

# Revista do Direito de Língua Portuguesa

Ano III · Número 6

Julho · Dezembro de 2015



# Revista do Direito de Língua Portuguesa

Ano III · Número 6

Julho · Dezembro de 2015

DIRETOR

JORGE BACELAR GOUVEIA

DIRETORES-ADJUNTOS

JOSÉ JOÃO ABRANTES

CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO

SECRETÁRIA

INÊS BRAGA



IDiLP

INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA



FACULDADE DE  
DIREITO  
UNIVERSIDADE  
NOVA DE LISBOA

# Índice Geral

## I – DOCTRINA

### Fernando Francisco

Garantias dos Agentes da PRM face às Restrições Impostas ao Exercício de Direitos e Liberdades Fundamentais dos Cidadãos na sua Condição de Polícia . . . . .	7
---	---

### Jonas Gentil e Januário Jhúnior G. Ceita

São Tomé e Príncipe e o Estatuto do Tribunal Penal Internacional . . . . .	33
--	----

### Jorge Bacelar Gouveia

As fontes do Direito de Moçambique . . . . .	107
--	-----

### Jorge Bessa

Notas sobre o Sistema Eleitoral Angolano . . . . .	137
--	-----

### Miguel Ganga

A Segurança como Função do Estado em Angola . . . . .	173
---	-----

### Valerio de Oliveira Mazzuoli

Direitos comunicativos como direitos humanos: abrangência, limites, acesso à Internet e direito ao esquecimento . . . . .	219
---	-----

## II – ATIVIDADE DO INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

IV CONDILP – Congresso do Direito de Língua Portuguesa – São Tomé, 20 e 21 de outubro de 2015 . . . . .	243
---	-----

### Jorge Bacelar Gouveia

Direito Constitucional de Moçambique – lançamento em Lisboa, Nampula e Maputo . . . . .	251
---	-----

# As fontes do Direito de Moçambique<sup>1</sup>

## *Sources of Law in Mozambique*

JORGE BACELAR GOUVEIA<sup>2</sup>

**Resumo:** Este texto apresenta o quadro das fontes do Direito de Moçambique, mas mudando o paradigma da sua análise, que tradicionalmente tem sido centrada no Código Civil, perspectiva tanto mais obsoleta quanto é certo tal código ter começado a vigorar em Moçambique num tempo em que este país nem sequer tinha ascendido à sua independência.

Daí que pareça lógico que essa apreciação seja feita com base nas opções fundamentais que a Constituição da República de Moçambique de 2004 tem nesta matéria, não esquecendo a singularidade do reconhecimento constitucional explícito do princípio do pluralismo jurídico que na temática das fontes do Direito tem uma das suas mais expressivas concretizações.

*Palavras chave:* fonte de Direito, Direito Moçambicano, Constituição, lei, costume, jurisprudência.

**Abstract:** This paper presents the framework of the sources of law in Mozambique, but changing the paradigm of its analysis, which has traditionally been centered on the Civil Code, perspective very obsolete considering the fact that this Civil Code started to take effect in Mozambique at a time when this country was not independent yet.

Hence, it seems logical that such an assessment is made based on the basic choices that the Constitution of the Republic of Mozambique 2004 has in this field, not forgetting the uniqueness of explicit constitutional recognition of the

---

<sup>1</sup> Entregue: 1.10.2015; aprovado: 2.11.2015.

<sup>2</sup> Professor Catedrático da Universidade Nova de Lisboa e da Universidade Autónoma de Lisboa. Presidente do Instituto do Direito de Língua Portuguesa. Morada: Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa.

principle of legal pluralism that the theme sources of law has one of his most significant achievements.

*Key words: Sources of Law, Mozambique, Constitution, law, custom, jurisprudence.*

## § 1.º

### O PROBLEMA DAS FONTES DE DIREITO

#### 1. O sentido geral das fontes de Direito

I. As *fontes de Direito*<sup>3</sup>, representando os mecanismos que originam as respetivas normas e princípios, são uma aplicação metafórica proposta de MARCO TÚLIO CÍCERO, mas que tem perdurado ao longo dos séculos.

Parece ser assim conveniente apresentar um esboço geral da localização das fontes do Direito no campo abrangente da Teoria Geral do

---

<sup>3</sup> Quanto às fontes do Direito em geral, nas respetivas conceções e categorias, v. ANGEL LATORRE, *Introdução ao Direito*, Coimbra, 1978, pp. 67 e ss.; J. BATISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1983, pp. 153 e ss.; JOSÉ DIAS MARQUES, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5.ª ed., Lisboa, 1986, pp. 81 e ss.; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, I, 11.ª ed., Coimbra, 1999, pp. 61 e ss.; NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português – fontes de Direito*, 3.ª ed., Lisboa, 2000, pp. 445 e ss.; A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra, 2001, pp. 181 e ss.; MIGUEL REALE, *Teoria Tridimensional do Direito, Teoria da Justiça e Modelos do Direito*, Lisboa, 2003, pp. 223 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público*, 4.ª ed., Coimbra, 2011, pp. 121 e ss., e *Manual de Direito Constitucional*, I, 5.ª ed., Coimbra, 2013, pp. 563 e ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13.ª ed., Coimbra, 2005, pp. 255 e ss.; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, I, Coimbra, 2004, pp. 343 e ss.; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra, 2005, pp. 63 e ss.; ARTHUR KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, Lisboa, 2004, pp. 150 e ss.; JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos*, Coimbra, 2008, pp. 90 e ss.; BENJAMIM ALFREDO, *Noções elementares de Direito*, Maputo, 2014, pp. 70 e ss.

Direito, onde têm um lugar central, nela se esclarecendo os termos por que hoje cada uma das suas modalidades assume a devida relevância na construção da Ordem Jurídica.

Depois de feito esse enquadramento geral, chegará o momento de se apreciar a respetiva pertinência no Direito Constitucional Moçambicano, não esquecendo, neste caso, as particularidades que se impõem a partir do fenómeno específico que é a Constituição.

II. Simplesmente, antes de nos abalancharmos a esta tarefa, importa saber em que sentido estamos falando de fontes do Direito.

São múltiplos os sentidos possíveis de fontes do Direito, havendo duas clássicas contraposições a este propósito<sup>4</sup>:

- *entre fontes materiais e fontes formais*: as fontes materiais manifestando a razão de ser das normas e as fontes formais dando conta do modo de revelação das normas; e
- *entre fontes imediatas e fontes mediatas*: as fontes imediatas sendo os esquemas de revelação do Direito, sem qualquer outra consideração, e as fontes mediatas contendo os esquemas de revelação do Direito apenas como capacidade de influenciar as opções que aquelas primeiras fontes determinaram.

Num certo sentido, em que a interinfluência dos comportamentos e dos pensamentos é grande, encontramos em quase toda a parte uma fonte do Direito.

Não se julga, porém, que essa aceção, pelo seu carácter difuso e excessivamente amplo, possa ser alguma vez útil na delimitação do nosso campo de análise e traçar a destriça – esse é o ponto central – entre as opções normativas a que devemos obediência e todas as outras que apenas relevam no domínio do político, do social, do cultural ou do psicológico, mas que não têm a virtualidade de fazer nascer um dever-ser jurídico.

---

<sup>4</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, I, pp. 564 e 565.

Com base nestes pressupostos, esta indagação só seria aceitável se se circunscrevesse às *fontes formais de Direito*<sup>5</sup>, que são as verdadeiras fontes jurídicas operativas e relevantes, *no respetivo sentido jurídico como modos de produção e de revelação de normas e princípios jurídicos*<sup>6</sup>.

Tudo isto não quer dizer que as fontes materiais ou as fontes mediatas não tenham interesse para o Direito: mas relevam da Política Legislativa ou de marginais aspetos relacionados com as diversas tarefas de hermenêutica jurídica, como os fatores sociais e históricos, não ao nível mais profundo da criação do Direito<sup>7</sup>.

III. O sentido das fontes formais de Direito que se considera relevante não toma especificamente em consideração a ambivalência que nelas se regista entre a “formação” e a “revelação” das regras e dos princípios jurídicos, ambas as definições sendo válidas, se bem que com a ideia de que a “formação” se mostra mais afeiçãoada ao Direito Público e a “revelação” está mais atenta ao Direito Privado.

Escusado será dizer que as fontes formais de Direito com que se trabalha dizem só respeito ao Direito Objetivo, a esfera do Direito que é geral e abstrato: elas não se relacionam com o outro hemisfério, o do Direito Subjetivo, composto por todas as situações jurídicas, que ligam as pessoas ao aproveitamento dos bens.

Cumpra ainda não esquecer que o conceito de fonte formal do Direito, diferentemente do que tem sido tradicional, é mais amplo por neles se incluírem os esquemas de produção e de revelação dos princípios jurídicos, e não unicamente das normas jurídicas, estas se entendidas em sentido restrito, por contraposição àqueles.

---

<sup>5</sup> Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução...*, I, p. 35.

<sup>6</sup> Como tão bem explicita MIGUEL REALE (*Teoria Tridimensional...*, pp. 226 e 227), “Prefiro afirmar que uma norma, para que possa ser considerada *norma jurídica* e, como tal, dotada de *vis compulsiva*, precisa satisfazer um conjunto de requisitos concernentes à sua elaboração, o que quer dizer que ela deve ser emanada pela *fonte do Direito* correspondente à sua natureza e finalidade”.

<sup>7</sup> Como elucidativamente escreve ARTHUR KAUFMANN (*Filosofia...*, p. 150): “As fontes de Direito em sentido próprio são apenas as normas que sejam determinantes para a decisão jurídica em face de uma situação da vida, não o que (como, por exemplo, um livro de doutrina) serve para a descoberta e compreensão nas fontes de Direito.”

É notório que os princípios gerais do Direito são muitas vezes referenciados como fonte autónoma do Direito, permitindo ir mesmo mais longe do que através das mais habituais fontes do Direito.

Contudo, os princípios gerais de Direito são eles próprios partes integrantes da Ordem Jurídica, não se julgando obviamente viável que algo seja o resultado e a origem do resultado de si mesmo.

É assim que os princípios gerais se colocam na sua devida importância sistemática, ao invés de um apagado papel de ator secundário na Teoria das Fontes do Direito que a doutrina antiga lhes tem reservado.

IV. A tipologia tradicional das fontes de Direito<sup>8</sup> faz incluir no respetivo elenco, embora dando-lhes diferentes relevâncias, *a lei, o costume e a jurisprudência*. A *doutrina*, outrora importante fonte de Direito, deixou de o ser, para alguns podendo ser repescada – a nosso ver, mal – na fórmula equívoca de “fonte material” do Direito<sup>9</sup>.

A *lei* ocupa, de há bastante tempo a esta parte, sobretudo com a Idade Contemporânea, um lugar privilegiado, ao traduzir uma vontade ordenadora central de disciplina social, democraticamente legitimada e oficialmente proclamada. A lei é entendida, deste modo, como a formulação voluntária de um dever-ser jurídico, decretada por uma autoridade pública.

O *costume*, pelo contrário, reflete um comportamento espontâneo, aceleradamente em perda de terreno por referência à capacidade de especialização material oferecida pela lei, embora nele se dê um íntimo entrelaçamento entre a dimensão ordenadora e o respetivo acatamento social. O costume é avaliado como um comportamento que, sendo praticado, adquire a essência de dever-ser jurídico.

A *jurisprudência*, nalguns casos, posiciona-se como fonte normativa porque, a partir da aplicação do Direito, podem emergir orientações normativas de caráter permanente, no futuro genericamente aplicáveis pelos diversos operadores jurídicos. A jurisprudência é diversa da lei

---

<sup>8</sup> Quanto às fontes de Direito em Moçambique, v. BENJAMIM ALFREDO, *Noções elementares...*, pp. 71 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito Constitucional de Moçambique*, Maputo-Lisboa, 2015, pp. 394 e ss.

<sup>9</sup> Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução...*, I, pp. 355 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, I, pp. 566 e 567.



– apesar de igualmente afirmada por uma autoridade pública, como são os tribunais – porque as respetivas formulações de um dever-ser jurídico estão condicionadas à aplicação do Direito pré-existente, só que ganhando a sua relevância no seu aperfeiçoamento, correção e preenchimento.

## 2. A obsoleta resposta tradicional: as fontes de Direito no Código Civil

I. Sendo este o entendimento geral acerca da relevância atual da tipologia das fontes do Direito, pergunta-se até que ponto ela leva em linha de conta as opções do Direito Moçambicano, posto que não seja de excluir que cada Ordenamento Jurídico tenha, nesta matéria, um entendimento específico.

De resto, é mesmo este o ponto crucial que permite destringir entre um sistema jurídico romano-germânico, de cunho europeu continental, e um sistema jurídico anglo-saxónico, que, sendo originário do Reino Unido, depois se propagaria para outras paragens<sup>10</sup>.

A resposta tem sido habitualmente dada com recurso ao Código Civil (CC), que contém um conjunto de disposições iniciais sobre a temática das fontes do Direito, afirmando-se o seguinte, em preceito com a precisa epígrafe “Fontes imediatas”<sup>11</sup>:

- “São fontes imediatas do Direito as leis e as normas corporativas”<sup>12</sup>;
- “Consideram-se leis todas as disposições genéricas providas dos órgãos estaduais competentes...”<sup>13</sup>.

Por outro lado, equaciona-se no mesmo capítulo do CC sobre as *Fontes do Direito* o valor jurídico dos usos, preceituando-se que “Os

---

<sup>10</sup> Em relação à importância das fontes do Direito para destringir entre os sistemas romano-germânicos e os sistemas anglo-saxónicos, v. MIGUEL REALE, *Teoria Tridimensional...*, p. 225; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, pp. 153 e ss.

<sup>11</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, I, pp. 567 e ss.

<sup>12</sup> Art. 1, n.º 1, do Código Civil (CC).

<sup>13</sup> Art. 1, n.º 2, primeira parte, do CC.

usos que não forem contrários aos princípios da boa-fé são juridicamente atendíveis quando a lei o determine”<sup>14</sup>.

A análise deste enunciado permite observar que se adota a categoria das *fontes imediatas do Direito*, nessa qualidade o CC aludindo às “leis”, não se referindo a quaisquer outras fontes, nem mesmo às fontes mediatas, além da oblíqua alusão ao valor jurídico dos usos.

II. Esta é uma maneira totalmente errada de ver o problema porque são várias as dúvidas que se detetam no ponto de partida que o CC pretende fornecer neste domínio, as quais se sintetizam nesta lista<sup>15</sup>:

- a *desfocada conceção definitiva das fontes do Direito em geral*;
- a *omissão de outras fontes normativas igualmente relevantes*;
- a *insuficiente identificação das fontes normativas previstas*<sup>16</sup>.

III. É na matéria da definição das fontes normativas pertinentes que se assinala o mais grave erro que se pode assacar ao CC nestes preceitos iniciais, já que assume a pretensão de levar a cabo a esquematização das fontes do Direito consideradas atendíveis no seio da globalidade do Ordenamento Jurídico.

Tudo estaria bem para esta perspectiva do CC se ao mesmo fosse reconhecida qualquer primazia definitiva na estruturação do Ordenamento Jurídico. Só que não se pode esquecer que esta função sempre estará cometida à Constituição do Estado: é a ela que cumpre, de entre

---

<sup>14</sup> Art. 3, n.º 1, do CC.

<sup>15</sup> Cfr. as críticas em relação a preceitos semelhantes do CC de Portugal de DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Da necessidade de revisão dos artigos 1.º a 13.º do Código Civil*, in THEMIS – *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, ano 1.º, n.º 1 de 2000, Lisboa, pp. 9 e ss., e *Manual de Introdução...*, I, pp. 367 e ss., de JORGE MIRANDA, *Em vez do Código Civil, uma lei sobre leis*, in AAVV, *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, I, Coimbra, 2008, pp. 91 e ss., e de JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, I, pp. 568 e ss.

<sup>16</sup> Problemas idênticos suscita a questão das fontes do Direito Internacional Público quando equacionada a partir do art. 38.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça. Cfr., por todos, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, pp. 125 e ss.

múltiplas outras tarefas, a definição das fontes normativas relevantes para a edificação da Ordem Jurídica<sup>17</sup>.

Decerto que esse empenho não cabe a nenhum Código Civil, que além de não possuir a força jurídico-hierárquica que só um texto constitucional pode ter, oferece uma visão muito estreita, por se limitar ao Direito Civil como ramo jurídico, por mais geral e comum que seja entendido.

Qualquer Código Civil – por muito que isso custe aos civilistas – é sempre e tão-só um Código Civil, não se podendo dele esperar aquilo que ele nunca poderá dar, sob pena da subversão da estruturação do Direito no Estado Contemporâneo e em cujo nome se fez a revolução constitucional.

IV. O CC tem também a falha de fornecer um sentido deficiente acerca das fontes do Direito quando se “esquece” de mencionar algumas das que são absolutamente relevantes, deitando por terra o bom intuito de fazer, com o mínimo de felicidade, a certa indicação dessas fontes.

A deficiência mais significativa de todas é a da omissão do costume da categorização como fonte imediata do Direito, dado que não integra a disposição do art. 1 do CC. É tido por seguro que o costume é uma fonte de Direito na sua veste de fonte espontânea, não criada, que brota da convivência social, dotando-se normalmente de um alto grau de efetividade normativa<sup>18</sup>.

É óbvio que se pode dizer – e consideramos essa asserção rigorosamente verdadeira – que “o costume não precisa de pedir licença à lei para se afirmar como tal” ou, numa versão mais radical, que no momento em que fosse reconhecido pela lei, ele perderia a sua autonomia conceptual e deixaria de ser um genuíno costume...

Todavia, não se crê que este fosse um obstáculo insuperável, bastando elencar o costume no conjunto das fontes normativas admis-

---

<sup>17</sup> V. a crítica geral, para o Código Civil de Angola, semelhante ao de Moçambique, de CARLOS BURITY DA SILVA, *A necessidade da revisão do Código Civil Angolano – princípios estruturantes e eixos fundamentais da reforma*, in *ReDiLP – Revista do Direito de Língua Portuguesa*, ano I, n.º 2 de 2013, pp. 17 e ss.

<sup>18</sup> Cfr. CARLOS BURITY DA SILVA, *A necessidade da revisão...*, pp. 18 e 19.

síveis, o que não seria necessariamente reconhecido como a fonte da respetiva admissibilidade jurídico-positiva.

Outra anomalia de que padece o CC na enunciação das fontes de Direito atinge parte da jurisprudência, pois que são algumas as situações em que as decisões dos tribunais assumem uma natureza normativa além das que se encontram cobertas pela alusão aos “assentos”<sup>19</sup>, faltando a referência a outras decisões judiciais identicamente normativas: os acórdãos com força obrigatória geral que a Constituição da República de Moçambique de 2004 (CRM) admite que o Conselho Constitucional possa produzir<sup>20</sup>.

V. Em relação à caracterização da fonte legal, o CC é muitíssimo pobre, não obstante o esforço de proceder à sua formulação, ao dizer que “Consideram-se leis todas as disposições genéricas provindas dos órgãos estaduais competentes”<sup>21</sup>.

O conceito de lei é polissémico, sendo múltiplas as aceções por que pode ser desdobrado, da mais ampla de todas – equivalendo ao próprio Direito – à mais restrita – a lei da Assembleia da República.

Porém, dela certamente fugirão algumas das mais amplas aceções, que assim não se mostram relevantes, para além da total desconsideração das fontes externas do Direito Moçambicano, que dele fazem parte integrante, como é o Direito Internacional Público, geral e regional.

### 3. A nova resposta constitucional: a Constituição como *norma normarum*

I. Tudo isto implica que não é ao CC que se pode deferir o importante papel da esquematização das fontes de Direito na Ordem Jurídica Moçambicana: é que não pode sobreviver, nos preceitos iniciais que ficaram assinalados, às críticas que lhe devem ser dirigidas.

---

<sup>19</sup> Referidos no art. 2 do CC.

<sup>20</sup> Cfr. o art. 144, n.º 1, al. d), *in fine*, da Constituição da República de Moçambique de 2004 (CRM).

<sup>21</sup> Art. 1, n.º 2, do CC.

Aqui vale a dimensão do Direito Constitucional – ou olhando mais especificamente para a Constituição – como coluna vertebral da Ordem Jurídica a quem compete definir as relevantes fontes do Direito de Moçambique<sup>22</sup>.

Se o Direito Constitucional assume as características de supremacia hierárquico-normativa e de centro material do sistema jurídico<sup>23</sup>, é também nele que devemos procurar a resposta ao problema de saber quais são os tipos de fontes normativas efetivamente aplicáveis, reconhecendo-se à Constituição, na esteira do pensamento de HANS KELSEN<sup>24</sup>, a capacidade de determinar o esquema das fontes do Direito na comunidade política que funda e ordena<sup>25</sup>.

II. Uma resposta adequada a esta matéria depende, pois, da análise do texto constitucional, no qual se deve perceber a relevância das fontes do Direito em geral<sup>26</sup>, que lhe cabe definir, tarefa que não é certamente do Direito Civil.

Só observando a CRM, ela própria uma lei muito especial, é que ficamos a saber as várias fontes do Direito, para o que importa transcrever um dos artigos que se integram no Capítulo Único do Título V:

Artigo 143  
(Atos normativos)

1. São atos legislativos as leis e os decretos-leis.

---

<sup>22</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, I, pp. 571 e ss.

<sup>23</sup> O que também sucede para o próprio Direito Civil: cfr. CARLOS BURITY DA SILVA, *A necessidade da revisão...*, pp. 14 e 15.

<sup>24</sup> Cfr. HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, 6.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1984, pp. 309 e ss.

<sup>25</sup> Ou como afirma MIGUEL REALE (*Teoria Tridimensional...*, p. 225), indiretamente ao realçar a lógica do sistema jurídico da *Civil Law*, “São a Constituição e as leis de cada país que predeterminam os requisitos caracterizadores das diversas fontes do Direito, que não podem ser configuradas em abstrato, mas sim em razão de específicas conjunturas históricas, como o demonstra a distinção fundamental entre a nomogénese jurídica que caracteriza e distingue o *Common Law* e a que é própria do *Civil Law*, isto é, do Direito de tradição romanística”.

<sup>26</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Arrendamento Urbano, Constituição e Justiça*, Lisboa, 2004, pp. 29 e ss.

2. Os atos da Assembleia da República revestem a forma de leis, moções e resoluções.

3. Os decretos-leis são atos legislativos, aprovados pelo Conselho de Ministros, mediante autorização da Assembleia da República.

4. Os atos regulamentares do Governo revestem a forma de decreto, quer quando determinados por lei regulamentar, quer no caso de regulamentos autónomos.

5. Os atos do Governador do Banco de Moçambique, no exercício das suas competências, revestem a forma de aviso.

Mas este artigo 143 da CRM tem as suas óbvias deficiências, ao misturar verdadeiros atos normativos com atos de outra natureza – como é o caso das moções e resoluções parlamentares – e ao omitir outros atos normativos, felizmente referidos no seguinte artigo 144 da CRM, como sucede com os acórdãos jurisprudenciais dotados de normatividade.

III. Resumindo as diversas opções constitucionais no tocante às fontes do Direito em geral, cumpre apresentar as seguintes categorias, para depois as explicitarmos<sup>27</sup>:

- a *lei*, expressando-se em conceitos polissémicos, desde o mais amplo até se reduzir a diversos tipos específicos de atos jurídico-normativos, aqui se incluindo as diversas funções jurídico-públicas, com exclusão da jurisdicional, como é o caso dos atos constitucionais, legislativos, políticos e administrativos de teor normativo;
- o *costume*, uma vez que, sendo uma fonte do Direito Internacional Público, é como tal implicitamente recebida no âmbito da incorporação deste ramo do Direito, embora deva ser considerada no plano das fontes internas do Direito de Moçambique, sendo até beneficiado com uma alusão constitucional direta;
- a *jurisprudência*, na medida em que o texto constitucional considera os assentos do Tribunal Supremo e os acórdãos – supõe-

---

<sup>27</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, I, pp. 573 e ss.

-se que normativos – do Conselho Constitucional no âmbito da declaração da inconstitucionalidade com força obrigatória geral.

Em contrapartida, nenhuma alusão se opera em relação à doutrina como fonte do Direito<sup>28</sup>, pelo que fica esclarecida a sua irrelevância na respetiva produção<sup>29</sup>, a despeito do seu papel auxiliar – ou mediato, como alguns autores preferem dizer – na dilucidação do Direito aplicável.

O mesmo se diga, nesta sede, dos *princípios jurídicos*, que são muito mais do que fontes do Direito: *são eles próprios partes integrantes do Ordem Normativa* e, como tal, assumem uma direta vinculatividade, apesar de poderem gerar, por seu turno, novas regras jurídicas<sup>30</sup>.

Esse é ainda o resultado quando nos referimos à *equidade*<sup>31</sup> como hipotética fonte do Direito, já que nem sequer atinge o patamar mínimo

---

<sup>28</sup> Doutrina que se deve entender como o ensinamento dos juristas e professores universitários de Direito, não tanto no seu sentido religioso ou no seu sentido político. Quanto a estas distinções, v. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, p. 164.

<sup>29</sup> Lembremos estas significativas palavras de HANS KELSEN (*Teoria Pura...*, p. 112): “A ciência jurídica tem por missão conhecer – por fora, por assim dizer – o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento. Os órgãos jurídicos têm – como autoridade jurídica – antes de tudo por missão produzir o Direito para que ele possa então ser conhecido e descrito pela ciência jurídica. É certo que também os órgãos aplicadores do Direito têm de conhecer – de dentro, por assim dizer – primeiramente o Direito a aplicar. O legislador, que, na sua atividade própria, aplica a Constituição, deve conhecê-la; e igualmente o juiz, que aplica as leis, deve conhecê-las. O conhecimento, porém, não é o essencial: é apenas o estágio preparatório da sua função que, como adiante melhor se mostrará, é simultaneamente – não só no caso do legislador como também no do juiz – produção jurídica: o estabelecimento de uma norma jurídica geral – por parte do legislador – ou a fixação de uma norma jurídica individual – por parte do juiz”.

<sup>30</sup> Como tivemos ocasião de escrever noutro lugar (JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, p. 152), “Em rigor, deve-se frontalmente questionar a inserção dos princípios gerais de Direito no conceito de fonte formal do Direito Internacional: é que eles correspondem a Direito aplicável, não sendo propriamente um esquema por que se possa exprimir um dever-ser a aplicar depois, na convicção de que o aplicador resolve os casos que lhe sejam submetidos tanto por normas como por princípios jurídicos”.

<sup>31</sup> Sobre a equidade na Teoria Geral do Direito, v. ANGEL LATORRE, *Introdução...*, pp. 118 e ss.; MÁRIO BIGOTTE CHORÃO, *Introdução ao Direito*, I, Coimbra, 1989, pp. 95 e ss.; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução...*, I, pp. 149 e ss.; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução...*, I, pp. 125 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, pp. 167 e ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, pp. 245 e ss., e pp. 261 e 262.

de fonte do Direito em geral, apenas surgindo como um critério casuístico de resolução de casos – a “justiça do caso concreto”, como é habitualmente designada<sup>32</sup> – e não indo além de um mero critério formal de decisão<sup>33</sup>.

IV. Esta apresentação do quadro geral de fontes do Direito de Moçambique, com base nas referências constitucionais<sup>34</sup>, determina que se verifiquem várias contraposições:

- *entre fontes voluntárias e fontes espontâneas*: as fontes voluntárias são as fontes que derivam de um ato de vontade, produzido com uma intenção normativizadora, e as fontes espontâneas são as fontes que, regulando a vida social, surgem involuntariamente no âmbito dessa mesma convivência comunitária;
- *entre fontes superiores e fontes inferiores*: as fontes hierarquicamente superiores, que subordinam as outras, e as demais fontes que lhes devem obediência, dentro de uma lógica hierárquica imposta pelo Direito Constitucional e que é conatural à Ordem Jurídica;
- *entre fontes internas e fontes externas*: as fontes internas são produzidas dentro do âmbito da atividade estadual e as fontes externas são dimanadas de outras entidades ou alcançadas noutros contextos, exteriores ao Estado Moçambicano e que este aceita como suas;
- *entre fontes estaduais e fontes não estaduais*: as fontes estaduais radicam no poder estadual, que se assume como autor das mesmas, e as fontes não estaduais têm outras autorias, assim não se conferindo ao Estado o monopólio das fontes do Direito.

A caracterização geral que a tipologia de fontes propicia através deste quadro classificatório que o melhor percebe só permite chegar à óbvia conclusão – que o Estado Social e o Estado Pós-Social têm

---

<sup>32</sup> Assim também, CARLOS BURITY DA SILVA, *A necessidade da revisão...*, p. 19.

<sup>33</sup> Cfr. o art. 4 do CC.

<sup>34</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, I, pp. 575 e ss.



confirmado – de que as fontes do Direito apenas se atingem na sua plenitude numa lógica de *pluralismo jurídico e social, muito longe se estando do quadro centralizador e unitário do século XIX, com toda a exacerbação do papel da lei, bem acolitado pelo positivismo legalista então reinante*<sup>35</sup>.

§ 2.º

## AS FONTES DE DIREITO JURÍDICO-PÚBLICAS

### 4. A amplitude da lei como fonte geral de Direito

I. Não obstante a firmeza deste pluralismo, de longe que a fonte mais relevante do Direito é a lei, amplitude tanto maior quanto é certo ela acolher numerosos sentidos, dada a polissemia do respetivo conceito<sup>36</sup>.

A descrição da importância da lei pode ser vista sob diversas características, que simultaneamente redundam em várias categorias de atos, na condição de os mesmos serem normativos:

---

<sup>35</sup> Sobre o pluralismo jurídico em geral, que tem nas fontes de Direito uma das suas várias refrações, v. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *O Estado heterogéneo e o pluralismo jurídico*, in AAVV, *Conflito e Transformação Social: uma Paisagem das Justiças em Moçambique* (orgs. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS e JOÃO CARLOS TRINDADE), I vol., Maputo, 2003, pp. 47 e ss.; BEATRIZ DA CONSOLAÇÃO MATEUS BUCHILI, *O pluralismo jurídico e a realidade sociocultural de Moçambique*, Porto Alegre, 2006, pp. 37 e ss.; SARA ARAÚJO, *Acesso à justiça e pluralismo jurídico em Moçambique – resolução de litígios no bairro «Jorge Dimitrov»*, in AAVV, *VI Congresso Português de Sociologia*, n.º 62, Lisboa, 2008, pp. 3 e ss.; TIAGO DE MATOS FERNANDES, *O Poder Local em Moçambique – descentralização, pluralismo jurídico e legitimação*, Porto, 2009, pp. 40 e ss.; CARLOS FEIJÓ, *A Coexistência Normativa entre o Estado e as Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica Plural de Angola*, Coimbra, 2012, pp. 91 e ss.; PHILIPPE HUGON, *Geopolítica de África*, 3.ª ed., Lisboa, 2014, pp. 61 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito Constitucional de Moçambique*, Maputo-Lisboa, 2015, pp. 414 e ss..

<sup>36</sup> Acerca da lei como fonte do Direito em geral, v. J. BATISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, pp. 159 e 160; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução...*, I, pp. 393 e ss., e pp. 486 e ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, *O Direito...*, pp. 283 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, I, pp. 576 e ss.

- os atos constitucionais;
- os atos legislativos;
- os atos políticos;
- os atos administrativos.

O sentido de lei, nesta hipótese, não é amplíssimo, é apenas *amplo*, compreendendo as funções constitucional, legislativa, política e administrativa.

II. No plano das classificações possíveis, a lei como fonte de Direito, nesta sua aceção ampla, pode compreender todas as suas variedades, a saber:

- *fontes externas* – o Direito Internacional convencional e unilateral – e *fontes internas* – os atos jurídico-públicos dos poderes estadual e infraestadual;
- *fontes superiores* – a Constituição e os atos constitucionais – e *fontes inferiores* – todas as outras, também entre si ordenadas por relações específicas de hierarquia;
- *fontes estaduais* – a Constituição, os atos constitucionais, o Direito Internacional e o Direito Legal – e as *fontes não estaduais* – as fontes regulamentares de entidades administrativas menores;
- *fontes unilaterais* – que são o resultado de uma única vontade ou manifestação normativa – e *fontes plurilaterais* – as quais resultam de um acordo de vontades, internacional ou interno.

III. De todo o modo, é absolutamente conveniente que agora se proceda à apresentação hierarquizada das diversas fontes de Direito voluntárias, após se ter feito a respetiva diferenciação com base tanto na função jurídico-pública como nas modalidades de atos jurídico-públicos que cada uma delas está habilitada a segregar.

Tratando-se agora de enquadrar as fontes de Direito em Moçambique, apenas se levará em consideração, segundo as exigências desta Ordem Jurídica, os atos que possam ser efetivamente fontes normativas, sendo despidiendos os atos individuais e concretos, ainda que se saiba os sérios riscos da fluidez dessas fronteiras.

## 5. As fontes constitucionais: a Constituição e os atos constitucionais

I. O primeiro estalão da Ordem Jurídica é composto pelos *atos constitucionais*, os quais simbolizam manifestações voluntárias, de teor normativo, que integram a Ordem Constitucional<sup>37</sup>.

A principal fonte constitucional, como não podia deixar de ser, é a própria *Constituição*, que ao mesmo tempo funciona como fonte geral de Direito, não se cingindo ao âmbito específico do Direito Constitucional e irradiando para todos os outros lugares da Ordem Jurídica.

A doutrina mais recente não deixa de refletir este fenómeno de constitucionalização do Direito em geral, ao não apenas, em cada ramo jurídico, indicar as fontes constitucionais pertinentes, como sobretudo percebendo que o pensamento sistemático – por mais específico que seja em cada capítulo jurídico – jamais se pode alhear do influxo sistemático-valorativo que irradia da Ordem Constitucional para toda a Ordem Jurídica.

II. Também não é de descurar a relevância das *leis de revisão constitucional*, que modificam o texto constitucional, normalmente de cariz normativo, e que assim supervenientemente ficam a ser parte integrante, ainda que num plano secundário, da Ordem Constitucional.

O mesmo se diga, embora em termos mais limitados, dos atos de exceção, uma vez que, mesmo sendo de vigência breve, se repercutem fortemente na ordem constitucional ao ponto de nela provocarem a suspensão de direitos fundamentais.

## 6. As fontes externas: o Direito Internacional

I. O segundo patamar a considerar no feixe das fontes de Direito é o das *fontes internacionais*, que podem ser genericamente designados por *Direito Internacional*.

---

<sup>37</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, II, pp. 1223 e ss.

De resto, a própria CRM dá conta da preocupação com o tema e até lhe dedica um preceito específico, no qual estabelece o seguinte, nas suas duas normas:

- “Os tratados e acordos internacionais, validamente aprovados e ratificados, vigoram na ordem jurídica moçambicana após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado de Moçambique”<sup>38</sup>;
- “As normas de Direito Internacional têm na ordem jurídica interna o mesmo valor que assumem os atos normativos infra-constitucionais emanados da Assembleia da República e do Governo, consoante a sua respetiva forma de receção”<sup>39</sup>.

II. Qualquer referência ao Direito Internacional não deve esconder a diversidade de fontes deste setor do Direito que é relevante em qualquer Ordem Jurídica estadual, em grande medida dinamizados por atos da função política<sup>40</sup>, a saber:

- *os costumes internacionais*;
- *os tratados e os acordos internacionais*; e
- *os atos internacionais unilaterais*.

III. O problema fundamental é que a única alusão do texto constitucional moçambicano – que é este art. 18 da CRM – sofre de duas dificuldades assinaláveis:

---

<sup>38</sup> Art. 18, n.º 1, da CRM.

<sup>39</sup> Art. 18, n.º 2, da CRM.

<sup>40</sup> Sobre a relevância do Direito Internacional no Direito de Moçambique, v. ARMANDO CÉSAR DIMANDE, *Os tratados internacionais na ordem jurídica moçambicana*, in RJFUEM – *Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane*, vol. II, Maputo, 1997, pp. 69 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, pp. 364 e ss.; HENRIQUES JOSÉ HENRIQUES, *A europeização indireta do Direito Constitucional moçambicano – cláusula internacional*, in AAVV, *Estudos de Direito Constitucional Moçambicano – contributo para reflexão*, Maputo, 2012, pp. 141 e ss.; ANTÓNIO ARMINDO LONGO CHUVA, *A eficácia jurídico-constitucional das normas provenientes da Organização Mundial de Comércio (O.M.C.) no Direito Constitucional moçambicano*, in AAVV, *Estudos de Direito Constitucional Moçambicano – contributo para reflexão*, Maputo, 2012, pp. 197 e ss.

- *omite algumas daquelas fontes internacionais que devem ser tidas por relevantes no Direito de Moçambique*, como são os casos dos costumes e dos atos unilaterais; e
- *contraria a hierarquia que o Direito Internacional estabelece na sua relação com o Direito Estadual*, ao dizer que os atos internacionais têm o mesmo valor hierárquico dos atos internos.

## 7. As fontes ordinárias: o Direito Legal e afim

I. O terceiro nível de fontes voluntárias de Direito inclui *os atos legislativos, que se apresentam multifacetados, embora todos eles produto da função legislativa, monopolizada pelo Estado no caso de Moçambique*, por não haver descentralização legislativa.

Não obstante a maior importância das matérias em que se permite a intervenção legislativa da Assembleia da República, diferentemente das matérias em que o Governo pode intervir legislando também, o certo é que ambos os atos legislativos têm a mesma hierarquia:

- *os atos legislativos parlamentares;*
- *os atos legislativos governamentais.*

II. Só que os atos legislativos estão longe de esgotarem a categoria do Direito ordinário no sentido do conjunto das fontes voluntárias de Direito que estão abaixo da Constituição e do Direito Internacional.

Num fenómeno que tem vindo a complexificar-se, *os atos políticos*, a despeito de normalmente não serem normativos e não ostentando a forma de lei, podem ser uma fonte de Direito, sendo de considerar os seguintes no plano interno (para além daqueles que interessam ao Direito Internacional):

- as resoluções parlamentares de cessação de vigência dos decretos-leis autorizados;
- os decretos presidenciais de declaração do estado de exceção;
- as eleições políticas;
- as decisões do referendo nacional.

III. Daí que o *Direito Legal* deva ser completado por um conjunto de fontes normativas que, não sendo legislativas por não possuírem a forma de lei, têm uma mesma eficácia legal-normativa, do mesmo modo se incorporando no patamar do *Direito Legal*.

Disso se dá conta, até certo ponto, o art. 144 da CRM, que estende o dever de publicitação dos atos jurídico-públicos a alguns atos políticos, ainda que nem todos sejam propriamente normativos, de que são exemplos:

- “...as moções e as resoluções da Assembleia da República”<sup>41</sup>;
- “Os decretos do Presidente da República”<sup>42</sup>;
- “Os acórdãos sobre os resultados de eleições e referendos nacionais”<sup>43</sup>.

## 8. As fontes administrativas: o Direito Regulamentar

I. O quarto nível da *Ordem Jurídica* na sua explicitação em fonte normativa é constituído pelo *Direito Regulamentar*, que agrega o conjunto dos regulamentos administrativos da *Administração Pública*, sejam ou não produzidos pelo Estado<sup>44</sup>.

A função administrativa, revelando-se globalmente na produção de atos administrativos (*lato sensu*), pode originar atos com natureza de fonte de Direito quando os mesmos revistam conteúdo geral e abstrato.

É o caso dos *regulamentos administrativos*, com toda a amplitude que oferecem, nas suas mais variadas modalidades.

II. A CRM contém duas importantes indicações nesta matéria do reconhecimento dos regulamentos administrativos, embora tais indicações tenham o defeito de pensarem apenas na realidade estadual e esquecendo o poder administrativo regulamentar não estadual.

---

<sup>41</sup> Art. 144, n.º 1, al. a), *in fine*, da CRM.

<sup>42</sup> Art. 144, n.º 1, al. b), da CRM.

<sup>43</sup> Art. 144, n.º 1, al. e), da CRM.

<sup>44</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, II, pp. 1229 e 1230.

São elas:

- o art. 143 da CRM refere que “Os atos regulamentares do Governo revestem a forma de decreto, quer quando determinados por lei regulamentar, quer no caso de regulamentos autónomos”;
- o art. 144, n.º 1, da CRM menciona “...os decretos, as resoluções e demais diplomas emanados do Governo”.

III. Diferentemente, os outros atos de natureza administrativa – os atos administrativos e os contratos administrativos – não são relevantes deste prisma por não possuírem normatividade.

Para esses melhor se reserva a categoria de “demais diplomas emanados do Governo”, aos quais alude também o art. 144, n.º 1, al. c), *in fine*, da CRM, que não têm a dignidade para se apresentarem como fontes de Direito.

IV. Ainda possuindo um nível para-regulamentar, se bem que de índole privada, podemos referir a *autonomia privada laboral coletiva* como propiciando fontes próprias de normas jurídico-laborais<sup>45</sup>.

É a isso que se refere a *Lei do Trabalho*, aprovada pela Lei n.º 23/ /2007, de 1 de agosto, quando prevê *três espécies de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho*:

- *acordo de empresa*;
- *acordo coletivo*; e
- *contrato coletivo*.

---

<sup>45</sup> Cfr. MÓNICA FILIPE NHANE WATY, *Direito do Trabalho*, Maputo, 2008, pp. 54 e ss., e pp. 133 e ss.

§ 3.º

OUTRAS FONTES DE DIREITO

9. A relevância independente e direta do costume como fonte geral de Direito

I. O *costume* como fonte do Direito representa a prevalência da espontaneidade social que assume uma dimensão de normatividade jurídica<sup>46</sup>, pela conjugação de dois indispensáveis elementos:

- o *elemento material* (o *corpus*) – que integra uma prática reiterada, o que significa a repetição de condutas havendo ocasião de elas acontecerem;
- o *elemento psicológico* (o *animus*) – que implica a consciência de que aquela prática, não sendo rotineira ou burocrática, tem caráter obrigatório (*opinio iuris vel necessitatis*).

A produção destas orientações jurídicas surge de uma convivência social, a que depois fica associado um sentido de dever-ser, sentido de juridicidade que não tem de espelhar necessariamente o cumprimento de um dever, podendo ter outras normatividades, como as que decorrem das normas permissivas.

II. O costume como fonte geral do Direito possui a particularidade de se situar no conjunto das fontes espontâneas, que levam a cabo a

---

<sup>46</sup> Acerca da relevância do costume, de uma perspetiva mais geral do Direito, v. JOSÉ HERMANO SARAIVA, *Lições de Introdução ao Direito*, Lisboa, 1962-62, pp. 377 e ss.; ANGEL LATORRE, *Introdução...*, pp. 80 e ss.; MIGUEL REALE, *Lições Preliminares de Direito*, 10.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1982, pp. 148 e ss.; J. BATISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, pp. 161 e 162; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Costume*, in *Pólis*, I, Lisboa, 1983, pp. 1348 e ss.; JOÃO DE CASTRO MENDES, *Introdução ao Estudo do Direito*, 3.<sup>a</sup> ed., Lisboa, 2010, pp. 109 e ss.; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução...*, I, pp. 115 e ss.; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução...*, I, pp. 373 e ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, pp. 264 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, I, pp. 579 e ss.; CARLOS FEIJÓ, *A Coexistência Normativa...*, pp. 69 e ss.



regulação social a partir dos próprios destinatários, num certo sentido de autorregulação jurídica.

Os costumes não são todos iguais e podem classificar-se, por sua vez, sob diferentes perspetivas, de acordo com outros tantos critérios aplicáveis<sup>47</sup>:

- o critério do âmbito de aplicação: *costumes internacionais, costumes nacionais, costumes regionais e costumes locais*;
- o critério do ramo de Direito a que respeitam: *costumes civis, costumes comerciais, costumes administrativos, etc.*

III. Por outra parte, é de não esquecer que a singularidade dos costumes implica o seu cuidadoso afastamento de realidades que lhe são afins<sup>48</sup>:

- os *usos*: são práticas continuadas, mas que não dispõem de qualquer valor jurídico-normativo;
- as *tradições*: são comportamentos habituais, em correspondência às feições histórico-culturais das comunidades;
- as *praxes*: são comportamentos rotineiros, desprovidos de juridicidade, ainda que possam beneficiar a eficiência dos serviços da Administração Pública;
- as *cortesias*: são hábitos de boa e simpática convivência humana, com vinculatividade normativa, mas no âmbito da Ordem de Civildade, não no foro da Ordem Jurídica.

IV. A grande questão que o costume coloca – ganhe ou não a alusão da lei – é a da sua aceitação como fonte autónoma do Direito.

Claro está que não se coloca a hipótese de o costume ter de ser aceite pela lei porque nesse caso ele perderia a sua especial força e valeria antes como fonte legal porque autorizado por aquela.

---

<sup>47</sup> Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução...*, I, pp. 375 e 376; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, I, p. 580.

<sup>48</sup> Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução...*, I, pp. 137 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, I, p. 580.

Classicamente, as relações entre o costume e a lei podem ser de três tipos:

- o costume *secundum legem* – neste caso, o costume coincide com a lei, nada lhe acrescentando, mas antes a confirmando na convivência social em que se consubstancia;
- o costume *praeter legem* – neste caso, o costume vai além da lei, apresentando normas em aspetos que não foram tocados pelas normas legais, num nítido alargamento do campo da juridicidade; e
- o costume *contra legem* – neste caso, o costume está contra a lei, ao produzir normas que são antinómicas relativamente ao que se dispõe na lei.

Eis um debate que está longe de estar terminado, com tomadas de posição especificamente importantes no tocante a esta terceira categoria, já que as primeira e segunda não são muito significativas.

V. Os defensores da irrelevância do costume *contra legem* invocam o monopólio da lei como expressão da vontade geral e democrática da sociedade, ao que se adiciona a necessidade de segurança e certeza que é conatural à lei e que o costume não pode garantir, nem sequer estando escrito e, por isso, muito mais dificilmente conhecido<sup>49</sup>.

Os defensores da autónoma relevância do costume *contra legem* referem que o Direito, traduzindo a Ordem Social, não pode abafar os espaços de autonomia comunitária que o costume reflete, não se levantando obstáculos de monta em relação ao propósito de certeza e

---

<sup>49</sup> Contra o qual já em Portugal, no século XVIII, a Lei da Boa Razão empreendera um vigoroso combate, exigindo que o costume vigorasse por mais de 100 anos, fosse conforme às leis e correspondesse à “boa razão”, sem ainda esquecer todo o novo ambiente racionalista e iluminista que protagonizou.

Cfr. GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O Direito subsidiário na História do Direito Português*, Coimbra, 1975, pp. 279 e ss.; RUI MARCOS, *A legislação pombalina – alguns aspetos fundamentais*, Coimbra, 1990, pp. 163 e ss.; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, Coimbra, 1989, pp. 356 e ss.; NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História...*, pp. 392 e ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, pp. 267 e 268.

segurança porque não só há costumes bem conhecidos – e até escritos – como a sua importância se situa mais ao nível dos comportamentos sociais, que desse ponto de vista oferecem bem menos acuidade, pois que são socialmente muito mais sentidos.

*É nesta segunda linha argumentativa que nos situamos, porquanto o costume não só se impõe por si – mesmo contra a maior das leis<sup>50</sup> – como pensar o contrário seria abrir as portas à “ditadura da lei”, comprimindo a autonomia social das comunidades e das pessoas<sup>51</sup>.*

Com esta alusão, não escondemos a escassa relevância prática deste problema pela dificuldade de o costume se afirmar na sociedade técnica e de conhecimento em que estamos vivendo, estruturalmente avessa às regulações jurídicas ditadas através de fontes costumeiras.

VI. Esta é uma discussão até certo ponto inútil em Moçambique, *dada a circunstância de o próprio texto da CRM ter tomado posição no assunto, admitindo a relevância direta do costume como fonte do Direito, em dois centrais preceitos constitucionais:*

- *Pluralismo jurídico*: “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”<sup>52</sup>;
- *Autoridade tradicional*: “O Estado reconhece e valoriza a autoridade tradicional legitimada pelas populações e segundo o Direito consuetudinário”<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> O que nem sequer acontece com a Constituição da República Portuguesa no caso do Direito Internacional Público, uma vez que ela incorpora automaticamente o Direito Internacional geral ou comum, em grande medida de raiz costumeira, nos termos do respetivo art. 8.º, n.º 1. Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, pp. 369 e ss.

<sup>51</sup> Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução...*, I, pp. 388 e ss., aditando JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (*O Direito...*, p. 273) que “As bases em que assentamos a nossa visão da ordem jurídica levam-nos noutra sentido. A solução do problema do valor do costume depende, não do Direito legislado, mas das conceções que em definitivo aceitarmos sobre o fundamento da juridicidade”.

<sup>52</sup> Art. 4 da CRM.

<sup>53</sup> Art. 118, n.º 1, da CRM.

É extremamente significativo que se assuma uma posição frontal em matéria de Direito Consuetudinário, sendo certo que o desenvolvimento do Estado Constitucional, desde o Liberalismo, se foi fazendo segundo paradigmas positivistas legalistas, de repressão de qualquer informalidade normativa, espontaneamente criada pelas comunidades.

*Quer isto dizer que foi a própria Constituição – o ícone fundamental da soberania estadual – a prescindir de uma lógica monopolista na definição das fontes de Direito, admitindo uma concorrência normativa que em boa parte não pode controlar ou influenciar, numa clara homenagem ao princípio do pluralismo jurídico.*

Acresce ainda que este princípio do pluralismo assume, na CRM, uma conceção dualista, na medida em que se desdobra em *dois pluralismos distintos*:

- o *pluralismo normativo*, o qual respeita à multiplicidade das fontes do Direito, não mais sendo a lei a única fonte do Direito Moçambicano, abrindo-se assim as portas de par em par – ainda que nunca usando essa expressão – ao costume, além de outros direitos de origem não legal;
- o *pluralismo institucional*, o qual se relaciona com a possibilidade de a resolução dos conflitos se socorrer de instâncias sociais que não são os tribunais do Estado, com prevalência dos tribunais comunitários<sup>54</sup>.

VII. Contudo, esta aceitação constitucional do Direito Costumeyiro não é ilimitada e, ao invés, submete-se a condições que parecem razoáveis, num contexto em que ao Direito do Estado deve competir uma força diretiva essencial, sobretudo numa altura em que se trata de afirmar uma organização coletiva, depois de tantos anos de luta pela independência política.

O texto da CRM refere a necessidade de o pluralismo jurídico não contrariar “...os valores e os princípios fundamentais da Constituição”.

---

<sup>54</sup> Com um contributo profundo e crítico acerca do pluralismo jurídico em Moçambique, v., por todos, CARLOS MANUEL SERRA, *Estado, Pluralismo Jurídico e Recursos Naturais*, Lisboa, 2013, pp. 457 e ss.

Note-se que, ao invés do que sucede com o homólogo art. 7 da Constituição da República de Angola de 2010, os limites ao pluralismo em Moçambique não se identificam com a Ordem Constitucional na sua totalidade: alude-se apenas a um círculo interno, de menor extensão, em que se frisa somente a necessidade de respeitar o seu núcleo duro – os “valores e os princípios fundamentais” – e não todas as suas normas e princípios.

VIII. Podem sempre restar dúvidas acerca da legitimidade da limitação do costume através da lei, tratando-se de fontes e de processos que exatamente se definem pelo seu antagonismo, e sendo certo que o costume para o ser não pode carecer de validação legal.

Só que daí não se segue a impossibilidade de a lei – neste caso, a lei constitucional – se pronunciar sobre a validade do costume, até porque o faz muito restritamente, não só apelando a um esquema de resolução de conflitos, não de ingerência direta, como unicamente vedando os costumes que mais grosseiramente ponham em perigo os valores fundamentais da comunidade, protegidos ao nível constitucional.

E os limites impostos às normas costumeiras são óbvios no tocante à Constituição na sua função valorativa e organizatória.

## 10. A limitação da jurisprudência como fonte geral de Direito

I. A *jurisprudência* expressa a atividade realizada pelos tribunais na aplicação do Direito, submetendo-se aos parâmetros pré-existentes e sendo seguro que não podem produzir decisões de *non liquet*, como bem recorda o CC: “O tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio”<sup>55</sup>.

Na esmagadora maioria dos casos, da atividade diuturna dos tribunais – a jurisprudência – não se infere qualquer normatividade: os litígios, cuja composição lhes está constitucionalmente atribuída, ostentam as evidências dos limites subjetivos e objetivos do caso julgado

---

<sup>55</sup> Art. 8, n.º 1, do CC.

a uma dada situação concreta e histórica, em que são partes pessoas individualmente consideradas, nesse contexto se esgotando os efeitos das decisões jurisprudenciais.

II. Todavia, pode haver outros casos em que a jurisprudência surge equacionada no contexto de uma específica fonte de Direito, ao transcender os limites de cada caso concreto e individual e, assim, erigindo-se a orientação geral<sup>56</sup>.

Só a este propósito faz sentido a alusão à jurisprudência como fonte do Direito. Nos demais casos, a jurisprudência é um modo público de aplicação do Direito, tal como isso sucede com a aplicação do Direito em geral pelos sujeitos jurídicos, que no seu dia-a-dia massivamente aplicam o Direito, nos mais variados campos da atividade humana.

III. O CC de Moçambique, diversamente do de Portugal aplicável hoje, admite a jurisprudência como fonte de Direito, prevendo o instituto dos assentos<sup>57</sup>.

Cumprе transcrever o preceito em que essa possibilidade está consagrada: “Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral”<sup>58</sup>.

A CRM, por seu lado, também refere a possibilidade da jurisprudência normativa, indo até além da categoria dos assentos: “os assentos do Tribunal Supremo, os acórdãos do Conselho Constitucional, bem como as demais decisões dos outros tribunais a que a lei confira força obrigatória geral”<sup>59</sup>.

IV. Ora, a observação da legislação processual moçambicana mostra várias concretizações deste poder normativo:

- no Código de Processo Penal (CPP), prevê-se o recurso extraordinário para o pleno do Tribunal Supremo nestes dois casos: “Se o

---

<sup>56</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, I, pp. 582 e ss.

<sup>57</sup> Sobre os assentos no Direito de Moçambique, v. MÓNICA FILIPE NHANE WATY, *Direito do Trabalho*, p. 51; ELÍSIO DE SOUSA, *Direito Penal Moçambicano*, Maputo, 2012, pp. 56 e 57.

<sup>58</sup> Art. 2 do CC.

<sup>59</sup> Art. 144, n.º 1, al. d), da CRM.

Supremo Tribunal de Justiça proferir um acórdão que esteja em oposição com outro do mesmo Tribunal sobre a mesma matéria de direito, poderá o Ministério Público, o réu ou a parte acusadora recorrer para o tribunal pleno”<sup>60</sup>; “Se qualquer Relação proferir acórdão que esteja em oposição com outro dessa ou de diversa Relação sobre uma mesma matéria de direito e dele não puder interpor-se recurso ordinário para o Supremo Tribunal de Justiça, deverá o Procurador da República junto de qualquer delas, oficiosamente ou a requerimento da acusação ou da defesa, recorrer extraordinariamente para o Supremo Tribunal de Justiça, a fim de se fixar a jurisprudência”<sup>61</sup>;

- no Código de Processo Civil (CPC): “Se, no domínio da mesma legislação, o Tribunal Supremo proferir dois acórdãos que, relativamente à mesma questão fundamental de Direito, assentem sobre soluções opostas, pode recorrer-se para o tribunal pleno do acórdão proferido em último lugar”<sup>62</sup>; “Os acórdãos consideram-se proferidos no domínio da mesma legislação sempre que, durante o intervalo da sua publicação, não tenha sido introduzida qualquer modificação legislativa que interfira, direta ou indiretamente, na resolução da questão de Direito controvertida”<sup>63</sup>.

Em qualquer destes casos, aplica-se a consequência prevista no CPC, que se afigura a norma comum, para a qual remete o próprio CPP<sup>64</sup>:

- “O acórdão que resolveu em definitivo o conflito é publicado imediatamente na 1.ª Série do *Boletim da República*”<sup>65</sup>;
- “O presidente do Tribunal Supremo envia ao Ministro da Justiça uma cópia do acórdão, acompanhada da alegação do Ministério

---

<sup>60</sup> Art. 668, proémio, do Código de Processo Penal (CPP).

<sup>61</sup> Art. 669, proémio, do CPP.

<sup>62</sup> Art. 763, n.º 1, do Código de Processo Civil (CPC).

<sup>63</sup> Art. 763, n.º 2, do CPC.

<sup>64</sup> Cfr. os arts. 668 e 669 do CPP, nos respetivos §§ únicos.

<sup>65</sup> Art. 769, n.º 1, do CPC.

Público, dos acórdãos anteriores invocados como fundamento do recurso e das considerações que julgue oportunas”<sup>66</sup>.

V. A este propósito, bem se justifica falar da jurisprudência como fonte do Direito, embora os resultados de uma conclusão afirmativa devam ser ponderados com a destriça entre três categorias<sup>67</sup>:

- *a jurisprudência constante*: forma-se uma corrente jurisprudencial, mas que não tem qualquer virtualidade cogente, sendo, quando muito, uma constância rotineira;
- *o costume jurisprudencial*: quando os tribunais ganham a convicção de uma orientação que devem atribuir às fontes que aplicam, mas neste caso a fonte é o costume, não a jurisprudência, ainda que criado nos estreitos limites da comunidade judiciária;
- *a jurisprudência uniformizada*: o esclarecimento acerca do sentido da aplicação de certas fontes que geraram divergências interpretativas, tal significando a sua vinculatividade com eficácia geral.

É nesta terceira possibilidade que, atualmente, se pode vislumbrar a jurisprudência como fonte de Direito em geral no Direito de Moçambique na modalidade da produção dos assentos: a primeira hipótese apenas mostra uma tendência fáctica, enquanto a segunda hipótese vale a título costumeiro, e não jurisprudencial<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> Art. 769, n.º 2, do CPC.

<sup>67</sup> Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução...*, I, pp. 459 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, I, pp. 587 e 588.

<sup>68</sup> Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, I, p. 588.



## I - DOUTRINA

### **Fernando Francisco**

Garantias dos Agentes da PRM face às Restrições Impostas ao Exercício de Direitos e Liberdades Fundamentais dos Cidadãos na sua Condição de Polícia

### **Jonas Gentil e Januário Jhúnior G. Ceita**

São Tomé e Príncipe e o Estatuto do Tribunal Penal Internacional

### **Jorge Bacelar Gouveia**

As fontes do Direito de Moçambique

### **Jorge Bessa**

Notas sobre o Sistema Eleitoral Angolano

### **Miguel Ganga**

A Segurança como Função do Estado em Angola

### **Valerio de Oliveira Mazzuoli**

Direitos comunicativos como direitos humanos: abrangência, limites, acesso à Internet e direito ao esquecimento

