendo um consenso generalizado em torno da legitimidade do titular do poder pelo facto de ele ser conforme ao modelo de juridicidade definido e consensualmente aceite pelo sistema de valores e de normas da colectividade onde tal poder é exercido⁵⁸³. No caso das comunidades tradicionais é o costume.

M. O. Hinz⁵⁸⁴ considera que os conceitos weberianos não explicam a realidade africana. Nessa perspectiva o autor observa que vigoram cinco tipos ideais para caracterizar a posição da tradição nas sociedades africanas:

⁵⁷⁸ FLORÊNCIO, Fernando, *Autoridade Tradicional VaNdau de Moçambique*. O Regresso de *indirect rule* ou uma espécie de *neo – indirect rule*. In análise social, vol. XLIII (2º), 2008, (369 – 391), p. 68, apud FEIJÓ, Carlos, *ibidem*, p.41.

⁵⁷⁹ MENESES, Maria Paula; et., al, *ibidem*, p.342.

⁵⁸⁰ FEIJÓ, Carlos, *ibidem*, 42.

⁵⁸¹ MENESES, Maria Paula, et., al., *ob., cit.*, p.342.

⁵⁸² MENESES, Maria Paula, *O Moderno e o Tradicional no Campo das Justiças Conceptuais a partir de Experiências Africanas*, in SANTOS, Boaventura de Sousa e VAN-DUNEM, José Octávio Serra (Dir. Cient.), *Luanda e Justiça: Pluralismo Jurídico numa Sociedade em transformação*, VOL. II, Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, Centro de Estudos Sociais da universidade de Coimbra, Luanda, 2010 (171 – 243), p. 224, apud FEIJÓ, Carlos, *ibidem*, p. 43.

⁵⁸³ FERNANDES, Tiago de Matos, *O Poder Local em Moçambique – Descentralização, Pluralismo Jurídico e Legitimação*, Edições Afrontamento, Porto, 2009, p.58.

⁵⁸⁴ HINZ, M.O.,..... apud FEIJÓ, Carlos, *ibidem*, p.128.

1. O modelo do monismo forte – neste modelo as instituições tradicionais são abolidas pelo Estado: as leis consuetudinárias não teriam valor jurídico perante o Estado, apesar de estas e as respectivas instituições serem reconhecidas como instituições sociais de facto ou serem seguidas *de jure* à margem do Estado. Segundo o autor, estão aqui incluídos os países de tradição francesa e alguns anglófonos;
2. O modelo de dualismo desregulado – de acordo com este modelo, o Estado ignora explicita ou implicitamente a existência das instituições e Direito Consuetudinário, mas tolera tanto a sua existência como o seu papel e aceitação sociais sem uma confirmação ou reconhecimento⁵⁸⁵ formais;
3. O modelo dualista (fraco ou forte) – de acordo com este modelo, confirma as instituições e o Direito Consuetudinário. As instituições tradicionais representam assim espaços sociais semiautónomos oficialmente reconhecidas. Nesse contexto, o grau do dualismo (fraco ou forte) é determinado pelo grau de autonomia que o Estado confere a esses entes sociais. Neste modelo cai a maioria dos Estados Africanos;
4. O modelo do monismo moderno fraco – neste modelo, que apenas difere em grau do primeiro, o Estado toma boa nota da existência das instituições tradicionais, mas não as reconhece (como no modelo 3). Em vez disso, o Estado define regras tendentes a integrar as instituições no aparelho administrativo estadual. As autoridades tradicionais são transformadas em funcionários públicos; o Direito tradicional é transmutado em Direito do Estado. Neste modelo estão alguns países que, caracterizando-se *prima facie* no modelo 1, integram os sistemas de justiça no seio do sistema judiciário estadual; e por finalmente,
5. O modelo do monismo clássico forte – neste modelo, as instituições e o Direito consuetudinário prevalecem ao nível do Estado. O governo ao nível estadual adopta a forma de governo tradicional e o costume tradicional é adoptado como lei do Estado. Para M.O. Hinz, a Suazilândia é o único país africano que integra este modelo.

Segundo exposto, é de concordar que o pluralismo jurídico materialmente relevante se caracteriza, em primeiro lugar, pela *confirmação* e, em segundo lugar, pela garantia das autoridades tradicionais como instituições de legitimidade e Direito consuetudinário. Esta última indicia um dualismo forte.

⁵⁸⁵ O autor (HINZ) faz distinção entre confirmação e reconhecimento: enquanto o reconhecimento indica um entendimento segundo o qual o Estado é única fonte de legitimidade, de autoridade e do Direito, o termo confirmação está mais ligado a uma perspectiva pluralista, que aceita a independência de outras formas de legitimidade e de Direito dentro do Estado (apud FEIJÓ, Carlos, *ibidem*, p.128).

4.3.2. Legitimidade da autoridade tradicional - Caso moçambicano

Hoje, é impensável não discutir a temática das autoridades tradicionais, visto que a justiça moçambicana é marcadamente caracterizada por uma pluralidade jurídica. Como referimos no *ponto 4.3.1*, a questão do que é tradicional na autoridade tradicional é prevacente. Nesse corolário, Maria Paula Meneses, nos esclarece que a resposta a esta questão poderá ser encontrada nas tipologias desenvolvidas internacionalmente em torno da temática da legitimação da autoridade⁵⁸⁶. Nesse sentido, importa avaliar as implicações da dicotomia/moderno/tradicional no conceito de autoridade tradicional.

A concepção moderna do sentido da autoridade tradicional⁵⁸⁷, atribui à Autoridade Tradicional um estatuto pré – moderno, por estar assente na crença da santidade da tradição, existente desde os tempos imemoriais. Esse aspecto já foi matéria de discussão no *ponto 4.3.1*, todavia, nenhuma tradição pode considerar-se a margem exacta de uma prática anterior, pois que as tradições são criadas e recriadas pelos próprios processos históricos, como refere Eric Hobsbawn⁵⁸⁸. Na mesma perspectiva o autor alude que em períodos de transição/transformação acentuada, pela continuidade que assegura com o passado, a tradição é reforçada enquanto mecanismo de segurança e de inclusão social⁵⁸⁹.

Há um entendimento de que a legitimidade da Autoridade Tradicional é garantida por aqueles que governam segundo essas tradições. O ponto de partida para a legitimação da Autoridade Tradicional é a referência aos antepassados que, conseqüentemente, legitimam o carácter sagrado dessa autoridade. Devido a diversidade étnica vivida em Moçambique, podemos encontrar distintas concepções e as formas das Autoridades tradicionais.

Tal como no passado, a autoridade tradicional recorre, ainda hoje, a dois tipos de legitimação nomeadamente: através de um processo formal de reconhecimento legal, dentro dos parâmetros definidos pelo Governo, ou pela comunidade, isto é, um processo fomentado por baixo. Neste último caso, a legitimidade deve ser entendida, segundo Anders Nilson, como um processo de relacionamento instituído entre o (s) líder (es) e uma dada comunidade/grupo étnico, relacionamento este assente num reconhecimento e aceitação mútua de regras e interesses, por forma a garantir a harmonia social e o desenvolvimento do grupo⁵⁹⁰. Como corolário, nos nossos

⁵⁸⁶ MENESES, Maria Paula, et., al., *ob., cit.*, p.342.

⁵⁸⁷ *Ibidem*, p.342.

⁵⁸⁸ MENESES, Maria Paula, *ob., cit.*, pp. 342-343.

⁵⁸⁹ *Ibidem*, pp. 342-343.

⁵⁹⁰ NILSON, Anders, *Legitimidade, Economia, Conflito e Guerra. Autoridade e Poder Tradicional*, Vol. I, Maputo, Ministério da Administração Estatal – Núcleo de Desenvolvimento Administrativo, 1995, (124-144), 1999, p. 130.

dias, vários chefes tradicionais, embora formalmente reconhecidos através do decreto nº 15/2000, de 20 de Junho, vêem a sua autoridade questionada por vários membros da comunidade, e esta põe em causa a sua função. Isto é, a falta de legitimidade pode prejudicar a coesão social dentro da comunidade, na medida em que a legitimidade é chave para a cooperação e coordenação entre a autoridade tradicional e a comunidade.

A decisão de legitimar oficialmente a existência das ATs não foi simples tendo em vista a natureza da relação entre as instituições de base herdadas no período colonial e as que foram estabelecidas pela Frelimo. É nessa perspectiva que foram vários mecanismos que nele intervieram, conforme refere o Decreto, que reconhece como autoridades comunitárias “os chefes tradicionais, os secretários de bairro ou de aldeia e outros líderes legitimados como tais pelas respectivas comunidades”⁵⁹¹.

Ao nível do Governo, esta decisão deverá ser compreendida no contexto mais amplo da descentralização política a que o País vive. Com efeito, embora a questão de forma de Estado e da descentralização não seja algo recente, o presente contexto, em termos económicos, políticos e sociais, exige uma reforma urgente da administração do Estado, largamente inoperante, ineficiente, e afectada por querelas de responsabilidades e legitimidade, desenquadrada da realidade sócio económica do País, e distante do cidadão⁵⁹².

Segundo o exposto podemos aludir que a incapacidade do Estado em promover o desenvolvimento do País funcionou, em parte, como a razão catalisadora da temática da descentralização. Ainda em 1994 seria aprovada, pela última sessão da Assembleia da República monopartidária, uma lei sobre a governação local, essencial ao estabelecimento de municipalidades ao nível dos distritos e à uniformização do panorama rural e urbano⁵⁹³. Os debates provocados sobre o assunto sugerem que o enfoque principal centrou-se no esforço da unidade nacional através do processo de descentralização. No seguimento da aprovação dessa lei (Lei nº 3/94, de 13 de Setembro)⁵⁹⁴, em 1998, ocorreram as primeiras eleições autárquicas no País. Em 2000 seria a vez de serem reintroduzidas as Autoridades Tradicionais.

⁵⁹¹ Cfr. art. 1º do Dec. nº 15/2000, de 20 de Junho .

⁵⁹² CARRILHO, João, *Administração Local e Administração Tradicional de Terras. Poder e Autoridade Tradicional*, vol. I, Maputo, Ministério da Administração Estatal, Núcleo de desenvolvimento Administrativo, 1995, (109-121).

⁵⁹³ MENESES, Maria Paula, *ob. cit.*, p.355.

⁵⁹⁴ A Lei nº 3/94, de 13 de Setembro, ao criar o quadro institucional dos distritos municipais, foi a primeira lei promulgada no Moçambique pós-colonial onde explicitamente se reconhece a presença de estruturas tradicionais de governação no País, embora a Constituição de 90, não fornecia um quadro contextual da existência dessas tradições africanas (LUNDIN, 1998). Esta Lei seria posteriormente revogada pela Lei 2/97, de 18 de Fevereiro, actualmente alterada pela Lei nº 6/2018, de 3 de Agosto.

Ao nível das comunidades, em termos de legitimidade, a questão é mais complexa e apresenta diferentes texturas. De facto, para muitos, o novo sistema político introduzido pela Frelimo correspondia a mudanças ambicionadas, embora não claramente coincidentes com as anteriores apontadas pela própria Frelimo. Por exemplo, embora a Frelimo tivesse tentado substituir as autoridades tradicionais, impondo um novo sistema local de administração a partir de processos eleitorais, esse objectivo não passou de uma formalidade. Como consequência disso, surgem estruturas políticas criadas de forma *ad hoc*, com a finalidade de mediar as relações entre as pessoas e o Estado, especialmente a nível rural, onde o Estado não conseguia penetrar. Muitas destas estruturas foram ocupadas por antigas linhagens, significando, de facto, que a Frelimo tacitamente não só aceitou como encorajou a participação, nos governos locais, das elites políticas em presença, fossem elas as linhagens locais ou parte de uma pequena burguesia emergente. Quer num caso quer noutro, agenda destas elites diferia bastante do modelo revolucionário defendido pela Frelimo⁵⁹⁵.

Uma das implicações da anulação das Autoridades Tradicionais, em conformidade com Maria Paula Meneses, foi a eliminação da recolha de impostos, agora que os régulos não os recolhiam e que as aldeias comunais não mais existiam. Consequentemente, menores eram os recursos presentes para o desenvolvimento regional e nacional. Este facto ilustra que, se na aparência parece ter existido um corte radical entre as estruturas de poder existentes no tempo colonial e as impostas pela Frelimo, uma análise mais cuidadosa do percurso de vários líderes tradicionais contestara esta ideia.

Hoje, o regresso à tradição constitui uma espécie de recuo natural, tanto da parte da comunidade como do Estado, em consequência da redução do papel do Estado na regulamentação sócio-económica do País, fruto de uma dupla pressão: a escala de uma guerra civil e, a partir de finais da década de 80, a introdução dos programas de ajustamento económico. Nisso, em diferentes locais de Moçambique, e em períodos distintos, a reafirmação do poder linhageiro foi ocorrendo, conduzindo, para o efeito uma aliança política entre administração local e alguns antigos régulos – uma forma de recuperar alguns elementos do passado colonial – por forma a reorganizar a situação produtiva, visto que o País vivia uma crescente estagnação económica. Por outra via, o Estado (Frelimo), reconheceu um activismo crescente da parte das autoridades tradicionais e aceitou o envolvimento de secretários e Grupos Dinamizadores em cerimónias tradicionais. Outrossim, reconheceu-se a capacidade das autoridades tradicionais na resolução de conflitos emergentes no seio da comunidade, cujas soluções mostram-se eficazes, situação que as

⁵⁹⁵ MENESES, Maria Paula, *ibidem*, p. 356.

autoridades locais se sentiam incapazes de afrontar. Esta situação teve como epicentro a necessidade de estabelecer mecanismos de forma a garantir uma administração eficiente. Por outro lado, pretendia-se definir parâmetros de ordem jurídica abrindo a possibilidade de acomodar as ATs no processo de gestão dos problemas concretos das comunidades locais.

Recorrendo a visão da Maria Paula Meneses, podemos aludir que o sentido de autoridade enquanto uma entidade que assegura a preservação das condições e recursos necessários à reprodução e manutenção da comunidade, parece ser o eixo central do reconhecimento da razão de ser das autoridades tradicionais⁵⁹⁶. Contudo as autoridades tradicionais têm desempenhado um importante papel na preservação da ordem social estabelecida, evitando situações de conflito e de desregulamentação social.

Segundo o exposto, pode-se ilidir que continua havendo um “conflito silencioso prevalecente” e manifesto, entre administração do País e as autoridades tradicionais. Conflito este centrado na questão do poder. A questão do poder permanece como central, embora tenha sido criado mecanismos legais de participação das autoridades tradicionais em vários sectores relacionados com administração do País. Com efeito, Boaventura de Sousa Santos⁵⁹⁷, quer o Estado, quer as autoridades tradicionais vêm no controlo administrativo apenas um meio de exercer o controlo político. Nesse contexto as autoridades tradicionais manipulam alguns aspectos tradicionais, enquanto marcas legitimadoras da sua autoridade, mas utilizam igualmente veículos da modernidade como os partidos políticos, ou projectos de desenvolvimento, para promover e sedimentar o seu poder. De forma geral a questão central figura-se na relação entre o controlo político e o controlo administrativo das populações e seus territórios e, em especial, a questão da legitimidade do poder para assegurar um poder, quer um controle, quer outro.

Noutro prisma, o Governo mantém a sua ambiguidade em relação a esta autoridade. Nisso, o art. 1º do Decreto nº 15/2000, de 20 de Junho, alarga o âmbito do conceito de liderança a vários sectores sociais: “os chefes tradicionais, os secretários de bairro ou de aldeia e outros líderes legitimados como tais pelas respectivas comunidades”. Isto equivale a colocar, em situação igualitária, as autoridades tradicionais, os líderes religiosos, os secretários de grupos dinamizadores, as personalidades notáveis locais, etc. Por outro lado, a falta de legitimidade nas comunidades, a Frelimo procurou modos de reinstituir formas de governação local, voltando a reinstituir, oficialmente, as autoridades tradicionais a partir do Decreto nº 15/2000, de 20 de Junho, em alusão.

⁵⁹⁶ MENESES, Maria Paula, *ob. cit.*, 357.

⁵⁹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa, *O Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico, ob., cit.*, p.74.

Do acima exposto resulta que o Estado moçambicano tem uma fraca implementação e capacidade de intervenção em grande parte do País, especialmente em meios rurais. Este vazio de poder foi preenchido, na época colonial, através de um sistema de cooptação de autoridades locais, na perspectiva de *indirect rule*⁵⁹⁸. Isto explica a presença dos régulos e seus subordinados, cuja autoridade é legitimamente reconhecida no campo e, por vezes em ambientes peri urbanos.

Nos dias de hoje, a situação das autoridades tradicionais em Moçambique é considerada díspar, visto que a maior parte dos régulos colaboram com as estruturas político – administrativas estatais locais⁵⁹⁹.

Em conformidade com Fernando Florêncio, a legitimidade política actual das autoridades tradicionais está no facto de ocuparem um lugar de charneira entre o Estado e a sociedade rural, entre os valores da modernidade e os da tradição, entre a necessidade de uma identificação nacional e a constante emergência de identificações parciais (étnicas e outras)⁶⁰⁰. O autor admite que essa conclusão apenas explica a dimensão exógena, na autoridade tradicional enquanto instituição do poder político específica de um determinado modelo de reprodução social. Nesse corolário, pode-se entender que a autoridade tradicional tem a função de participar no processo do Estado moçambicano ao nível local⁶⁰¹.

Tendo em atenção o exposto, Fernando Florêncio ainda fala de duas perspectivas antagónicas sobre a incorporação das autoridades tradicionais no processo de formação do Estado ao nível local: de um lado, os que defendem a incorporação das autoridades tradicionais na estrutura administrativa estadual devido à autenticidade e tradicionalidade da instituição; e, do outro lado, os que defendiam que a instituição havia sido de tal maneira adulterada pela Administração colonial que já não possuíam qualquer legitimidade nem lugar representatividade para as comunidades⁶⁰².

Da conjugação das duas dimensões (endógena e exógena), Fernando Florêncio, esboça a hipótese segundo a qual a legitimidade e o lugar social das autoridades tradicionais deriva do seu papel de dupla intermediação, entre o sagrado e o profano e entre um modelo de reprodução social local e um modelo de reprodução social exógeno, modelo veiculado pelo Estado e demais parceiros⁶⁰³.

⁵⁹⁸ MENESES, Maria Paula, et al., *ob. cit.*, p.413.

⁵⁹⁹ Tal é o caso dos regulados de Luís (cidade da Beira), Mafambisse (Sofala), Cumbana (Inhambane), Zintambila (Tete) e do cabo de terra Jorge (Inhambane) (MENESES, Maria Paula, et al., *ibidem*, p. 414.

⁶⁰⁰ FLORÊNCIO, Fernando,..... apud FEIJÓ, Carlos, *ob. cit.*, p.185.

⁶⁰¹ *Ibidem*, p.185.

⁶⁰² *Ibidem*, p.186.

⁶⁰³ *Ibidem*, p.186.

De forma geral podemos ilidir que a autoridade tradicional constrói a sua própria legitimidade através da gestão das comunidades em que elas estão inseridas, e dos mecanismos de gestão de conflitos; por outro lado põe a prova o conhecimento local, pois constitui um elemento crucial no processo de actuação desta autoridade na esfera das suas competências. Visto que nas comunidades que o comportamento ambiental obedece a normas e regras que constituem o repositório do conhecimento local, normas e regras que evoluem ao longo do tempo e que servem como instrumentos para moldar direitos e obrigações à interacção entre pessoas que os conheçam⁶⁰⁴.

4.3.3. Autoridade Tradicional – Evolução histórica

Em conformidade com James Scott⁶⁰⁵, a noção de autoridade tradicional⁶⁰⁶ simboliza o nascimento do lado africano da sociedade face à presença europeia colonizadora, um facto usado para legitimar e reforçar a necessidade da presença do poder estatal colonial como forma superior de organização social. A etnicidade, o direito tradicional e as autoridades tradicionais representam, de facto, a extinção dos elementos pré-coloniais ‘intactos’ africanos. Num contexto de intervenção colonial mais forte, como é o caso dos espaços urbanos, deveriam ter deixado de existir ou deveriam transformar-se apenas em elementos em vias de absorção pelas normas da modernidade. Reconhecendo as diferenças de poder entre o colonizador e o colonizado, qualquer análise das dinâmicas dos encontros entre ambos detecta linhas de influência e de

⁶⁰⁴ LOFORTE, Ana, *A Gestão e o Maneio dos Recursos Marinhos num Contexto de Conflito: O Caso da Ilha de Moçambique*, in SANTOS, Boaventura Sousa e TRINDADE, João Carlos (orgs), *conflitos e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique*, 2^o Vol., cap. 23, Porto, Edições Afrontamento, 2003 (479-521), p. 487.

⁶⁰⁵ MENESES, Maria Paula, «*Poderes, Direitos e Cidadania: O ‘Retorno’ das Autoridades Tradicionais em Moçambique*», Revista Crítica de Ciências Sociais [Online], 87 | 2009, colocado online no dia 15 Outubro 2012, criado a 30 Setembro 2016. URL: <http://rccs.revues.org/1428>; DOI: 10.4000/rccs.1428, acessado no dia 20 de Dezembro de 2018.

⁶⁰⁶ “A criação desta figura sociopolítica assentou em trabalhos de cariz etnográfico, que privilegiavam o estudo dos “hábitos e costumes tradicionais” das tribos, os quais eram definidos a partir de padrões linguísticos, culturais, etc. Ao estudar os padrões de comportamento e pensamento, assumidos como de longa duração e repetitivos, os seus autores procuravam delinear os vários sis- temas culturais presentes, caracterizando-os para futura comparação com sistemas ocidentais. Estes conhecimentos, adquiridos e extrapolados para os restantes grupos, deveriam actuar como auxiliar no melhoramento das relações entre a administração portuguesa e os grupos sociais africanos”. (MENESES, Maria Paula, *ibidem*).

interacção, ou seja, o aparecimento de novos momentos culturais⁶⁰⁷. Dessas dinâmicas, deu azo à emergência de ‘novas’ formas de autoridade e representação⁶⁰⁸.

A autoridade tradicional pode ser considerada como uma instituição sócio-cultural, susceptível de sofrer transformações sob o impacto de processos históricos, visto que nos diferentes estágios de desenvolvimento da própria história, as instituições sociais foram assumindo feições apropriadas. Assim, as formas de organização, as classes sociais e a sua intra-acção nas formas de poder e do Estado foram e são elementos por que se tornam distintos os universos sócio-culturais⁶⁰⁹.

No caso Moçambicano, as comunidades de caçadores-recolectores e aquelas que adoptaram a tecnologia dos metais e a economia agro-pastorícia, representam sistemas sociais diferenciados. Todavia a economia social assente na agricultura e na metalurgia está associada à adopção de formas organização e de relações sociais em que se baseou o surgimento da autoridade ou poder tradicional⁶¹⁰.

A autoridade tradicional é considerada como a expressão mais alta do sócio-cultural. É importante buscar uma percepção que a autoridade entanto que poder deve ser entendido a partir da família, pois a organização familiar é a base da estrutura que rege o poder de chefe numa povoação. E este poder, cuja sustentabilidade tem como base a família, é representado pela “autoridade tradicional.

Em conformidade com Armando Alves, autoridade tradicional é uma tradição desde os tempos primórdios da sua história, aquando das migrações do povo Bantu, que se estabeleceu na zona de Moçambique, ocupando terras, algumas de forma pacífica, e outras por meio de conquistas, mesmo no período anterior à ocupação colonial⁶¹¹.

De acordo com Adelino Ivala, em Moçambique, o termo autoridade tradicional tem sido considerado como uma instituição oposta às formas de chefia do Estado moderno, portanto o

⁶⁰⁷ Em Moçambique é de referir, por exemplo, a presença, nos dias de hoje, de autoridades tradicionais em espaços urbanos, como é o caso do régulo Luís no bairro Manga-Loforte, na cidade da Beira (Meneses et al., 2003), do régulo Xavier Matola, na cidade do mesmo nome (Jossias, 2004), ou de régulos em vários bairros da cidade de Angoche, apud MENESES, Maria Paula, *ibidem*.

⁶⁰⁸ Por exemplo, para o caso do direito costumeiro africano, são inúmeros os estudos que apontam como este foi alterado pelo encontro colonial. Como consequência, é cada vez maior o número de investigadores que olha para o direito costumeiro como uma complexa (MENESES, Maria Paula, *ibidem*).

⁶⁰⁹ MAGODE, José Joaquim, *Subsídios para o Estudo da Autoridade/Poder Tradicional em Moçambique – Uma Abordagem Histórico – Antropológica*, in *Autoridade e Poder Tradicional*, vol. I, Ministério da Administração Estatal – Núcleo de Desenvolvimento Administrativo, 1999, p. 35.

⁶¹⁰ MAGODE, José Joaquim, *ob., cit.*, p. 35.

⁶¹¹ ALVES, Armando M. N. T., *Análise da Política Colonial em Relação à Autoridade Tradicional*. in *Autoridade e Poder Tradicional*, vol. I, Ministério da Administração Estatal – Núcleo de Desenvolvimento Administrativo, p. 35, 1999.

termo é tomado como antítese do moderno⁶¹². Ainda em consonância com o autor em alusão, a autoridade tradicional constitui um sistema que obedece uma hierarquia. Para o autor em referência, este facto acontece em qualquer região do País e a história que explica a sua origem e expansão deste sistema tende a convergir em um antepassado fundador que se mantém o nome perpetuado pelos sucessivos descendentes que assumem a liderança.

A autoridade tradicional é um indivíduo que devido aos laços com a terra exerce um poder simbólico de pai da comunidade. Todo o exercício do poder está descentralizado em linhagens com diferentes tipos de ligação com a linhagem dominante. Estas ligações são estabelecidas, ou através de conquistas ou ainda através da escolha pessoal, onde os grupos escolhem estar ao lado de alguém justo ou poderoso.

Todavia, um elemento comum a estas definições é o facto de estas autoridades manterem persistentemente um perfil importante na administração local, especialmente na mediação de conflitos e problemas do quotidiano. O detentor do título de autoridade tradicional é normalmente apresentado como sendo aquele que coordena as actividades do grupo, gerindo as opiniões e procurando consensos entre o grupo dos seus conselheiros.

4.3.4. Conceito legal da autoridade tradicional

Fazendo uma revista ao texto constitucional moçambicano, deparamo-nos que, a nossa *lex fundamentallis* moçambicana, não traz uma definição de forma directa sobre o entendimento da autoridade tradicional, e nem remete a definição para a lei ordinária. Assim, entendemos que para a Constituição, a autoridade tradicional tem o significado que lhe é atribuído pelo Decreto n.º 15/2000, de 20 de Junho, que entrou em vigor desde 25 de Junho de 2000.

Em conformidade com o Dec. n.º 15/2000, de 20 de Junho, Autoridade Tradicional como “os chefes tradicionais, os secretários de bairros ou aldeia e outros líderes legitimados como tais pelas respectivas comunidades locais”⁶¹³. Enquanto isso, o Diploma Ministerial n.º 107-A/2000, de 25 de Agosto, que aprova o Regulamento do Decreto n.º 15/2000, de 20 de Junho, define a autoridade comunitária como “as pessoas que exercem uma certa forma de autoridade sobre uma determinada comunidade ou grupo social, tais como chefe tradicionais, secretários de

⁶¹² IVALA, Adelino Zacarias et al, *Tradição e Modernidade: que lugar para a Tradição Africana na Governação Descentralizada de Moçambique?* Ministério da Administração Estatal, Projecto de Descentralização e Democratização. Maputo, 1999.

⁶¹³ Cfr o n.º 1 do art. 1.º do Dec. 15/2000, de 20 de Junho, diploma que entrou em vigor desde 25 de Junho de 2000.

bairro ou aldeia e outros líderes legitimados como tais pelas respectivas comunidades ou grupo social:

- a) Chefes tradicionais: as pessoas que assumem e exercem a chefia de acordo com as regras tradicionais da respectiva comunidade;
- b) Os secretários de bairro ou aldeia: as pessoas que assumem a chefia por escolha feita pela população do bairro ou aldeia a que pertencem;
- c) Outros líderes legitimados: as pessoas que exercem algum papel económico, social, religioso ou cultural aceites.”

Pode-se depreender da definição avançada pelo Diploma Ministerial n.º 107-A/2000, de 25 de Agosto, que o elemento caracterizador é o exercício de uma forma de autoridade sobre uma determinada comunidade ou grupo social. O que implicitamente pressupõe que a autoridade é legitimada por essa comunidade e de acordo com os preceitos normativos dessa comunidade. Dessa forma podemos ilidir que esse elemento conceptual resulta não directamente do conceito legal, mas do reconhecimento estadual. Nisso, nos termos do n.º 2 do art. 1.º, o reconhecimento é o acto formal através do qual o competente representante do Estado identifica e regista o líder comunitário já legitimado ou entronizado⁶¹⁴. Há uma demonstração clara que a Constituição moçambicana não define de forma directa o que entende por “Autoridade Tradicional”, nem remete a definição para a lei ordinária.

Em conformidade com Henriques Henriques, as autoridades tradicionais são instituições enraizadas no espírito das sociedades tradicionais e no dos próprios povos. Estas não são criadas pela vontade individual ou colectiva, antes precedem este mesmo povo e com estes os Estados. Daí, a existência e a acção das autoridades tradicionais não depender de qualquer poder extrínseco a elas e nem do reconhecimento feito pelo poder colonial europeu ou de não reconhecimento pelo Direito Socialista e muito menos do sistema político liberal⁶¹⁵. Decorrente desta perspectiva, o autor acentua ainda na visão de que quando o poder estadual através de um processo declarativo ou legislativo reconhece as autoridades tradicionais, este reconhecimento não passa de um formalismo imposto pela teoria e racionalidade jurídica europeia⁶¹⁶. As autoridades tradicionais, de acordo com o Direito Estadual, encontram a sua legitimidade, por um lado nas populações e por outra na própria constituição estadual.

⁶¹⁴ Parece-nos que a expressão legal «entronizado» reflecte claramente a intenção do legislador em acolher plenamente os modos de legitimação comunitária a que se refere o art. 1.º do Dec. n.º 15/2000, de 20 de Junho.

⁶¹⁵ HENRIQUES, José Henriques, *ob., cit.*, p. 68.

⁶¹⁶ *ibidem*, p. 68.

No âmbito do pluralismo jurídico moçambicano, a Constituição de Moçambique de 2004, no art. 4º, reconhece “os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos que coexistem, na sociedade moçambicana, na medida em que não contrariem os valores e os princípios fundamentais da Constituição”⁶¹⁷.

4.3.5. O Panorama histórico e jurídico da autoridade tradicional na resolução de conflitos no âmbito do Direito Costumeiro

Antes de discutir a questão em epígrafe, primeiro partimos da análise do percurso histórico da autoridade tradicional no âmbito dos mecanismos de resolução de conflitos assente no direito consuetudinário ou costumeiro. Nessa perspectiva após a independência em Moçambique em 1975, o partido FRELIMO, questionava a legitimidade das autoridades comunitárias, incluindo a dos régulos que tinham sido institucionalizados pelo poder colonial. Este questionamento tinha como fundamentos, o facto de essas autoridades serem consideradas como colaboradores na administração colonial. Outro fundamento ligado a este. E pelo facto de serem vistos como carregando consigo preceitos contrários com a ideologia de cariz revolucionária optada pela FRELIMO. Contudo, deviam ser excluídos nas práticas do novo poder.

Como resultado da ruptura com o passado, depois da independência, em 1975, o Governo revogou toda a legislação colonial que contrariava os princípios de igualdade e não-discriminação. E foi nesse contexto que a Constituição de 1975 estabeleceu provisões sobre políticas de igualdade e da unidade nacional⁶¹⁸. Em 1982, sete anos depois da independência, o Governo criou os tribunais comunitários⁶¹⁹ vocacionados para a resolução de litígios familiares, principalmente resultante dos casamentos celebrados de acordo com o costume tradicional. Infelizmente, os Tribunais Comunitários não chegaram a funcionar devidamente⁶²⁰.

Fazendo uma análise no âmbito da *Lex Fundamentallis* de 90, sobre a matéria em alusão, pode-se ilidir que a mesma (Constituição de 1990) não consagrou claramente o papel do Direito Costumeiro. O n.º 2 do art. 52º da Constituição de 1990 dispõe que o Estado reconhece e protege o casamento de acordo com a lei e o princípio de livre consentimento. Portanto, pode-se interpretar que é da responsabilidade da Autoridade definir o casamento reconhecido pelo Estado. Segundo Henriques Henriques, esta prerrogativa estadual, quanto ao instituto de casamento, pode-

⁶¹⁷ Cfr. art. 4º da CRM/2004.

⁶¹⁸ Cfr. art. 71º da CRPM /1975.

⁶¹⁹ Cfr. Lei n.º 4/92 de 6 de Maio.

⁶²⁰ HENRIQUES, Henriques, *ob., cit.*, p. 363.

se interpretar que o Direito Costumeiro de Moçambique não fazia parte do sistema jurídico geral⁶²¹.

A maior lição a tirar neste conhecimento é que o costume tradicional continuou a constituir recurso para dirimir conflitos relacionados com o Direito Privado. Por outro lado, constatava-se que os Tribunais Judiciais raras vezes eram solicitados para resolver litígios relacionados com o Direito Privado. Esta realidade prendia-se, de entre outros, com dois principais constrangimentos: Primeiro, dos poucos casos trazidos aos Tribunais e decididos de acordo com o Direito positivo, as partes sentiam injustiçadas porque entendiam que a sentença, muito das vezes, não espelhava os valores e as convicções costumeiras tradicionais da etnia que eram originários⁶²².

O ‘escangalhamento do Estado’, a ‘criação do Homem novo’ e a ‘destruição das ideias tradicionais e práticas obscurantistas’ foram alguns dos princípios filosóficos que nortearam a urgência destas mudanças, incluindo a construção de uma alternativa baseada no poder popular⁶²³. A abolição dos sistemas tradicionais de administração local, considerados pela Frelimo como sendo uma estrutura feudal incompatível com o poder popular então instaurado no País, foi uma das peças centrais da política de administração no País, até ao final do período de violentos conflitos armados que Moçambique atravessou (inícios da década de 1990⁶²⁴. Foi nesse contexto que o Conselho de Ministros, aprovou o Decreto n° 6/78, de 22 de Abril de 1978, cujo teor era o banimento das autoridades tradicionais e religiosas. Pode-se ilidir que o decreto em causa tinha como finalidade hostilidades face às autoridades tradicionais. Por isso todas as práticas consideradas tradicionais foram banidas da esfera pública.

A figura da autoridade tradicional, ora abolida, foi substituída pelos grupos dinamizadores. Esta forma de organização popular de base, que nunca conheceria uma formatação jurídica formal, foi tomando corpo em instituições públicas, em fábricas e em empresas, em escolas e bairros residenciais⁶²⁵. Considerados os embriões de novas formas de poder popular a partir da

⁶²¹ *Ibidem*, p.363.

⁶²² *Ibidem*, 363.

⁶²³ MENESES, Maria Paula, *ob., cit.*

⁶²⁴ Apesar da ligação existente entre a administração colonial e as autoridades tradicionais, inúmeros são os exemplos conhecidos do duplo papel jogado por régulos, os quais, usando as suas posições privilegiadas de acesso ao Estado, conseguiram melhorar as condições de vida das suas populações. Em paralelo, convém realçar que muitos apoiaram a luta nacionalista, tendo, porém, sido muito modestamente compensados pela Frelimo após a independência, apud MENESES, Maria Paula, *ob., cit.*

⁶²⁵ Nos primeiros anos os grupos dinamizadores consistiam em grupos de oito a dez pessoas, escolhidas por votação de braço no ar, em reuniões públicas. Em Fevereiro de 1975 teve lugar na Zambézia uma reunião geral dos Comitês Distritais da Frelimo. Nesta reunião foram decididos os critérios de selecção e de eleição dos candidatos a membros dos grupos dinamizadores. Na altura, e analisada a extrema diversidade de actuações dos membros destes grupos (na altura ainda designados por comités do partido), assim como a presença de metodologias e estratégias contrárias aos propósitos da Frelimo, considerada então a única força política

base, o acesso a membro do grupo dinamizador estava vedado a todos os que fossem considerados ‘comprometidos’ com as instâncias de poder da época colonial, o caso dos régulos⁶²⁶. Assim, os grupos dinamizadores viriam a desempenhar múltiplas funções, tomando conta de muitos dos encargos anteriormente realizados pelas autoridades tradicionais: gestão de questões sociais, mediação de conflitos, policiamento, administração e regulação⁶²⁷.

O III Congresso da Frelimo determinou a necessidade imperiosa de combater os vestígios das mentalidades coloniais. Nisso, as decisões do Congresso incluíam a “necessidade de completar a destruição do aparelho de Estado colonial-capitalista [...] acelerando a criação de novos órgãos do Poder estatal a nível do distrito e da localidade”⁶²⁸. Como resultado, procurou-se activamente eliminar a presença das autoridades tradicionais do mapa político-administrativo⁶²⁹.

Em conformidade com os aspectos abordados no âmbito do contexto histórico das autoridades tradicionais em Moçambique, podemos ilidir que a Constituição de Moçambique de 1975 (CRPM) consagrou um monismo jurídico, na medida em que apenas reconhecia único Direito no Estado, o Direito Estatal. Nisso, o Direito Costumeiro ou Tradicional, pese embora reconhecido pelo Estado Colonial antes da independência de Moçambique em 1975, deixou de ser reconhecido, ou seja, foi revogado, nos termos do preceituado art. 71º da CRPM/1975. O legislador de 1975 passou a reconhecer um único regime de jurisdição na República de Moçambique, como se pode aferir do preceituado do artigo 63º da CRPM/1975 preceituado ao dispor que “o Tribunal Popular Supremo promoverá a aplicação uniforme da Lei para todos os tribunais ao serviço dos interesses do povo moçambicano” e suprime todas as outras jurisdições coexistentes na sociedade”. Estava clara demonstração que a Autoridade Tradicional perdeu a função de dirimir conflitos no seio das comunidades baseando-se no direito costumeiro.

Ora, isto não significa que as autoridades tradicionais tenham desaparecido, de facto, do mapa da administração e da justiça moçambicano. A opção política de as abolir veio a constituir um problema para o governo, que não só não dispunha de recursos para criar, de raiz, novas estruturas político-administrativas, como quando as constituía, não eram automaticamente aceites pela população. Neste contexto, a realidade esteve longe de corresponder sempre à retórica

legítima, foi também decidida a obrigatoriedade da sua formação, como forma de garantir uma actuação mais uniforme e controlada destes organismos (Chichava, 1999; Cuahela, comunicação pessoal), apud MENESES, Maria Paula, *ibidem*.

⁶²⁶ *ibidem*.

⁶²⁷ *ibidem*.

⁶²⁸ Frelimo, *O Partido e as Classes trabalhadoras Moçambicanas na Edificação da Democracia Popular*, Maputo: Departamento do Trabalho Ideológico, 1977, apud MENESES, Maria Paula, *ob., cit.*

⁶²⁹ MENESES, Maria Paula, *ibidem*.

do Estado e em diversos espaços (sobretudo rurais), as ATs sobreviveram, mantiveram a legitimidade e vieram a colmatar um vazio tantas vezes deixado pelo Estado, trabalhando frequentemente em conjunto com os tribunais populares e até com os grupos dinamizadores e encontrando na Renamo uma alternativa à recuperação do seu prestígio⁶³⁰.

O legislador ao determinar um direito único na Constituição da República de Moçambique de 1975, não se deu conta que o garante à tradição, às normas e costumes e à identidade étnica a sua coerência e poder é o facto de estes assentarem nas consciências e referências das populações, informando-os da sua identidade, dos modos como devem actuar. O Estado moçambicano foi dedicando cada vez menos atenção à legitimação da sua autoridade, que deveria estar assente, pelo menos parcialmente, nas experiências vividas de todos os cidadãos⁶³¹.

A opção política de abolir as autoridades tradicionais, veio a constituir um problema para o governo, que para além de não dispor de recursos para criar, de raiz, novas estruturas político administrativas, quando as constituía, estas não eram automaticamente aceites pela população. A verdade é que as autoridades tradicionais mantiveram, em grande medida, a sua legitimidade, trabalhando muitas vezes em conjunto com os tribunais populares e até com os grupos dinamizadores e encontrando na oposição da RENAMO uma alternativa à recuperação do seu prestígio⁶³².

Dotando das questões que começavam a pairar na sociedade moçambicana, como foram os casos do papel e da legitimidade da ATs no âmbito da resolução de conflitos e o lugar ocupado por eles na comunidade, após a Independência, o V Congresso da FRELIMO, realizado em 1989, teve como matéria de debate, assente na perspectiva de revisão constitucional. No V Congresso foram também discutidas matérias relacionadas com cultura, etnicidade e unipartidarismo, cujo desenvolvimento, sem dúvidas, teria influenciado na revisão constitucional de 1990⁶³³.

A institucionalização e o reconhecimento formal das autoridades tradicionais ocorreram com a Lei 3/94, de 13 de Setembro, o primeiro diploma legal em matéria de descentralização, que atribuía um papel às autoridades tradicionais no processo de consulta e tomada de decisões locais e no arbítrio de conflitos e questões relacionadas com o uso da terra.

⁶³⁰ ARAÚJO, Sara, *O Estado Moçambicano e as Justiças Comunitárias: Uma História Dinâmica de Imposições e Respostas Locais Diferenciadas*. ESTUDO GERAL Repositório científico da UC, Universidade de Coimbra, disponível no <http://hdl.handle.net/10316/42715>. Acessado no dia 05 de Julho de 2019.

⁶³¹ MENESES, Maria Paula, *ob.*, *cit.*

⁶³² *Ibidem*, pp. 106-126.

⁶³³ *Ibidem*, pp. 106-126.

No entanto, nas primeiras eleições multipartidárias ocorridas no mês de Outubro de 1994, ainda que se tenham reunido as condições de pacificação e democratização necessárias para proceder ao processo de descentralização do País, os bons resultados obtidos pela RENAMO fizeram a FRELIMO sentir-se ameaçada no que toca à sua hegemonia ao nível local. Esta situação, associada a divergências entre a FRELIMO e a RENAMO sobre o teor da legislação, acabou por conduzir à substituição da Lei 3/94, de 13 de Setembro, pela Lei n.º 2/97, de 18 de Fevereiro, que limita a participação das autoridades tradicionais e a sujeita a regulamentação ministerial. O debate das ATs foi reintroduzido com a discussão em torno da Lei de Terras⁶³⁴, onde surgiu a expressão «líderes locais» e se lhes atribuiu um papel de intervenção na gestão dos recursos naturais, na resolução de conflitos, no processo de titulação e na identificação das terras ocupadas e a ocupar⁶³⁵.

Os condicionantes internacionais, como foi o caso da intervenção do Banco Mundial no cenário sócio - político de Moçambique, sendo obrigado a reformular a filosofia dos seus programas, incorporando uma dimensão social na sua intervenção, articulando os Programas de Ajustamento Estrutural com o objectivo do combate à pobreza e colocando a ênfase na democracia e na boa governação. É neste contexto que surge o interesse pela descentralização, que aos olhos do Banco Mundial possibilita uma maior eficiência da distribuição de recursos ao nível local⁶³⁶.

Estes condicionantes revelaram-se favoráveis ao fortalecimento das autoridades tradicionais, bem como dos tribunais comunitários. Nesse âmbito assiste-se a alguns desenvolvimentos no âmbito do reconhecimento das autoridades tradicionais e se começa a trabalhar na regulamentação dos tribunais comunitários. Assim, em 2000 foi aprovado o Decreto 15/2000, de 20 de Junho, que estabelece as formas de articulação dos órgãos locais do Estado com as autoridades comunitárias. Não é, contudo, atribuído qualquer papel de primazia às autoridades tradicionais, uma vez que a lei define que «para os efeitos do presente decreto são autoridades comunitárias os chefes tradicionais, os secretários de bairro ou de aldeia e outros líderes legitimados como tais pelas respectivas comunidades locais» (art. 1.º). Esta tendência para diluir as autoridades tradicionais entre as outras vem-se manifestando desde a promulgação da Lei de Terras. Se a Lei 3/94, de 13 de Setembro definia autoridade tradicional como «autoridades reconhecidas como tais pelas comunidades» (Lei 3/94, de 13 de Setembro), a Lei de Terras já

⁶³⁴ Lei n.º 19/97, de 1 de Outubro.

⁶³⁵ FERNANDES, Tiago Matos., *Processo de Descentralização em Moçambique: unidade do Estado e Desenvolvimento Local no Contexto do Pluralismo Administrativo. Estudo de caso no Município da Ilha de Moçambique*. Dissertação de Mestrado, ISCTE, 2006. Apud ARAÚJO, Sara, *ob., cit.*, pp. 106-126.

⁶³⁶ FERNANDES, Tiago Matos....apud ARAÚJO, Sara, *ibidem.*, pp. 106-126.

menciona «líderes locais», definindo-os como «aqueles que são respeitados por todos» (Lei de Terras).

Estas formulações indiciam a existência de algo mais do que a incapacidade do governo em determinar com rigor o conteúdo desse conceito. Existem intenções não assumidas, que passarão por «manter uma abertura ao preenchimento do conceito com recurso a figuras que, à partida, não caberiam numa definição restrita de autoridade tradicional, como é o caso dos secretários de bairro e chefes de quarteirão»⁶³⁷ bem como pela tentativa de «capitalizar as virtualidades administrativas das autoridades tradicionais e, ao mesmo tempo controlar a ‘força centrífuga’ que se reconhece nelas»⁶³⁸. Como nota Santos, o n.º 2 do art. 3.º do Decreto 15/2000, de 20 de Junho sublinha bem o carácter instrumental do reconhecimento das autoridades tradicionais, ao afirmar que a articulação entre estas e os órgãos locais decorre das «necessidades de serviço»⁶³⁹. O mesmo autor, não deixa de mencionar que «simetricamente, as autoridades tradicionais pretendem instrumentalizar o apoio do Estado para consolidar o seu próprio controlo político sobre as comunidades»⁶⁴⁰.

A revisão constitucional de 2004 veio consagrar diversas alterações no ordenamento jurídico-constitucional, com as quais a Lei de Bases da Organização Judiciária, que agora se propõe, deve conformar-se. Para além do reconhecimento, já referido, do pluralismo jurídico⁶⁴¹, a Constituição enfatiza, no seu art. 11º, alínea g), “a promoção de uma sociedade de pluralismo, tolerância e cultura de paz”, e proclama, no art. 118º, que “o Estado reconhece e valoriza a autoridade tradicional legitimada pelas populações e segundo o direito consuetudinário”⁶⁴² e “define o relacionamento da autoridade tradicional com as demais instituições e enquadra a sua participação na vida económica, social e cultural do País, nos termos da lei”⁶⁴³. Consequentemente, a actividade destas autoridades na resolução de litígios não deve ser proibida, antes pelo contrário, deve ser encorajada, sempre que for consentida pelas partes e as suas decisões não violarem os princípios e as normas constitucionais.

Neste contexto, o processo de reconhecimento das autoridades comunitárias suscita sempre uma análise dos eventuais riscos e problemas que possam, eventualmente, advir no processo de actuação na esfera das suas competências. O art. 10 do Decreto nº 15/2000, de 20 de

⁶³⁷ ARAÚJO, Sara, *ob., cit.*, pp. 106-126.

⁶³⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa, *O Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico*, *ob., cit.*, p. 55.

⁶³⁹ *Ibidem*, p. 55.

⁶⁴⁰ *Ibidem*, p. 55. ---

⁶⁴¹ Cfr. art. 4º da CRM/2004.

⁶⁴² Cfr. nº 1 do art. 118º da CRM/2004.

⁶⁴³ Cfr. nº 2 do art. 118º da CRM/2004.

Junho estabelece o critério de precedência ou hierarquização das autoridades, cabendo às comunidades, em função das suas normas e princípios, indicar o representante junto às autoridades administrativas. O Decreto-Lei nº 80/2004, de 14 de Maio é mais preciso e determina os mecanismos de legitimação. Para o caso dos líderes tradicionais, a sua selecção tem de ser validada “de acordo com as regras da respectiva comunidade”⁶⁴⁴; já no caso dos secretários, estes serão escolhidos (e assim legitimados) “segundo critérios da respectiva comunidade local ou grupo social”⁶⁴⁵. Ou seja, há um elemento de diferença no processo de selecção destas autoridades comunitárias, o que inclui momentos de legitimação directa (eleições para secretários) e outras formas de escolha, que não incluem formas de democracia directa. Posteriormente, o líder escolhido é reconhecido formalmente por um representante da administração estatal a nível local. Embora com as situações, ora apontadas, não se deixa admitir a existência, no âmbito da revisão da Constituição de 2004, de uma multiplicidade de instâncias que têm como função a resolução de litígios comunitários, tendo as autoridades tradicionais o direito tradicional, como a fonte do seu Direito e instância da sua legitimação. Nesse corolário, as autoridades tradicionais são caracterizadas pelas variáveis moderno/tradicional e a variável monoculturas/multicultural⁶⁴⁶.

As autoridades tradicionais, no processo de resolução de conflitos, reconhecem e estão cientes de que o costume tradicional moçambicano caracteriza-se por ser uma fonte que possui a virtualidade de fazer nascer um dever ser jurídico tradicional. Este dever ser tradicional constitui uma prática reiterada ao longo dos séculos e não proclamada por qualquer poder legislativo. A autoridade tradicional, na qualidade de uma instituição social, jurídica, política e administrativa, encontra no Costume Tradicional a fonte do seu Direito e instância da sua legitimação. Por isso as comunidades, na busca de sentidos de justiça que respondam, também, às suas normas e princípios, têm vindo a desenvolver práticas de justiça cuja inspiração assenta nas suas referências culturais tradicionais. Estas são “continuamente (re) trabalhadas em função das exigências contemporâneas, o que inclui a incorporação de princípios globais de direitos humanos nos sistemas de justiça que se renovam em permanência”⁶⁴⁷.

Podemos admitir que é importante o reconhecimento legal da Justiça paralela à estrutura oficial do Estado para que se possa responder às exigências dos cidadãos. Nota-se que a maioria da população moçambicana não se identifica com a justiça oficial. Este facto deve ser levado em consideração pelo facto de apontar para a necessidade de uma reforma legal profunda

⁶⁴⁴ Cfr. art. 8º do Dec-Lei nº 80/2004.

⁶⁴⁵ Cfr. art. 9º do Dec - Lei nº 80/2004.

⁶⁴⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa, *O Estado Heterogéneo, ob., cit.*, p.59.

⁶⁴⁷ MENESES, Maria Paula, *ob., cit.*

que assente, também, “no reconhecimento verdadeiro do direito à diversidade, onde a cultura assume um papel primordial na luta por uma justiça que reflecta as histórias e as lutas das comunidades, em diálogo com as condições de emancipação a que o País se propõe”⁶⁴⁸. Esta reforma, para ser verdadeiramente democrática, terá de assentar na construção de diálogos interculturais, como solução para as diferenças, pluralismos e respeito pelos direitos humanos⁶⁴⁹.

No nosso contexto, o peso das autoridades tradicionais, previstas ou não na lei, varia consideravelmente ao nível local, conforme se fazem sentir os diferentes momentos da história do Estado.

4.3.6. Autoridade tradicional e os mecanismos de resolução de conflitos

No âmbito da Tese pretendemos também trazer uma breve discussão sobre o papel da autoridade tradicional no processo de resolução de conflitos à luz do direito consuetudinário. Para o efeito iremos nos apoiar em duas perspectivas: a primeira começa na busca de entendimento de qual visão o Estado moçambicano focaliza a figura da autoridade tradicional e qual a função exercida perante esta. A segunda perspectiva analisa a função desta figura no processo da administração da justiça comunitária.

Como primeira perspectiva, podemos enfatizar que a autoridade tradicional exerce junto das comunidades várias funções ligadas ao desenvolvimento socioeconómico, cultural e política das respectivas comunidades. A liderança comunitária goza de um prestígio social dentro das comunidades onde estão inseridos, de tais maneiras que todas as decisões importantes sobre a vida da comunidade só poderão surtir efeitos desejados se tais decisões forem implementadas em coordenação entre a Autoridade Tradicional e os Órgãos interessados. A par disso o decreto 15/2000 de 20 de Junho, estabelece as formas de articulação dos órgãos locais do Estado com as autoridades comunitárias, valorizando a organização social das comunidades locais e aperfeiçoamento das condições da sua participação na administração pública para o desenvolvimento sócio-económico e cultural do País.

Segundo Salvador Forquilha⁶⁵⁰, articulação dos órgãos locais do Estado com as autoridades comunitárias assenta no discurso sobre a descentralização, por isso que a estruturação

⁶⁴⁸ *Ibidem*.

⁶⁴⁹ MENESES, Maria Paula, *ob., cit.*

⁶⁵⁰ FORQUILHA, Salvador Cadete, «*O Paradoxo da Articulação dos Órgãos Locais do Estado com as Autoridades Comunitárias em Moçambique: Do discurso sobre a descentralização à conquista dos espaços políticos a nível local*», *Cadernos de Estudos Africanos* [Online], 16/17 | 2009, posto online no dia 22 Julho 2012, consultado o 18 de Outubro de 2018 .disponível no [URL:http://cea.revues.org/187](http://cea.revues.org/187); DOI : 10.4000/cea.187.

da relação Estado/autoridades comunitárias (particularmente chefes tradicionais) traz ao de cima uma série de dinâmicas sociopolíticas locais que resultam, por um lado, da trajectória histórica do Estado e das chefaturas tradicionais no contexto rural e, por outro, do pluralismo e da competição política, que se circunscreve na luta pela conquista dos espaços políticos no meio rural.

Com a introdução do pluralismo e da competição política, a formação e a consolidação de alianças partidárias a nível local tornaram-se mais importantes do que nunca. Assim, nas zonas onde as chefaturas tradicionais constituem um elemento importante da vida local, os principais partidos políticos, nomeadamente a FRELIMO e a RENAMO, procuram apropriar-se da instituição com vista à fortificação das suas alianças locais através dos chefes tradicionais. Além disso, a lei nº 3/94, de 13 de Setembro, enumera as principais áreas de colaboração entre os órgãos dos distritos municipais e as autoridades tradicionais. Assim, o art. 9º determina que:

“As autoridades tradicionais, além do desempenho das funções que lhes são reconhecidas pelas suas respectivas comunidades, poderão ser solicitadas pelos órgãos dos distritos municipais, a colaborar nos domínios tais como a) gestão de terras; b) cobrança de impostos; c) manutenção da harmonia e da paz social; d) divulgação e a implementação das decisões dos órgãos municipais e do Estado; e) abertura e manutenção de vias de acesso; f) recenseamento da população [...]; i) prevenção de incêndios, caça e pesca ilegais; j) protecção do ambiente; k) preservação da floresta e fauna bravia; l) promoção da actividade produtiva; m) preservação do património físico e cultural”.

Este preceito evidencia que ao ser incorporado no sistema de administração moçambicana, o chefe tradicional deixou de ser uma “autoridade tradicional” e passou a ser um agente administrativo, ou Régulo. Nesse processo, seu poder continua a ser bastante reduzido, assumindo outras funções, em detrimento das tradicionais, como a recolha de impostos, operações de recenseamento e outras previstas no diploma legal em alusão. Dessa forma se pode ilidir que o papel da autoridade tradicional no processo de resolução de conflitos na base do direito costumeiro não é muito destacado. Por isso mesmo, o reconhecimento constitucional da autoridade tradicional só viria a acontecer em 2004, na sequência do processo de revisão constitucional que conduziu à aprovação da nova Constituição da República, a 16 de Novembro de 2004. Com efeito, o art. 118º da Constituição de 2004 estabelece que “o Estado reconhece e valoriza a autoridade tradicional legitimada pelas populações e segundo o direito costumeiro; o Estado define a relação entre a autoridade tradicional e as outras instituições e enquadra a sua participação na vida económica, social e cultural do País conforme à lei”.

A par desse contexto, Fernando Florêncio⁶⁵¹, afirma que estamos diante de um “*neo-direct rule*” entre Estado e autoridades tradicionais no processo de formação do Estado a

⁶⁵¹ FLORÊNCIO, Fernando,..... apud FEIJÓ, Carlos, *ob. cit.*, p.186.

nível local. Ou seja, as autoridades tradicionais passam a desempenhar, na actualidade, um papel similar ao que desempenhavam na época colonial para as administrações locais. As autoridades tradicionais moçambicanas colaboram para a formação e consolidação do Estado a nível local, desempenhando determinadas tarefas, e ainda detêm uma forte legitimidade nos espaços rurais moçambicanos.

Em relação a segunda perspectiva, partimos do pressuposto de que em Moçambique, a justiça popular emerge da desconstrução e desmantelamento do sistema da justiça que vigorou no Estado Colonial. Nesse corolário, a Constituição da República Popular de Moçambique (1975) definiu como um dos grandes objectivos da Revolução: “a eliminação das estruturas de opressão e exploração coloniais e tradicionais e da mentalidade que lhes está subjacente”⁶⁵². E no capítulo dos tribunais, o Legislador Constituinte atribuiu aos Tribunais a função judicial, a ser levada a cabo através do Tribunal Popular Supremo e dos “demais Tribunais determinados na lei da Organização Judiciária”⁶⁵³.

Partindo destas duas normas constitucionais, pode-se ilidir que o processo legislativo se manteve praticamente indiferente em relação ao papel das demais ordens normativas, especialmente às de cariz consuetudinário, pelo menos até 1992, ano em que foram aprovadas a Lei nº 4/92, de 6 de Maio (a Lei que regula o Funcionamento dos Tribunais Comunitários) e a Lei nº 10/92, de 6 de Maio (a Lei da Organização Judiciária). Nisso, segundo Maryse Raynal, “os juristas e os governos optaram por um direito uniforme temendo que os direitos costumeiros não colmatassem as clivagens étnicas que eles pretendiam ultrapassar em nome de uma unidade nacional a forjar. (...) recusando-se a encarar a realidade evidente, a justiça moderna eternizava os seus erros mas sempre bem-vindo”⁶⁵⁴.

Hans Abrahamsson e Anders Nilson despertam-nos que o facto de haver condenação e marginalização das Autoridades Tradicionais, bem como das práticas religiosas e tradicionais, não se logrou alcançar grandes impactos juntos das comunidades locais, na medida em que continuaram a ter uma forte presença e legitimidade durante os anos mais difíceis⁶⁵⁵.

A Constituição de 1990 previa como objectivo do Estado moçambicano, a “afirmação da personalidade moçambicana, das suas tradições e mais valores socioculturais”⁶⁵⁶. Da análise desta Constituição de 1990, resulta que a mesma não faz referência ao Direito

⁶⁵² Cfr. art. 4º da CRPM/ 1975.

⁶⁵³ Cfr. art. 62º da CRPM/1975.

⁶⁵⁴ RAYNAL, Maryse, apud SERRA, Carlos Manuel, *ob., cit.*, p.283.

⁶⁵⁵ ABRAHAMSSON, Hans Nilson, Anders, *ob., cit.*, pp. 255 – 256.

⁶⁵⁶ Cfr. alínea g) do art. 6º da Constituição Moçambicana de 1990.

Costumeiro. Nesse prisma o Pluralismo Jurídico, não foi acomodado na *Lex Fundamentalis*, mas vigente no percurso de edificação do Estado Moderno. No palafraçado do Boaventura Sousa Santos a esse respeito salienta que

“a pesar de o paradigma do Estado moderno pressupor que em cada Estado só há um direito e que a unidade do Estado pressupõe a unidade do direito, a verdade é que, sociologicamente, circulam na sociedade vários sistemas jurídicos e o sistema jurídico estadual nem sempre e, sequer, o mais importante na gestão normativa do quotidiano da grande maioria dos cidadãos”⁶⁵⁷.

Neste estudo pretendemos mostrar que a Constituição da República Popular de Moçambicana (Constituição de 1975) eliminou a autoridade tradicional, tendo sido destruído o seu poder com o fundamento de ser tentáculo do regime colonial português. Já a Constituição de 1990 previa como objectivo do Estado moçambicano, a “afirmação da personalidade moçambicana, das suas tradições e mais valores socioculturais”. Porém, resulta que a mesma não faz referência ao Direito Costumeiro. Nesse prisma o Pluralismo Jurídico, não foi acomodado na *Lex Fundamentalis*, mas vigente no percurso de edificação do Estado Moderno.

As autoridades tradicionais assumem-se também como sistemas normativos de resolução de conflitos na sociedade moçambicana. Todavia, quando se pretende aferir a dinâmica e a essência das autoridades tradicionais dentro do disposto no artigo 4º da Constituição constata-se uma discrepância normativa. À primeira vista pode-se concluir que as autoridades tradicionais como sistemas de resolução de conflitos não se enquadram nos requisitos consagrados na Constituição para que possam ser reconhecidas como sistemas normativos e de resolução de conflitos. Por exemplo, os chefes tradicionais assumem cumulativamente os três poderes: legislativo, judicial e executivo. Esta realidade vai contra o princípio de separação e interdependência de poderes, pressuposto básico de Estado de Direito Democrático⁶⁵⁸.

Se as autoridades tradicionais exercem o poder legislativo, de acordo com a Constituição, este devia ser exercido democraticamente. No exercício deste poder, embora o chefe tradicional possua o colégio de anciãos, como conselheiros, só aquele é que possui o privilégio da ligação com os espíritos dos antepassados e a sua decisão reflecte a vontade dos deuses⁶⁵⁹.

O sistema de resolução de conflitos que vigora nas autoridades tradicionais, quanto aos direitos, liberdades e garantias individuais, não contempla os princípios do processo criminal

⁶⁵⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa, o Estado.....*ob. cit.*, pp. 63-65.

⁶⁵⁸ HENRIQUES, Henriques, *ob. cit.*, p. 69.

⁶⁵⁹ Boaventura de Sousa Santos escreve que “as Autoridades Comunitárias controlam o poder dos espíritos, o poder dos antepassados, o governo da comunidade, tem acesso aos rituais e a dimensão mágica da vida comunitária. Vide, SANTOS, Boaventura de Sousa, *O Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico...ibidem.*, p. 83.

consagrado no artigo 65º da Constituição e nem contempla o direito à assistência jurídica ou à constituição de um defensor que assista os actos do processo⁶⁶⁰. Neste processo, não havendo uma confissão livre, voluntária e espontânea, as provas são obtidas através de uma consulta ao mágico ou a um adivinho. Se o suspeito continuar a recusar, este é submetido à prova das solanáceas. Se o remédio o intoxica fica confirmada o crime e o tribunal o condena⁶⁶¹.

Dos pressupostos avançados anteriormente, alude-nos afirmar que as decisões ou sentenças no sistema de resolução de conflitos na autoridade tradicional não tem recurso e nem apelo. Estas práticas processuais violam o direito de impugnação ou de recurso consagrados na Constituição⁶⁶².

Dentro da autoridade tradicional os litígios são resolvidos com base no Direito Tradicional, Direito Linhaceiro, Usos e Costumes africanos e Direito Costumeiro. A ideia de justiça na autoridade tradicional assenta na equidade e na repartição da responsabilidade colectiva e social⁶⁶³. Pelo contrário, no Direito Estadual, a ideia de justiça assenta na conformidade da acção com a Lei e na responsabilidade individual. Portanto, a natureza e racionalidade da ideia de justiça nas autoridades tradicionais não toma como pressupostos os direitos, liberdades e garantias individuais, mas sim a responsabilidade e garantias colectivas ou familiares.

Ao caracterizar o pluralismo jurídico pós-colonial, a autoridade tradicional surge como uma ordem jurídica autónoma, embora seja também um sistema normativo de resolução de conflitos. O pluralismo jurídico, dada a sua especificidade, mereceu um reconhecimento singular destacando-se de vários outros sistemas normativos de resolução de conflitos. Assim, o legislador através do n.º 1, do artigo 118º dispõe: “O Estado reconhece e valoriza a autoridade tradicional legitimada pelas populações e segundo o Direito costumeiro”.

Portanto, o reconhecimento da autoridade tradicional pode suscitar indagações de naturezas várias. Senão vejamos: se a autoridade tradicional cumprir os requisitos impostos pelo n.º1, do art. 118º da CRM vigente, para sua legitimação, pode violar os valores e princípios

⁶⁶⁰ “Todos os casos são designados por *milandus*. Existe um único tribunal que é o do Régulo ou chefe tradicional. Todavia, os chefes dos povoados perante o tribunal do Régulo procuram dirimir os conflitos. Estes *milandus* caem no fórum privado nos quais estão envolvidas as partes litigantes. Na impossibilidade de se conseguir um consenso ou conciliação, estes são remetidos ao tribunal. São os Conselheiros do Régulo a nível das povoações que os encaminharão ao Tribunal do Régulo”. (HENRIQUES, Henriques, *ob., cit.*, p.70).

⁶⁶¹ *Ibidem*, p.71.

⁶⁶² Cfr. art. 79º da CRM/2004.

⁶⁶³ A título ilustrativo, se um membro da sociedade contrai matrimónio, este é assumido pela família. Na verdade, não se trata de casamento entre duas pessoas, mas entre duas famílias. É a família em primeira e última instância responsável pela conduta do filho. É a família responsável pela dívida contraída por qualquer membro desta. A repartição da responsabilidade assume tamanha grandeza ao ponto de ser comum nos membros o facto e a ideia de que se algum membro pede por emprestado um utensílio ou um bem e se faz mal-uso deste, a culpa é tanto de quem o emprestou, como de quem o pediu por empréstimo (HENRIQUES, Henriques, *ibidem*, p.71).

constitucionais exigidos por art. 4º da Constituição⁶⁶⁴ em referência. Por outro lado, se observa os princípios de universalidade e igualdade de género esvazia o Direito Consuetudinário e perde a sua legitimidade, pois constitui um dos requisitos constitucionais para a sua aceitação estatal⁶⁶⁵.

Em suma deixa-se claro que o reconhecimento da autoridade tradicional está em função da sua legitimação através das populações e segundo o Direito Consuetudinário. Porém, o Costume Tradicional nem sempre se conforma com os valores e princípios fundamentais constitucionais, tais como os princípios de universalidade e igualdade e o princípio da igualdade de género, como anteriormente foi apontado.

4.3.7. As autoridades tradicionais no âmbito do pluralismo jurídico: Reconhecimento das autoridades tradicionais em Moçambique

Quando se fala de reconhecimento de um Direito implica que o Estado estabeleça um corpus normativo relativo a aplicação do direito reconhecido pelas autoridades públicas, sobretudo os tribunais oficiais. Portanto, *corpus* normativo contém normas de recepção e limites, designadamente as que limitam a validade, ou melhor a eficácia das normas reconhecidas perante determinados valores, princípios e normas vigentes ao nível da comunidade estadual. Nessa senda nos casos de reconhecimento constitucional implica atribuição da dignidade constitucional a uma realidade anteriormente já reconhecida pelo legislador ordinário em vários lugares e dimensões do sistema jurídico em causa.

Evidentemente, no caso do costume, ocupando espaço no sistema jurídico moçambicano, como abordado anteriormente, já está consagrado e acolhido formalmente por parte do Estado. Porém, nessa vertente, a ideia é discutir, o reconhecimento na perspectiva material das autoridades tradicionais, ou as instituições do poder tradicional no sistema jurídico moçambicano.

Para avançar essa análise recorreremos ao art. 348º do Código Civil moçambicano, com a epígrafe “Direito consuetudinário, local ou estrangeiro, dispõe o seguinte:

“1. Aquele que invocar direito consuetudinário, local, ou estrangeiro compete fazer 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.

⁶⁶⁴ “O Estado reconhece os vários sistemas normativos de resolução de conflitos que coexistem na sociedade moçambicana, na medida em que não contrariem os valores e princípios fundamentais da Constituição”.

⁶⁶⁵ KIED, Helene, et al. A Dinâmica do Pluralismo Jurídico em Moçambique, CESAB, Maputo, p. 66. Apud HENRIQUES, Henriques, *ob. cit.*, p. 399.

3. Na impossibilidade de determinar o conteúdo do direito aplicável, o tribunal recorrerá às regras do direito comum moçambicano”.

É indubitavelmente sabido que o regime do art. 348º do Código Civil, resulta da exposição do Código Civil de 1966⁶⁶⁶, que afirma uma suprema legal ou autoridade da lei do Estado à realidade social. O legislador de 1966 consagra o poder da lei sobre a toda a sociedade, cuja inspiração advém das teorias do positivismo jurídico. Nisso, buscando os ensinamentos do Carlos Feijó, entender que aquela posição, pugnando pela supremacia e prevalência da lei como traduzindo a vontade geral, daria espaço ao costume como fonte mediata na medida em que a lei lhe confere valor como meio de convivência e entendimento da vida a nível local e apenas para efeitos de resolução de conflitos perante o tribunal, funcionando como mecanismo de homeostase, de regulação, social ao nível local (ou estrangeiro)⁶⁶⁷.

Tendo em vista a norma do art. 348º do Código Civil prevalece uma questão **do porquê o legislador falar do costume local e estrangeiro, não num costume geral ou nacional?**

O nosso entendimento é de que o legislador, concordando com a visão do Carlos Feijó, se terá convencido de que a realidade sociológica nacional não favorecia o aparecimento de costumes gerais ou nacionais, tudo se passaria como se o consenso popular geral só se corporizaria normativamente através de mediação da lei, não havendo força espontânea suficiente para gerar um *corpus* e um *animus* do qual viesse a sedimentar um costume a nível nacional⁶⁶⁸.

Segundo o exposto, somos de entendimento de que, o Código Civil prevalece a sua relevância no conjunto de normas estaduais. Mesmo assim acolhe um espaço de efectivação de coexistência do costume, impondo os efeitos dos costumes nas situações jurídicas que advêm da sua reclamação. O costume contínuo relevante na sociedade e mantém a sua eficácia. Logo pode ser aplicado *ex officio* ao abrigo do art.348º do Código Civil⁶⁶⁹.

4.3.7.1. O regulado enquanto instância de resolução de conflitos

Dando ênfase dos aspectos anteriormente abordados em relação ATs e se percurso histórico, político e social, resulta que o Estado Moçambicano tem uma fraca implementação e

⁶⁶⁶ O Código Civil de 1966, foi aprovado como Código Civil português, pelo Dec – Lei nº 47344, de 25 de Novembro de 1966 e extensivo as províncias ultramarinas pela Portaria nº 22 869, de 4 de Setembro de 1967 (LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I (artigos 1º a 761º), 4ª edição revista e Actualizada, Reimpressão, Coimbra editora, 1987)

⁶⁶⁷ FEIJÓ, Carlos, *ob. cit.*, pp. 158-159.

⁶⁶⁸ FEIJÓ, Carlos, *ibidem*, p. 158.

⁶⁶⁹ Cfr., também as anotações do Código Civil moçambicano de: LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I (artigos 1º a 761º), 4ª edição revista e Actualizada, Reimpressão, Coimbra editora, 1987, p. 311.

capacidade de intervenção em grande parte do País, especialmente em meios rurais. Este vazio de poder, foi preenchido, na época colonial, através de um sistema de co-optação de autoridades locais, na perspectiva de *indirect rule*⁶⁷⁰. Isto explica a presença dos régulos e seus subordinados, cuja autoridade é legitimamente reconhecida no campo e, por, vezes, mesmo em ambientes peri-urbanos. Assim desde o período colonial as ATs tem sido um poder subalterno, uma forma de poder subordinado pelo qual se regem populações subordinadas. Sendo um poder subalterno, é limitada a sua capacidade de resistência à interferência de poderes dominantes⁶⁷¹.

Embora os ATs tenham sido afastados no pós independência, eles continuaram com a sua legitimidade nas zonas rurais, visto que a política hostil da Frelimo fez-se sentir com mais incidência nas zonas urbanas ou próximos dos centros de poder, onde o Estado estava mais implantado. Isto explica o facto de os régulos e outras instâncias de poder local terem conseguido manter-se a funcionar, desenvolvendo mecanismos próprios de reprodução social, à margem dos discursos e práticas oficiais.

Hoje os régulos colaboram com as estruturas político administrativas estatais locais. De forma geral ATs (régulos), são uma instância de resolução de conflitos que surgem nos seus regulados. E muitas vezes que, em termos de direito costumeiro as ATs primam por prevenir a eclosão dos conflitos. Nessa perspectiva verificamos que o régulo não funciona como primeira instância de resolução de litígio. Visto que os casos são apresentados aos seus subordinados (cabos de terra e outros), e só por incapacidade destes são enviados ao régulo.

Os julgamentos tradicionais tem normalmente lugar na própria casa do régulo (um alpendre construído especificamente para o efeito). Há casos que os alpendres – lugar do julgamento - são construídos ao lado da casa do régulo ou cabo para permitir a participação dos membros da comunidade.

Todas as ATs cobram taxas pelos seus serviços. Todavia o montante destas taxas variam, e alegam ser simbólico.

Na verdade, trata-se de uma justiça que é feita a partir de procedimentos informais e naturalmente não uniformizados, visto que cada regulado tem procedimentos específicos usados na resolução de uma situação problemática. Certamente é uma justiça muito heterogénea ao nível de procedimentos. A figura do régulo no julgamento é imprescindível, devido o papel decisivo que tem na solução do caso. Para ele do régulo como figura central, ele é acompanhado de outros elementos da sua administração (*pwiyamuenes*, anciãs, cabo de terra e outros anciãos do seu

⁶⁷⁰ MENESES, Maria Paula, et al, *ob., cit.*, p.413

⁶⁷¹ *Ibidem*, p.413.

regulado). O régulo é quem preside a audiência. Porém na maioria dos casos, o régulo tenta obter o consenso das partes, por forma a manter o equilíbrio social.

Os principais casos são ligados a feitiçaria, ofensas corporais, divórcio, violência doméstica, problemas de terras (delimitações). As principais formas de condenação, quando as há, são sob forma de multas, de trabalho da comunidade (por exemplo, fazer limpeza na escola local, centro de saúde, limpeza no alpendre do régulo e outros locais públicos), ou de penalizações físicas (Rapar o cabelo - quando forem casos de feitiçaria - e outras formas que como chamboco).

As ATs estabelecem relações no processo de resolução de conflitos, como os TCs e a Polícia. Esta última recebe das ATs casos de agressão violenta, homicídios. Para os TCs, questões de divórcio. Para os casos de feitiçaria, envia para AMETRAMO.

Espelhando o itinerário das ATs no processo de resolução de conflitos, podemos aludir que há uma evidente demonstração de recurso, em simultâneo, a diversos mecanismos de resolução de litígios. Isto significa que todos são necessários, na medida em que todos eles tem um denominador comum, oferecer perspectivas de solução e/ou prevenção futura de conflitos. São provas de que uma hibridização jurídica está-se a desenvolver em Moçambique desde há muito. Uma hibridização que coabita, inclusivamente com o modelo jurídico oficial criando o mesmo espaço para a sua actuação. Perspectivando o papel da AT no processo de resolução de litígios, diríamos que espelha a dificuldade de uma justiça oficial que parece não conseguir alcançar os seus objectivos.

4.3.7.2. Análise de eventuais conflitos entre o judicial moderno e o tradicional

Nesta parte pretendemos analisar os eventuais conflitos entre o judicial e o tradicional no âmbito dos casos que dão entrada na esfera jurisdicional das ATs. E daí equacionar o posicionamento do judicial perante os mesmos litígios na sua esfera jurisdicional. E nessa perspectiva que Maria Paula Meneses elucida que as economias ocultas, como é o caso da feitiçaria, possuem um carácter duplo: por um lado procuram novos meios, aparentemente não controláveis pelos seres humanos, para alcançar fins que de outra maneira são impossíveis (caso de melhoria de vida em situações de extrema exclusão social, como é o caso concreto de

Moçambique nos nossos dias); por outro lado serve-se para vocalizar o desejo de sanções, de eliminar aqueles de quem se tem inveja, daqueles que, por qualquer motivo, se distinguem⁶⁷².

Partindo da visão da autora, nos leva a ilidir que os processos de procura de provas, de formação da culpa a expressão ritualizada de remorsos e a demanda de uma reparação imediata, tem sido apelidado pela justiça formal como produzindo situações injustas e irracionais. Contudo, quando o estado se mostra incapaz de resolver problemas frutos de conflitos, invejas, reflexos da profunda instabilidade social e da exclusão a legitimidade das outras formas de administração de justiça é extraordinariamente amplificada.

Significa, obviamente, que o sistema normativo formal da justiça, recusa a existência da feitiçaria como sua parte integrante, por impossibilitar a sua demonstração material, como elemento de prova. Isso nos olhos da justiça tradicional implica dizer que o Estado moçambicano é defensor dos produtores do mal, dos feiticeiros, ao continuar defender, no âmbito do Código Penal, nos casos de acusação dos curandeiros e a não a dos feiticeiros pela inexistência de provas.

Contudo, as noções tradicionais de justiça devem ser percebidas como uma forma de avaliar o outro pelos olhos dos outros, onde o poder do descrédito, da difamação, funcionam dentro de códigos próprios de honra e dignidade⁶⁷³.

CAPITULO 5

O PLURALISMO JURÍDICO MOÇAMBICANO NO ÂMBITO DA LEI N.º 4/92, DE 6 DE MAIO

5.1. Antecedentes históricos dos tribunais comunitários e seu enquadramento jurídico-legal

Moçambique torna independente no dia 25 de Junho de 1975⁶⁷⁴. A Constituição da República foi aprovada pela VII sessão do Comité Central da FRELIMO (Frente de Libertação de

⁶⁷² MENESES, Maria Paula, et., al. *ob., cit.*, p. 411.

⁶⁷³ *ibidem.*, p. 413.

⁶⁷⁴ cfr. Preâmbulo da CRPM/1975.

Moçambique⁶⁷⁵) realizada a 23 de Junho de 1975, no Tofo, Província de Inhambane⁶⁷⁶. A publicação e entrada em vigor da Constituição de 1975 coincide com a própria proclamação da Independência nacional, realizada igualmente pelo Comité Central da FRELIMO. A primeira Constituição Moçambicana de 25 de Junho de 1975⁶⁷⁷ institui “um Estado de democracia popular”⁶⁷⁸ que tem como objectivos fundamentais:

- “a eliminação das estruturas de opressão e exploração colonais e da mentalidade que lhes está subjacente;
- A edificação de uma economia independente e a promoção do progresso cultural e social;
- A defesa e a consolidação da independência e da unidade nacional;
- O estabelecimento e desenvolvimento das relações de amizade e cooperação com outros povos e estados;
- O prosseguimento da luta contra o colonialismo e o imperialismo”⁶⁷⁹.

A Constituição de 1975 teve uma orientação socialista que teve como “um processo de continuação histórica, caracterizado, em parte, pela época colonial em parte, pelas formas da guerra de libertação⁶⁸⁰. Tanto a estrutura de poder local como a internacional influenciaram substancialmente a formulação da política após 1975.

O Sistema político adoptado na Constituição de 1975 foi Marxista – Leninista que se caracteriza em três aspectos fundamentais: “(a) a recusa da separação dos poderes, (b) a concentração progressiva da totalidade do Poder; e (c) a total subordinação do poder administrativo ao poder político”⁶⁸¹. A ideia de separação de poderes não faz sentido num regime que considera o Estado como o instrumento do povo na conquista da sua liberdade e da sua Felicidade. A concentração progressiva da totalidade do poder do Estado pela via da delegação sucessiva para órgãos cada vez mais restritos concorre para a unidade do poder de

⁶⁷⁵ ABRAHAMSSON H. e NILSSON A. *ob., cit.*, p.29 e ss.

⁶⁷⁶ FRELIMO, COMITÉ CENTRAL, 7ª sessão: *Aprova a Constituição da República Popular de Moçambique*, B.R., nº 1, 25 de Junho de 1975. Como realçam JOSÉ NORBERTO CARRILHO e EMÍDIO RICARDO NHAMISSITANE: “Era a consagração dos moçambicanos como indivíduos titulares de uma cidadania; e não a cidadania concedida pelos colonizadores, mas sim a cidadania que sempre que deveria ter sido a nossa se não fossem as vicissitudes da História dos homens”, *Alguns Aspectos da Constituição, Departamento de Investigação e Legislação*. – Edicil - Ministério da Justiça, Maputo, 1991, p.11.

⁶⁷⁷ Constituição da República Popular de Moçambique, in *Principal Legislação promulgada pelo Governo da República Popular de Moçambique (de 25 de Junho de 1975 a 25 de Junho de 1976)*, Volume III, Imprensa Nacional de Moçambique.

⁶⁷⁸ Cfr. art. 2º da CRPM de 1975.

⁶⁷⁹ Cfr. art. 4º da CRPM/1975.

⁶⁸⁰ ABRAHAMSSON H. e NILSSON A., *ob., cit.*, p. 10.

⁶⁸¹ GDI (INSTITUTO DE APOIO À GOVERNAÇÃO E DESENVOLVIMENTO), *Evolução Constitucional da Pátria Amada – Moçambique*, CIEDIMA, SARL, Maputo, 2009, pp.14-17.

Estado: o órgão situado no topo detém todos os poderes da base que dele procede e que é sensato controlar.

Finalmente, a total subordinação do poder administrativo ao poder político implica que o Governo não define a política do Estado; ele apenas a executa tal como foi definida pelas instâncias políticas que nomeiam e revogam os seus membros.

A independência de Moçambique de 1975 trouxe também mudanças no sector da Justiça, onde o governo elaborou um projecto socialista moçambicano que se concretizava pela destruição de todos os vestígios coloniais e pela construção de uma nova sociedade livre de qualquer forma de dominação colonial. Nesta sequência, a FRELIMO, “procurou por fim á justiça dualista e as autoridades tradicionais, vistas como aliadas do poder colonial, e criar um sistema de justiça indígena, mas não tribal”. Nesse corolário, no âmbito da justiça, se o sistema jurídico colonial era fascista, colonial e elitista; tinha que ser transformado num sistema popular, moçambicano e democrático⁶⁸². A concretização dessa tarefa passava pelo fim das autoridades e da justiça tradicionais e pela implementação de uma organização judiciária que se estendesse a todas as circunscrições territoriais e promovesse a participação popular⁶⁸³.

Nas zonas libertadas, tinha sido já experimentado um modelo de justiça popular, que devia substituir o papel das autoridades tradicionais e do direito costumeiro. Com base nessa experiência, em 1978, foi aprovada a Lei Orgânica dos Tribunais Populares, que previa a criação de tribunais populares em diferentes escalões territoriais⁶⁸⁴. O Tribunal Popular Supremo ocupava o topo da hierarquia e era seguido pelos tribunais populares provinciais, pelos tribunais populares distritais e, finalmente, pelos tribunais populares de bairro ou localidade. Em todos os escalões participavam, no exercício da actividade judicial, juízes eleitos, isto é, juízes desprofissionalizados, eleitos pelas assembleias populares para exercerem funções judiciais. Estes exerciam funções verdadeiramente jurisdicionais, intervindo, nos casos penais, sobre matéria de facto e de direito. Na base da pirâmide, os tribunais populares de localidade e de bairro funcionavam exclusivamente com juízes eleitos, que conheciam das infracções de pequena gravidade e decidiam “de acordo com o bom senso e a justiça e tendo em conta os princípios que presidem à construção da sociedade socialista”⁶⁸⁵, sempre que não fosse possível

⁶⁸² ARAÚJO, Sara, *ob., cit.*, pp. 106-126.

⁶⁸³ ARAÚJO, Sara e JOSÉ, André; *Pluralismo Jurídico, Legitimidade e Acesso à Justiça. Instâncias Comunitárias de Resolução de Conflitos no Bairro de Inhagoia «B»* — Maputo. Coimbra: Oficina do CES, n.º 284, 2007. Apud ARAÚJO, Sara, *ibidem*, pp. 106-126.

⁶⁸⁴ Cfr. Lei nº 12/78, de 12 de Dezembro – Lei Orgânica dos Tribunais Populares.

⁶⁸⁵ Cfr. art. 38º da Lei nº 12/78, de 12 de Dezembro – Lei Orgânica dos Tribunais Populares.

a reconciliação das partes⁶⁸⁶. A ideia era construir um sistema que, em vez de pressupor um dualismo entre um direito estatal para a elite e outros direitos para a população, assentasse no princípio de um sistema de direito único para toda a sociedade, do norte ao sul, «do Rovuma ao Maputo». Podemos admitir que o sistema era simultaneamente indígena e anti-tradicional, baseado em aspectos democráticos da tradição africana, mas transformando-os e rejeitando os divisionismos. Citam, como esclarecedora, a frase de Samora Machel: «para a nação nascer, a tribo deve morrer»⁶⁸⁷.

Aos tribunais populares de base cabia um papel determinante na promoção do acesso à justiça, na medida em que constituíam a instância judiciária mais próxima dos cidadãos. Os procedimentos formalistas eram reduzidos ao mínimo. A participação da população, ainda que relevante em todos os níveis da hierarquia do judiciário, era aqui ainda mais importante. As pessoas que conheciam o caso deviam ajudar a esclarecer os factos e a encontrar uma solução justa. Se, por um lado, não existiam advogados profissionais, por outro, esse papel não deixava de existir, cabendo à população⁶⁸⁸. Nisso os tribunais populares usavam procedimentos informais, embora fazendo parte do sistema formal de justiça, divergiam das instâncias informais da comunidade, como a família e as igrejas.

A Constituição de 1990 consagra os princípios da separação de poderes, da independência, da imparcialidade, da irresponsabilidade e da legalidade⁶⁸⁹, lançando bases para a produção de alterações substanciais na organização judiciária. Assim, com a Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais⁶⁹⁰, os juízes eleitos passam a intervir apenas nos julgamentos em primeira instância e sobre matéria de facto⁶⁹¹. Seguindo uma interpretação restritiva da norma constitucional, segundo a qual «os tribunais decidem pleitos de acordo com a lei», os tribunais de base foram excluídos da organização judiciária, passando os tribunais distritais a funcionar como primeira instância. Ainda no mesmo ano foram criados, por lei própria⁶⁹², os tribunais comunitários⁶⁹³.

No preâmbulo da lei dos tribunais comunitários pode ler-se que “as experiências recolhidas por uma justiça de tipo comunitário no País apontam para a necessidade da sua

⁶⁸⁶ TRINDADE, João Carlos e PEDROSO, João. *ob., cit.*, pp.260-264.

⁶⁸⁷ ARAÚJO, Sara, *ob., cit.*, pp. 106-126.

⁶⁸⁸ *ibidem*.

⁶⁸⁹ Cfr. art. 164 da CRM/1990.

⁶⁹⁰ Cfr. Lei nº 10/92, de 6 de Maio.

⁶⁹¹ Cfr. art. 10º da Lei nº 10/92, de 6 de Maio.

⁶⁹² Cfr., a Lei nº 4/96, de 6 de Maio.

⁶⁹³ TRINDADE, João Carlos e PEDROSO, João, *ob., cit.*, pp.264 - 266.

valorização e aprofundamento, tendo em conta a diversidade étnica e cultural da sociedade moçambicana». Assim, considerou-se necessária «a criação de órgãos que permitam aos cidadãos resolver pequenos diferendos no seio da comunidade, contribuam para a harmonização das diversas práticas e para o enriquecimento das regras, usos e costumes e conduzam à síntese criadora do direito moçambicano». A lei prevê que os Tribunais Comunitários deliberem sobre pequenos conflitos de natureza civil, conflitos que resultem de uniões constituídas segundo os usos e costumes e delitos de pequena gravidade, que não sejam passíveis de penas de prisão e se ajustem a medidas definidas na lei⁶⁹⁴. Prevê, ainda, que os tribunais procurem, em primeiro lugar, a reconciliação das partes e, em caso de insucesso, julguem de acordo com a “equidade, o bom senso e a justiça”⁶⁹⁵. Um aspecto a notar é que os tribunais comunitários estão fora do sistema judicial e não estão regulamentados. Contudo o seu reconhecimento depende da lei.

O Plano Estratégico Integrado do Sector da Justiça para os anos 2002 – 2006, estabelecia como prioritária a revisão da organização judiciária, a revisão e regulamentação da lei dos tribunais comunitários e a institucionalização de um novo sistema de acesso à justiça e ao direito. Foi nesse sentido que a Unidade Técnica de Reforma Legal (UTREL) solicitou, em 2003, ao Centro de Formação Jurídica e Judiciária (CFJJ) a revisão da seguinte legislação: Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais⁶⁹⁶; Lei dos Tribunais Comunitários⁶⁹⁷; Lei que criou o Instituto do Patrocínio e Assistência Jurídica e Decreto que aprovou o respectivo Estatuto Orgânico⁶⁹⁸.

A revisão Constitucional de 2004 constituiu um incentivo a propostas no âmbito do reconhecimento das várias ordens normativas e das várias instâncias de resolução de conflitos, ao estabelecer que “o Estado reconhece os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos que coexistem na sociedade, na medida em que não contrariem os valores e os princípios fundamentais da Constituição”⁶⁹⁹.

No nosso entendimento, os Tribunais Comunitários são os que mais estão estabelecidos em Moçambique e constituem hoje, na configuração que lhes é dada pela Lei nº 4/92, de 6 de Maio, uma instância “oficial” (no sentido de ter sido criados por diploma normativo

⁶⁹⁴ Cfr. art. 3º da Lei nº 4/92, de 6 de Maio.

⁶⁹⁵ Cfr. art. 2º da Lei nº 4/92, de 6 de Maio.

⁶⁹⁶ Lei nº 10/92, de 6 de Maio. Lei essa mais tarde alterada a Lei nº 24/ 2007 de 20 de Agosto, e esta alterada, parcialmente, pela Lei nº 11/2018 de 3 de Outubro e da Lei nº 24/2014, de 23 de Setembro. Lei de Organização Judiciária

⁶⁹⁷ Lei nº 4/92, de 6 de Maio.

⁶⁹⁸ Lei nº 6/94, de 13 de Janeiro e Decreto nº 54/95, de 13 de Dezembro.

⁶⁹⁹ Cfr. o art 4º da CRM/2004.

estatal) de resolução de conflitos, dado que eles representam, até certo ponto, uma continuidade dos “tribunais populares de base” previstos na anterior organização Judiciária.

Pelas peculiaridades que apresentam, enquadramento nos sistemas de administração da justiça, o perfil dos juízes que os compõem, o tipo de conflitualidade que são chamados a dirimir, pela composição extra-legal dos conflitos, tanto pelo seu percurso e papel históricos, como pela função social que exercem, os tribunais comunitários são as estruturas que, preferencialmente assumem a função de articulação entre as justiças comunitárias e a justiça judicial. É por essa razão que pela sua importância função de dirimir conflitos comunitários, a Constituição da República estabelece que “podem ser criados os tribunais comunitários como uma espécie de tribunais distintos dos demais tribunais”⁷⁰⁰.

No sistema de Administração da Justiça, os tribunais comunitários, articulam-se com os seguintes órgãos: com outras instâncias do sistema informal de justiça, na avaliação das medidas tomadas se não atentam contra a Constituição e as demais leis e nas autoridades comunitárias buscam as boas práticas locais e delas obtêm informações necessárias sobre os litigantes. Esta articulação estende-se também para outras instituições do Estado, tais como a polícia, representantes dos Órgãos Locais do Estado na obtenção de instalações e para a protecção dos próprios tribunais, respectivamente. Os Tribunais Comunitários articulam-se também com as Procuradorias no processo de educação jurídica e na prevenção de conflitos. Igualmente, na sua actuação, os tribunais comunitários articulam-se com outras formas alternativas de resolução de conflitos nas comunidades, como sejam:

- I. Organizações sócio profissionais;
- II. Liga Moçambicana dos Direitos Humanos;
- III. Régulos e outros líderes tradicionais;
- IV. Secretários e outros líderes comunitários;
- V. Organizações Religiosas;
- VI. Organizações de Massas;
- VII. Organizações sócio - profissionais

Não deixaríamos observar que, de forma geral, a ausência da menção aos tribunais comunitários talvez seja a falha mais gritante da Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais. Os tribunais comunitários que foram estabelecidos após a independência, são, dentre os fóruns oficialmente reconhecidos, os mais generalizados em Moçambique, sabendo-se da existência de pelo menos

⁷⁰⁰ Cfr. nº 2, do art. 222º da CRM/2004.

1.500. Embora juridicamente regulados pela Lei dos Tribunais Comunitários de 1992, que lhes atribui competência legal para julgar disputas cíveis e criminais de menor valor e gravidade, os tribunais comunitários não se encontram reconhecidos na Constituição de 1990 e não têm laços formais com os tribunais judiciais⁷⁰¹.

Na prática, os tribunais comunitários não têm recebido apoio financeiro nem material do Governo ou dos tribunais judiciais. Representando um importante passo em frente, a Constituição de 2004 reconheceu a sua existência, sendo agora urgente a aprovação de legislação que enquadre juridicamente este seu novo estatuto, permitindo-se o recurso das suas decisões ao resto do sistema de tribunais, de forma similar ao que ocorre com os tribunais judiciais⁷⁰².

5.2. Reflexão no âmbito da aplicação prática da Lei nº 4/92, de 6 de Maio (Lei dos Tribunais Comunitários)

Para reflectir sobre o âmbito da Lei nº 4/92, de 6 de Maio, partimos do pressuposto de que “os Tribunais Comunitários são uma entidade jurídica híbrida em que se combinam características da justiça oficial e da justiça não-oficial. Partindo do princípio de que a lei que institui os tribunais comunitários nunca foi regulamentada, predominam sociologicamente, características da justiça não-oficial. Trata-se, pois, de instâncias de resolução de litígios que aplicam direitos locais, comunitários, costumeiros, em suma, o direito não-oficial⁷⁰³.

Em conformidade com os arts 1, 2 e 3, da Lei que cria os Tribunais Comunitários (Lei nº 4/92, de 6 de Maio), nos avança ilidir que a referida lei limita-se a mencionar os parâmetros dentro dos quais os futuros tribunais comunitários deveriam desenvolver suas actividades⁷⁰⁴.

⁷⁰¹ Open Society Foundation, *Moçambique, o Sector de Justiça e o Estado de Direito. Documento para o Debate – Um relatório publicado pela Open Society Initiative for Southern Africa*, África do Sul, 2006. p.4.

⁷⁰² Open Society Foundation, *Ibidem*, p.4.

⁷⁰³ SANTOS, Boaventura, *O Estado Heterogéneo ob. cit.*, p.72.

⁷⁰⁴ Em conformidade com o art. 1 da Lei nº 4/92, de 6 de Maio, dispõe que “1.são criados os tribunais comunitários. 2. Os tribunais comunitários funcionarão nas sedes de posto administrativo ou de localidade, nos bairros ou nas aldeias”....e o art. 2 do mesmo dispositivo legal diz que “1. Os tribunais comunitários procurarão que em todas as questões que lhe sejam levadas ao seu conhecimento as partes se reconciliem. 2. Não se conseguindo a reconciliação ou não sendo esta possível, o tribunal comunitário julgará de acordo com a equidade, o bom senso e com justiça”. E o art. 3 estipula que “1. Compete aos tribunais comunitários deliberar sobre pequenos conflitos de natureza civil e sobre questões emergentes de relações familiares que resultem de uniões constituídas segundo os costumes, tentando sempre que possível a reconciliação entre as partes. 2. Compete ainda aos tribunais comunitários conhecer os delitos de pequena gravidade, que não sejam passíveis de penas privativas de liberdade e a que se ajustem medidas como.

- a) Crítica pública;
- b) Prestação de serviço à comunidade por período não superior a trinta dias;
- c) Multa cujo valor não exceda 10.000,00MT;
- d) Privação por período não superior a trinta dias do exercício do direito cujo uso moderado originou o delito;

Corroborando com Boaventura de Sousa Santos, somos do entendimento de que o Estado nunca concretizou formalmente a sua vontade de criar os tribunais comunitários. Apesar deste pressuposto, os tribunais comunitários funcionam como instâncias extrajudiciais de resolução de conflitos no seio das comunidades e legalmente são instâncias judiciais reconhecidas constitucionalmente. E nessa senda que

“a Constituição é a ordem fundamental jurídica da colectividade. Ela determina os princípios directivos, segundo os quais deve formar-se unidade política e tarefas estatais a serem exercidas. Procedimentos de vencimento de conflitos no interior da colectividade. Ela ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da actividade estatal. Ela cria as bases e normaliza traços fundamentais da ordem jurídica. Em tudo ela é o plano estrutural, orientado por determinados princípios de sentido, para a configuração jurídica de uma colectividade”⁷⁰⁵.

Em conformidade com este parafraseado do Konrad Hesse, somos de entendimento de que há que se avançar, imperativamente, na redefinição de uma organização judiciária no País, integrando os tribunais comunitários como base do sistema de justiça moçambicano. Isto implica dizer que pelas suas características peculiares deixariam de ser meios extrajudiciais de resolução de litígios. Contudo, partindo desta possibilidade abre-nos uma questão relativa aos riscos decorrentes da integração dos mesmos no sistema da justiça. O risco seria o de se desvirtuar da essência segundo a qual os tribunais foram criados para que “ permitam aos cidadãos resolver pequenos diferendos no seio da comunidade, contribuam para harmonização das diversas práticas da justiça e para o enriquecimento das regras, usos e costumes e conduzam à síntese criadora do direito moçambicano⁷⁰⁶”. No nosso entendimento a ideia é de que tratando-se de instâncias de resolução de litígios, ampliem direitos locais, direitos comunitários e direitos costumeiros.

Tendo em revista a Lei nº 4/92, de 6 de Maio, pretendemos analisar a aplicação prática da Lei que cria os tribunais comunitários, tendo como base as disposições que norteiam a mesma.

5.2.1. Os Locais e as condições de funcionamento dos Tribunais Comunitários (art. 1 da Lei nº 4/92, de 6 de Maio)

Em conformidade com o nº 2 do art. 1 e art. 12 todos da Lei nº 4/92, de 6 Maio, dispõe que “os tribunais comunitários funcionarão nas sedes de postos administrativos ou de

e) Indemnização de prejuízos causados pela infracção, podendo esta medida ser aplicada autonomamente ou acompanhada de qualquer das outras”. O nº 3 do mesmo art. 3 preceitua que “aos tribunais comunitários compete ainda praticar todos os actos de que sejam incumbidos pelos tribunais judiciais”.

⁷⁰⁵ HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. p.37, apud BUCHILI, Beatriz.....ob., cit.

⁷⁰⁶ Preâmbulo da Lei nº 4/92, de 6 de Maio (Lei que cria os tribunais comunitários).

localidade, nos bairros ou nas aldeias, sendo as instalações da responsabilidade directa dos governos provinciais”. Partindo desta disposição, somos de entendimento de que a instalação dos tribunais comunitários é responsabilidade directa dos governos provinciais. Contudo, os tribunais comunitários funcionam em instalações precárias, na maior parte das vezes partilhadas com os grupos dinamizadores, e sem que disponham de equipamentos e material de trabalho básico (papel, cadernos, esferográficas, carimbos, etc). Na prática, quase na totalidade dos tribunais comunitários funcionam nos locais e espaços onde funcionam os tribunais populares. E nesta perspectiva que estes tribunais continuam a funcionar, na sua grande maioria, nas instalações pertencentes ao Grupo Dinamizador (GD) e à Administração Local, das células do Partido Frelimo, casas, edifícios emprestados e alguns casos chegando a funcionar ao ar livre, sem instalações próprias para guardar os seus pertences. É o que se pode constatar nalguns tribunais da Cidade de Nampula em que funcionam em locais emprestados, como é o caso dos tribunais comunitários dos bairros de Muatala, Muhala, Mutavarex e Natikiri, que funcionam nas instalações do Conselho Municipal da Cidade de Nampula. Outros ainda funcionam nos mesmos edifícios onde as células do Partido Frelimo funcionam, caso dos tribunais comunitários de Rapale – sede (Distrito de Rapale) e do bairro de Namicopo. Outro ainda funciona nas antigas instalações da sede do Posto Administrativo de Anchilo (Distrito de Nampula – Cidade)⁷⁰⁷.

Portanto, como órgão de tutela e supervisão, cabe ao Departamento dos Registos, Notariado e Assuntos Religiosos zelar pela instalação, funcionamento e registo dos tribunais comunitários⁷⁰⁸. Querendo com isto dizer que o órgão de supervisão dos tribunais comunitários é o Ministério da Justiça e Assuntos Constitucionais e Religiosos, concretamente o Departamento de Registos e Notariados e Assuntos Religiosos. Porém, o representante do departamento⁷⁰⁹ alega inúmeras dificuldades, partindo de índole financeira e de outra natureza para fazer face aos problemas vividos pelos tribunais comunitários.

Esta situação de partilha dos espaços, para além de trazer dificuldades práticas ao funcionamento dos tribunais comunitários (horários de trabalho, arquivo de processos e outros

⁷⁰⁷ Dados das entrevistas aos juizes comunitários dos tribunais comunitários da Cidade de Nampula, do distrito de Rapale (tribunal de Rapale – Sede - Sr. Samuel José, juiz-presidente) e do distrito de Nampula - Cidade: tribunais comunitários dos bairros de Muahivire (Sr. Pedro Fernando – Juiz Presidente); Muhala (Sr. Rachide Chachiu – Juiz presidente); Muatala (sr. Candido José Puheriua – Juiz Presidente); Natikiri (sr. Vasco Fernandes) Namicopo (sr^a Maria Joaquina Niquante) e MutavaRex (sr. Maneca João Baptista Amade – Juiz presidente). Enquanto o tribunal de Anchilo (Distrito de Nampula – Cidade), foi entrevistada a Juíza Presidente do mesmo, a sr^a Helena Mutita.

⁷⁰⁸ Cfr. alínea f) do art. 80 da Resolução nº 6/2001 de 12 de Junho.

⁷⁰⁹ Dr. Oliveira Albino Manhiça – Conservador-Notário - Chefe do Departamento de Registos e Notariados e Assuntos Religiosos.

documentos, etc.), dificulta a autonomização funcional dos tribunais comunitários e a sua afirmação como estruturas independentes.

Podemos admitir também que tais circunstâncias colocam em causa o grau de legitimidade destes tribunais, e nos casos daqueles que funcionam ao ar livre, confere-lhes um carácter sazonal, pois sempre que chove o tribunal fica impedido de funcionar.

5.2.2. Processo de decisão do Tribunal Comunitário

Quanto ao processo de decisão a nível dos tribunais comunitários, a lei prevê a mediação e a reconciliação como a primeira forma de resolução de conflito. O tribunal apenas julga o caso se aqueles meios falharem, devendo o julgamento ser feito de acordo com a equidade, o bom senso e a justiça⁷¹⁰. Partindo dessas disposições, podemos constatar que os tribunais comunitários apresentam diferenças nas condições e funcionamento. Este aspecto fundamenta-se pelo facto de tratar-se de uma justiça comunitária, desprofissionalizada, informal, e não sujeita a regras e procedimentos de uniformização predefinidos, como são as leis de organização judiciária e os códigos de processo para a justiça formal.

No direito judiciário, o formalismo processual constitui um dos pilares em que assenta a justiça formal e as garantias fundamentais dos que a ela recorrem. As regras de procedimento são uniformizadas e se pressupõe que elas são conhecidas e seguidas por todos os agentes de justiça. Diferentemente, a justiça comunitária é uma justiça desprofissionalizada, assente na oralidade, em procedimentos informalizados e naturalmente não-uniformizados⁷¹¹.

Partindo das características, ora apresentadas, que são peculiares aos Tribunais Comunitários, há toda uma importância da regulamentação do funcionamento dos Tribunais Comunitários, assemelhança de outros países africanos, como África do Sul, Quênia, Uganda, Namíbia, etc. e por meio de formalidades processuais que se organiza e se estrutura o funcionamento dos tribunais, como também limita e controla a soberania estatal representada pelo órgão judicial. Nesse âmbito Carlos Oliveira diz que

“no estado actual de desenvolvimento da humanidade, é lícito afirmar que a soberania, embora exprime o poder em seu grau mais elevado, não pode deixar de ser susceptível a limitações e controlo, pelo menos na ordem das realidades positivas e das coisas humanas. A teoria moderna do Estado pauta-se mesmo pela ideia de que o poder do domínio estatal, em face da sua natureza jurídica, submete-se necessariamente ao direito e isso porque, longe de ser uma força bruta, constitui o produto de um equilíbrio de força suficientemente estável a ponto de se tornar duradoura organização da colectividade. O

⁷¹⁰ Cfr. os nºs 1 e 2 do art. 2 da Lei 4/92 de 6 de Maio.

⁷¹¹ Cfr. GOMES, Conceição; et al, ob., cit., p.332.

próprio Estado supõe essa organização, chamada a se exercer conforme certas formas e por meio de determinados órgãos, circunscrita sempre pelo direito⁷¹².

5.2.2.1. Satisfação dos cidadãos em relação às decisões dos tribunais comunitários

Os cidadãos estariam satisfeitos com as decisões dos tribunais comunitárias?

Há uma necessidade de realçarmos a complexidade desta questão, tendo em atenção as formas de resolução de conflitos nos tribunais comunitários, dentre as quais a equidade, usos e costumes, privilegiando-se a reconciliação entre as partes⁷¹³.

A tradição sofreu uma grande invasão cultural devido a colonização, religião, e outros factores culturais exógenos, sendo difícil não só resolver os conflitos segundo uma regra unicamente tradicional sem interferências de outras formas de entendimento, como também concordar com uma solução do conflito que segundo vários prismas de compreensão, talvez, seguisse outro sentido. Aliás, o problema começa logo após o surgimento do litígio sendo complicado decidir, solicitar ou não a intervenção de um tribunal comunitário, tendo em conta que a primeira solução a ser pedida é a reconciliação entre as partes, aspecto válido, fundamentalmente, entre os casados, uma vez que noutros casos de litígios há sempre uma violação do direito subjectivo que tem de ser ressarcido.

Ainda recorreremos para mais uma questão: o que significaria estar satisfeito com a resolução de um conflito? Ou mais simplesmente, como se resolve tradicionalmente um conflito para que as partes saiam satisfeitas?

Não são raros os casos em que após a resolução de um conflito num tribunal judicial, regressando-se à aldeia, o mesmo caso é objecto de uma sentada familiar de ambas as partes para “limar” algumas “arestas” e acautelar certas situações, que porventura possam resultar do conflito e da respectiva sentença.

Portanto, satisfazer as partes em conflito, na resolução de um diferendo, pode significar, em partes, acautelar situações futuras, a prevenção das vicissitudes da feitiçaria que podem constituir perigo para uma das famílias como represália da parte que se sente mais lesada. Acautelar a situação de corrosão de relações de famílias inteiras, de modo que, mesmo num futuro longo, nenhuma pessoa da família de uma das partes possa namorar na família de outra parte sem acusações mútuas. Estas outras formas de prevenção não se compadecem com as formas previstas

⁷¹² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de, *De formalismo no Processo Civil*, São Paulo: Saraiva.1997. pp. 61-62.

⁷¹³ Cfr. art. 2 da Lei nº 4/92, de 6 de Maio.

no direito e justiça modernos em que se procura a satisfação dos indivíduos directamente envolvidos no conflito, sem contar com as famílias (em sentido lato) desses indivíduos.

Satisfazer as partes em conflito pode ainda significar resolver o conflito segundo o que existe como crença das partes, ou seja recorrer ao costume que ambas as partes acreditariam como viável para a solução do diferendo. Por exemplo, em casos de suspeita de adultério, é natural submeter o acusado e acusador a um juramento tradicional chamado “*olapha*” em língua *Emakhuwa*, que em frente de um curandeiro as partes são dadas a comer ou beber um medicamento por aquele preparado e acreditar-se que pode engatar na garganta daquele que proferiu mentiras sobre o caso. Para que sejam submetidos a esta prática ambas as partes acreditam como melhor de resolução do problema. Ao mentiroso são aplicadas fortes medidas que até não seriam pesadas se confessasse voluntariamente. Embora não se saiba ainda se é uma forma de justiça provinda de veracidades ainda se pratica hoje em várias regiões de norte do País⁷¹⁴.

5.2.3. Composição dos membros dos tribunais comunitários

A composição dos membros dos tribunais comunitários é determinada por lei sendo compostos por 8 (oito) membros, dos quais 5 (cinco) efectivos e 3 (três) suplentes⁷¹⁵, eleitos pelos órgãos representativos locais⁷¹⁶. Os membros entre si elegerão aquele que será juiz presidente⁷¹⁷.

Na prática, os tribunais funciona com menos de 5 (cinco) juízes⁷¹⁸, e a maior parte são juízes que integravam os anteriores tribunais populares⁷¹⁹. Contudo a falta de regulamentação é um factor determinante para a não realização das eleições nos tribunais comunitários.

Para o exercício da função de juiz (membro do tribunal comunitário), a lei impõe apenas que sejam “cidadãos nacionais em pleno gozo de direitos políticos e cívicos, com idade

⁷¹⁴ MORAIS, Barbosa, *Os Desafios do Cidadão no Acesso aos Tribunais Comunitários, Caso da Província de Nampula. Cidade de Nampula, Lalaua, Mecuburi, Meconta, Moma, Mossuril e Nacaroo*, CEPKA - UCM CIEDIMA, Maputo, 2010. pp. 33 -34.

⁷¹⁵ Cfr. nº 1 do art.7 da Lei nº 4/92, de 6 de Maio.

⁷¹⁶ Cfr. nº 2 do art. 9 da Lei nº 4/92, da Lei 4/92, de 6 de Maio.

⁷¹⁷ Cfr. nº 2 do art. 7 da Lei nº 4/92, de 6 de Maio.

⁷¹⁸ Podemos destacar a título de exemplos dos tribunais comunitários de Mutava Rex com 4 (Quatro membros); o Tribunal Comunitário de Namicopo com 4 (quatro) membros; e o tribunal comunitário de Muatala composto de 4 (quatro) membros. Excepção, Os tribunais comunitários de Muezia com 6 (seis) membros e o de Muahivire com 5 (cinco) membros. Estes dois últimos tribunais comunitários fazem, também parte, da sua composição, 2 (dois) oficiais de diligências. Curioso ser uma figura não prevista na Lei: oficiais de diligência.

⁷¹⁹ Esta situação é decorrente do disposto no nº 2 do art. 15 da Lei 4/92. Que estabelece que “ os actuais juízes dos tribunais de localidade e de bairro serão membros dos tribunais comunitários, até que se mostrem concluídas as primeiras eleições para as quais eles podem candidatar-se”

não inferior a 25 anos”⁷²⁰. Estes juízes não depõem conhecimentos em matéria de direito, desde que conheçam as normas locais.

5.2.4. Competências dos tribunais comunitários e o respectivo sistema sancionatório

A lei fixa as competências dos tribunais comunitários⁷²¹. A competência dos tribunais comunitários, de certa forma, assemelham-se a dos extintos tribunais populares da localidade e de bairro⁷²². Tal competência pode ser analisada em razão da matéria e do território.

Em razão da matéria, estes tribunais têm a competência restrita; compete-lhes “deliberar sobre pequenos conflitos de natureza civil e sobre questões emergentes de relações familiares que resultem de uniões constituídas segundo os costumes, delitos de pequena gravidade que não sejam passíveis de penas privativas de liberdade, bem como o dever de tentarem sempre que possível a reconciliação entre as partes ou, quando esta não seja possível, decidirem de acordo com a equidade, o bom senso e com a justiça, compete-lhes ainda, praticar todos os actos de que lhes sejam incumbidos pelos tribunais judiciais”⁷²³.

Verifica-se, no entanto, que tem havido conflitos de competências entre estes tribunais e os judiciais. Constatamos que os tribunais comunitários resolvem variados conflitos e dentre eles há os que são de natureza cível e criminal. Por exemplo, divórcios, falta de prestação de pensão de alimentos, divisão de bens após a dissolução da união de facto, furto doméstico, agressão física, difamação, ofensa morais, etc⁷²⁴. Como se pode depreender, os tribunais comunitários usurpam competências, e razão da matéria, reservadas aos tribunais judiciais. Esse facto deve-se ao abandono em que estão sujeitos.

A lei, como explicita o disposto nº 2 do art. 3 da Lei nº 4/92, de 6 de Maio “aos tribunais comunitários compete-lhes “conhecer os delitos de pequena gravidade, que não sejam passíveis de privação de liberdade”, já estabelece limites na esfera das competências atribuídas aos tribunais comunitários. Querendo com isto dizer que estes tribunais não podem aplicar penas que impliquem a privação de liberdade. Contudo, os mesmos tribunais podem conhecer de conflitos que se ajustem as medidas de sanção como.

- a) Crítica pública;
- b) Prestação de serviço à comunidade por período não superior a trinta dias;
- c) Multa cujo valor não exceda 10.000,00MT;

⁷²⁰ Cfr. nº 1 do art. 9 da Lei nº 4/92, de 6 de Maio.

⁷²¹ Cfr. art. 3 da Lei nº 4/92, de 6 de Maio.

⁷²² GOMES, Conceição; et al, ob., cit., p.192.

⁷²³ Cfr. os nºs 1, 2 e 3 do art. 3 da Lei nº 4/92, de 6 de Maio.

⁷²⁴ MORAIS, Barbosa, ob., cit., p. 38.

- d) Privação por período não superior a trinta dias do exercício do direito cujo uso moderado originou o delito;
- e) Indemnização de prejuízos causados pela infracção, podendo esta medida ser aplicada autonomamente ou acompanhada de qualquer das outras”.

Desta forma, os funcionamentos dos tribunais comunitários seguem as normas e prazos próprios distintos dos usados pelos tribunais judiciais e utilizam a reconciliação e mediação ou a equidade, o bom senso e justiça como as formas de resolução de conflitos.

Apesar de tal facto, nestes tribunais, os actos processuais são semelhantes aos levados a cabo pelos tribunais judiciais, sendo os seguintes:

- 1) Queixa – que se concretiza no primeiro contacto do ofendido com o tribunal, onde este coloca esta instância a par da situação que origina o litígio. A queixa normalmente é feita de forma oral, e muitas vezes usada a língua local. Esta fase é designada de impulso processual, visto que cabe as partes interessadas ou ao ofendido dar o início do processo. A semelhança do que ocorre nos tribunais judiciais, em matéria civil, em que o processo se inicia sob o impulso das partes interessadas ou ofendidas mediante a respectiva queixa⁷²⁵.

No caso dos tribunais comunitários, os juizes só dão início ao processo mediante o pedido de resolução de determinado problema. Isto significa que nos tribunais comunitários, na fase do impulso processual, também está patente o dispositivo, segundo o qual “ as partes cabem dar início ao processo, dar-lhes o conteúdo que entendam (formulando o pedido e a causa de pedir) suspende-lo ou pôr-lhe termo, por desistência, confissão ou transacção”⁷²⁶. Neste âmbito, a iniciativa processual incumbe a elas.

- 2) Notificação do acusado – se traduz no acto de chamar o acusado a juízo, caso este não tenha estado presente no momento da apresentação da queixa. Em princípio não há uniformidade na forma física e nos requisitos que devem constar na notificação. Cada um dos tribunais comunitários usa a sua forma. Uns usam a caneta de cor vermelha e com formulários feitos em formato digital, e outros se limitam a fazer as notificações a manuscrito, usando canetas de cor que naquele momento estiver na sua posse.
- 3) Abertura do processo ou tramitação processual. Esta fase segue-se logo a seguir a apresentação da queixa, caso as duas partes estejam presente no momento da apresentação

⁷²⁵ Cfr. art. 3º do *Código do Processo Civil* (CPC), tornado extensivo ao Ultramar pela Portaria nº 19305, de 30 de Julho de 1962, e é entrou em vigor a 1 de Janeiro de 1963. Foi revisto pelo decreto-Lei nº 1/2005, de 27 de Dezembro, e pelo Decreto-Lei nº 1/2009, de 24 de Abril.

⁷²⁶ PRATA, Ana. *Dicionário Jurídico – Direito Civil, Direito Processual Civil, Organização Judiciária*. Vol. I. 5ª ed., Almedina, Porto, 2008.

desta, e caso o acusado não esteja presente, logo após o conhecimento deste no tribunal. Nos casos em que o denunciante não compareça na data marcada, dificultando a abertura do processo e a resolução do litígio, o caso será julgado a revelia.

- 4) Julgamento – como já nos referimos anteriormente, a lei prevê a mediação e a reconciliação como a primeira forma de resolução de conflitos. Caso a utilização dessas formas não resultar na resolução dos conflitos, o tribunal irá julgar o caso de acordo com a equidade, o bom senso e com justiça. O julgamento ocorre na data marcada após efectuada a tramitação processual.
- 5) As partes são ouvidas, e colhe-se o depoimento das testemunhas de cada parte e respondem as perguntas que lhes são colocadas, tudo na ordem do costume local. Depois de ouvidas as partes é tomada a decisão. A luz do art. 8 da Lei 4/92, de 6 de Maio, tal decisão só pode ser tomada quando estejam presentes o juiz presidente e pelo menos, mais dois membros. As decisões destes tribunais só são vinculativas se ambas as partes as aceitarem, havendo sempre a possibilidade de introduzir a questão nas instâncias judiciais para resolver o diferendo⁷²⁷. Querendo com isto dizer que a eficácia das decisões dos tribunais comunitários depende sempre da aceitação de todas as partes do conflito.

Tal como é dito na própria lei dos tribunais comunitários⁷²⁸, o princípio da conciliação representa uma forma de composição amigável pela qual as partes põem termo ao processo, solucionando o conflito de interesses. A conciliação representa o meio mais adequado para a solução do litígio, no acordo, insere-se maior vantagem para os tribunais comunitários, sendo imprescindível que seja dada às partes a possibilidade de conciliação, antes de se chegar a uma sentença de mérito.

Apesar da lei que cria os tribunais comunitários nunca ter sido regulamentada, na prática podemos constatar que o tribunal comunitário prioriza nas audiências de julgamento, incidência de alguns princípios processuais:

1. Princípio da publicidade – visto que as audiências de julgamento são públicas. As partes são ouvidas publicamente, com excepção dos casos em que se pretende preservar a honra e imagem das partes.

⁷²⁷ Esta constatação é resultado da conjugação do art. 4 da lei 4/92, de 6 de Maio, que consigna as partes e ao tribunal a possibilidade de introduzir a questão ao tribunal judicial competente, com alínea a) do nº 1 do art.. 86 da Lei nº 24/2007, de 20 de Agosto, que estabelece que “compete aos tribunais judiciais de distrito de 1ª e 2ª classe “julgar os recursos interpostos das decisões proferidas dos tribunais comunitários”.

⁷²⁸ Cfr. nº 2 do art. 2 da Lei 4/92, de 6 de Maio.

2. Princípio da oralidade - A oralidade é uma característica essencial nestes tribunais, pois é conforme a natureza costumeira que se vive nestes tribunais. As partes são ouvidas oralmente, apresentam as provas oralmente, mantendo um contacto oral e directo com os juízes. A oralidade é caracterizada pela concentração, pela imediação, pela prática de procedimento verbal de actos que revestem uma importância no processo.

O princípio da oralidade acompanha toda a tramitação do procedimento nos TCs, sendo a tônica que orienta a prática dos actos processuais. Desde a audiência de instrução e julgamento, assim como os depoimentos das testemunhas e das partes, são realizados de forma oral. Este princípio pressupõe também que a linguagem utilizada pelos “juízes” seja compreensível e acessível às pessoas que buscam a solução de seus conflitos. Além de orientar que os juízes e as partes, de forma oral, busquem a solução pacífica das controvérsias.

3. Princípio da imediação – segundo o qual as provas são apresentadas ao juiz sem nenhum intermediário, e o juiz terá o contacto directo com as mesmas provas.
4. Princípio da Investigação – pois o tribunal tem o poder-dever de esclarecer autonomamente o facto sujeito a julgamento, criando assim bases próprias para a tomada de decisão.

Os tribunais comunitários objectivam facilitar o acesso à jurisdição por meio de um processo oral, simplificado, gratuito, sem necessidade da presença de advogados e têm como base os princípios da informalidade, economia processual e celeridade com a busca reiterada da conciliação entre as partes. Nisso, Guilherme Fregapani refere que,

“para que seja efectivamente e adequadamente aplicada a justiça do terceiro milénio, é preciso desregrar, desformalizar, simplificar, desburocratizar, modernizando e desenvolvendo conceitos e institutos, adaptando-os à exigência de celeridade e efectividade impostas pela evolução social”⁷²⁹.

Nisso, os tribunais comunitários adaptam também critérios da informalidade como princípio básico de sua actuação, trazendo, por via reflexa celeridade ao julgamento das causas. Na predisposição de que a lei dos tribunais comunitários visa à realização da justiça de forma simples e objectiva, está contribuindo para a celeridade processual. A informalidade manifesta-se, ainda, no facto de que a sentença elaborada pelos juízes desprofissionalizados dispensa qualquer fundamentação legal, devendo ser mencionado apenas as convicções. Da ideia exposta, suscita-

⁷²⁹ FREGAPANI, Guilherme Silva Barbosa, *Formas Alternativas de Resolução de Conflitos e a Lei dos Juizados especiais civis*. Revista de Informação Legislação. Brasília. V.31. Nº 133, jan./mar. 1997. p.105. apud BUCHILLI...ob. cit., p.78.

nos a seguinte questão: **Os procedimentos informais não abriria maiores possibilidades de manipulação das decisões proferidas pelos tribunais comunitários?**

No nosso entendimento correm riscos de maiores facilidades de manipulação das decisões dos tribunais comunitários. Desse modo, a efectivação de um direito por meio de procedimentos informais, pode ser bem sucedida se forem ultrapassadas as limitações inerentes à falta de apoio jurídico àqueles que pretendem exercer estes direitos, o que poderá acarretar, como afirma Rodrigo de Azevedo, “um extraordinário esforço para conduzir o movimento de uniformização procedimental da justiça em uma direcção favorável beneficiando as pessoas comuns”⁷³⁰.

O tribunal comunitário dispensa a assistência de advogado, e este facto também se refere ao princípio da informalidade. Neste caso, pode ser questionada a constitucionalidade da actuação dos tribunais comunitários, uma vez que o art. 62º da CRM concede ao cidadão, o direito de defesa e o direito à assistência jurídica e patrocínio judiciário⁷³¹.

Quanto a questão em senda, não suscitam uma preocupação, por que, na verdade, o direito de defesa do cidadão está salvaguardado na medida em que, além das partes do tribunal, existe a participação da comunidade local nas decisões dos tribunais comunitários o que garante uma defesa justa das partes e uma decisão transparente.

Compete ainda aos tribunais comunitários “praticar todos os actos de que sejam incumbidos pelos tribunais judiciais”⁷³². Partindo desta disposição, entendemos que a jurisdição dos tribunais comunitários é sempre voluntária. Porém, nos termos da actual Constituição (2004), em que os tribunais comunitários são consagrados como base do sistema de justiça oficial, deixam de ser de jurisdição voluntária e passam a ser de jurisdição obrigatória. Contudo, a execução das suas decisões depende sempre da aceitação de todas as partes em conflito. Qualquer que seja a natureza do caso, a decisão só é exequível se não for contestada por qualquer das partes em conflito.

No caso da discordância em relação à medida adoptada pelo tribunal comunitário, a lei dá a faculdade de qualquer das partes introduzir o caso no tribunal judicial⁷³³. Deve, ainda, o tribunal, nos termos do nº 2 do mesmo preceito legal (art. 4 da Lei nº 4/92), elaborar um auto e remete-lo ao competente tribunal judicial do distrito competente.

⁷³⁰ AZEVEDO, Rodrigo de, *Informalização da Justiça e Controle Social*, São Paulo, p.1999, apud BUCHILI, Beatriz, *ob., cit.*, p. 80.

⁷³¹ art. 62 da CRM/2004 prescreve no seu nº 1 “o Estado garante o acesso ao cidadão aos tribunais e garante aos arguidos o direito de defesa e o direito à assistência jurídica e patrocínio judiciário”.

⁷³² Cfr. nº 3 do art. 3 da Lei nº 4/92, de 6 de Maio.

⁷³³ Cfr. nº 1 do art. 4 da Lei nº 4/92, de 6 de Maio.

Constatamos que a Lei não define a jurisdição territorial dos tribunais comunitários. Quanto a este aspecto pode-se buscar o entendimento tácito no sentido de que a jurisdição se circunscreve ao bairro ou localidade onde estão a funcionar.

5.2.5. Eleições dos membros dos tribunais comunitários

De acordo com a Lei⁷³⁴, compete ao governo estabelecer os mecanismos e os prazos para a eleição dos membros dos tribunais comunitários. A mesma lei prevê que os juízes dos tribunais de localidade e de bairro continuem no exercício de funções até que se sejam concluídas as primeiras eleições. Contudo, passa muito tempo desde aprovação da lei que não há concretização deste dispositivo legal. Muitos dos juízes foram substituídos por diversos motivos (morte, doença, mudança de residência, alteração da situação profissional, abandono); outros tantos não chegaram a ser substituídos, esvaziando-se os tribunais⁷³⁵.

Na ausência de regras de recrutamento, as substituições dos juízes dos tribunais comunitários têm sido feitas de acordo com soluções locais, muitas vezes tendo em conta a afinidade político-partidária ou vínculos de outra natureza. Nos casos em que se privilegia o primeiro tipo de vínculos, tem havido um questionamento generalizado da legitimidade dos juízes, sobretudo nos locais onde os partidos da oposição gozam de apoio considerável.

5.2.6. Compensação dos membros dos tribunais comunitários (art. 11 da Lei nº 4/92, de 6 de Maio)

A lei prevê que seja paga uma “compensação” aos juízes dos tribunais comunitários, em função das receitas apuradas. Contudo, os juízes não beneficiam de qualquer remuneração. A regra tem sido o autofinanciamento através das receitas provenientes das multas e taxas de justiça (o que, aliás, também acontece para a aquisição de material de trabalho). Aqui coloca-se uma questão: **pela natureza dos tribunais comunitários e pelos fundamentos que conduziram a sua criação, não se estaria a frustrar a expectativa dos cidadãos desfavorecidos, que nem condições financeiras mínimas para o seu auto-sustento têm, pior ainda para pagar uma taxa de justiça?** Obviamente, os cidadãos podem recorrer a outras vias para encontrar uma solução do caso que esteja em litígio por duas vias: ou recorrem ao régulo, sendo este uma autoridade tradicional; ou desistem. Os cidadãos podem também, dependendo da natureza do caso, recorrer a uma justiça privada.

⁷³⁴ Cfr. nº 2 do art. 9 e os arts 13 e 14 todos da Lei 4/92, de 6 de Maio.

⁷³⁵ Por exemplo, alguns juízes dos TCs da Cidade de Nampula, nunca foram substituídos.

Outra questão que se levanta no art. 11 da Lei 4/92, **seria de compreender qual tem sido o comportamento dos juizes e outros membros dos tribunais comunitários, na falta de compensação pelos serviços por eles prestados a nível da comunidade?** No nosso entendimento, os juizes e outros membros podem estar propensos a “esquemas de corrupção”, fazendo cobranças ilícitas aos indiciados, de forma a favorecerem a decisão tomada pelo tribunal para aquele que pagou algum valor monetário ou em bens materiais (galinha, cabrito, etc), desfavorecendo a outra parte que não tinha condições para corromper o juiz ou outros membros daquele tribunal comunitário que esteja a dirimir o conflito.

De forma geral esta realidade afecta os próprios TC's, funcionando de forma irregular, na medida em que os juizes ocupam-se em outras actividades pessoais rentáveis, para o seu auto sustento. Dessa forma TC's reduzem as prestações face às comunidades. Para colmatar essa atitude dos juizes comunitários é fundamental que sejam compensados pelo exercício das suas funções de juizes pelas actividades prestadas nos tribunais comunitários, cumprindo para o efeito, com o disposto na lei que cria os tribunais comunitários.

5.2.7. Procedimentos e tipo de decisões: o (des) respeito pelos direitos fundamentais

Os problemas discutidos nos tribunais comunitários são de natureza diversa nomeadamente conflitos sociais, conflitos em torno da habitação e dívidas, abandono do lar e de menores, feitiçaria, venda de talhões sem consentimento do verdadeiro proprietário, agressões físicas, ofensas morais e corporais voluntárias, abuso de confiança e adultérios⁷³⁶. A lei fixa a competência material do tribunal comunitário, mas na prática o seu âmbito de actuação depende, principalmente, dos respectivos mobilizadores. Os tribunais não delimitam *a priori* o âmbito de intervenção, recebendo e processando todos os casos que lhe são apresentados pelas partes ou que chegam através de outras instâncias.

O processamento dos casos entrados nos tribunais comunitários obedece as seguintes características:

- Predomínio da oralidade: a apresentação das queixas e a discussão dos casos é feita oralmente. A escrita é utilizada de modo bastante residual, para as notificações e, por vezes, para o registo das decisões;

⁷³⁶ Departamento dos Registos, Notariados e Assuntos Religiosos, Relatório das Actividades dos Tribunais Comunitários da Província de Nampula – período Janeiro a Setembro de 2017. Nampula, Novembro, 2017.

- Na apresentação e discussão utiliza-se a língua que os utentes escolherem. Embora geralmente utilizem a língua local, os utentes podem transitar livremente entre diversos universos linguísticos, em função da necessidade ou estratégias da argumentação;
- Respeito rigoroso do princípio do contraditório, dando sempre à parte contrária a possibilidade de se defender;
- Participativos: para além das partes, outras pessoas (familiares, vizinhos, estruturas do bairro, etc.) podem participar na resolução do conflito. Aliás, tem sido exigida a presença dos familiares nos julgamentos, como uma das condições para a inteira compreensão dos conflitos e produção de prova, assim como para assegurar a eficácia das decisões;
- Céleres e desburocratizados: os actos/fases processuais são reduzidos ao mínimo possível. Depois de apresentada a queixa, normalmente com a notificação da parte contrária é marcado a data do julgamento.

Os tribunais comunitários decidem de acordo com a equidade, o bom senso e com justiça, assumindo-se a mediação como uma técnica privilegiada de resolução de conflitos.

A busca de soluções medianas, na qual as partes e respectivos acompanhantes partilham responsabilidades no processo decisório, tem vantagens para a reposição da paz social, para o cumprimento das decisões e para a prevenção de novos conflitos.

Entretanto colocam-se especiais problemas relativos à aplicação de taxas ou sanções pecuniárias. Na maior parte dos casos, os utentes pagam determinado valor para a apresentação da queixa e, numa fase posterior, efectuam outros pagamentos a título de taxa ou imposto de justiça e de multa.

A cobrança de valores nos tribunais comunitários está relacionada com o facto de, por um lado, não serem financiados pelo Estado (ficando sob a responsabilidade exclusiva dos juízes a busca de fundos para o funcionamento básico); e, por outro lado, por não haver qualquer acompanhamento da actividade daquelas instâncias de resolução de conflitos. Nesse contexto, a realidade acarreta algumas suspeições em relação aos tribunais comunitários, uma vez que acabam por limitar o acesso à justiça⁷³⁷, sobretudo por parte dos cidadãos mais carenciados.

⁷³⁷ Pode-se referenciar que dentre os direitos fundamentais da pessoa humana sobreleva o direito que todos têm à jurisdição. Bem o diz o art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: "Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela". A verdade é que a discriminação social no acesso à justiça é um fenómeno complexo que envolve factores de ordem económica, mas igualmente condicionantes sociais, culturais e psicológicos resultantes de processos de socialização e interiorização de valores, incluindo a noção moral de justiça que as pessoas operam. (MONDLANE, Carlos Pedro, *Código do Processo Civil Anotado e Comentado*, Escolar Editora, 2014 (anotação 7), p. 144. No caso concreto, os

5.2.8. A articulação entre os tribunais comunitários e os tribunais judiciais

A Lei nº 4/92, de 6 de Maio regula a articulação entre os tribunais comunitários e os tribunais judiciais dos distritos. Quer por iniciativa das partes quando discordam com a medida adoptada pelo tribunal comunitário, quer por imposição da lei, o tribunal deve elaborar o auto e remetê-lo ao competente tribunal judicial do distrito, sempre que verificar falta de concordância das partes com as medidas adoptadas pelo tribunal comunitário em casos de delitos de pequena gravidade⁷³⁸.

Ainda no mesmo dispositivo legal, prevê que “ compete aos tribunais praticar todos os actos de que sejam incumbidos pelos tribunais judiciais”⁷³⁹. Aqui permite a lei que os tribunais judiciais possam incumbir certos actos aos Tribunais Comunitários, como por exemplo rever as suas decisões, ouvir as partes interessadas no processo, bem como remeter a estes algumas queixas e participações de fácil resolução.

Portanto, nem todos os tribunais comunitários cumprem na íntegra a lei, e outros não cumprem na totalidade, visto que na sua maioria estão localizados nas zonas recônditas em relação a sede dos distritos. Porém, mesmo os que estão localizados nas zonas urbanas, funcionam de forma isolada. O que queremos fazer entender é que não existe uniformidade no modo de funcionamento e na articulação entre os tribunais comunitários em referência ao tribunal judicial.

Na tentativa de trazer alguma ilação nesta reflexão em torno do art.4 da Lei 4/92, subjaz-nos levantar a seguinte questão: **ao se introduzir o caso no tribunal judicial, quer por iniciativa das partes ou do tribunal comunitário, será que aquele vai apreciar o caso nos mesmos moldes procedimentais deste, com critérios de equidade, bom senso e justa composição de litígio?** Obviamente que não. Pelo facto de que, no nosso entendimento, os casos a serem levados aos tribunais judiciais são decididos de acordo com os critérios de legalidade e com base em procedimentos da justiça formal. Critério este totalmente distinto da justiça comunitária. Esta situação conduz, na prática, à denegação do acesso à justiça e ao direito para a maioria dos cidadãos que recorrem aos tribunais comunitários.

Nesse corolário, deve – se acentuar que o Estado reconhece os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos que coexistem na sociedade moçambicana, na predisposição de que não contrariem os valores e os princípios fundamentais da Constituição⁷⁴⁰.

obstáculos económicos prendem-se com os custos, tornando, para o efeito, a justiça cara, e consequentemente põem em a causa a defesa dos seus direitos.

⁷³⁸ Cfr. nºs 1 e 2 do art. 4 da Lei nº 4/92, de 6 de Maio

⁷³⁹ Cfr. nº 3 do art. 3 da Lei nº 4/92, de 6 de Maio.

⁷⁴⁰ Cfr. 4º da CRM/2004.

Por esse facto, essas instâncias devem ser respeitadas e valorizadas pela importância que assumem no processo de gestão de litígios no seio da comunidade.

5.3. Os tribunais comunitários como meio alternativo de resolução de conflitos

Em consonância com a Lei 4/92, de 6 de Maio, somos do entendimento de que os tribunais comunitários, são uma prática pluralista alternativa em nível de legislação e de jurisdição, emergente na própria ordem jurídico-legal oficial, com vista almejar a justiça social, da igualdade de direitos para todos os cidadãos, da estabilidade social e da valorização da tradição e dos demais valores sociais e culturais. E nesta perspectiva que a lei dos Tribunais Comunitários reconhece, no seu preâmbulo, que as experiências recolhidas no País por uma justiça de tipo comunitário “apontam, para a necessidade da valorização e aprofundamento, tendo em conta a diversidade étnica e cultural da sociedade moçambicana”. Este aspecto justifica a criação de “órgãos que permitem aos cidadãos resolver pequenos diferendos no seio da comunidade, contribuam para a harmonização das diversas práticas de justiça e para o enriquecimento das regras, usos e costumes e conduzam a síntese criadora do direito moçambicano”.

Os Tribunais Comunitário foram criados pela Lei⁷⁴¹, o que nos subjaz admitir que são parte integrante do direito e da justiça oficial. Ainda a lei que cria os tribunais comunitários (Lei 4/92, de 6 de Maio) define-os como operando fora da organização judiciária, como justiça do tipo comunitário cuja valorização e aprofundamento são propostos tendo em conta a diversidade étnica e cultural da sociedade moçambicana, conforme prescreve o preâmbulo⁷⁴² da própria lei. Por isso esses tribunais constituem hoje uma instância “oficial” (no sentido de ter sido criados por diploma normativo estatal) de resolução de conflitos, dado que eles representam, até certo ponto, uma continuidade dos “tribunais populares de base” previstos na anterior organização Judiciária. Nesta perspectiva, para além da continuidade dos tribunais populares, os tribunais comunitários “assumiram o legado humano e institucional, mas não o legado organizacional formal, uma vez que ao contrário dos tribunais populares, nem estão integrados na organização judiciária, nem são apoiados, técnica e materialmente pelos tribunais distritais”⁷⁴³.

Na mesma senda, segundo Boaventura de Sousa Santos, “os tribunais comunitários são uma entidade jurídica híbrida em que se combinam características da justiça oficial e da justiça

⁷⁴¹ Cfr. Lei 4/92, de 6 de Maio.

⁷⁴² “As experiências recolhidas por uma justiça de tipo comunitário no País apontam para a necessidade da sua valorização e aprofundamento, tendo em conta a diversidade étnica e cultural da sociedade moçambicana”. Preâmbulo da Lei 4/92, de 6 de Maio.

⁷⁴³ SANTOS, Boaventura de Sousa, *O Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico*, ob., cit., p.70.

não-oficial. Porque a lei que os instituiu nunca foi regulamentada, predominam sociologicamente, características da justiça não-oficial”⁷⁴⁴.

O surgimento dessa prática alternativa no interior do Estado deve-se à ineficácia de uma legislação estatal importada da Metrópole colonizadora e inteiramente desvinculada dos reais interesses dos segmentos majoritários de nossa sociedade⁷⁴⁵. Além disso, a prática alternativa aparece como uma forma de se suprir o tradicional modelo jurídico, que era exclusivamente unitário, que já se mostra insuficiente, impondo-se a construção de novas e adequadas “estruturas jurídicas de respostas”, capazes de assegurar a realização da justiça e da segurança em sociedade em rápido processo de mudanças com nossa. Como refere António Wolkmer

Os Tribunais Judiciais ainda que sejam um *locus tradicional* de controlo e resolução dos conflitos por serem de difícil acesso, morosos e extremamente caros, tornando-se cada vez mais inviável controlar e reprimir conflitos favorecem paradoxalmente a emergência de outras formas alternativas não institucionalizadas ou instâncias judiciais informais⁷⁴⁶, que conseguem com maior eficiência e rapidez, substituir com vantagem o poder judiciário⁷⁴⁷.

Os Tribunais Comunitários ganham maior inserção na comunidade devido as grandes dificuldades de acesso à justiça oficial e a impossibilidade de pagar advogados e despesas judiciais. Estes factores fazem com que a grande parte das camadas populares marginalizadas tenda a utilizar mecanismos não – oficial de resolução de litígios existentes no País. A par disso, os Tribunais Comunitários favorecem a defesa do cidadão, cujos princípios visam atingir uma justiça mais célere e informal. Esses Tribunais permitem, também, a aplicação do direito consuetudinário e a valorização da identidade cultural. Porém, embora com essa vantagem que os tribunais comunitários assumem, eles concorrem para uma grande variedade de padrões de funcionamento. Com carências humanas e infraestruturas de toda a ordem e sofrendo a concorrência de outros mecanismos de resolução de litígios, como a Polícia, grupos dinamizadores, igrejas e às autoridades tradicionais. Dessa feita os tribunais comunitários estão entregues a si próprios e às capacidades de improvisação, de inovação e de reprodução⁷⁴⁸.

É nosso entendimento que os meios alternativos de resolução de conflitos representam o afastamento do Estado como ente de força e poder, dando lugar à sociedade

⁷⁴⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa, *O Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico*, *ob., cit.*, p.70.

⁷⁴⁵ Por exemplo, a Província de Nampula conta com 5.758.920 habitantes, dos quais 23,3% vive na zona urbana e 76,7% vive na Zona rural (Anuário estatístico da Província de Nampula, 2018).

⁷⁴⁶ No caso moçambicano temos os tribunais comunitários, autoridade tradicional, liga dos direitos humanos, ONGs.

⁷⁴⁷ WOLKMER. *Pluralismo...* apud BUCHILLI, Beatriz, *ob., cit.*, p.66.

⁷⁴⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa, *O Estado Heterogéneo ob., cit.*, p.72.

organizada, que dispõe de outros métodos, com base no diálogo e na busca de solução negociada. Ainda concordamos que a valorização dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos poderá viabilizar a construção de uma justiça de consenso, constituindo uma linha divisória na afirmação do mais amplo acesso à Justiça. Este princípio pode estar longe para a sua concretização, na predisposição de que os tribunais comunitários funcionam numa situação de dispersão dado aos problemas por eles encarados (apontados no parágrafo anterior), o que conduz a uma situação quase caótica do seu funcionamento: uns continuam muito activos, outros estão moribundos, outros venceram a concorrência de outras instâncias de resolução de litígios, outros sucumbiram a elas; uns funcionam numa atmosfera de oficialidade e de formalidade, outros assumem o seu carácter de não oficial, informal; uns actuam ainda na lógica revolucionária, colocando a lealdade política acima de qualquer outro valor, outros interiorizam plenamente os novos tempos e o pragmatismo exigido pelas necessidades de sobrevivência pacífica das comunidades; uns procuram afirmar a autonomia própria dos tribunais em relação as autoridades administrativas locais (por exemplo, grupos dinamizadores, eles próprios também um híbrido administrativo), às autoridades religiosas (igrejas) e às autoridades tradicionais (régulos, curandeiros, chefes religiosos, etc.), outros estão totalmente subordinados às autoridades administrativas e assumem o multiculturalismo, recorrendo às autoridades tradicionais em muitos casos como, por exemplo, em casos de feitiçaria ou de problemas familiares⁷⁴⁹.

Em conformidade com Boaventura de Sousa Santos, “os tribunais comunitários vão assim fazendo em condições de grande precariedade que, a não serem prontamente corrigidas, porão em causa, a curto prazo, a própria existência dos tribunais comunitários”⁷⁵⁰. Nessa mesma perspectiva, podemos parafrasear que, “embora criação estatal, os Tribunais Comunitários enquanto instâncias de resolução de conflitos estão votados no esquecimento pela mesma entidade que os criou, não cumprindo o disposto na Lei quanto à eleição dos juízes, à separação do poder judicial, o poder executivo e o Partido Frelimo”⁷⁵¹. Segundo esta perspectiva o Estado não demonstrou interesse em fortificar os Tribunais Comunitários, por isso os retirou da pirâmide judicial, sendo o seu suporte institucional, o Ministério da Justiça. Os Tribunais comunitários estão desprovidos do necessário reforço, na medida em que não houve qualquer eleição de juízes no período da vigência da Lei⁷⁵² e da legitimidade decorrente do processo eleitoral legalmente

⁷⁴⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa, *ob., cit.*, pp.72-73.

⁷⁵⁰ *ibidem*, p.73.

⁷⁵¹ NEGRÃO, José; TRINDADE, João Carlos. 2002, p.45. apud SERRA, Carlos Manuel...*ob., cit.*, p.480.

⁷⁵² Cfr., o nº2, do art. 9º da Lei nº 4/92, de 6 de Maio, cujo teor é o seguinte: “os membros dos tribunais comunitários serão eleitos pelos órgãos representativos locais”, e, o nº 2, do art. 10º do mesmo dispositivo legal diz que “exercerão funções por um período de três anos, sendo permitida a reeleição “.

previsto. Nestes termos acolhemos o entendimento do Araújo quando alude que ausência de regulamentação, bem como de uma estratégia que os insira dentro de um projecto global de promoção de acesso à justiça, contribui para que estes fossem remetidos para uma espécie de patamar de justiça de segunda classe, responsável por acolher os cidadãos que não tenham acesso à justiça estatal⁷⁵³.

Segundo o exposto, somos de percepção que ausência interventiva do Estado nos Tribunais Comunitários pode conduzir o fracasso ou o desaparecimento destas instâncias comunitárias de resolução de conflitos. Porém, é importante construir a ideia de que é possível que estas instâncias funcionem sem que haja a intervenção estatal. Para o efeito é fundamental que se passa a construir a ideia de que um sistema de resolução de conflitos é eficiente quando conta com instituições e procedimentos que procuram prevenir e resolver controvérsias a partir das necessidades e dos interesses das partes. Como é o caso da negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem, onde as partes se tornam co-responsáveis pela construção de uma resolução mais adequada para os seus conflitos, e, ainda a pacificação social, onde o diálogo é um meio fundamental para que as partes possam a administrar seus conflitos.

De forma geral somos do entendimento de que, no âmbito do presente capítulo em análise “pluralismo jurídico moçambicano no âmbito da Lei n.º 4/92, de 6 de Maio (Lei dos tribunais comunitários), como mecanismo de resolução de conflitos”, os tribunais comunitários assumiram o legado humano e institucional dos tribunais populares, mas não o legado organizacional, uma vez que não estão integrados na organização judiciária, nem são apoiados técnica e materialmente.

Os tribunais comunitários estão entregues a si próprios e às capacidades locais de improvisação e de reprodução. Esta realidade tem reflexos nos procedimentos e na qualidade das decisões daqueles tribunais. Por outro lado, a consagração constitucional do pluralismo jurídico significa um reconhecimento amplo das instâncias comunitárias de resolução de conflitos, incluindo outros actores sociais, como as autoridades tradicionais, as associações especializadas na resolução de determinado tipo de conflitos (como a AMETRAMO), as igrejas, etc.

Da mesma forma que paira questionamentos em relação a aplicação prática da lei e/ou a sua eficácia, o debate também prende-se com a questão de saber se as autoridades tradicionais poderão integrar uma “jurisdição” própria, paralela em relação a organização judiciária.

⁷⁵³ ARAUJO, Sara. “Por uma Ecologia de Justiças: um Estudo real e Urbano da Pluralidade Moçambicana”. *A dinâmica do Pluralismo Jurídico em Moçambique*, Maputo, Centro de estudos Sociais Aquino da Bragança, apud SERRA, Carlos Manuel... *ibidem*, p. 481.

Pelo facto de a lei não ser proibitiva, abre espaços para que, nos diversos contextos, os variados actores possam resolver conflitos, em função do tipo e do grau de legitimidade de que gozam.

5.4. As implicações da pós modernidade nos tribunais comunitários

A característica da pós – modernidade que pode ser constatada nos tribunais comunitários é a valorização dos direitos humanos, na medida em que representam instrumentos que protegem a identidade cultural da pessoa humana como valor jurídico e visa a facilitar a defesa do cidadão em juízo, por representarem uma justiça célere, informalizada, sem custos para o cidadão carente, com uso de línguas locais, eliminando os obstáculos de acesso a justiça e tornando-se, dessa feita, a justiça ao alcance do cidadão.

Certamente, é da pretensão da lei (Lei 4/92, de 6 de Maio) que os tribunais comunitários objectivam facilitar o acesso à jurisdição por meio de um processo oral, simplificado, gratuito, sem necessidade de advogados e tem como base os princípios anteriormente apontados (informalidade, economia processual e celeridade e a conciliação entre as partes). A ideia é que na oralidade, se pautar por uma linguagem muito acessível, no caso concreto as línguas locais, reforçando para o efeito a multiculturalidade na sociedade moçambicana. Para o caso da simplicidade, evitou-se um processo com diversas excepções e recursos, adoptando para tal, um processo simples e com uma linguagem acessível. No caso da informalidade, permite resolver o problema das partes de melhor maneira possível e não submeter-se a um ritual. De facto, o formalismo acaba por afastar os cidadãos da jurisdição estatal. Percebe-se assim que o formalismo gera um grande incômodo à sociedade e, com isto, criam-se mais barreiras dificultando o célere andamento processual. Deste modo, a expectativa que se tem em todo o meio alternativo é de diminuir o tempo de duração do procedimento judicial.

Logo, todo tipo de formalismo exagerado deve ser abolido para que haja um instrumento processual ágil, atendendo ao ideal de uma nova política judiciária e alcançar realmente o interesse do cidadão que almeja uma justiça mais célere, sem e amplo excesso de ritos e burocracias. Uma justiça mais eficiente.

Enquanto a economia processual, reduz o tempo para solucionar um determinado litígio. Por último a conciliação, releva pelo facto de que o direito produzido pelas partes substitui a sentença estatal pela vontade das partes litigantes, mesmo que o tal acordo de conciliação seja homologado pelo juiz.

Os tribunais comunitários seguem também o princípio da gratuidade, pois dispensa as partes o pagamento de custas, taxas, ou despesas processuais. No entanto o juiz poderá condenar o vencido o pagamento de custas e impostos de justiça a favor do tribunal⁷⁵⁴

5.5. Considerações gerais

Pretendemos no presente 5.5. apresentar aspectos gerais a cerca do capítulo em análise. É nessa perspectiva que nos leva a aferir que os TCs criados em 1992, não estão integrados na actual organização judiciária. A sua criação teve como base preencher o espaço deixado pelos tribunais populares de base, cuja estrutura e composição estava regulamentada na Lei nº 12/78, de 2 de Dezembro. A sociedade moçambicana sempre enveredou por uma justiça comunitária, paralela a justiça formal. Por este facto a Lei viu a necessidade da sua valorização e aprofundamento, tendo em conta a diversidade étnica e cultural da sociedade moçambicana.

Contudo, a Lei 4/92, de 6 de Maio, apenas define o seu enquadramento institucional, estatuidando que a sua instalação é da responsabilidade dos governos provinciais (por força da Resolução nº6/2001, de 12 de Junho) e que é ao Governo que compete estabelecer os mecanismos e prazos para a eleição dos seus membros, cabendo aos tribunais judiciais do distrito proceder ao controlo do respectivo processo.

A Lei que criou os tribunais comunitários não foi regulamentada, o que impediu o processo de realização de eleições para a escolha de juizes. A mesma lei determinou que os então juizes de Localidade e de bairro continuassem no exercício de funções até que fossem concluídas as primeiras eleições. Não tendo sido realizadas as eleições os referidos juizes permaneceram no exercício das suas funções dentro dos mesmos tribunais. Porém, alguns juizes perderam a vida, ao longo do percurso, deslocações para outras regiões a procura de melhores condições de vida, outros abandonaram o cargo devido a perda de prestígio na comunidade, isto é, perderam o prestígio social do cargo e da função. Estes factos fazem com que os TCs tenham uma composição de membros, adversa daquela prevista na própria lei. A falta de *quórum mínimo legal* dos seus membros para deliberar põe em causa o funcionamento do próprio tribunal.

A procura sócio jurídica dos TCs é dominada pelos conflitos de natureza adversa. Nalguns casos obedece os prescritos pela lei e outros não. Nesse prisma os litígios tem a ver com conflitos conjugais, seguidos dos furtos, das injúrias e das agressões físicas, conflitos de terra, dívidas, questões levadas com indemnizações, abandono do lar, violência doméstica, entre outros.

⁷⁵⁴ Cfr. art. 3, no seu nº 2 na alínea c) e art. 5, todos da Lei 4/92 de 6 de Maio.

É sabido que no direito judiciário, o formalismo processual constitui um dos pilares em que assenta a justiça e as garantias fundamentais dos que a ela recorrem. As regras de procedimento são uniformizadas e pressupõe-se que são conhecidas e seguidas por todos os agentes de justiça. Diferentemente, a justiça comunitária é uma justiça desprofissionalizada, assente na oralidade, em procedimentos informalizados e naturalmente, uma justiça muito heterogénea ao nível de procedimentos. No caso dos TCs essa heterogeneidade decorre, ainda, do facto destes estarem fora de qualquer contexto organizacional e formal, entregues a si próprios e às capacidades locais de improvisação, de inovação e de reprodução.

Os TCs são uma instância de resolução de conflitos muito complexa no País. É uma realidade que eles assumiram o legado humano e institucional dos tribunais populares, mas não o legado organizacional, pelo facto de não estarem integrados na organização judiciária, nem são apoiados técnica e materialmente, pelos tribunais distritais. Nesse corolário, não se pode descurar uma grande variedade nos padrões de funcionamento dos tribunais comunitários.

Devido as carências de natureza humana e infraestruturas de toda a ordem e sofrendo concorrência dos outros mecanismos de resolução de litígios, como Igrejas, ATs, os TCs estão entregues a si próprios e às capacidades de locais de improvisação, de inovação e de reprodução. Por isso, funcionam de forma dispersa: uns muito activos; outros moribundos; uns funcionam numa atmosfera de oficialidade e de formalidade, outros assumem o seu carácter não oficial, informal; uns actuam ainda na lógica revolucionária; outros estão totalmente subordinados as autoridades administrativas, e os outros assumem o multiculturalismo, recorrendo às ATs em muitos casos, como por exemplo, os de feitiçaria ou de família.

De forma geral, os TCs vivem com uma série de obstáculos. Contudo, estas instâncias de resolução de litígios comunitários vão fazendo a síntese criadora do direito em condições de grande precariedade que, a não serem urgentemente corrigidas, poderão pôr em causa, a curto- prazo, a própria existência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo em torno da “**Análise da efectivação da Lei nº 4/92, de 6 de Maio, como manifestação do pluralismo jurídico consagrado nos termos do nº 4 da CRM**”, é uma abordagem que parte do pressuposto do reconhecimento da existência das diversas normas no âmbito de aplicação do direito. Nessa amplitude percebemos que umas das funções do direito é a

resolução de conflitos resultantes da sociedade, onde nela encontramos uma diversidade de normas a vigorar de forma simultânea, pelo facto de ser considerada como questão social e em parte como antagonismo ao monismo jurídico, que é o monopólio das normas jurídicas exercidas pelo Estado.

O pluralismo jurídico moçambicano não pode ser analisado apenas a partir do que esteve ou está previsto na legislação. A realidade é complexa e, muitas vezes, imprevisível. Como mostra Boaventura de Sousa Santos com a “metáfora do palimpsesto de culturas jurídicas e políticas”, a história moçambicana é feita de rupturas e continuidades, cujos efeitos foram tomando diferentes formas ao nível local, onde as estratégias do Estado, presentes e passadas, se interligam com as dinâmicas das próprias comunidades ou do espaço global. Hoje, o peso das autoridades tradicionais, dos tribunais comunitários, bem como das restantes instâncias de resolução de conflitos, previstas ou não na lei, varia consideravelmente, conforme se fazem sentir os diferentes momentos da história.

As práticas das instâncias são altamente diversificadas e os diferentes direitos tendem a ser usados de forma interligada, de acordo com as estratégias das instâncias que resolvem conflitos e dos próprios litigantes. É nesse âmbito que abordar o pluralismo jurídico significa ter à disposição diferentes alternativas, opções, possibilidades de recorrer instâncias diversificadas para fazer valer o seu direito.

Partindo desse pressuposto, o tema proposto consistiu na busca de conhecimentos que nos levaram na obtenção de resultados, que se convergem na ideia de que o Acesso à Justiça é um meio de poder reconhecer o valor de Justiça, na perspectiva mais ampla que caracteriza que a Justiça como instituição. Daqui expomos as seguintes considerações finais:

1) Quanto as manifestações do pluralismo jurídico em Moçambique

Tendo em atenção a realidade Moçambicana na actualidade e situando-a no âmbito da manifestação do pluralismo jurídico, constatamos que há uma tendência de um retorno ao sistema colonial, aquilo que muitos autores, anteriormente apontados, consideram de governo *indirecto* ou seja um *neo-governo indirecto*, na medida em que há uma manifestação clara da falta de uma articulação e um enquadramento efectivo das ordens jurídicas dentro do poder judicial, potenciando, cada vez mais, o monismo jurídico que tendencialmente caracteriza a ordem jurídica Moçambicana. E como consequência disso, o judicial ocupa um lugar cimeiro no âmbito jurisdicional dentro da esfera jurídica interna. Decorrente disso, ilidimos que de acordo com as

disposições constitucionais que reconhecem e regulam as várias vertentes do pluralismo jurídico em Moçambique (as ordens jurídicas estadual, comunitária, tradicional, internacional ou transnacionais), estão integrados num ordenamento jurídico e sujeitos a supremacia constitucional.

Embora com a integração das diversas normas (estaduais, costumeiras ou tradicionais e as internacionais) no quadro do pluralismo jurídico moçambicano, se constata que não existe instrumentos que estabeleçam os mecanismos de ligação jurídica destes grupos de normas ou sistemas jurídicos dentro das disposições constitucionais relativas ao pluralismo jurídico. Isto demonstra a falta de espaço para um processo que conduz a materialização de uma efectiva coexistência.

Segundo o exposto somos de entendimento de que o pluralismo jurídico deve ser visto como um espaço de continuidade social que permite preencher vazios jurídicos decorrentes da sociedade moçambicana. É nesse corolário que é fundamental ter em vista o Direito Alternativo que é um dos exemplos mais claros do pluralismo jurídico, considerando como uma forma alternativa de levar justiça social às comunidades, justiça essa que não fica presa à norma jurídica positiva vigente.

Há um outro pressuposto a ter em conta, no sentido de que a consagração constitucional nos leva a uma reflexão por opção por um pluralismo jurídico forte. Este facto é sustentado pelo discurso político oficial sobre o reconhecimento das ordens normativas não estatais, em posição não mais subordinada, bem como por não existir legislação detalhada que defina a jurisdição e os costumes das Autoridades Tradicionais, permitindo um espaço para autodeterminação e aplicação das suas próprias regras com ampla autodeterminação. Não pretendemos refutar a ideia de que o pluralismo jurídico moçambicano, avaliado pela sua intensidade e o grau de litigiosidade nela existente, seja classificado como um pluralismo jurídico como tendencialmente forte, como se refere alguma doutrina já atrás citada. Porém, pelas vicissitudes que o pluralismo jurídico apresenta, onde a produção jurídica é percebida como monista, legalmente centralizadora ou mesmo unificada, o pior de tudo, numa sociedade de indivíduos que pertencem a várias estruturas sociais, advogamos ser um pluralismo jurídico fraco ou formal.

É fraco ou formal, na medida em que a validade dos sistemas normativos reconhecidos pelo Estado, geralmente ditos direitos tradicionais de origem consuetudinárias, depende da regulação e controlo do sistema normativo estadual. Somos apologistas que o pluralismo patente em Moçambique seja de forma a atender o compromisso do centralismo legal em homenagem a um processo de coesão social, com base na crença política de que, a fusão

antropológica e social das sociedades “moderna” e “tradicional” é inevitável, boa, necessária e normal no processo de edificação de uma unidade nacional. Nesse sentido fraco, o pluralismo jurídico é coerente com o monismo ou centralismo jurídico, em que a validade ou eficácia das normas de carácter extra-estadual dependem de um acto formal do Estado, de uma *chancela* de reconhecimento do poder central, há um controlo político. Por outro lado, podemos aferir também que sendo fraco reconduz-nos a um pluralismo meramente formal.

Segundo o exposto, somos apologista de um pluralismo assente nas ideias de sociedade e de Direito, decorrentes da própria Dignidade Humana, e dos princípios da igualdade, da pluralidade democrática da descentralização administrativa. A dignidade da pessoa humana constitui, pois, um “dado prévio” (a pré – condição”) metalegal e metaconstitucional, mas não necessariamente reduzido a uma concepção metafísica de legitimação da República, visto que assenta no reconhecimento ou outorga de direitos humanos, que se ancoram na “eminente dignidade da pessoa humana, cuja substância assenta na própria pessoa como síntese de corpo, razão e espírito, traduzida numa unidade essencial.

E aplicação do Direito não pode ser socialmente uniforme como no caso da lei do Estado. Decorrente desta perspectiva, o Estado e as instituições dele dependentes devem ser apenas mais uma das ordens normativas em coexistência em determinada circunscrição normativa plural. Reforçamos a ideia de consagração de um pluralismo jurídico forte ou material no sentido da admissão da existência de sistemas autónomos de normas não estaduais, de forma operacionalizar a opção Constitucional do princípio do pluralismo jurídico, promovendo às novas dinâmicas da sociedade, não só, como também na definição de um quadro jurídico – constitucional que espelhe as realidades sociais moçambicanas, isto é, um quadro jurídico – constitucional mais efectivo. Esse facto poderá evitar que a consagração do princípio do pluralismo jurídico na Constituição vigente, possa esgotar por si própria, ficando, no entanto, no mero reconhecimento formal por parte do Estado da existência de ordens jurídicas e instituições de resolução de conflitos não estatais. Para o efeito é fundamental que se desenvolva a necessária regulamentação nacional que defina as respectivas áreas de jurisdição e os mecanismos de referência entre os provedores estatais e não estatais.

2) Quanto aos mecanismos de resolução de conflitos no âmbito do direito consuetudinário moçambicano – o papel da autoridade tradicional

A institucionalização e o reconhecimento formal das autoridades tradicionais ocorreram com a Lei 3/94, de 13 de Setembro, o primeiro diploma legal em matéria de descentralização, que atribuía um papel às autoridades tradicionais no processo de consulta e

tomada de decisões locais e no arbítrio de conflitos e questões relacionadas com o uso da terra. Por razões políticas, a Lei 3/94, de 13 de Setembro, foi substituída pela Lei n.º 2/97, de 18 de Fevereiro, que limita a participação das autoridades tradicionais e sujeita a regulamentação ministerial.

Este preceito evidencia que ao ser incorporado no sistema de administração moçambicana, o chefe tradicional deixou de ser uma “autoridade tradicional” e passou a ser um agente administrativo, ou Régulo. Nesse processo, seu poder continua a ser bastante reduzido, assumindo outras funções, em detrimento das tradicionais, como a recolha de impostos, operações de recenseamento e outras previstas no diploma legal em alusão.

Dessa forma se pode ilidir que o papel da autoridade tradicional no processo de resolução de conflitos na base do direito costumeiro não é muito destacado. Por isso mesmo, o reconhecimento constitucional da autoridade tradicional só viria a acontecer em 2004, na sequência do processo de revisão constitucional que conduziu à aprovação da nova Constituição da República, a 16 de Novembro de 2004, concretamente no seu art. 118º. Com efeito, o art. 118º da Constituição de 2004 estabelece que “o Estado reconhece e valoriza a autoridade tradicional legitimada pelas populações e segundo o direito costumeiro; o Estado define a relação entre a autoridade tradicional e as outras instituições e enquadra a sua participação na vida económica, social e cultural do País nos termos da lei”.

Partindo deste pressuposto, avançamos a ideia de que a relação entre o Estado e as autoridades tradicionais é encarada de um prisma hierárquico de subordinação, visto que a autoridade tradicional está integrada na Administração Pública. Por outro lado, o sistema legal costumeiro na sociedade moçambicana está subordinado e conformado com o direito estatal, e com as normas constitucionais.

Da disposição do art.118º da CRM vigente pode-se constatar que ela não estipula um mínimo constitucional de funções para as autoridades tradicionais. Ela limita-se a reconhecê-las e a remeter para a lei a definição do relacionamento da autoridade tradicional com as demais instituições e enquadra a sua participação na vida económica, social e cultural do País⁷⁵⁵. Partindo desse prisma, a Constituição vigente não define de forma directa o que entende por “Autoridade Tradicional” e nem remete a definição para a lei ordinária.

Com este reconhecimento as autoridades tradicionais passam a desempenhar, na actualidade, um papel similar ao que desempenhavam na época colonial para as administrações locais, colaborando para a formação e consolidação do Estado a nível local.

⁷⁵⁵ Cfr., o nº 2 do art. 118º da CRM/2004.

Em conformidade com o nº 3 do art. 211º da Constituição de Moçambique vigente (2004), «podem ser definidos por lei mecanismos institucionais e processuais de articulação entre os tribunais e demais instâncias de composição de interesses e de resolução de conflitos». Do ponto de vista prático, constata-se que os referidos mecanismos institucionais e processuais de articulação proposta pela Constituição de 2004 para o seu estabelecimento ainda não são efectivos, isto é, ainda não estão definidos. Dessa feita a norma em alusão prevalece num mero formalismo sem uma concretização constitucional.

Verificamos que o Regulamento do Decreto 15/2000, de 20 de Junho, aprovado através do Diploma Ministerial n.º 107-A/2000, estabelece os mecanismos de articulação quanto ao estabelecimento dos deveres e direitos dos interlocutores e na definição das áreas para cada uma. Enquanto isso, o Regulamento sobre a Articulação dos Órgãos das Autarquias Locais com as Autoridades Comunitárias, aprovado pelo Diploma Ministerial 80/2004, de 14 de Maio vai na mesma linha do Decreto 15/2000, de 20 de Junho.

Da análise destes aspectos todos, constatamos que, a articulação estabelecida pelo Decreto 15/2000, de 20 de Junho não está relacionado com a articulação entre os tribunais e outras instâncias de resolução de conflitos no ordenamento jurídico moçambicano. Por isso podemos ilidir que não há integração dos mecanismos tradicionais de resolução de conflitos na estrutura orgânica dos tribunais.

Analisando o elenco de direitos e deveres previstos no Regulamento⁷⁵⁶ do Decreto nº 15/2000, de 20 de Junho, pode concluir – se que a administração estadual abriu espaço para uma interacção formal ou formalizada entre os órgãos estaduais e as autoridades tradicionais, notando-se que na essência é importante perceber que o papel para as chefias tradicionais na lei é uma interacção recomendada mas não vinculativa, reconhece a autoridade mas não confere poder. O poder mandatário permanece no Estado uma vez que a autoridade tradicional não vem de bases estatais, mas sim de bases comunitárias.

Aferir ainda que o Decreto nº 15/2000, de 20 de Junho, vem a incluir as autoridades tradicionais nas demais autoridades comunitárias locais, como prescreve o nº 1º do referido decreto⁷⁵⁷. Dessa forma, evidência uma clara demonstração que o direito estatal tem a pretensão

⁷⁵⁶ Regulamento aprovado pelo Diploma Ministerial nº 107-A/2000, de 25 de Agosto, que entrou “imediatamente” em vigor, isto é, na data da sua publicação (cfr. art. 15º e art. 2º do Diploma Ministerial nº 107 – A/2000, de 25 de Agosto). Esses deveres constam dos arts 4º (Direitos em geral), 6º (direitos dos chefes tradicionais e secretário de bairro ou aldeia) e 8º (Deveres dos chefes tradicionais e secretários de bairro ou aldeia) do Capítulo III (Direitos e Deveres das Autoridades Tradicionais)

⁷⁵⁷ “ nº 1. Para efeitos do presente decreto são autoridades comunitárias os chefes tradicionais, os secretários de bairro ou de aldeia e outros líderes legitimados como tais pelas respectivas comunidades”.

de se constituir na única forma da sociedade. Isto leva-nos afirmar que podemos considerar o direito estatal como dominante, mas não exclusivo nem o mais importante na gestão normativa da maioria da população moçambicana. Por isso a noção do pluralismo jurídico no contexto moçambicano está sendo introduzida paulatinamente na legislação moçambicano, segundo o preceituado no art. 4º da CRM vigente, e que requer seu tempo para mais consolidação.

Denotamos que as autoridades tradicionais e os costumes começam a perder legitimidade e sentido para a maior parte da população rural por causa das mudanças sociais e a modernidade.

Podemos finalizar apontando que o Estado deve estabelecer um *corpus normativo* relativo á aplicação do Direito reconhecido pelas autoridades públicas, *máxime* os tribunais oficiais; normas de recepção e limites, designadamente as que limitam a validade, ou melhor a eficácia das normas vigentes ao nível da comunidade estadual.

3) Quanto a efectivação da lei nº 4/92, de 6 de Maio, como manifestação do pluralismo jurídico moçambicano nos termos do artigo 4º da Constituição da República de Moçambique.

Os tribunais comunitários foram criados pelo Estado através da Lei nº 4/92, de 6 de Maio, são uma prática pluralista alternativa, em nível de legislação e jurisdição, pelo facto de surgir na própria ordem jurídico-legal oficial, cuja pretensão era evitar, no nível da base, o vazio deixado pelos tribunais populares, após a sua eliminação formal.

Recordar que os tribunais populares foram implantados na base do sistema de justiça popular, no período de 1978 a 1992, como já nos referimos. Porém, estas instâncias alternativas não fazem parte da estrutura orgânica judicial do Estado. O legislador justifica a criação destes tribunais fundamentando com base na experiência deste tipo de tribunais e na necessidade de valorizar e aprofundar as diversidades étnicas e culturais de Moçambique. Por isso foram criados para resolver pequenos diferendos dentro da sociedade e para valorizar as diversas práticas de justiça, assim como os usos e costumes que constituem a síntese criadora do Direito Moçambicano⁷⁵⁸.

O surgimento dos tribunais comunitários, como prática alternativa, deve-se à ineficácia de uma legislação estatal importada da metrópole colonizadora e inteiramente desvinculada dos reais interesses dos segmentos maioritários da sociedade moçambicana. Outro entendimento reside pelo facto de que os tribunais comunitários surgiram como forma de se suprir

⁷⁵⁸ Preambulo da Lei n.º4/92, de 6 de Maio, (Lei que cria os Tribunais comunitários)

o tradicional modelo jurídico, exclusivamente unitário, insuficiente para assegurar a realização da justiça no contexto social moçambicano, com particular relevância a justiça comunitária.

Os tribunais comunitários funcionam, na prática, como instâncias extrajudiciais de resolução de conflitos no seio das comunidades, legalmente são instâncias judiciais reconhecidas legalmente. Não fazendo parte da estrutura orgânica judicial do Estado, é imperativo constitucional redefinir a organização judiciária moçambicana, e não como mecanismos extrajudiciais de resolução de litígios.

Em conformidade do preceituado no nº 3 do art. 211º da CRM vigente, permite a definição por lei de mecanismos institucionais e processuais de articulação entre os tribunais judiciais e demais instâncias de composição e interesses e de resolução de conflitos. Porém, os tribunais comunitários, não estando integrados na organização judiciária moçambicana, funcionam em articulação com outras instâncias judiciais, contrariando o dispositivo constitucional. Nesse âmbito é fundamental rever a Lei dos tribunais comunitários de forma adequar à nova realidade jurisdicional, como simplificação dos ritos processuais com o objectivo de tornar os processos mais céleres, eficientes e menos burocráticos.

No caso concreto dos tribunais comunitários, a sugestão assenta sobre um mínimo de procedimento formal, apesar de se manter um maior predomínio de informalidade e de oralidade, para garantir a realização de um processo justo. Deve ser um processo que preserve também as suas características essenciais como utilização das normas costumeiras e línguas nacionais, de forma a evitar o risco de pôr em causa a essência e os objectivos pelos quais foram criados os referidos tribunais, conforme preconiza o preâmbulo da lei 4/92, de 6 de Maio⁷⁵⁹.

A Lei que cria os Tribunais Comunitários estabelece alguns princípios e mecanismos processuais de resolução de conflitos, tais como: jurisdição, competência, funcionamento, a recorribilidade das suas decisões, composição e mandato. Não obstante, não estabelece os mecanismos de articulação com os outros sistemas normativos de resolução de conflitos dentro do mesmo ordenamento jurídico. As suas decisões são recorríveis aos tribunais judiciais.

Os tribunais comunitários são uma entidade jurídica híbrida em que se combinam características da justiça oficial e da justiça não – oficial, são parte integrante do direito e justiça oficial, na predisposição de que foram criados por Lei 4/92, de 6 de Maio.

⁷⁵⁹ “Os tribunais comunitários foram criados para que permitam aos cidadãos resolver pequenos diferendos no seio da comunidade, contribuam para harmonização das diversas práticas de justiça e para o enriquecimento das regras, usos e costumes e conduzam à sinrtese criadora do direito moçambicano”, diferentemente do que dispõe a Constituição em função jurisdicional.

O tribunal comunitário é um mecanismo pós – moderno do direito. Pelo facto de ser um instrumento que envolve a comunidade na resolução de litígios, permitindo uma harmoniosa convivência social, através da utilização de diferentes fontes normativas e a valorização dos direitos humanos, com respeito à identidade, cultural e o acesso à justiça para todos os cidadãos.

Hoje, o peso das autoridades tradicionais, dos tribunais comunitários, bem como das restantes instâncias de resolução de conflitos, previstas ou não na Lei, varia consideravelmente ao nível local, conforme se fazem sentir os diferentes momentos da história do Estado. No entanto, uma vez que nunca foi elaborado o respectivo regulamento, pouco ou nada se fez, sendo que se eles, em princípio, pertencem à organização judiciária, têm sido deixados de lado, sem acompanhamento, apoio ou formação. Nestas condições, na prática, muitos deles funcionam como uma extensão dos Tribunais Populares.

A regulamentação do funcionamento dos tribunais comunitários é urgente, por forma a usarem critérios vigentes nos tribunais formais. Outrossim, a regulamentação da Lei 4/92 de 6 de Maio, daria passos para tornar “real”, o funcionamento dos tribunais comunitários e ajudaria tanto os membros destes tribunais assim como a comunidade a conhecer melhor a legislação assim como do conteúdo. A regulamentação facilitaria a interpretação e melhor aplicação das normas referidas na legislação.

Os tribunais comunitários são híbridos jurídicos na medida em que não são nem inteiramente oficiais nem não oficiais. A ausência da menção aos tribunais comunitários talvez seja a falha mais gritante da Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais. Os tribunais comunitários que foram estabelecidos após a independência são, dentre os fóruns oficialmente reconhecidos, os mais generalizados em Moçambique. Embora juridicamente regulados pela Lei dos Tribunais Comunitários de 1992, que lhes atribui competência legal para julgar disputas cíveis e criminais de menor valor e gravidade, os tribunais comunitários não se encontram reconhecidos na Constituição de 1990 e não têm laços formais com os tribunais judiciais. Na prática, eles não têm recebido apoio financeiro nem material do Governo ou dos tribunais judiciais. Representando um importante passo em frente, a Constituição de 2004 reconheceu a sua existência, sendo agora urgente a aprovação de legislação que enquadre juridicamente este seu novo estatuto, permitindo-se o recurso das suas decisões ao resto do sistema de tribunais, de forma similar ao que ocorre com os tribunais judiciais.

Os tribunais comunitários, de acordo com a Lei que os cria, julgam conflitos de menor gravidade, e são compostos por juízes sem formação técnico-jurídica (em princípio, eleitos

pelas assembleias representativas dos cidadãos); decidem, nos limites da Constituição, de acordo com o bom senso, a equidade e atendendo aos valores sociais e culturais existentes na sociedade moçambicana.

O afastamento dos tribunais comunitários do sistema judicial e a falta de actualização e regulamentação da Lei que os cria agravaram o distanciamento do sistema de administração da justiça dos cidadãos, como acarretou consequências negativas para o funcionamento daqueles mesmos tribunais, pondo em causa a sua eficácia. É dessa forma que a inserção institucional dos tribunais comunitários tornou-se dúbia, não estando claramente definido em que estrutura orgânica se situam, quem os coordena, a quem prestam contas e de que forma o fazem. Nalguns distritos, as direcções distritais de registo e notariado reivindicam o papel de acompanhamento, embora na prática apenas sejam uma instituição de referência para a canalização de relatórios e de algumas receitas dos tribunais comunitários.

Outrossim, há um conflito passivo entre os membros dos tribunais comunitários que são entregues na gestão dos problemas da comunidade, e outros membros da autoridade local (régulos e secretários reconhecidos) que também têm o mesmo papel. Havendo o conflito passivo em causa, urge a necessidade de delimitar as funções de cada um destes órgãos locais para não alimentar as controvérsias que emergem devido a concorrência nesta actividade de gestão e resolução de conflitos.

Devido a pouca importância que se dá aos tribunais comunitários pelo Governo, não existe um mecanismo de articulação entre estas instâncias e Ministério da Justiça e Assuntos Constitucionais e Religiosos, de modo que haja um apoio global (material, financeiro e humano) aos tribunais comunitários no sentido de que funcionem com eficácia.

Os tribunais comunitários, que, de acordo com a legislação moçambicana, “são a base do sistema de administração da justiça no País”, deviam ter competências mais alargadas, ou seja, as de resolver casos sumários, que actualmente são tratados nas instâncias judiciais convencionais.

A lei que cria estes tribunais sublinha que eles servem para a “promoção do acesso à justiça e ao direito, a dinamização e consolidação de uma justiça de proximidade, a prevenção dos conflitos, o reforço da estabilidade social e a valorização, de acordo com a Constituição, das normas, regras, usos, costumes e demais valores sociais e culturais existentes na sociedade moçambicana”. Com base no que foi instituído pela lei, entendemos haver motivos suficientes para o alargamento das competências para conferir mais autoridade a essas instâncias judiciais.

Os tribunais comunitários não só sejam instâncias de resolução de conflitos, mas que desempenhem um papel de instância preventiva de conflitos. Urge a necessidade de promoção de cursos de formação continua aos membros dos tribunais comunitários, de modo que a sua actuação não se distancie dos princípios constitucionais e normas dos direitos humanos, de forma a encontrar uma harmonização dos princípios legais e dos usos e costumes locais. A falta de formação dos membros dos tribunais comunitários põe em causa uma articulação eficiente das dinâmicas locais com as dinâmicas do Estado, presentes e passadas, para constituir um sistema jurídico que embora pluralista seja coerente.

A formação dos membros dos tribunais comunitários deve baseiar-se em interpretação das matérias cuja Lei faz referência, não deixando prestar atenção a conciliação entre aplicação do direito estadual formal e direito costumeiro.

Há tanta uma necessidade de controlo e supervisão dos tribunais comunitários. Não basta que a lei seja aprovada, e a mesma formalmente ajude a solucionar os problemas que a não regulamentação da Lei que cria os respectivos tribunais (Lei nº 4/92, de 6 de Maio, trouxe, é também necessário que a aplicação da mesma seja supervisionada e acompanhada.

Contudo, é fundamental a efectivação do principio constitucional de acesso à justiça tendo em vista:

i. O princípio da igualdade material

Na predisposição de que a população tem a possibilidade de utilizarem o sistema de justiça sem restrições para a defesa de seus direitos. Porém, a utilização do sistema de justiça depende do conhecimento das pessoas sobre o teor de seus direitos e deveres, de um lado. Por outro lado, depende da intimidade que as mesmas tenham com os mecanismos de resolução de conflitos que se encontram à sua disposição.

Para a concretização do princípio da igualdade material é fundamental que as populações tenham, um mínimo de cultura jurídica, cuja disseminação deve ser a cargo ou a responsabilidade do Estado. O Estado pode integrar essas informações no sistema de educação, ou por intermédio do Instituto de Patrocínio e Assistência Jurídica, ou ainda por via das Organizações da Sociedade Civil (ONGs).

Outrossim, a divulgação da cultura jurídica no seio das comunidades onde operam os tribunais comunitários, de forma particular, é imprescindível, no intuito de dar a conhecer os direitos e deveres dos cidadãos. Dessa forma tomarão consciência dos seus actos e mecanismos de reclamação em casos de violação dos seus direitos. Portanto, para a divulgação dos direitos e

deveres dos cidadãos, é papel dos “*mass media*”, constituindo para o efeito, um veículo mais usual e abrangente na divulgação dos direitos sociais.

ii. O acesso aos mecanismos alternativos de resolução de conflitos

Para além das acções que pretendem assegurar a igualdade material no acesso à justiça, a população tem, efectivamente, o acesso aos mecanismos alternativos de resolução de conflitos. Para o efeito, é fundamental valorizar e fomentar a utilização de meios alternativos de resolução de conflitos, comunitários e/ou estatais, tais como a conciliação, a mediação e a arbitragem. Mas para a concretização desse acesso implica sua ampliação na medida em que os meios alternativos de resolução de conflitos apresentam-se mais próximos, simples e desburocratizados, permitindo, assim, a aproximação do sistema de justiça daqueles que, não contemplados pelo sistema tradicional, não chegariam ao sistema de resolução de conflitos.

No caso da mediação, como uma das categorias dentro dos métodos alternativos de resolução de conflitos, propicia a inclusão social, estimula a cidadania e valoriza as lideranças locais. Portanto, decorrente da inacessibilidade dos tribunais judiciais e sendo os tribunais comunitários uma alternativa segura é imprescindível, e imperativo que o Governo apoie os tribunais comunitários proporcionando instalações adequadas e apetrechando-os com equipamento e material disponível. Ademais, o Ministério da Justiça e Assuntos Constitucionais e Religiosos deve melhorar e apoiar o debate actual, segundo o qual é preciso recriar os mecanismos tradicionais de resolução de conflitos.

iii. A utilização do Poder Judiciário para a resolução de conflitos como última *ratio* e desburocratização e democratização do acesso aos tribunais

Neste aspecto corroboramos com Boaventura de Sousa Santos, que deve-se desenvolver a percepção de que os tribunais não podem resolver todos os litígios, devendo-se encontrar outros mecanismos para absorver a demanda por justiça, caminhos que devem passar pela informatização e desjudicialização de certos litígios e pelo desenvolvimento das actividades de conciliação e mediação.

Assim, o acesso à justiça, apesar de intimamente ligado ao Poder Judiciário, pode ocorrer também fora dele. Os meios alternativos de resolução de conflitos são importantes, assim como a consciencialização dos indivíduos sobre seus direitos, o que os aproxima da paz social e, muitas vezes, evita o próprio conflito materializado por meio de um processo judicial.

iv. Efectivação de um sistema jurídico plural

A sociedade moçambicana é de facto plural, tendo em vista aos grupos étnicos que constitui a própria sociedade moçambicana (Macuas, Macondes, Changanas, Chopes, Ndaus, etec). Se a perspectiva for continuar com um excessivo centralismo jurídico, poderá pôr em causa esta pluralidade sociológica da sociedade que comporta a sociedade moçambicana. Por isso é importante reconhecer as diferentes práticas consuetudinárias e estabelecer um diálogo com o Estado, para que este desapropriar-se do monopólio do direito.

Outrossim, não se pode negar a existência de diversas normas que regem os diferentes grupos étnicos dentro da sociedade moçambicana. Para isso, é fundamental que o poder legislativo permita as diferentes jurisdições locais continuarem a exercer o poder que lhes é próprio. Isto não implica esvaziar o poder do Estado com o seu direito estatal, mas sim deixar livre autonomia de gestão da vida social e política dos diferentes grupos étnicos, valorizando a multiculturalidade moçambicana. Isto por que o direito tem as suas fontes enraizadas na sociedade, assim sendo implica que cada grupo dentro da sociedade dispõe de um sistema jurídico próprio mais ou menos autónomo em relação ao direito estadual.

Sendo a sociedade moçambicana formada por diversos extratos sociais, implica a existência de vários sistemas jurídicos, logo o direito estatal não joga necessariamente um papel dominante, pelo facto de ser um direito que não se identifica com a realidade social. Um direito herdado do ocidente. Por isso, ao invés de um pluralismo jurídico em Moçambique, deve-se falar de diversidade de ordens jurídicas, uma vez que essa pluralidade de ordens jurídicas existente depende da tolerância ou da vontade da ordem jurídica estatal.

O nosso País, mesmo depois da colonização, continua a veicular modelos jurídicos ocidentais. Contudo, os diferentes direitos tradicionais, embora terem resistido a alienação do regime colonial, estão a perder a sua força vinculativa, face ao princípio da unidade do Estado, daí a prevalência de um centralismo jurídico.

Contudo, O pluralismo jurídico opõe-se ao monismo, na medida em que aponta para uma perspectiva plural, múltipla, que reconhece a existência de elementos heterogêneos e a diversidade nos campos sociais. Ainda, o pluralismo jurídico efectivo pressupõe que além do Estado, há outros sujeitos/ instituições que criam o Direito.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I. Os Documentos Legislativos

- MOÇAMBIQUE, República Popular de, *Constituição da República Popular de Moçambique* (1975), Publicada pelo Boletim da República, 1ª Série - nº 1, de 25 de Junho de 1975
- República de Moçambique, *Constituição da República de Moçambique* (1990), publicada no Boletim da República, 1ª série – nº 44, Suplemento, de 2 de Novembro de 1990.
- _____, *Constituição da República de Moçambique* (2004), publicados no Boletim da República, 1ª Série – nº 51, de 22 de Dezembro de 2004.
- _____, *Constituição da República de Moçambique* (2004), que inclui a Lei de Revisão Pontual da Constituição (Lei nº 1/2018, de 12 de Junho, publicado no Boletim da República, 1ª Série – nº 115, 2º Suplemento, de 12 de Junho de 2018.
- _____ *Código Civil* (CC), O Código Civil de 1966, aprovado como Código Civil português, pelo Dec – Lei nº 47344, de 25 de Novembro de 1966 e extensivas as províncias ultramarinas pela Portaria nº 22 869, de 4 de Setembro de 1967.

- _____ *Código do Processo Civil (CPC)*, tornado extensivo ao Ultramar pela Portaria nº 19305, de 30 de Julho de 1962, e é entrou em vigor a 1 de Janeiro de 1963. Foi revisto pelo decreto-Lei nº 1/2005, de 27 de Dezembro, e pelo Decreto-Lei nº 1/2009, de 24 de Abril.
- _____. Lei nº 10/92, de 6 de Maio – *Lei da Organização Judiciária de 1992* - publicada no Boletim da República, 1ª Série, nº 19, de 6 de Maio de 1992.
- _____, Lei nº 24/2007, de 20 de Agosto - *Lei de Organização Judiciária, e revoga a Lei nº 10/92, de 6 de Maio* – publicada no Boletim da República, 1ª Série, nº 33, de 20 de Agosto de 2007.
- _____, Lei nº 11/2018, de 03 de Outubro - *Lei que revoga a lei 24/2007, de 20 de Agosto (Lei da Organização Judiciária* – publicada no Boletim da República, 1ª Série, nº 193, de 3 de Outubro de 2018.
- _____, Lei nº 6/92, de 6 de Maio – *A Lei que cria os Tribunais Comunitários*, publicada no Boletim da República, 1ª Série, nº 19, Suplemento, de 6 de Maio de 1992.
- _____. Lei nº 10/2018, de 30 de Agosto - *Lei de Revisão da Lei nº 18/1992, de 14 de Outubro, que cria o Tribunal de Trabalho e Revoga a Lei nº 18/92, de 14 de Outubro, que cria os Tribunais de Trabalho* – publicada no Boletim da República, 1ª Série, nº 171, de 30 de Agosto de 2018.
- _____. Lei nº 23/2007, de 1 de Agosto – *A Lei de Trabalho*, publicada no Boletim da República, 1ª Série, nº 31, Suplemento, de 1 de Agosto de 2007.
- _____, Lei nº 11/99, de 8 de Agosto –, *a Lei que fixa o Regime Jurídico dos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos por indicação à arbitragem, à conciliação e à mediação*, publicada no Boletim da República, 1ª Série, nº 27, Suplemento, de 8 de Agosto de 1999.
- _____, Lei nº 3/94, de 13 de Setembro (*Lei dos Distritos Municipais*), publicado pelo Boletim da República, 1ª Série, nº 37, de 13 de Setembro de 1994, revogada pela Lei 2/97, de 18 de Fevereiro que aprova o *Quadro Jurídico para a Implementação das Autarquias Locais* – publicada no Boletim da República, 1ª Série, nº 7, 2º Suplemento, de 18 de Fevereiro de 1997), actualmente alterada pela *Lei nº 6/2018*, de 3 de Agosto. 1ª Série, nº 153 de 13 de agosto de 2018.
- _____, Lei nº 22/2019, de 11 de Dezembro (*Lei da Família*), publicada no Boletim da República, 1ª Série, nº 239, de 11 de Dezembro de 2019, a que revoga a Lei nº 10/2004, de 25 de Agosto (*Lei da Família*), publicada no Boletim da República, 1ª Série, nº 34, Suplemento, de 25 de Agosto de 2004).
- _____ Lei nº 22/2009, de 28 de Setembro (*Lei da Defesa do Consumidor*), publicada no Boletim da República, 1ª Série, nº 38, Suplemento de 28 de Setembro de 2009.

- _____, Lei nº 12/78, de 2 de Dezembro (*Lei Orgânica dos Tribunais Populares - Regulamenta a estrutura e composição dos Tribunais Populares da Organização Judiciária de Moçambique*), publicado no Boletim da República Popular de Moçambique, 1ª Série, Número 144, de 2 de Dezembro de 1978.
- _____, Decreto 30/2016, de 27 de Julho, publicado pelo Boletim da República, 1ª Série, nº 89, de 27 de Julho de 2016, que revoga o Decreto nº 50/2 de 2009, de 11 de Setembro – *Regulamento da Comissão de Mediação e Arbitragem Laboral*). Publicado no Boletim da República, 1ª Série, Suplemento, de 11 de Setembro de 2009.
- _____. Decreto nº 15/2000, de 20 de Junho: *Estabelece as Formas de Articulação dos Órgãos Locais do Estado com as Autoridades Comunitárias*. Publicado no Boletim da República, 1ª Série, nº 24, Suplemento, de 26 de Junho de 2000.
- _____, Diploma Ministerial nº 80/2004 de 14 de Maio: *Aprova o Regulamento de Articulação dos Órgãos das Autarquias Locais com as Autoridades Comunitárias*. Publicado no Boletim da República, 1ª Série, nº 19, 2º Suplemento, de 14 de Maio de 2004.
- _____, Diploma Ministerial nº 107-A/2000, de 25 de Agosto (*Aprova a Regulamentação do Decreto 15/2000, de 20 de Junho*), publicado pelo Boletim da República, 1ª Série – nº 34, Suplemento, de 25 de Agosto de 2000.

Legislação colonial

- Decreto – Lei nº 22 465, de 11 de Abril de 1933 – *aprova o Acto Colonial, publicado no Diário do Governo, Suplemento, com as alterações constantes da Lei nº 1900, de 21 de Maio de 1935.*
- Acto Colonial aprovado pelo Decreto-Lei nº 22465, de 11 de Abril de 1933 - Publicado no Diário do Governo, Suplemento, *com alterações constantes da Lei nº 1900, de 21 de Maio de 1935.*
- Carta Orgânica do Império Colonial Português de 1933, aprovada pelo Dec. nº 23.228, de 15 de Novembro de 1933, mandada publicar novamente, com alterações, pela Portaria nº 8.699, de 5 de Maio de 1937, rectificada pela Portaria nº 8.730, de 3 de Junho de 1937.
- Dec. - Lei nº 45479, de 30 de Dezembro de 1963, tornando-se extensivo a Moçambique nos termos da Portaria nº 87/70, de 2 de Fevereiro de 1970, do então Ministro do Ultramar, e que se mantém em vigor por força do disposto no nº 1 do art. 31 da Lei n.º 18/92, de 14 de Outubro

II. Monografias, Livros e Obras de Natureza várias

- ABRAHAMSSON, Hans; Nilson, Anders, *Moçambique em Transição, - Um estudo da história de desenvolvimento durante o período 1974 -1992* (Tradução de Dulce Leiria), Maputo, PADRIGU/CEEI – ISRI.
- ALEGRE, Carlos, *Acesso ao Direito e aos Tribunais*, Almedina, Coimbra.1989.
- ASCENSÃO, José Oliveira, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, 13ª edição, Refundida, Edições Almedina, 2011.
- ALVES, Armando M. N. T, *Análise da Política Colonial em Relação à Autoridade Tradicional*. in *Autoridade e Poder Tradicional*, vol. I, Ministério da Administração Estatal – Núcleo de Desenvolvimento Administrativo, 1995.
- ATIENZA, Manuel, *O sentido do Direito*, Escolar Editora, *Verba Legis*, 2014.
- BARDIN, Laurence, *Análise de Conteúdo*, Lisboa 70, 1979.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra Editora, 1998.
- _____, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, José Crespo, *Negociação*, 5ª ed., Edições Silabo, Lisboa, 2016.
- CARRILHO, José Norberto, *O Poder Judicial na Experiência Moçambicana*, In *Controle Social do Poder Político em Moçambique: Divisão de Poderes* (33-50), CEPKA, CIEDIMA, Maputo, 2003.
- CARRILHO, João, *Administração Local e Administração Tradicional de Terras. Poder e Autoridade Tradicional*, vol. I, Maputo, Ministério da Administração Estatal, Núcleo de desenvolvimento Administrativo, 1995.
- CHIBALO, Johane Francisco, *Acesso, Posse e Conflitos, de Terra: Estudo de caso do Distrito de Búzi, 1975 á actualidade*, Maputo, UEM, FLCS, 1999.
- CHORÃO, Mário Bigotte, *Temas Fundamentais de Direito*, Reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 1991.
- CORDEIRO, António Meneses, *Tratado de Direito Civil I: Introdução, Fontes do Direito; Interpretação da Lei; Aplicação das leis no tempo, Doutrina Geral*. 4ª Edição, Reformulada e Actualizada, Edições Almedina, Coimbra, 2012.
- _____, *Tratados de Direito Civil I*, 4ª Edição, Reformulada e Actualizada, Edições Almedina S.A 2012.
- COSTA, António Gaspar de, *Diagnóstico de Focos e Origens de Conflitos Sociais nas Comunidades Urbanas e Periféricas*, Maputo: Editora Escolar, 2003.

- DAVID, René, *os grandes sistemas do direito contemporâneo: Direito Comparado*, 2ª ed., Meridiano, Lisboa, 1972.
- FEIJÓ, Carlos, *A Coexistência Normativa entre o Estado e as Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica Angolana*, Grupo Almedina, Coimbra, 2012.
- FERNANDES, Tiago de Matos, *O Poder Local em Moçambique – Descentralização, Pluralismo Jurídico e Legitimação*, Edições Afrontamento, Porto, 2009.
- FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 15ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2010.
- FONTES, José, *Teoria Geral do Estado e de Direito*, 3ª ed. Coimbra Editora, 2010.
- FRANCISCO, António Alberto da Silva, «*Reestruturação económica e desenvolvimento*», in Santos, Boaventura de Sousa e Trindade, João Carlos (org.); *Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique*; Porto: Afrontamento, Vol. I, Cap. 4, 2003.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Direito Constitucional de Moçambique*, IDiLP, Lisboa/Maputo, 2015.
- GRIFFITHS, Ane, *Pluralismo Jurídico, Justiça e Direitos Humanos, Reavaliando o Direito numa Era Transnacional. A dinâmica do Pluralismo Jurídico em Moçambique*, Maputo, Centro de Estudos Sociais, Aquino de Bragança, 2012.
- GDI (INSTITUTO DE APOIO À GOVERNAÇÃO E DESENVOLVIMENTO), *Evolução Constitucional da Pátria Amada – Moçambique*. CIEDIMA, SARL, Maputo, 2009.
- GOMES, Conceição; et al, *Os Tribunais Comunitários*, In: Santos, Boaventura de Sousa e Trindade, João Carlos (org.); *Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique*, Vol 2, Cap. 19, Porto: Afrontamento, 2003.
- HESPANHA, António Manuel, *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milénio*, Reimpressão, Edições Almedina, 2015.
- IVALA, Adelino Zacarias et al. *Tradição e Modernidade: que lugar para a tradição africana na Governação Descentralizada de Moçambique?* Ministério da Administração Estatal, Projecto de Descentralização e Democratização. Maputo, 1999.
- JUSTOS, A. Santos. *Introdução ao Estudo de Direito*, S/Ed, Coimbra Editora, 2001.
- LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I (artigos 1º a 761º), 4ª edição revista e Actualizada, Reimpressão, Coimbra editora, 1987.
- LISBOA, Roberto Senise, *Manual do Direito Civil*, Vol. 1: *Teoria Geral do Direito*: Saraiva, 8ª ed. – São Paulo: Saraiva Editora, 2013.

- LOFORTE, Ana, *A Gestão e o Maneio dos Recursos Marinhos num Contexto de Conflito: O Caso da Ilha de Moçambique*, in SANTOS, Boaventura Sousa e TRINDADE, João Carlos (orgs), *Conflitos e Transformação Social: Uma paisagem das Justiças em Moçambique*, 2º Vol., cap. 23, Porto, Edições Afrontamento, 2003.
- MAGODE, José Joaquim. *Subsídios para o estudo da Autoridade/Poder Tradicional em Moçambique – Uma Abordagem Histórico – Antropológica*, in *Autoridade e Poder Tradicional*, vol. I, Ministério da Administração Estatal – Núcleo de Desenvolvimento Administrativo, 1995.
- MENESES, Maria Paula; FUMO, Joaquim, MBILANA, Guilherme; GOMES, Conceição, *As Autoridades Tradicionais no Contexto do Pluralismo Jurídico*, in SANTOS, Boaventura Sousa e TRINDADE, João Carlos (orgs), *Conflitos e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique*, 2º Vol., cap. 20, Porto, Edições Afrontamento, 2003.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV: *Direitos Fundamentais*, 3ª edição, Revista e Atualizada, Coimbra editora, 2000.
- _____, *Manual de Direito Constitucional – Tomo I – Preliminares: O Estado e os Sistemas Constitucionais*, 7ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- MORAES, Alexandre de, *Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Doutrina e Jurisprudência*, 8ª ed., Editora Atlas S.A., 2007
- MONDLANE, Carlos Pedro, *Código do Processo Civil Anotado e Comentado*, Escolar Editora, 2014.
- NAVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 2ª ed. Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010.
- NEGRÃO, José, *Terra e Desenvolvimento Rural em Moçambique*, não publicado, Maputo, 1998.
- NILSON, Anders, *Legitimidade, Economia, Conflito e Guerra. Autoridade e Poder Tradicional*, vol. I, Maputo, Ministério da Administração Estatal – Núcleo de Desenvolvimento Administrativo, 1995.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de, *De Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva. 1997.
- PEREIRA, António Pinto, *Princípios Gerais de Direito*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.
- PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico – Direito Civil, Direito Processual Civil, Organização Judiciária*. Vol. I. 5ª ed., Almedina, Porto, 2008.
- REALE, Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, 10ª ed., revista, Livraria Almedina, Coimbra, - 1982.

- _____, *Teoria Tridimensional do direito*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2000.
- _____, *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas*, Edições Afrontamento, Porto, 1996.
- _____, *Pela Mão de Alice: O Social e o Poder na pós - modernidade*, 3ª ed., São Paulo: Cortez, 1997
- _____, *o Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico*, in SANTOS, Boaventura de Sousa, TRINDADE, João Carlos (Orgs), *conflito e Transformação Social: uma Paisagem das Justiças em Moçambique*, Vol.1, Cap.1, Porto, Edições Afrontamento, 2003.
- SERRA, Carlos Manuel, *Estado, Pluralismo Jurídico e Recursos Naturais: Avanços e Recuos na Construção do Direito Moçambicano*, Escolar Editora, 2014.
- SEVERINO, António Joaquim, *Metodologias do Trabalho Científico*, 21ª Edição, Revista e Ampliada, Cortez Editora, 2000.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de; GALVÃO, Sofia, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5ª ed., Lex Lisboa, 2000.
- TELLES, Inocêncio Galvão, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. I, 11ª edição Reimpressão, Coimbra editora, 2010.
- Trindade, João Carlos , «*Rupturas e Continuidades nos Processos Políticos e Jurídicos*» in Santos, Boaventura de Sousa e Trindade, João Carlos (org.), *Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique*, Porto: Afrontamento, Vol I, Cap. 2, 2003.
- TRINDADE, João Carlos; PEDROSO, João. *Administração da Justiça Oficial: A Caracterização do Sistema Judicial e do Ensino e Formação Jurídica*; in Santos, Boaventura de Sousa e Trindade, João Carlos (org.), *Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique*; Porto: Afrontamento; Vol. I, Cap. 8, 2003.
- VARELA, Antunes e LIMA, Pires, *Código Civil Anotado*, Volume I, 4ª edição revista e Actualizada, Coimbra Editora, 1987.
- ZIPPELIUS, Reinhold, *Filosofia do Direito*, tradução de António Franco e António Francisco de Sousa, *Quid Iuris* Sociedade Editora Lda, Lisboa, 2010.

III. Artigos, Revistas, Periódicos e outras publicações Electrónicas

- ARAÚJO, Thicianna da Costa Porto, *Acesso à Justiça e a Efetividade do Processo*, *Revista Tema*, Revista Eletrónica do Centro de estudos Superior e Desenvolvimento, Campina Grande v. 8, número 12 - Janeiro / Junho 2009, disponível no revistatema.facisa.edu.br/index.php/revistatema/article/view/17, acessado no dia 13 de Outubro de 2018.

- UCAMA, Antônio Costa David, *A Independência do Poder Judicial em Moçambique versus Morosidade e Incerteza das Decisões Judiciais*, *Ballot*. Rio de Janeiro: UERJ. Volume 2, Número 1 Janeiro/Abril 2016. pp. 95-112, disponível em: [<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/ballot>] acessado no dia 21 de Agosto de 2019.
- ARAÚJO, Sara, *O Estado Moçambicano e as Justiças Comunitárias: Uma História Dinâmica de Imposições e Respostas Locais Diferenciadas*. ESTUDO GERAL Repositório Científico da UC, Universidade de Coimbra, disponível no <http://hdl.handle.net/10316/42715>. Acessado no dia 05 de Julho de 2019.
- ARAÚJO, Sara, *O Estado e as Instâncias Comunitárias de Resolução de Conflitos em Moçambique, Das Diferentes Políticas Impostas à Diversidade de Respostas locais*, CODESRIA, 12a Assembleia Geral Governar o Espaço Público Africano, Universidade de Coimbra, 2008, disponível no <http://www.codesria.org.pdf>, acessado no dia 10 de Agosto de 2019.
- ARAÚJO, Sara, *Pluralismo jurídico em Moçambique. Uma Realidade em Movimento*, *Revista Sociologia Jurídica*, nº 06 – Janeiro/Junho 2008. www.https://sociologiajuridicadotnet.wordpress.com/pluralismo-juridico-em-Moçambique-uma-realidade-em-movimento/ acessado no dia 10 de Outubro de 2018.
- SACRAMENTO, Luís Filipe, *Reforma Legal no Âmbito do Direito de Família e das Sucessões: Algumas Reflexões*. *Revista Jurídica da Universidade Eduardo Mondlane*, v.4, Dez. 2000.
- Comissão Intergovernamental da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre a propriedade intelectual e os recursos genéticos, *Os Conhecimentos Tradicionais e o Folclore, o Direito Consuetudinário e os Conhecimentos Tradicionais*, Genebra Suíça, 2016, revista nº 7, disponível: www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_tk_7.pdf), acessado nos dias 3 de Abril de 2019.
- CURI, Melissa Volpato, *O Direito Consuetudinário dos Povos Indígenas e o Pluralismo Jurídico*, Espaço Ameríndio, Porto Alegre, v. 6, n. 2, pp. 230-247, jul./dez. 2012, Artigo publicado [https://www.seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/32216/](https://www.seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/32216) acessado nos dias 27/02/2019.
- DELLGNEZZE, Rene, “*O Pluralismo Jurídico*”. E- *Revista Facitec* 1.12 (2017), p.2, disponível no <http://periodicosbh.estacio.br/index.php/erevistafacitec/article/view/3168/1440>, acessado no dia 15 de Outubro de 2018.
- FORQUILHA, Salvador Cadete, «*O Paradoxo da Articulação dos Órgãos Locais do Estado com as Autoridades Comunitárias em Moçambique: Do Discurso sobre a Descentralização à conquista dos Espaços Políticos a nível local*», *Cadernos de Estudos Africanos* [Online], 16/17 | 2009, posto online no dia 22 Julho 2012, consultado o 18 de Outubro de 2018, disponível no [URL:http://cea.revues.org/187](http://cea.revues.org/187) ; DOI : 10.4000/cea.187.

- GUNDEL, Priscila Lutz; GODOI, João Adelar Mallmann, *De Eficácia dos Meios Alternativos na Resolução dos Conflitos: Mediação, Arbitragem e Práticas Restaurativas frente ao Novo Código de Processo Civil*, 9ª Jornada de pesquisa e 8ª jornada de extensão do Curso de Direito de FAMES, disponível no [fames.edu.br/jornada-de-direito/9ª-jornada-em-extensao-do-curso-de-direito/artigos/meios-alternativos-de-resolucao-dos-conflitos-mediacao-arbitragem-e-praticas-restaurativas/e3-06.pdf](http://fames.edu.br/jornada-de-direito/9a-jornada-em-extensao-do-curso-de-direito/artigos/meios-alternativos-de-resolucao-dos-conflitos-mediacao-arbitragem-e-praticas-restaurativas/e3-06.pdf), acessado no 23 de Agosto de 2018.
- MABASSO, Eliseu, *Língua Oficial, Direito Positivo e Direito Costumeiro nas Esquadras de Moçambique: Um caso para a Linguística Forense*, in Rev. Cient. UEM, Ser: Letras e Ciências Sociais, Vol. 1, Nº 0, pp 40-61, 2012, *Revista* publicada no <http://www.revistacientifica.uem.mz/index.php/LCS/article/view/12>, acessado nos dias 27 de Fevereiro de 2019.
- Mauro Vasni Paroski, *Do Direito Fundamental de Acesso à Justiça*. In *SCIENTIA IURIS*, Londrina, v. 10, pp. 225-242, 2006, p. 229, *Revista* Electrónica disponível no www.uel.br/revistas/uel/index.php/uris/article/view/4132, acessado no dia 12 de Outubro de 2018.
- MENESES, Maria Paula, «Poderes, Direitos e Cidadania: O ‘Retorno’ das Autoridades Tradicionais em Moçambique», *Revista* Crítica de Ciências Sociais [Online], 87 | 2009, colocado online no dia 15 Outubro 2012, criado a 30 Setembro 2016. URL: <http://rccs.revues.org/1428>; DOI: 10.4000/rccs.1428, acessado no dia 20 de Dezembro de 2018.
- OLIVEIRA, Jean Carlos Santos, *Do Monismo Estatal ao Pluralismo Jurídico*. Disponível em http://www.direitonet.com.br/textos/x/10/41/1041/DN_monismo_estatal_ao_pluralismo_juridico.doc Acesso em 23 nov. 2007, recuperado nos dias 22 de Janeiro de 2018.
- PAULA, Jónatas Luiz Morera de, *O Costume no Direito*, Akropolis – Revista de Ciências Humanas da UNIPAR, V.5, 18 (1987), disponível no site revistas.unipar.br/infex.php/akropolis/article/view/1695 – acessado nos dias 2 de Março de 2019.
- QUEIROZ, Donner Rodrigues; et al, *Mecanismos Alternativos de Resolução de Conflitos*, *Revista* Ius Gentium.jan./jun2014.Disponível: <https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/viewFile/133/pdf>. Acesado no dia 23 de Agosto de 2018.
- SABADELL, Ana Lucia, *Manual de Sociologia Jurídica. Introdução a uma Leitura Externa do Direito*, 3ª ed. São Paulo, *Revista* dos Tribunais, 2005, p.120, disponível no http://www.arnaldomartinez.net/Socjur/socjur_unidad01.pdf, recuperado nos dias 22 de Janeiro de 2018.
- SANTOS, Boaventura Sousa, “The Post-Modern Transition: Law and Politics”, Oficina do CES, 8, 1989, pp. 43-44, <https://ces.uc.pt/publicacoes/outras-publicacoes-e-colecoes/oficina-do-ces/numeros/oficina-8>, acessado no dia 01 de Março de 2020.

- SILVA, Douglas, *Direito X Justiça*, artigo, disponível em: <http://doglassilva.jusbrasil.com.br/artigos/113728391/direito-x-justica>, acessado nos dias 10 de Março de 2019.
- SILVA, José Afonso, *Acesso à Justiça e Cidadania*, *Revista* de direito administrativo, Rio de Janeiro, 216: 9-23, abr./jun. 1999, disponível na bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47351/. Acessado no dia 10 de Outubro de 2018.
- XAVIER, Beatriz Rêgo - *Um Novo Conceito de Acesso à Justiça: Propostas para uma melhor Efetivação de Direitos*, Pensar: *Revista* de Ciências Jurídicas, artigo disponível no Periodicos.unifor.br/rpen/article/view/716. Acessado nos dias 13 de Outubro de 2018.

IV. Dissertações/Teses

- BUCHILI, Beatriz, *O Pluralismo Jurídico e a realidade sociocultural de Moçambique*, dissertação do mestrado, UFRGS, 2006, disponível no <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/1314/>, acessado nos dias 4 de Abril de 2019.
- GOMES, Daniela Vasconcelos, *A importância do Exercício da Cidadania na Efectivação do Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado*, Dissertação de mestrado, Universidade de Caxias do sul, 2007, disponível no <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp067662.pdf>, acessado nos dias 16 de Fevereiro de 2020.
- HENRIQUES, Henriques, *O Direito Internacional e a Constituição de Moçambique: Encontros e Desencontros à Luz do Pluralismo Jurídico Global*, Tese de Doutoramento em Direito Público, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2015, disponível no site https://run.unl.pt/bitstream/10362/19529/1/Henriques_2016pdf.pdf.
- PATRICIO, Ana Esteves, *Dinâmicas do Pluralismo Jurídico em Moçambique: Estudo de Caso do Distrito de Mossurize*, Tese de Doutoramento, ISCTE- Instituto Universitário de Lisboa, 2016, disponível no repositório.iscte-iul.pt, acessado no <http://hdl.handle.net/10071/14388>, recuperado no dia 1 de Outubro de 2019.

V. RELATORIOS DE ESTUDO E ESTATÍSTICOS

- MOÇAMBIQUE, Instituto Nacional de estatística, *Anuário Estatístico da Província de Nampula*, Maputo, 2018.
- MORAIS, Barbosa, *Os Desafios do Cidadão no Acesso aos Tribunais Comunitários, Caso da Província de Nampula. Cidade de Nampula, Lalaua, Mecuburi, Meconta, Moma, Mossuril e Nacaroa*, CEPKA - UCM CIEDIMA, Maputo.

- OPEN SOCIETY FOUNDATION, MOÇAMBIQUE, *O Sector de Justiça e o Estado de Direito*, Documento para o Debate – Um relatório publicado pela Open Society Initiative for Southern Africa, África do Sul, 2006.