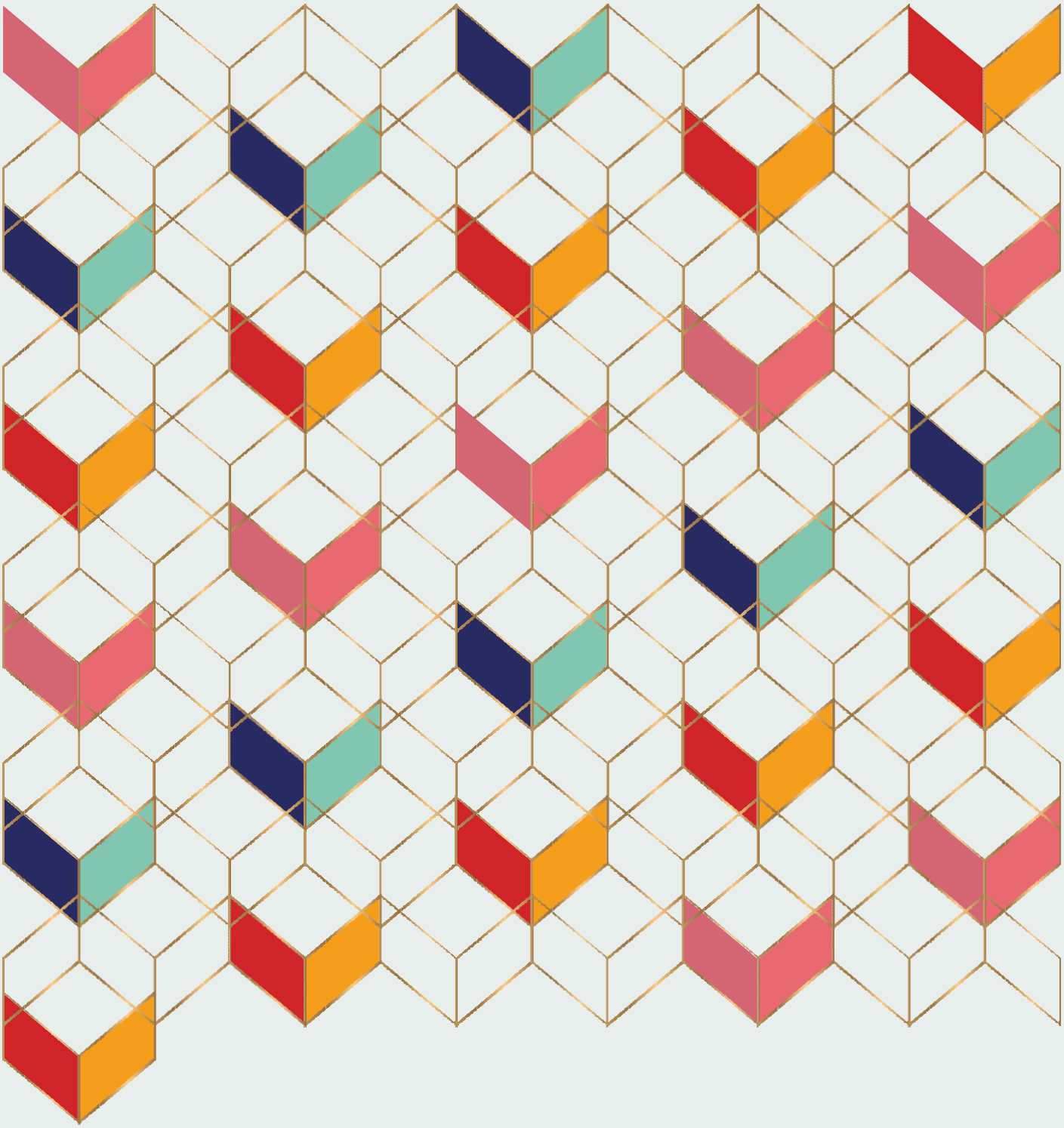


2023

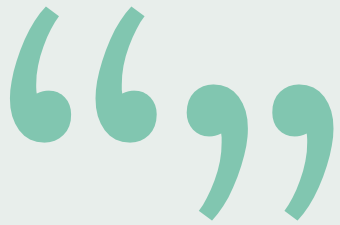
VOLUME 6 | NÚMERO 1

ISSN (ONLINE) 2184-3082

ERC: 127200

J2

Jornal Jurídico



"Posso não concordar com nenhuma das palavras que você disser, mas defenderei até a morte o direito de você dizê-las."

Evelyn Beatrice Hall

Ficha técnica

Sede Social, Editor e Redação:

Startup Madeira - Campus da Penteada, Sala 3

9020 - 105 Funchal, Madeira

E-mail: geral@ponteditora.org

Telefone: 291 723 010

URL: Ponteditora – Formar uma pátria de língua portuguesa tendo por base a ciência.

URL (revista): J² - Jornal Jurídico (ponteditora.org)

Diretora/Editora-Chefe: Cristiane Souza Reis, PhD

Periodicidade: Semestral (janeiro, julho)

Propriedade: Ponte Editora, Sociedade Unipessoal, Lda.

NIPC: 514 111 054

Composição do Capital da Entidade Proprietária:

10.000€, 100% detido por Ana Leite, Doutoranda.

Gestão/gerência (não remunerada): Eduardo Leite, Ph.D.

ISSN (online): 2184-3082

ERC: 127200



CC BY

Equipa Editorial

EDITORA-CHEFE

Cristiane de Souza Reis - PhD em Direito e Sociologia pela Universidade de Coimbra, com pós-doutoramento no Centro de Estudos Sociais da mesma Universidade. Mestre em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes - Rio de Janeiro, Brasil - com especialização em Direito Público. Docente do ensino superior no Instituto de Estudos Comparados de Administração de Conflitos da Universidade Federal Fluminense - Rio de Janeiro, Brasil. Mediadora de conflitos com certificado internacional e inscrita na lista do Ministério da Justiça de Portugal. Autora de diversos artigos científicos em revistas nacionais e internacionais, com ampla participação em Congressos na área do Direito, Criminologia, da Sociologia Jurídica e Sociologia Criminal, Portugal.

EDITORA-ADJUNTA

Ana Cristina Martins Roso - PhD em Direito Público, CEDIS da Nova School of Law, Portugal.

Conselho Científico

Alice Duarte - PhD em Antropologia Social e Cultural, Professora na Faculdade de Letras da Universidade do Porto, Portugal.

Ana Cristina Martins Roso - PhD em Direito Público, CEDIS da Nova School of Law, Portugal.

António Manuel Lopes Tavares - PhD em Ciência Política, Cidadania e Relações Internacionais, Professor da Universidade Lusófona do Porto, Portugal.

Benedita de Fátima Delbono - Pós-doutoramento em Comunicação pela Universidade de São Paulo; PhD em Direito pela Pontifícia Universidade Católica, São Paulo; Professora na Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, Brasil.

David Alexandre Correia Ferraz - PhD em Políticas Públicas, Professor Associado no ISCTE-Instituto Universitário de Lisboa e no ISCSP-UL, Portugal.

Diego Maria Malara - PhD em Antropologia, pela Universidade de Edimburgo. Professor Assistente na Universidade de Glasgow.

Joaquim Manuel Ferreira da Silva Ramalho - PhD em Direito, Professor Auxiliar da Universidade Fernando Pessoa, Portugal.

João Proença Xavier - PhD em Direitos Humanos, Professor da Universidade de Salamanca; Integrado no Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX (CEIS 20) da Universidade de Coimbra, Portugal.

José António Martins Lucas Cardoso - PhD em Direito (Direito Público), Professor da Universidade Lusíada e do Politécnico de Lisboa, Portugal.

José Eduardo Magalhães Alves - PhD em Direito do Trabalho, Professor Adjunto Convidado do Instituto Superior de Línguas e Administração (ISAL), Centro De Investigação em Estudos Regionais e Locais da Universidade da Madeira (CIERL/UMa), Portugal.

Lidia Moreno Blesa - PhD em Direito (Direito Internacional). Professora de Direito Privado Internacional na Universidad Complutense de Madrid, Espanha.

Manuel Jorge Mayer de Almeida Ribeiro - PhD em Ciência Política pela Universidade Técnica de Lisboa. Professor Associado com Agregação no ISCSP- Universidade de Lisboa, Portugal.

Maria Irene da Fonseca e Sá - Pós-Doutora em Ciências da Comunicação e Informação pela Universidade do Porto, Portugal. PhD em Ciência da Informação pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil. Professora na Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil.

Marina Motta Benevides Gadelha - PhD em Direito, Professora de Direito Ambiental e Herenêutica Jurídica da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas (FACISA), Brasil.

Patrícia Anjos Azevedo - PhD em Direito, Professora Adjunta Convidada da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico do Porto, Portugal.

Paulo Jorge Fonseca Ferreira da Cunha - PhD em Direito pela Universidade Paris II - História e Filosofia do Direito (Panthéon-Assas). Phd em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Direito. Ciências Jurídico-Políticas). Professor Catedrático de Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal.

Rachel Lopes Queiroz Chacur - PhD em Ciências Ambientais-PPGCAm/Universidade Federal de São Paulo, Brasil. Consultora do IICA no âmbito do Projeto BRA/IICA 16/001, Brasília, Brasil.

Roberta O. Lima - PhD em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense, Brasil. Professora-orientadora PIBIC/UNESA na área de Direito Ambiental, Brasil.

Rui Miguel Zeferino Ferreira - PhD em Direito, Professor Adjunto do Instituto de Entre Douro e Vouga (ISVOUGA); Assistente Convidado do Instituto Politécnico de Bragança (EsACT); Investigador integrado no JUSGOV - Centro de Investigação em Justiça e Governação; Afeto ao Grupo de Investigação E-TEC - Estado, Empresa e Tecnologia, Portugal.

Vera Mónica da Silva Duarte - PhD em Sociologia pela Universidade do Minho. Professora Auxiliar na Universidade da Maia e Investigadora no CICS. NOVA, Portugal.

Conselho Editorial

Ana Miguel Ramos Leite - Doutoranda em Políticas Económicas, Investigadora, FEUC/ISCTE/ISEG, Portugal.

Allen dos Santos Pinto da Silva - Doutorando em Filosofia, Sócio Fundador da ALLEN Global Solutions e Investigador do Núcleo de Inovação Tecnológico da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (INOVUERJ), Brasil.

Carolina Merida - Doutoranda em Direito Público, Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde, Brasil.

Frabrizio Bon Vecchio - Doutorando em Ciências Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Buenos Aires, Argentina.

Maria André Ramos Leite - Mestre em direito (Direito Fiscal), Jurista Universidade Nova de Lisboa, Portugal.

Sancha de Carvalho e Campanella - Doutoranda em Ciências Económicas e Empresariais, Vice-Diretora Geral do Instituto Superior de Administração e Línguas (ISAL); Centro de Investigação do Instituto Superior de Administração e Línguas, Portugal.

ESTATUTO EDITORIAL

I. O **J² – Jornal Jurídico**, conhecido também pelas formas abreviadas de **J²**, é uma publicação periódica. Propriedade da Editora: Ponteditora.

II. O **J²** divulga trabalho e estudos científicos da área do Direito & Criminologia, Ciências Políticas & Administração Pública, Sociologia & Antropologia através de pesquisas interdisciplinares e correlacionadas com a sua área de intervenção.

III. A linha editorial do **J²** centra-se na área do Direito & Criminologia, Ciências Políticas & Administração Pública, Sociologia & Antropologia abrangendo várias áreas do conhecimento metodológico crítico e progressista.

IV. O **J²** tem por missão poder contribuir para o desenvolvimento da investigação jurídica e de Direito & Criminologia, Ciências Políticas & Administração Pública, Sociologia & Antropologia em Portugal, na CPLP, na Diáspora de língua portuguesa e todas as comunidades científicas pelo mundo.

V. O **J²** é editado semestralmente, online, em língua portuguesa e inglesa, sendo disseminado em todo o mundo através da Internet.

VI. O **J²** terá, aproximadamente, 80 a 180 páginas.

VII. O **J²** é, desde a sua génese até à atualidade, publicada na versão online.

VIII. O **J²** destina-se a professores, investigadores, estudantes e profissionais, nacionais ou estrangeiros.

IX. O **J²** apresenta um corpo editorial técnico e científico, aberto a académicos, investigadores, profissionais e executivos de organizações públicas ou privadas e empresas a nível global.

X. O **J²** publica artigos académicos e científicos, originais e de revisão e ensaios.

XI. A aprovação dos manuscritos para publicação regula-se por critérios de pertinência, interesse, qualidade científica e no respeito pela pluralidade de perspetivas. O **J²** assume-se como independente de qualquer poder político, ideológico ou económico, e orienta-se por critérios de rigor, isenção e inclusão.

XII. O **J²** publica em língua portuguesa, assim como em inglês. Em cada artigo estão incluídos o título, resumo e palavras-chave em duas línguas.

XIII. O **J²** edita números regulares e números especiais, confiados a investigadores/as credenciados/as das respetivas áreas de especialidade (orientações para revisores/as), sob a escrutínio e aprovação da Equipa Editorial. Toda a colaboração é submetida a um exigente processo de seleção e revisão baseado em arbitragem científica e dois modos, cega por pares e por pares aberta.

XIV. Almejando os mais elevados padrões de ética na publicação, a Equipa Editorial do **J²** inspira o seu o seu Código de Ética nas orientações estabelecidas pelo *Committee on Publication Ethics* COPE; *Declaration of Helsinki* WMA; *International Commitee of Medical Journal Editors* ICMJE; *Animal Research: Reporting of In Vivo Experiments* ARRIVE. Nesse código definem-se as responsabilidades de todas as partes envolvidas no ato de publicação do **J²**.

XV. O **J²** pretende promover o intercâmbio de ideias, experiências e projetos entre os autores, empreendedores e o mercado empresarial, contribuindo para a reflexão do Direito & Criminologia, Ciências Políticas & Administração Pública, Sociologia & Antropologia e para a sua ligação com a sociedade a nível global.

XVI. O **J²** disponibiliza as Normas para apresentação e publicação de artigos e uma lista anual dos/as revisores/as que colaboram na arbitragem científica dos manuscritos.

XVII. A Equipa Editorial do **J²**, assume o compromisso de assegurar o respeito pelos princípios deontológicos e pela ética profissional dos jornalistas, assim como pela boa-fé dos leitores, nos termos nº 1 do artigo 17º da Lei de Imprensa.

Página	Título	Autor(a)s
01	**Editorial** ***Editorial***	Cristiane Reis
05	**CIRCUNCISÃO MASCULINA DE MENORES PARA FINS NÃO TERAPÊUTICOS OU MÉDICOS** *MALE CIRCUMCISION FOR NON-THERAPEUTIC OR MEDICAL PURPOSES*	Sancha de Carvalho de Campanella Constança Campanella
19	**RASTREAMENTO DE CONTATOS DURANTE A PANDEMIA: DESAFIOS TECNOLÓGICOS E JURÍDICOS** *CONTACT TRACKING DURING THE PANDEMIC: TECHNOLOGICAL AND LEGAL CHALLENGES*	Juliana Falci Sousa Rocha Cunha
29	**A (IN) POSSIBILIDADE DE RECUSA DE APLICAÇÃO DE NORMAS COM FUNDAMENTO NA INCONSTITUCIONALIDADE POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO MOÇAMBICANO** THE (IN) POSSIBILITY OF REFUSAL TO APPLY RULES BASED ON UNCONSTITUTIONALITY BY THE PUBLIC ADMINISTRATION IN MOZAMBICAN LAW	Mutela Mendes Rafael Supinho
39	**A PROBLEMÁTICA DA (IN) COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS ARBITRAIS NA EXECUÇÃO DE SUAS SENTENÇAS FACE À JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA EM MOÇAMBIQUE** THE PROBLEM OF (IN) JURISDICTION OF ARBITRATION COURTS IN ENFORCEMENT OF THEIR JUDGMENTS AGAINST THE ADMINISTRATIVE JURISDICTION IN MOZAMBIQUE	Mutela Mendes Rafael Supinho

EDITORIAL

10.29073/ j2.v6i1.773

Cristiane de Souza Reis - Editora-Chefe
Instituto de Estudos Comparados de Administração de Conflitos da Universidade Federal Fluminense - Rio de Janeiro
editor-chefe_j2@ponteditora.org

É com muita honra, que apresento mais uma edição da nossa Revista J2. Uma publicação de natureza jurídica dedicada à erudição acadêmica no campo do Direito. Contudo, sua essência se expande além de limites unidisciplinares, abarcando perspectivas múltiplas e transversais. Numa incessante busca pela vanguarda intelectual, a Revista lança um olhar crítico sobre os temas da atualidade, tanto no âmbito nacional como internacional, com especial atenção ao mundo lusófono. Elevando o padrão científico, todos os artigos submetidos são sujeitos à apreciação de revisores especializados.

Ergue-se, assim, mais uma edição desta ilustre Revista, cuja periodicidade semestral traz consigo um conjunto de quatro artigos primorosos, reverberando em temáticas variadas. É imprescindível ressaltar que a concretização deste empreendimento só se faz possível graças à colaboração ímpar de autores e pesquisadores, que desvelam seus brilhantes textos, fruto de incansáveis investigações. Neste momento, registámos, desde já, nossa gratidão!

Para além dos incansáveis pesquisadores, prestamos nossos agradecimentos aos revisores, cuja abnegação os impulsiona a consagrar seu precioso tempo na meticulosa revisão dos artigos submetidos, a fim de preservar a excelência científica que foi proposta desde o nascedouro deste projeto. Não poderíamos, tampouco, deixar de expressar nossa profunda gratidão aos leitores. A todos vós, rendemos nossas mais sinceras homenagens!

Assim, passemos à apresentação breve de cada um dos artigos que compõem esta brilhante edição da Revista J2, seguindo a orientação do geral para o específico, isto é, a começar pelo artigo que trata da participação democrática nos tribunais para seguir para os casos específicos de Moçambique.

Dito isso, apresentamos o artigo da Drª Sancha de Campanella e Drª Constança Campanella, intitulado "Circuncisão masculina de menores para fins não terapêuticos ou médicos". Este artigo propõe debater a legalidade da circuncisão para fins não terapêuticos ou médicos de uma criança do sexo masculino no quadro normativo português. Sustentado como violador dos direitos da criança à sua integridade física e à autodeterminação, procurar-se-á verificar juridicamente se os progenitores, ao abrigo das suas prerrogativas parentais, são soberanos na decisão de realizar realizá-lo ou se os superiores interesses das crianças interferem nesta decisão. Ao longo do texto

são abordadas as posições doutrinais perante esta prática (admissibilidade ou não em menores), partindo do mundo em geral até Portugal. Findo a análise é possível a conclusão de que nunca um direito do próprio progenitor se deverá sobrepor ao da criança, nomeadamente quando não seja nitidamente exercido no superior interesse da mesma ou quando não haja qualquer benefício.

A seguir, traz-se a investigação da Drª Juliana Cunha, cujo artigo denomina-se "Rastreamento de contatos durante a pandemia: desafios tecnológicos e jurídicos". Este estudo objetiva analisar questões específicas relacionadas ao digital contact tracing, especialmente aquelas pertinentes à tecnologia e ao Direito. Entre as indagações tecnológicas, é abordada a utilização do bluetooth ou do Global Positioning System dos telemóveis e o local de armazenamento dos dados pessoais coletados. Já quanto às dúvidas concernentes às questões jurídicas, são tratados, por exemplo, o compartilhamento de dados após o controle epidemiológico e o conflito entre o direito à privacidade e o direito à saúde. A autora concluiu que é essencial maior estudo do rastreamento de contato tanto daquele que utiliza a tecnologia quanto o tradicional, requerendo o envolvimento de profissionais de diferentes áreas, visando contribuir para o melhor controle da atual e de futuras pandemias, merecendo especial atenção os direitos à saúde, à privacidade e à proteção de dados.

O próximo Ensaio é de autoria do Dr. Mutela Supino, tendo como título "A (in) possibilidade de recusa de aplicação de normas com fundamento na inconstitucionalidade por parte da administração pública no direito moçambicano". Este artigo a norma constante na alínea a), do nº. 1, do art.º 246 da Lei n.˚1/2018, de 12 de Julho – Lei de Revisão Pontual da Constituição da República de Moçambique, procurando compreender "a (in) possibilidade de recusa de aplicação de normas com fundamento na inconstitucionalidade por parte da Administração Pública no Direito Moçambicano". É exatamente este questionamento e os resultados advindos das investigações que os autores trazem para nós, leitores, e que iremos conhecer a partir da leitura deste artigo.

Por fim, para encerrar com chave de ouro essa edição, temos um texto que traz uma abordagem multicultural, intitulado "A problemática da (in) competência dos tribunais arbitrais na execução de suas sentenças face à jurisdição administrativa em moçambique", de autoria do Dr. Mutela Supino, que se propôs a estudar sobre "Os tribunais Arbitrais e sua Efetivação Na Jurisdição Administrativa no Direito Moçambicano" objetivando aferir se os tribunais Arbitrais são competentes para Executar de suas decisões, face à Jurídica Administrativa. Tal como preconiza a lei, as decisões proferidas pelos Tribunais Administrativos, do Tribunal Administrativo da Cidade de Maputo, e dos tribunais administrativos províncias, são executadas pela própria Jurisdição Administrativa, não podendo outras jurisdições realizá-las em seu nome.

Assim, convidamos cordialmente os leitores a explorarem a mais recente edição da Revista J2, repleta de artigos envolventes. Nessa edição, abordamos temas como tribunais ambientais internacionais, clínicas jurídicas e a influência cultural em contextos diversificados. Convidamos você, leitor, a mergulhar nessas páginas repletas de investigação, análises e reflexões que nos desafiam a repensar o desenvolvimento socioeconômico, as estratégias de implementação e os efeitos da globalização nas expressões culturais. Esteja preparado para expandir seus horizontes

intelectuais e participar de debates atuais e relevantes. Aproveite a leitura da nova edição da revista J2 e enriqueça seu conhecimento com as ideias apresentadas.

Boa leitura!

CIRCUNCISÃO MASCULINA DE MENORES PARA FINS NÃO TERAPÊUTICOS OU MÉDICOS

MALE CIRCUMCISION FOR NON-THERAPEUTIC OR MEDICAL PURPOSES

10.29073/j2.v6i1.703

Receção: 12/12/2022 Aprovação: 03/02/2023 Publicação: 30/06/2023

Sancha de Carvalho de Campanella [a], Constança Campanella [b],

[a] Centro de Investigação ISAL; sancha.campanella-267m@advogados.oa.pt, [b] Faculdade de Direito de Lisboa; constanca.campanella@gmail.com

RESUMO

A circuncisão masculina é uma das mais antigas intervenções médicas. A circuncisão masculina para fins não terapêuticos ou médicos é um tema polémico, sobretudo quando praticado em menores. A nível internacional tem sido negligenciado o debate da circuncisão masculina em crianças devido às suas fortes ligações religiosas (Judaísmo e Islão) e práticas culturais, bem como pela sua aceitação em muitas sociedades. Iremos debater a legalidade da circuncisão para fins não terapêuticos ou médicos de uma criança do sexo masculino no quadro normativo português. Sustentado como violador dos direitos da criança à sua integridade física e à autodeterminação, procurar-se-á verificar juridicamente se os progenitores, ao abrigo das suas prerrogativas parentais, são soberanos na decisão de realizar realizá-lo ou se o superior interesse das crianças interferem nesta decisão. Ao debate será trazida a discussão se um eventual direito religioso dos pais se pode sobrepor ao direito à integridade física as crianças, à sua autodeterminação. A investigação tem caráter qualitativo, exploratório e descritivo. As questões expostas, além de problemas jurídicos face a um quadro normativo que não dá uma resposta imediata, colocam problemas morais, religiosos e de ordem ética. Ao longo do texto são abordadas as posições doutrinais perante esta prática (admissibilidade ou não em menores), partindo do mundo em geral até Portugal. Findo a análise é possível a conclusão de que nunca um direito do próprio progenitor se deverá sobrepor ao da criança, nomeadamente quando não seja nitidamente exercido no superior interesse da mesma ou quando não haja qualquer benefício.

Palavras-chave: Circuncisão Masculina, Religião, Ética, Direitos Fundamentais

ABSTRACT

Male circumcision is one of the oldest medical interventions. Male circumcision for non-therapeutic or medical purposes is a controversial topic, especially when practiced in minors. Internationally, the debate on male circumcision in children has been neglected due to its strong religious connections (Judaism and Islam) and cultural practices, as well as its acceptance in many societies. We will discuss the legality of circumcision for non-therapeutic or medical purposes of a male child within the regulatory framework Portuguese. Sustained as violating the rights of the child to his physical integrity and self-determination, it will seek to verify legally whether the parents, under their parental prerogatives, are sovereign in the decision to carry it out or whether the best interests of the children interfere with this decision. The debate will be brought to the debate whether a possible religious right of parents can overtake children's right to physical integrity, their self-determination. The research has a qualitative, exploratory and descriptive character. The questions presented, in addition to legal problems in the face of a normative framework that does not give an immediate answer, pose moral, religious and ethical problems. Throughout the text are addressed the doctrinal positions before this practice (admissibility or not in minors), starting from the world in general to Portugal. After the examination, it is possible to conclude that a right of the parent himself must never overlap with that of the child, in particular where it is not clearly exercised in the best interests of the child or where there is no benefit.

Keywords: Male circumcision, Religion, Ethics, Fundamental Rights

1. INTRODUÇÃO

A circuncisão masculina é uma intervenção cirúrgica irreversível realizada nos órgãos genitais masculinos, que consiste, segundo Blank et al. (2012), na remoção, total ou parcial, da pele que cobre a glande ou bálano do pénis (prepúcio). Para Korkes et al. (2012) a circuncisão masculina realiza-se por três motivos principais: religioso ou cultural, medida profilática (impedir ou evitar risco de transmissão de doença) ou tratamento de patologias. Assim, embora este procedimento cirúrgico possa ser recomendado para fins

médicos ou terapêuticos, na realidade trata-se de um procedimento comum em várias culturas por motivos religiosos (judaísmo e islamismo) bem como de formação de uma identidade étnica sendo, nestes casos, praticada em menores de idade. Neste âmbito, tanto na cultura judaica bem na como na islâmica a justificação para esta prática é discutida para além da problemática das tradições religiosas, porém considera-se que se trata de uma "marca simbólica de inscrição da aliança divina entre o povo judaico e Deus; mais especificamente de uma marca de identidade de grupo". Enquanto no judaísmo a prática é obrigatória no 8º dia após o nascimento, no islamismo é apenas uma intervenção fortemente encorajada tipicamente realizada até a puberdade. De resto, ao nível de identidade étnica, em muitos países a circuncisão é celebrada como uma espécie de ritual de passagem para a virilidade, atuando como um símbolo de coragem (Neves, 2014). O debate da circuncisão masculina não terapêutica tende a centrar-se nos casos em que é realizada em condições precárias de higiene por alguma entidade não medicamente especializada. Mas deve-se ir mais longe, entrando especialmente no domínio da legalidade. Com efeito neste tipo de intervenção devemos questionar se os progenitores, ao abrigo das suas prerrogativas parentais, são soberanos na decisão de realização este procedimento ou se o superior interesse das crianças deverá prevalecer nesta decisão; no fundo, pergunta-se se o direito à liberdade religiosa e direito de educação dos pais se pode sobrepor à integridade física e autodeterminação das próprias crianças. Esta questão, é tanto mais relevante no que ser refere à circuncisão feminina, mais mutiladora e fortemente censurada[1], muitas vezes até negligenciada. Embora alguns países apresentem legislação para a questão, muitos possuem apenas um quadro jurídico omissivo tornando-se a prática presumidamente legal devido às suas á religião e tradições, sendo juridicamente validada pelo costume. Neste quadro, cabe aos tribunais (se confrontados com a questão) resolver o conflito à base das normas já existentes; há, já, diversa jurisprudência que censurara esta prática, considerando-a uma ofensa à integridade física da criança e fora do melhor interesse da mesma. Ilustrando, veja-se decisão judicial alemã em 2012 proferida no Tribunal de Colónia que se pronunciou sobre a ilicitude penal da circuncisão não terapêutica na medida em que era um crime de ofensa à integridade física da criança e que o consentimento dos pais não poderia excluir a ilicitude. Porém, dado os movimentos e protestos proveniente da decisão, a Alemanha veio a aprovar uma lei que permite a circuncisão, consentida pelos pais e que não ponha em perigo a criança, realizada por um médico ou outra entidade que se mostre preparado para a realização da intervenção. Por sua vez o quadro normativo português, é omisso quando à permissividade ou proibição da circuncisão em menores para fins não terapêuticos, impondo-se, assim, o estudo se a circuncisão para fins não terapêuticos em menores viola os direitos da criança à sua integridade física e à autodeterminação, bem como se os progenitores ao abrigo das suas responsabilidades parentais são soberanos na decisão de realizar este procedimento, ou se ou o superior interesse das crianças interferem nesta decisão. Traremos ao debate a questão de saber se um eventual direito religioso se pode sobrepor ao direito à integridade física as crianças, à sua autodeterminação. Conforme defende Mazor (2013), esta discussão exige uma ponderação cuidadosa dos interesses da criança. O estudo parte de uma breve analise da circuncisão no mundo, para depois trabalhar o panorama nacional. Ao nível da metodologia, faremos um estudo de carater descritivo exploratório e com base na revisão da literatura. Para Gil (2017), as pesquisas exploratórias "têm como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, com vista

[1] Sendo proibida e criminalizada em Portugal, nos termos do artigo 144-A do Código Penal.

a torná-lo mais explícito ou a construir hipóteses". O mesmo autor refere que a pesquisa exploratória assume na maioria dos casos, a forma de pesquisa bibliográfica.

2. Circuncisão no mundo e o Direito Comparado

"A nível internacional, a circuncisão masculina tem sido largamente negligenciada nos debates tradicionais sobre práticas nocivas em crianças devido às suas fortes ligações religiosas, práticas culturais e a pela sua aceitação geral em muitas sociedades (ao contrário, note-se, quanto à mutilação genital feminina é expressamente proibida e censurada)" (Council, 2012, p. 21). Importa salienta que as considerações religiosas e culturais são as principais causas desta pratica (Morris et al., 2016). Estima-se[1] que, em 2016, países como Afeganistão, Comores, Gabão, Faixa de Gaza, Irão, Mauritânia, Marrocos, Tajiquistão, Tunísia, Cisjordânia, Sara Ocidental e Iémen, possuíam taxas de circuncisão de cerca de 99% ou mais (isto em adultos maiores de 15 anos) (Morris et al., 2016). Como acrescenta (Morris et al., 2016) a verdadeira taxa de circuncisão masculina mundial não é conhecida com precisão, pelo que só pode ser estimada, situando-se a nível mundial numa taxa global de 37,7 %, embora a percentagem real possa ser ligeiramente superior ou, mesmo, inferior a esta. Para Cohen-Almagor (2021) estima-se que existam entre 37 a 39% de homens circuncisados em todo o mundo. No ocidente, as taxas são significativamente menores como em Portugal que o estudo em referência apontava para uma taxa de 0,61% dos homens circuncidados. Segundo Freitas (2022) em Portugal, os casos de circuncisão à nascença (excluindo motivos religiosos ou culturais) serão praticamente inexistentes. Já os Estados Unidos da América (EUA) apresentavam uma taxa de 71,2%; porém, nos EUA este procedimento constitui uma prática social comum, nem sempre movida por motivos religiosos, antes por motivos sociais (como de integração social). Sem embargo, de acordo com a análise da tabela 1 infra, a taxa de circuncisados por país, tem uma incidência mais significativa nos países Muçulmanos e menores taxas nos países da Europa Ocidental.

Tabela 1 -Taxa de homens circuncisados por país

Country/territory	MC %	Country/territory2	MC %3	Country/territory	MC %5
Afghanistan	99.8	Ghana	91.6	Oman	87.7
Albania	47.7	Gibraltar	6	Pakistan	96.4
Algeria	97.9	Greece	4.7	Palau	95
American Samoa	95	Greenland	0.1	Panama	0.95
Andorra	1.1	Grenada	0.3	Papua New Guinea	10.1
Angola	57.5	Guam	95	Paraguay	0.11
Anguilla	0.3	Guatemala	0.11	Peru	3.7
Antigua & Barbuda	0.6	Guernsey	0.1	Philippines	91.7
Argentina	2.9	Guinea	84.2	Pitcairn Islands	0
Armenia	0.1	Guinea-Bissau	93.3	Poland	0.11
Aruba	0.46	Guyana	12	Portugal	0.61
Australia	26.6	Haiti	6.2	Puerto Rico	0.14

[1] Nos países em que não havia dados de população circuncisada, os cálculos basearam-se nas percentagens de população que praticava religiões que insistissem nesta intervenção;

Austria	5.8	Holy See (Vatican)	0.1	Qatar	77.5
Azerbaijan	98.5	Honduras	0.1	Romania	0.34
Bahamas, The	0.2	Hong Kong	28	Russia	11.8
Bahrain	81.2	Hungary	0.78	Rwanda	13.3
Bangladesh	93.2	Iceland	0.1	Saint Barthelemy	0.1
Barbados	0.9	India	13.5	Saint Helena, Ascens	0.1
Belarus	0.32	Indonesia	92.5	Saint Kitts & Nevis	0.3
Belgium	22.6	Iran	99.7	Saint Lucia	0.1
Belize	0.1	Iraq	98.9	Saint Martin & Tristan	0.1
Benin	92.9	Ireland	0.93	Saint Pierre & Miquel	0.2
Bermuda	0.8	Isle of Man	0.2	Saint Vincent & Grena	1.7
Bhutan	1.0	Israel	91.7	Samoa	95
Bolivia	0.11	Italy	2.6	San Marino	0.1
Bosnia & Herzegovina	41.6	Jamaica	14	S. Tome & Principe	0.1
Botswana	15.1	Japan	9	Saudi Arabia	97.1
Brazil	1.3	Jersey	0.1	Senegal	93.5
British Virgin Islands	1.2	Jordan	98.8	Serbia	3.71
Brunei	51.9	Kazakhstan	56.4	Seychelles	1.1
Bulgaria	13.4	Kenya	91.2	Sierra Leone	96.1
Burkin Faso	88.3	Kiribati	0.1	Singapore	14.9
Burma	3.5	Korea, North	0.1	Sint Maarten	0.06
Burundi	61.7	Korea, South	77.0	Slovakia	0.15
Cabo Verde	0.1	Kosovo Islands	91.7	Slovenia	8.5
Cambodia	3.5	Kuwait	86.4	Solomon Islands	95
Cameroon	94.0	Kyrgyzstan	91.9	Somalia	93.5
Canada	31.9	Laos	0.1	South Africa	44.7
Cayman Islands	0.2	Latvia	0.38	South Sudan	23.6
Central African Rep.	63.0	Lebanon	59.7	Spain	6.6
Chad	73.5	Lesotho	52	Sri Lanka	8.5
Chile	0.21	Liberia	97.7	Sudan	39.4
China	14.0	Libya	96.6	Suriname	15.9
Christmas Island	0.1	Liechtenstein	4.8	Svalbard	0.1
Cocos (Keeling)	95	Lithuania	0.2	Swaziland	8.2
Columbia	4.2	Luxembourg	2.4	Sweden	5.1
Comoros	99.4	Macau	0.1	Switzerland	5.9
Congo (Dem. Repub)	97.2	Macedonia	33.9	Syria	92.8
Congo, Republic	70	Madagascar	94.7	Taiwan	8.3

Cook Islands	95	Malawi	21.6	Tajikistan	99
Costa Rica	0.15	Malaysia	61.4	Tanzania	72
Cote d'Ivoire	96.7	Maldives	98.4	Thailand	23.4
Croatia	1.3	Mali	86	Timor-Leste	6.4
Cuba	0.11	Malta	0.3	Togo	95.2
Curacao	0.07	Marshall Islands	0.1	Tokelau	95
Cyprus	22.7	Mauritania	99.2	Tonga	95
Czech Republic	0.14	Mauritius	16.6	Trinidad & Tobago	5.8
Denmark	5.3	Mexico	15.4	Tunisia	99.8
Djibouti	96.5	Micronesia,	0.1	Turkey	98.6
Dominica	0.2	Moldova	0.5	Turkmenistan	93.4
Dominican Republic	13.7	Monaco	0.5	Turks & Caicos Is	0.1
Ecuador	0.11	Mongolia	4.4	Tuvalu	95
Egypt	94.7	Montenegro	18.5	Uganda	26.7
El Salvador	0.11	Montserrat	0.1	Ukraine	2.3
Equatorial Guinea	87	Morocco	99.9	United Arab Emir.	76
Eritrea	97.2	Mozambique	47.4	United Kingdom	20.7
Estonia	0.25	Namibia	25.5	United States	71.2
Ethiopia	92.2	Nauru	95	Uruguay	0.62
Falkland Islands	0.1	Nepal	4.2	Uzbekistan	96.5
Faroe Islands	0.1	Netherlands	5.7	Vanuatu	95
Fiji	55	New Caledonia	50	Venezuela	0.33
Finland	0.82	New Zealand	33.0	Vietnam	0.2
France	14	Nicaragua	0.1	Virgin Islands	0.55
French Polynesia	78	Niger	95.5	Wallis & Futuna	0.1
Gabon	99.2	Nigeria	98.9	West Bank	99.9
Gambia, The	94.5	Niue	95	Western Sahara	99.6
Gaza Strip	99.9	Norfolk Island	0.1	Yemen	99.0
Georgia	10. 6	Northern Mariana Is	90	Zambia	12.8
Germany	10.9	Norway	3.0	Zimbabwe	9.2

Fonte : Morris et al. (2016)

Alguns países têm legislação sobre a circuncisão masculina em menores: por exemplo, na Africa do Sul [1] implementou a Children's Act de 2005, secção 12, através da qual proíbe a circuncisão em menores de 16 anos exceto por razões religiosas ou necessidade médica. No tocante ao maior de 16 anos é exigido o consentimento do mesmo, podendo este vir a recusar. Porém, ainda é uma exceção. De facto, muitos países não têm um regime jurídico que se aplique a esta prática sendo a mesma presumidamente legal. Contudo, como referido anteriormente, várias decisões judiciais internacionais já censuraram esta prática considerando que a mesma constitui uma ofensa à integridade física da criança e que colide com o conceito de superior interesse da criança. A título de exemplo, no reino Unido, em 1992, um caso de discordância dos progenitores acerca da circuncisão do seu filho levou a que o tribunal considerasse que a circuncisão não seria praticada no interesse da criança pese embora o seu pai fosse Muçulmano, uma vez que não estavam inseridos num ambiente em que essa religião muçulmana fosse preponderante (Möller, 2020). Na Alemanha, o Tribunal da Colónia a 7 de maio 2012 pronunciou-se sobre a ilicitude penal da circuncisão não terapêutica na medida em que considerou ser era um crime de ofensa à integridade física da criança e, nem mesmo, que o consentimento dos pais não poderia excluir a ilicitude[3]. Porém, dado os movimentos e protestos que decorreram perante esta decisão a Alemanha veio a aprovar uma lei que permite a circuncisão, consentida pelos pais e que não ponha em perigo a criança, realizada por um médico ou outra entidade que se mostre preparado para a realização da intervenção.

3. O PROBLEMA: ÉTICA, LEGALIDADE E MEDICINA

Como vem sendo referido no presente texto a circuncisão masculina para fins não terapêuticos, além de poder retratar conflitos de direitos num quadro normativo que não dá resposta direta, nos quais se discutem direitos religiosos e direitos à integridade física e autodeterminação, retrata também problemas de ordem moral e ética. Do ponto de vista ético, e conforme analisa Svoboda et al. (2016) este procedimento levanta questões a nível do respeito pelos princípios bioéticos principais: autonomia, maleficência, beneficência e justiça. Levantam-se questões como: parece injusto a remoção de uma parte completamente saudável do corpo da criança sem justificação? (justiça). Sendo a circuncisão feminina, mas conhecida como mutilação genital feminina fortemente proibida e censurada, porque a masculina não o é? (Igualdade). Do ponto de vista dos princípios éticos da medicina, levantam-se igualmente questões: não efetuar cirurgias desnecessárias Svoboda et al. (2016), o dever do médico com o paciente e medicina preventiva ética. De facto, do ponto de vista da medicina preventiva ética uma intervenção não terapêutica tem de cumprir vários requisitos para ser admissível: haver um perigo substancial para a saúde pública, o sucesso da intervenção tem que estar provado, a intervenção deve ser apropriada e a menos invasiva e lesiva possível para atingir o objetivo de saúde pública (proporcionalidade), contendo sempre um benefício para o utente que não se baseie apenas em especulação. A remoção de uma parte saudável do físico de uma criança incapaz de consentir não parece ser qualquer perigo para a saúde publico ou os que a rodeiam. Do ponto de vista médico, não há provas que permitam que permitam concluir ou fazer um balanço positivo, baseado única e exclusivamente nas vantagens e desvantagens

[1] OMS SHIT e https://www.medicalprotection.org/southafrica/advice-booklets/consent-to-medical-treatment-in-south-africa-an-mps-guide/the-children-s-act-2005

[3] A decisão pode ser consultada em http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/koeln/lg_koeln/j2012/151_Ns_169_11_Urteil_20120507.html

médicas[1] que esta intervenção oferece. Neste sentido Svoboda et al. (2016) conclui que a circuncisão não terapêutica de menores masculinos não é medicamente justificada e que viola as regras fundamentais da ética médica, nomeadamente o Juramento de Hipócrates[2]: "Primeiro, não faça mal"

4. Direito à integridade física e autodeterminação da criança

O direito à integridade física é componente do direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 25º da Constituição da Républica Portuguesa [3] . Para muitos, a circuncisão masculina não terapêutica viola o direito fundamental da criança à sua integridade física, na medida em que os seus efeitos são irreversíveis. O Relatório de 2012 da Internacional ONG "Violence against Children" (Council, 2012) considerou estas práticas como uma violação grosseira deste seu direito. Em consequência, aA Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança4 (UNICEF, 2019) impõe aos estados tomar "todas as medidas eficazes e adequadas com vista a abolir as práticas tradicionais prejudiciais à saúde das crianças". A circuncisão tem sido vista como uma violação da integridade física da criança, incluem a mesma como uma "prática tradicional" nesse sentido. Não colhe provimento que um eventual direito à liberdade religiosa possa permitir a intrusão física no corpo de outrem que comporta vários riscos à saúde física e mental do mesmo a curto e longo prazo. A Resolução n.º 1952 (2013) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa sobre o direito das crianças à integridade física demonstrou preocupação sobre procedimentos lesivos dos direitos das crianças, tais como a mutilação genital feminina, a circuncisão de meninos por motivos religiosos, entre outros, bem como a Recomendação n.º 2023 (2013) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa. Assim, recomenda aos Estados-Membros a tomar medidas legislativas e políticas que ajudem a reforçar a proteção da criança, garantindo os direitos das crianças à proteção contra violações de sua integridade física. Destarte, como sustentado Brito (2014) que apoia a ilicitude deste procedimento, aceita-se a liberdade religiosa, mas não poderá justificar uma intervenção cirúrgica irreversível e não medicamente indicada, sem o consentimento do menor pois tal vai contra o interesse do mesmo. Os pais devem cuidar da manutenção da integridade física dos filhos, todavia não lhes causar danos, por ação nem por omissão. Além de violadora do direito suprarreferido, é considerado que a intervenção não terapêutica pode ir contra o direito à criança de autodeterminação. Salientamos que as crianças são submetidas ao procedimento pela ação dos pais, por motivos religiosos e/ou culturais, sem que lhe seja dada a possibilidade de decidir por si mesma seja quando atinja a maioridade ou apenas a maturidade necessária para o consentimento. Considerando que este procedimento tem caracter irreversível. E são vários estudos (e.g. McLaughlin Jr., 2016) que revelam não só que a taxa de homens adultos que se submetem a este procedimento é baixa bem como que as supostas vantagens para a saúde que a cirurgia acarreta não se perderiam caso se diferisse o procedimento para a idade adulta. Na realidade, talvez a única desvantagem que se parece apontar a este procedimento seriam os custos adicionais em

[1] Desvantagens: a dor do procedimento (um dos procedimentos mais dolorosos a que se submete uma criança) e eventual trauma psicológico, infeções pós-operatórias, hemorragias e, em casos extremos, morte. Vantagens, porém, e embora meramente especulativas, fala-se de uma melhor higiene e um combate preventivo de doenças como cancro peniano e HIV.

[2] Declaração de Genebra da Associação Médica Mundial, Adotada pela 2.ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, Genebra, Suíça, setembro 1948, revista em outubro de 2017, pode ser consultada em https://ordemdosmedicos.pt/estatutos-e-regulamentos/#1504220526430-13f7b9b4-d898

[3] Aprovada a 2 de Abril de 1976 pela Assembleia Constituinte, e publicada no Diário da República, Série I de 1976-04-10, atualizada com as suas seis revisões constitucionais.

[4] Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de Setembro de 1990, disponível em https://www.unicef.pt/media/2766/unicef_convenc-a-o_dos_direitos_da_crianca.pdf

adulto, seja económicos ou pós-operatórios. Os progenitores devem exercer os direitos da criança única e exclusivamente no interesse da mesma e nunca apenas motivados por questões que apenas para eles (progenitores) são importantes, como a religião. Os progenitores devem tomar as decisões, como a própria criança tomaria, se tivesse a necessária maturidade. Ou seja, questionar se a mesma tomaria ou não tal decisão na maioridade. "Os pais não têm um usufruto parental sobre os bens da criança: têm, sim, em face desta, responsabilidades parentais. Durante a infância, os bens jurídicos da criança são já isso mesmo: da criança". Por isso, os pais não podem dispor deles como se fossem seus até a criança deixar de o ser (Brito, 2014). Estas posições não têm de ser encaradas como uma necessidade de proibição da prática para fins não terapêuticos: devem é ser realizadas em quem seja competente para poder consentir, o que necessariamente exclui os menores não emancipados.

5. Direito à liberdade religiosa e de educação por parte dos pais

A circuncisão em menores tem sido legitimada pelo direito à liberdade religiosa dos pais e educação. O direito à religião é igualmente reconhecido na Convenção dos Direitos da Criança no seu artigo 14º. O mesmo estabelece que os pais têm o direito e dever de orientar a criança no exercício deste direito. Salientamos que o artigo 30º da referida Convenção reconhece que crianças pertencentes a minorias não podem ser privadas do seu direito de professar e praticar a sua própria religião e com base preceito, tem sido aceite uma admissão da circuncisão afirmando que se trata de uma prática religiosa e que deverá ser admitida e presumida como estando no melhor interesse da criança. Contudo, para se presumir o melhor interesse da criança será também necessário presumir que a mesma irá manter a religião ao qual foi educada e que, assim, sempre acabaria por ter de se submeter a esta cirurgia. Esta posição é justificada pelo baixo valor da taxa de homens que se submetem à cirurgia quando adultos com base nos elevados custos do procedimento (tanto económicos como físicos). Não sendo a criança atualmente autónoma, a mesma quando atingir idade adulta nunca será colocada na mesma posição que os pais se encontravam quando ela era menor, ou seja nunca terá a oportunidade de fazer o procedimento com menos custos físicos e económico (Mazor, 2013). Pareceria, então, que a mesma convenção que censura a circuncisão no seu artigo 24º nº 3, a permite pelo seu artigo 30º. Relembramos que o artigo 24º nº 3 não se trata de uma negação da admissibilidade da circuncisão, na medida em que não se encontra provada que é uma prática prejudicial à saúde, não é esta a intenção do legislador. Acresce que, os pais têm o direito à educação e determinação do bem do filho: o artigo 18º nº 4 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos[1] reconhece aos pais o direito a educar as crianças nas práticas e convicções da religião que os mesmos pratiquem (artigo 1886º Código Civil prevê o mesmo que o Artigo 11º da Lei da Liberdade Religiosa [2]). A liberdade religiosa está consagrada do artigo 41º da Constituição da República Portuguesa, no capítulo dos direitos, liberdades e garantias. Contudo, o artigo 6º nº 2 da Lei da Liberdade dispõe que "a liberdade de consciência, de religião e de culto não autoriza a prática de crimes", nos quais se incluem necessariamente as ofensas à integridade físicas simples. Quer o direito à religião quer os direitos à integridade física são invioláveis nos termos da Constituição, pelo que um deles terá que ceder, nos termos do artigo 18º nossa da Constituição, em caso de conflito de direitos. Ponderado todo o quadro legal, especialmente internacional entendemos que direito à religião deve ceder perante o

[1] Adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966. Aprovado em Portugal pela Lei n.º 29/78, de 12/06 publicada no Diário da República, I Série A, n.º 133/78, disponível em https://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf

[2] Lei n.º 16/2001 publicada no Diário da República n.º 143/2001, Série I-A de 2001-06-22, disponível em https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2001-34483475

direito à integridade física e autodeterminação das crianças. Neste campo estamos no fundo a falar da liberdade religiosa dos pais, do direito de os pais criarem os seus filhos de acordo com o seu próprio interesse, dentro das suas tradições religiosas. Será que este direito à religião dos pais deve ser respeitado independentemente das consequências, nomeadamente violação da integridade física de forma irreversível do menor? Inclinamo-nos para concluir que não. Com efeito, este direito deve respeitar o superior interesse da criança, nomeadamente à sua integridade física e sua autodeterminação. Inclusive, nada nos garante que o menor na sua vida adulta possa optar, até, por mudar de religião, o que tornaria o procedimento inútil para o mesmo, se feito na base do projeto religioso dos pais. A Convenção das Nações Unida sobre o Direitos das Crianças, no seu artigo 14º, defende o direito da criança à liberdade religiosa. Contudo, as crianças não nascem numa religião. Cada indivíduo tem direito à liberdade religiosa. Assim, os pais não podem citar as suas crenças religiosas adultas para justificar a perpetração de práticas prejudiciais á criança, antes que a mesma posso prestar o seu consentimento informado. Salientamos que o artigo 9.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem [1] permite restrições à liberdade religiosa "no interesse da segurança pública, da proteção da ordem pública, da saúde e moral publicas ou da proteção dos direitos e liberdades de outrem (Council of Europe, 1950).

6. Prática e quadro legal em Portugal

Em Portugal, a circuncisão de adultos é permitida desde que devidamente consentida e informada. A circuncisão masculina de menores não tem regulamentação expressa, contudo a circuncisão feminina ou mutilação genital feminina, independentemente da idade e por razões não médicas, é proibida e criminalizada, nos termos do artigo 144-A do Código Penal [2], com penas de prisão compreendida entre 2 a 10 anos. Quanto a esta questão, em Portugal, temos um quadro legal omissivo, e que tem de ser interpretado sistematicamente face à necessidade especial de proteção das crianças e aos Tratados e convenções internacionais a que Portugal está submetido, por força da aplicabilidade direta pelo artigo 8º da Constituição da Républica Portuguesa. As crianças têm proteção constitucional no Artigo 69º da nossa Constituição da República Portuguesa, e internacionalmente encontram-se protegidas na Declaração Universal dos Direito do Homem (adotada e proclamada em 10 de Dezembro de 1948), na Convenção sobre os Direitos das Crianças (Da Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989), entre outros tratados internacionais. A Convenção sobre os Direitos da Criança no seu o artigo 24º nº 3, impõe aos Estados para tomar "todas as medidas eficazes e adequadas com vista a abolir as práticas tradicionais prejudiciais à saúde das crianças". A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança determina no artigo 3º que "o superior interesse da criança deve ser uma consideração primária" e os Estados, nos termos do artigo 19º, são obrigados a tomar "todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educativas adequadas à proteção da criança contra todas as formas de violência física ou mental, dano ou sevícia, abandono ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração, incluindo a violência sexual, enquanto se encontrar sob a guarda de seus pais ou de um deles, dos representantes legais ou de qualquer outra pessoa a cuja guarda haja sido confiada" As crianças menores de 18 anos gozam de personalidade jurídica e como tal são sujeitos de direitos e obrigações, contudo, carecem de capacidade de exercício (artigo

[1] Tratado internacional celebrado pelos Estados-Membros do Conselho da Europa, em 4 de novembro de 1950, que está em vigor desde 1953. O Estado Português apenas se vinculou a 9 de novembro de 1978.

[2] Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, com as respetivas atualizações, sendo a versão mais recente a Lei n.º 94/2021, de 21/12

123º Código Civil[1]), ou seja, não gozam da possibilidade de agir pessoal e livremente no exercício dos seus direitos e obrigações. Esta incapacidade dos menores é suprida pelo poder paternal, e subsidiariamente pela tutela, nos termos do artigo 128º Código Civil. Assim, nos termos do artigo 1877º Código Civil, os filhos estão sujeitos às responsabilidades parentais até à maioridade ou emancipação. Contudo, o exercício das responsabilidades parentais, que constitui um verdadeiro poder-dever dos progenitores, não é livre e arbitrário, muito pelo contrário dever ser sempre exercida no interesse dos filhos, no interesse superior da criança. O artigo 1878º baliza o conteúdo das responsabilidades parentais ao definir que os pais, no interesse dos filhos, velam "pela segurança e velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens" e os pais, contudo, atender à opinião dos mesmos, de acordo com a sua maturidade, noa assuntos familiares importantes e conceder-lhes autonomia na organização da própria vida. O poder de representação, nos termos do artigo 1881º do Código Civil, "compreende o exercício de todos os direitos e o cumprimento de todas as obrigações do filho, excetuados os atos puramente pessoais, aqueles que o menor tem o direito de praticar pessoal e livremente e os atos respeitantes a bens cuja administração não pertença aos pais" No tocante a este artigo, podemos considerar ato puramente pessoal os atos de dispor do corpo, desde que os mesmos não interfiram com questões de saúde. E se assim os considerarmos a circuncisão para fins não terapêuticos ou médicos inserir-se-á neste domínio. Salientamos, que a incapacidade de os menores consentirem na realização deste procedimento por não terem capacidade de exercício, não os pode deixar na disposição arbitrária dos seus representantes legais, os quais os devem antes os proteger, salvaguardando a integralidade dos seus direitos. O nosso regime das responsabilidades parentais assenta no interesse dos filhos e visa a proteção dos mesmos e promoção do seu desenvolvimento saudável e da sua autonomia e não se num poder de disposição dos pais. Exatamente por existir uma especial vulnerabilidade e carência de proteção das crianças, que não têm autonomia para decidir, que a lei determina que a competência para as tomar deva caber a outra pessoa, mas sempre no seu interesse. A Constituição da Républica Portuguesa no seu artigo 69º nº 1 garante à criança a proteção da sociedade e do Estado "com vista ao seu desenvolvimento integral" e o artigo 1885º nº 1 do Código Civil a dispor que "cabe aos pais (...) promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos". São nestas balizas que os progenitores e/ou representantes legais das crianças devem agir. Não podendo agir pessoal e livremente no exercício dos seus direitos e obrigações, os seus progenitores devem, assim, zelar pela segurança e saúde das crianças dirigindo a sua educação de acordo com o já mencionado artigo 1878º (que engloba a religião- artigo 1886º) e dando importância à sua opinião na organização da sua vida de acordo com a sua maturidade. Todas as responsabilidades parentais deverão ser exercidas de acordo com o interesse superior da criança. De acordo com Pereira (2015) é de facto um princípio geral dos Direitos da Criança em que o seu interesse prevalece sobre os demais (dos adultos) como medida de tutela para com a mesma. A doutrina portuguesa, face a falta de norma que expressamente permita ou proíba o procedimento, divide-se ente a sua admissibilidade ou não admissibilidade. Para Pinheiro (2020) e (2021) a circuncisão ultrapassa o âmbito das responsabilidades parentais e não se torna legítima pelo seu eventual cariz religioso ou ritual pois é artificioso identificar um interesse atual da criança (baseando-se em circunstâncias discutíveis ou futuras). A ilicitude do procedimento é também defendida por Neves (2014) com a ressalva de que é necessário um

[1] Decreto-Lei n.º 47344, publicado em Diário do Governo n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25, com as respetivas atualizações, sendo a versão mais recente Lei n.º 8/2022, de 10/01

juízo decisório no caso concreto em que se preste atenção a circunstâncias que possam ser pertinentes como é o caso das vivências subjetivas dos pais. Isto no sentido de que, embora a culpa dificilmente seja afastada, poderá ser atenuada se se considerar que o dever religioso (de circuncidar) leve a que os pais relativizem a dimensão da lesão que impõem ao seu filho com base nesse dever, isto é, tenham uma perceção distorcida[1]. No fundo, atribui-se importância ao conflito de deveres em causa: dever jurídico de não lesar a criança e dever jurídico de a circuncisar por motivos religiosos. Por outro lado e por fim, Pereira (2014) defende a licitude do procedimento com base na saúde pública. O mesmo assume que as religiões não vão deixar de praticar esta tradição, pelo que será melhor que a mesma ocorra num espaço seguro e higiénico e praticada por um médico do que clandestinamente e com maiores riscos para a criança, algo que a ilicitude da prática poderia fomentar. Neste sentido também Blank et al. (2012) que considera imperativo que as circuncisões masculinas sejam realizadas por profissionais e utilizem técnicas estéreis eficazes e a gestão da dor. No que toca à comparação entre a mutilação genital feminina, proibida, e a circuncisão masculina, apontando a igualdade como um fundamento para a ilicitude desta prática, é referido por Pereira (2014) que este argumento não pode ser utilizado por circuncisão feminina ser praticada com um sentido denegridor e rebaixador do sexo feminino enquanto a circuncisão masculina por ter vantagens terapêuticas no sentido de prevenção de doenças sexualmente transmissíveis como o HIV. Posição que é contrariada por Bridge (1999). Importante trazer à colação que nos termos do artigo 11 da Lei da Liberdade Religiosa, a partir dos 16 anos de idade, os menores têm o direito de realizar por si as escolhas relativas a liberdade de consciência, de religião e de culto e como tal não será justificado já aos progenitores imporem qualquer circuncisão que não seja consentida pelos menores ao abrigo da sua própria escolha religiosa. O artigo 1886º do Código Civil igualmente determina que os pais apenas decidem pela educação religiosa dos filhos até aos 16 anos.

7. Conclusão

Decorrente deste ensaio pode-se concluir que são variadas as posições no mundo quanto à circuncisão não terapêutica tanto a nível jurídico como ético. Contudo, é certo que, podemos concluir que, no quadro normativo português, o qual deve ser interpretado de forma sistemática e sempre pelos respeitos dos Tratados internacionais vigentes em Portugal, uma circuncisão não terapêutica realizada em menores a pedido dos pais não é permitida e excedem em muito os direitos e deveres dos progenitores na condução da vida do menor. Entendemos, desta forma, não existir sequer o eventual conflito entre direitos: o direito à liberdade religiosa e a integridade física e autodeterminação. Não podemos confrontar o direito dos menores á sua integridade física ao direito dos pais à sua liberdade religiosa. O direito à religião dos pais, é opção destes e não propriamente de um direito da própria criança como decorre da integridade física. Perante um caso de colisão de direito entre a integridade física do menor e este direito à religião, deve este último ceder, não me parecendo razoável considerar que será interesse da criança submetê-la a uma intervenção cirúrgica irreversível por questões não relacionadas com a sua saúde. Considerar que a criança no futuro iria querer a intervenção ou irá professar a mesma religião é utópico e não passa de especulação, ainda que apoiada de um direito dos pais. Não Obstante, este direito dos pais nunca poderá justificar a violação do interesse alheio, como decorre da intrusão no corpo de outrem. Na verdade, a liberdade religiosa dos pais não prevalece sobre o bem-estar dos filhos Pinheiro (2021). Além disso, das normas respeitantes às responsabilidades parentais retiramos que

[1] Não compreensão dos possíveis danos, da lesão em si, pois estão sempre a impor um sacrifício à criança uma menorização da criança como pessoa autónoma que deve ter a oportunidade de decidir aceitar ou recusar a dádiva oferecida

mesmas devem ser exercidas no interesse das crianças. Como foi referido, não nos parece haver qualquer vantagem médica específica em praticar este procedimento em criança, sem qualquer prescrição medica ou por motivos de saúde. Ainda, não pode ser descurado o direito à autodeterminação do menor, o seu direito de opção, o direito como muitos chamam a um "futuro aberto", direito genérico de não ser privado da possibilidade e ele próprio pode decidir as coisas importante da sua vida, quando o puder fazer. Deixar nas mãos dos progenitores decisão e circuncisar ou não o menor, é violar a sua autodeterminação. Por outro lado, o artigo 1881º do Código Civil refere que o exercício das responsabilidades parentais não compreende os "atos puramente pessoais" dos menores. Tratando-se a circuncisão de um ato de dispor do corpo, consideramos um ato puramente pessoal, e como tal está fora do âmbito dos progenitores tal decisão desde que não esteja em causa questões de saúde. Relembramos que, exatamente por existir uma especial vulnerabilidade e carência de proteção das crianças, não têm capacidade, maturidade nem autonomia para decidir, a lei atribui a competência para a tomada de tais decisões a outra pessoa, com maturidade e capacidade para decidir, mas sempre no superior interesse da criança. Contudo não defendemos uma abolição da prática por motivos religiosos no seu todo. Defendemos sim que, o procedimento, a ser permitido, deverá ter um quadro jurídico expresso que garanta, não apenas a segurança e a integridade física, mas também os demais direitos fundamentais das crianças. Neste sentido, a prática deverá apenas ser permitida em quem seja capaz de consentir (seja por ter atingido a maioridade, ser emancipado, seja pela sua maturidade face ao procedimento). Neste quadro normativo expresso a ser criado, aceitaríamos que o menor com mais de 16 anos tivesse capacidade para dar o seu consentimento ao procedimento, não obstante a sua menoridade. Esta solução, não sendo a ideial, parece-nos compatível com o artigo 11º da lei da liberdade religiosa, bem como vai de encontro à maturidade que o sistema jurídico entende que o menor de 16 anos já tem, nomeadamente ao permitir com esta idade para a emancipação e para a imputabilidade e consentimento penal[1]. Desta forma, julgamos ser de uniformizar os regimes da circuncisão masculina e feminina em menores por razões não terapêuticas ou médicas, criminalizando as condutas, independentemente das razões religiosas, culturais ou de género, uma vez que todas estas condutas se revelam como violadoras do direito à integridade física e autodeterminação dos menores.

A Constituição da República proclama um direito à igualdade de género, pelo que não devem ter um tratamento diferenciado, sendo certo que a mutilação genital feminina beneficia de proteção jurídico-penal.

8. Limitações e recomendações

O presente estudo apresenta algumas limitações. Em primeiro lugar, inexistência de dados estatísticos oficiais sobre o número de homens circuncisados em Portugal. Em segundo lugar, inexistência de dados sobre se o referido procedimento é efetuado em homens adultos, crianças ou jovens, bem como quais os motivos da realização do procedimento (religiosos, culturais ou médicos). Recomendar-se-ia, assim, a realização de estudos estatístico, por forma a determinar o real impacto desta temática no mundo jurídico português.

Referências

Blank, S., Brady, M., Buerk, E., Carlo, W., Diekema, D., Freedman, A., Maxwell, L., & Wegner, S. (2012). Male circumcision. Pediatrics, 130(3). https://doi.org/10.1542/peds.2012-1990

Bridge, Caroline (1999), Religion, culture and conviction – The medical treatment of youth

[1] Artigo 38º Código Penal.

children, Child and Family Quarterly, 11, p. 1-15

Cohen-Almagor, R. (2021). Should liberal government regulate male circumcision performed in the name of Jewish tradition? SN Social Sciences, 1(1), 1–26. https://doi.org/10.1007/s43545-020-00011-7

Código Civil , Decreto-Lei n.º 47344, publicado em Diário do Governo n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25, com as respetivas atualizações, sendo a versão mais recente Lei n.º 8/2022, de 10/01, disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis

Código Penal, Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, com as respetivas atualizações, sendo a versão mais recente a Lei n.º 94/2021, de 21/12, disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis

Constituição da República Portuguesa, Aprovada a 2 de Abril de 1976 pela Assembleia Constituinte, e publicada no Diário da República, Série I de 1976-04-10, versão consolidada disponível em : https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775

Council, I. N. G. O. (2012). Violating children ' s rights : Council on Violence against Children Harmful practices based on tradition ,. 48.

Council of Europe. (1950). Convenção Europeia dos Direitos do Homem. European Court of Humans Rights. https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf

Declaração de Genebra da Associação Médica Mundial, Adotada pela 2.ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, Genebra, Suíça, setembro 1948, revista em outubro de 2017, pode ser consultada em https://ordemdosmedicos.pt/estatutos-e-regulamentos/#1504220526430-13f7b9b4-d898

Freitas, A. C. (2022). Circuncisão em bebés não reduz sensibilidade do pénis na vida adulta. Publico. https://www.publico.pt/2016/04/19/ciencia/noticia/circuncisao-em-bebes-nao-reduz-sensibilidade-do-penis-na-vida-adulta-1729409/amp

Gil, A. (2017). Como Elaborar Projetos de pesquisa. (E. Atlas, Ed.) (6a edição). São Paulo.

Korkes, F., Silva II, J. L., & Pompeo, A. C. L. (2012). Circuncisão por motivos médicos no sistema público de saúde do Brasil: epidemiologia e tendências TT - Circumcisions for medical reasons in the Brazilian public health system: epidemiology and trends. Einstein (São Paulo), 10(3), 342–346. http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-45082012000300015

Mazor, J. (2013). The child's interests and the case for the permissibility of male infant circumcision. Journal of Medical Ethics, 39(7), 421–428. https://doi.org/10.1136/medethics-2013-101318

McLaughlin Jr., P. J. (2016). The Legal and Medical Ethical Entanglements of Infant Male Circumcision and International Law. Journal of Medical Law and Ethics, 4(1), 23–38. https://doi.org/10.7590/221354016x14589134993938

Möller, K. (2020). Male and female genital cutting: Between the best interest of the child and genital mutilation. Oxford Journal of Legal Studies, 40(3), 508–532. https://doi.org/10.1093/ojls/gqaa001

Morris, B. J., Wamai, R. G., Henebeng, E. B., Tobian, A. A. R., Klausner, J. D., Banerjee, J., & Hankins, C. A. (2016). Estimation of country-specific and global prevalence of male circumcision. Population Health Metrics, 14(1), 1–13. https://doi.org/10.1186/s12963-016-0073-5

Neves, A. Brito, A Circuncisão Religiosa como Tipo de Problema Jurídico-Penal, 1ª Edição, Almedina, 2014

Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, Resolução 2200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966. Aprovado em Portugal pela Lei n.º 29/78, de 12/06 publicada no Diário da República, I Serie A, n.º 133/78, disponível em https://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf

Pereira, André Gonçalo Dias Pereira, Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2015

Pinheiro, Jorge Duarte, Limites ao exercício das responsabilidades parentais: em matéria de saúde da criança, 1ª Edição, Gestlegal, 2020;

Pinheiro, Jorge Duarte, Temas de Direito Pediátrico, 1ª Edição, Gestlegal, 2021;

Resolução n.º 1952 (2013) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, Disponível em: https://pace.coe.int/en/files/20174/html

Recomendação n.º 2023 (2013) da Assembleia Parlamentar do conselho da Europa, Disponível em: https://pace.coe.int/en/files/20176/html

Svoboda, J. S., Adler, P. W., & Van Howe, R. S. (2016). Circumcision is unethical and unlawful. Journal of Law, Medicine and Ethics, 44(2), 263–282. https://doi.org/10.1177/1073110516654120

UNICEF. (2019). Convenção sobre os Direitos da Criança e Protocolos Facultativos. Unicef, 1–80. https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf

PROCEDIMENTOS ÉTICOS

Conflito de interesses: nada a declarar. **Financiamento**: nada a declarar. **Revisão por pares:** Dupla revisão anónima por pares.

Todo o conteúdo do J² – Jornal Jurídico é licenciado sob *Creative Commons*, a menos que especificado de outra forma e em conteúdo recuperado de outras fontes bibliográficas.

RASTREAMENTO DE CONTATOS DURANTE A PANDEMIA: DESAFIOS TECNOLÓGICOS E JURÍDICOS

CONTACT TRACKING DURING THE PANDEMIC: TECHNOLOGICAL AND LEGAL CHALLENGES

10.29073/j2.v6i1.575

Receção: 10/01/2021 Aprovação: 05/12/2022 Publicação: 30/06/2023

Juliana Falci Sousa Rocha Cunha [a],

[a] Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; jfcunha.bh@terra.com.br

RESUMO

A pandemia do novo coronavírus impactou fortemente todo o mundo. Visando a contenção do COVID-19, o *contact tracing* foi adotado em diversos países, tendo muitos deles contado com a inovação tecnológica. O estudo objetiva analisar questões específicas relacionadas ao *digital contact tracing*, especialmente aquelas pertinentes à tecnologia e ao Direito. Entre as indagações tecnológicas, é abordada a utilização do *bluetooth* ou *do Global Positioning System* dos telemóveis e o local de armazenamento dos dados pessoais coletados. Já quanto às dúvidas concernentes às questões jurídicas, são tratados, por exemplo, o compartilhamento de dados após o controle epidemiológico e o conflito entre o direito à privacidade e o direito à saúde. A metodologia utilizada na elaboração do estudo foi a pesquisa bibliográfica quanto ao procedimento e a exploratória quanto ao objetivo, com ênfase na legislação e nos documentos públicos. Concluiu-se que é essencial maior estudo do rastreamento de contato tanto daquele que utiliza a tecnologia quanto o tradicional, requerendo o envolvimento de profissionais de diferentes áreas, visando contribuir para o melhor controle da atual e de futuras pandemias, merecendo especial atenção os direitos à saúde, à privacidade e à proteção de dados.

Palavras-chave: Tecnologia, Direito Fundamental, Privacidade, Proteção De Dados, Covid-19

ABSTRACT

The new coronavirus pandemic has strongly impacted the whole world. Aiming to contain COVID-19, contact tracing was adopted in several countries, many of which relied on technological innovation. The study intends to analyse specific issues related to digital contact tracing, especially those related to technology and law. Among the technological inquiries, we will address the use of bluetooth or the Global Positioning System of mobile phones and the storage location of the collected personal data. For the doubts related to legal issues we will deal with, for example, the sharing of data after epidemiological control and the conflict between the right to privacy and the right to health. The research methodology used in this study was bibliographic research regarding the procedure and exploratory research regarding the objective, emphasing on legislation and public documents. At the end, it is possible to conclude that further study of contact tracking is essential, not only those using technology but also the traditional ones, which requires the involvement of professionals from different areas, aiming to contribute to better control of the current and future pandemics, deserving special attention to the rights to health, privacy and data protection.

Keywords: Technology, Fundamental Right, Privacy, Data Protection, Covid-19

1. INTRODUÇÃO

A pandemia de COVID-19 apresentou desafios à sociedade mundial e a diversos campos de estudo, entre eles, a Ciência Jurídica. Questões como o controle sobre a propagação do novo coronavírus, o livre trânsito das pessoas entre as nações, o elevado número de desempregados, o balanceamento entre direito público e direito privado, bem como os direitos fundamentais, são alguns dos questionamentos que merecem ser estudados em maior profundidade.

Apesar dos inúmeros desafios que se apresentam durante a pandemia, o presente estudo discute algumas soluções tecnológicas relacionadas ao controle epidemiológico do SARS-CoV-2, especialmente no que se refere à adoção de aplicativos de *contact tracing* (também conhecido como rastreamento de contato).

A utilização de aplicativos de *contact tracing* em *smartphones* durante a pandemia de COVID-19 possibilita alertar os usuários que entraram em contato com outro usuário contaminado, objetivando evitar a propagação do vírus. Uma das vantagens de tais aplicativos é a velocidade da notificação dos usuários, possibilitando que sejam adotadas medidas imediatas como, a realização de teste de COVID-19, quarentena por um período determinado e distanciamento físico.

Desta forma, inicialmente o estudo trata do *contact tracing* na atual sociedade hiperconectada, inclusive com exemplos de alguns países [1], sendo analisados posteriormente determinados desafios não somente em termos tecnológicos, mas também no que tange ao Direito. Assim sendo, serão abortadas questões como o local de armazenamento dos dados coletados pelos aplicativos de rastreamento de contato e o confronto entre o direito à saúde e o direito à privacidade e proteção de dados.

Contudo, durante a elaboração deste trabalho o SARS-CoV-2 se propagava significativamente, o que possibilitava, por exemplo, o aprimoramento dos aplicativos de *contact tracing*, o desenvolvimento de novas tecnologias a serem a eles integrados e a possibilidade de elaboração de novas normas pelos países afetados e pela União Europeia, tornando prudente que o estudo seja revisto e aprimorado oportunamente.

Frente aos problemas apresentados, a metodologia utilizada para a elaboração do presente trabalho foi a pesquisa bibliográfica quanto ao procedimento e exploratória quanto ao objetivo, com destaque para a legislação (em particular a Lei Geral de Proteção de Dados (2018) brasileira e o Regulamento Geral de Proteção de Dados (2016) da União Europeia), os estudos de organizações não governamentais (especialmente a Anistia Internacional e a Organização Mundial da Saúde) e os documentos públicos elaborados por órgãos do governo de alguns países (como Brasil, Portugal e França). A pesquisa bibliográfica qualitativa foi realiza a partir do levantamento de referências atuais, as quais foram publicadas por meio escrito e eletrônico, como *homepages* de Estado que apresentavam os aplicativos nacionais de *contact tracing*.

1.1. O QUE É CONTACT TRACING?

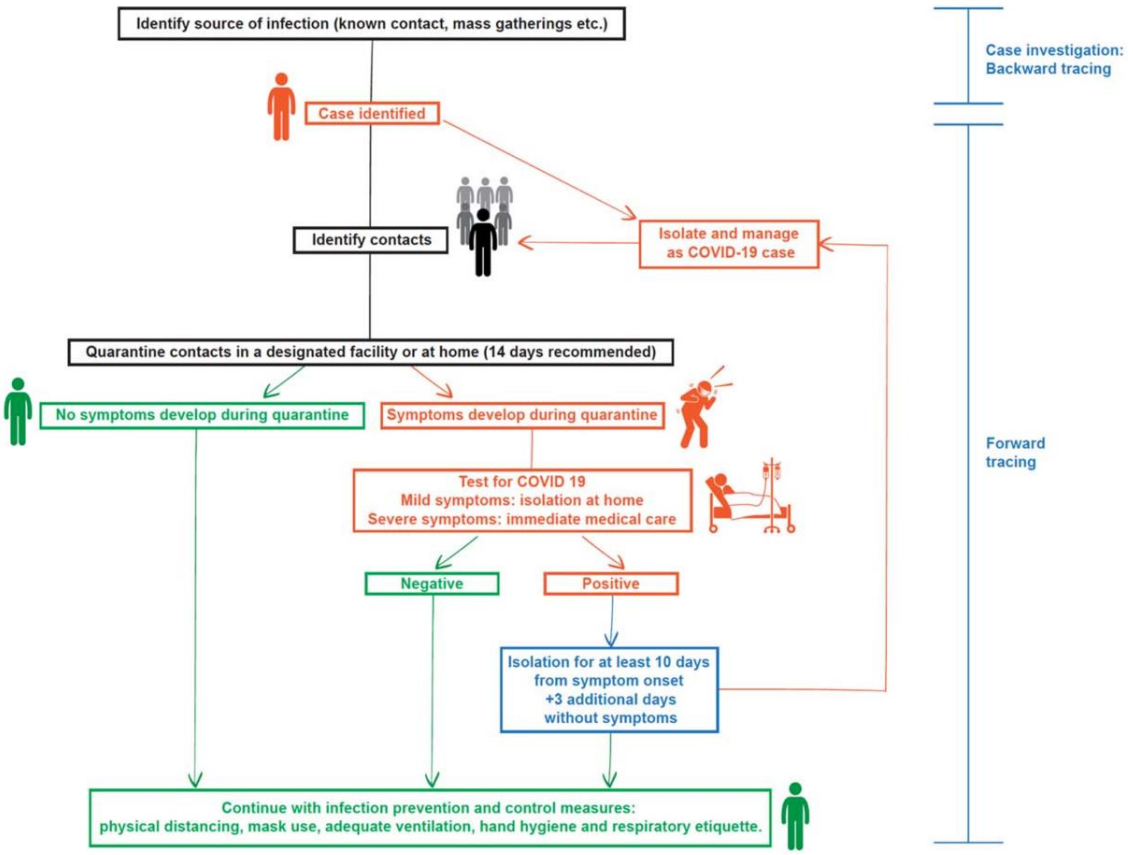
Contact tracing ou rastreamento de contato é a estratégia que permite o monitoramento de uma pessoa infectada, identificando a sua localização, as outras pessoas com quem o indivíduo contaminado teve contato, qual a duração temporal de tal contato etc. Dessa forma, o principal objetivo de tal estratégia é evitar que uma infecção, um vírus ou uma doença se espalhe entre uma determinada população, obstando contaminações secundárias.[2]

No âmbito da atual pandemia de SARS-CoV-2 a Organização Mundial da Saúde (2021) sugere que o desenvolvido de aplicativo de *contact tracing* tenha em consideração o rastreamento, o monitoramento e o cuidado com os contatos prováveis e confirmado com COVID-19 (vide Figura 1).

[1] Os Estados abordados no presente estudo foram escolhidos especialmente tendo em conta as informações disponibilizadas pelos próprios países, bem como estudos publicados por especialistas e organizações não governamentais, por exemplo, a Organização Mundial da Saúde.

[2] Ao abordar o rastreamento de contato de COVID-19 a Organização Mundial da Saúde (2021) afirma que "contact tracing – along with robust testing, isolation and care of cases – is a key strategy for interrupting chains of transmission of SARS-CoV-2 and reducing COVID-19-associated mortality. Contact tracing is used to identify and provide supported quarantine to individuals who have been in contact with people who are infected with SARS-CoV-2 and can be used to find a source of infection by identifying settings or events where infection may have occurred, allowing for targeted public health and social measures."

Figura 1 - Chain of events for tracing, monitoring and caring for contacts of probable and confirmed COVID-19 cases



Fonte: Organização Mundial da Saúde (2021)

Assim sendo, com a substancial difusão do novo coronavírus, o rastreamento de contato foi apresentado como uma ferramenta para auxiliar os Estados a contê-lo não somente localmente, mas também entre nações, haja vista que em um mundo globalizado os indivíduos transitam regularmente entre os países, o que permite que o COVID-19 se espalhe mais fácil e rapidamente.

Dessa feita, o *contact tracing* associado às ferramentas tecnologias tem sido adotado como uma estratégia importante para interromper as cadeias de transmissão do SARS-CoV-2 em alguns Estados e consequentemente reduzir a mortalidade a ele associada.

1.2. *CONTACT TRACING* NA SOCIEDADE HIPERCONECTADA

A utilização do rastreamento de contato é facilitada na atual sociedade hiperconectada, na qual grande parte das pessoas dispõem de telemóveis que anteriormente eram utilizados somente para realizar e receber chamadas, os quais hoje desempenham múltiplas funções, entre elas, conectar pessoas em diversas partes do mundo, acessar notícias, gravar vídeos e monitorar a movimentação do utilizador, o que interessa sobremaneira aos aplicativos de *contact tracing*.

O rastreamento de contato associado à tecnologia tem sido utilizado em alguns países como Portugal, França, Alemanha, Reino Unido, Reino do Barém, Bulgária e Indonésia, sendo que, de acordo com alguns epidemiologistas, os aplicativos de *contact*

tracing são eficazes quando utilizados por cerca de pelo menos 60% da população.

No Brasil, por exemplo, o governo federal, através do Ministério da Saúde (2021), implantou o aplicativo "Coronavírus-SUS", que utiliza tecnologia das empresas Apple e Google e *bluetooth* para transmissão de informações entre telemóveis que permaneçam por pelo menos 5 minutos a uma distância de 1,5 a 2,0 metros. O aplicativo apresenta informativos sobre sintomas do COVID-19, dicas para evitar a contaminação, notificações de exposição, mapa das unidades de saúde próximas etc.

O estado brasileiro de Pernambuco adotou o aplicativo "Dycovid" – *Dynamic Contact Tracing*, que avisa o usuário quando ele tenha cruzado com pessoas infectadas, sendo assegurado que os dados dos usuários somente podem ser acessados por ele mesmo.

Já no estado de São Paulo tem sido utilizado o Sistema de Monitoramento Inteligente – SIMI, o qual possibilita o acompanhamento de diversos índices, entre eles, o isolamento social, que pode ser visualizado inclusive por município. O sistema é alimentado por informações obtidas junto às operadoras de telemóvel Vivo, Claro, Oi e TIM, mediante gestão da Associação Brasileira de Recursos em Telecomunicações, possibilitando ao estado somente acessar os dados de forma agregada e anônima, preservando a privacidade dos usuários, mas, ao mesmo tempo proporcionando indicadores de interesse do Poder Executivo para gestão pública da pandemia em curso.

Entretanto, tanto o aplicativo desenvolvimento pelo governo federal e por alguns estados têm sido utilizados por uma pequena minoria da população, não tendo assim significativa contribuição para o rastreio do novo coronavírus.

Em Portugal o aplicativo de rastreio "StayAway Covid" foi adotado com o objetivo de detectar potenciais exposições dos seus utilizadores a pessoas infetadas com o novo coronavírus, visando conter a expansão da pandemia. O aplicativo é de uso voluntário, gratuito e anônimo, sendo que em uma primeira análise não representa risco aos direitos fundamentais dos cidadãos portugueses e dos residentes no país. O governo português apresentou uma Proposta de Lei à Assembleia da República sobre o uso obrigatório do aplicativo, mas a Comissão Nacional de Proteção de Dados considerou que a sua compulsoriedade poderia suscitar graves questões relativas à privacidade dos cidadãos, retirando-lhes assim a possibilidade de escolha sobre a cessão ou não do controle da sua localização. Desta forma, o aplicativo foi disponibilizado para utilização voluntária, como abordado previamente.

Já na França o aplicativo adotado foi o "TousAntiCovid", sendo que desde o início do seu desenvolvimento o Estado francês mostrou-se preocupado com a preservação da segurança e da vida privada dos usuários. Dessa feita, o aplicativo não armazena o histórico de proximidade entre os telemóveis nos quais ele tenha sido instalado, podendo ainda o usuário optar por apagar o seu histórico pontualmente.

No Reino Unido foi disponibilizado à população o "NHS COVID-19", que a princípio demonstrou preocupação com a privacidade dos usuários como, por exemplo, ninguém poderia ter conhecimento onde o utilizador do aplicativo estaria localizado e o usuário poderia apagar os seus dados a qualquer momento. Uma das características peculiares desse aplicativo é a diversidade de idiomas (por exemplo, chinês, turco, árabe e polonês), beneficiando a comunidade estrangeira que vive no país. Tal aplicativo utiliza tecnologia *bluetooth* que permite que os telemóveis troquem entre si informações em forma de código, sendo tais dados armazenados nos dispositivos dos utilizadores por alguns dias, sendo posteriormente apagados.

Outro aplicativo que também é muito citado pelos estudiosos é o "BeAware Bahrain" adotado pelo Reino do Barém (2021), no golfo pérsico. Como o britânico "NHS COVID-19", o aplicativo também está disponível em múltiplas

línguas, entre elas, árabe, inglês e persa. Todavia, ele fornece múltiplas funções além do rastreamento do novo coronavírus, como o agendamento de testes de SARS-CoV-2, divulgação de resultado de exames de COVID-19 e agendamento de vacinação junto ao sistema público de saúde. O "BeAware Bahrain" utiliza dados de localização (obtidos por *Global Positioning System* - GPS) dos telemóveis dos usuários para, por exemplo, rastrear os movimentos das pessoas em quarentena e alertar os utilizadores em caso de contato com pessoa que tenha testado positivo. Todavia, não se pode desconsiderar que o aplicativo é bastante invasivo, colocando tanto a privacidade quanto a segurança dos seus usuários em risco, especialmente por coletar dados de localização através de GPS e mantê-los em uma base de dados central, possibilitando o rastreamento dos usuários em tempo real. Devido a isto, as autoridades do Reino do Barém podem reunir até mesmo categorias especiais de dados pessoais dos cidadãos e residentes, o que pode ferir os seus direitos fundamentais.

1.3. Questões tecnológicas a serem discutidas

Diversas questões tecnológicas causam dúvidas em relação aos aplicativos de *contact tracing*, as quais merecem maior discussão. Todavia, no presente estudo aborda-se somente o uso da tecnologia *bluetooth* e o local de armazenamento de dados (no telemóvel do utilizador ou em repositório central administrado por terceiro).

O uso da tecnologia *bluetooth* (em detrimento de dados de geolocalização) [1] detectar, por exemplo, *smatphones* próximos e possibilita que eles troquem dados entre si. Na França, a utilização do *bluetooth* permite que sejam detectados outros telemóveis que tenham instalado o aplicativo nacional de rastreamento de contato, desde que eles estejam em uma distância de pelo menos 2,00 metros durante no mínimo 5 minutos. Desta feita, as principais discussões com relação à utilização de *bluetooth* em aplicações de *contact tracing* são a privacidade dos utilizadores, o controle governamental e a extensão do seu alcance.

Outra dúvida que deve ser melhor analisada é o armazenamento dos dados no próprio telemóvel ou em repositório central gerenciado por autoridades nacionais de saúde. Defende-se que o armazenamento de dados nos *smartphones* dos usuários do aplicativo de *contact tracing* aumenta a privacidade, já que eles têm maior controle sobre as suas informações (ou seja, autodeterminação informacional), inclusive com relação ao compartilhamento de dados com terceiros, como as autoridades nacionais de saúde. Alguns aplicativos de rastreamento de contato admitem que o utilizador limite ao estritamente necessário a coleta e o compartilhamento de dados pessoais por parte das autoridades nacionais de saúde, o que é relevante à proteção de dados do usuário, mas, mesmo assim, não garante a segurança da informação.

1.4. Outras questões a serem debatidas

São muitos temas a serem analisados além daqueles relacionados à tecnologia, alguns dos quais serão abordados a seguir.

A cobertura populacional que utiliza aplicativos de *contact tracing* precisa ser melhor estuda, visando uma estimativa mais acertada. Conforme abordado anteriormente, alguns epidemiologistas defendem que tais aplicativos são úteis no caso da sua utilização por no mínimo cerca de 60% da população [2]. Entretanto, na Europa, por exemplo, a adoção de Internet em telemóveis é de 76%. Esse número é ainda menor quando se trata de pessoas idosas, as quais são mais vulneráveis ao novo coronavírus. Desta feita, há dúvidas quanto a real eficácia de tais aplicativos no que tange a cobertura populacional, sendo que

[1] A Organização Mundial da Saúde (2021) recomenda que "(...) geo-location functionality is not necessary for digital proximity tracing to function and should not be included as a part of the design."

[2] A Organização Mundial da Saúde (2021) defende que abordagens alternativas de rastreamento de contato devem ser identificadas para grupos com baixo uso de telemóveis, como os vulneráveis.

também é questionável a acurácia das informações em determinados grupos de pessoas, como idosos que utilizam menos *smartphones* e crianças que não costumam circular com tal dispositivo tecnológico.

Quanto à utilização dos aplicativos de rastreamento de contato, o ideal é que ela seja voluntária[1] e não obrigatória como chegou a ser pensado em alguns países, entre eles, Portugal e implementado, por exemplo, na China. Certamente o uso obrigatório da ferramenta pode gerar o efeito contrário ao desejado (como os usuários do aplicativo não retratarem os sintomas característicos de COVID-19). Já se o aplicativo é de uso facultativo, os usuários tendem a utilizá-lo de forma mais correta, por exemplo, dando atenção redobrada quando recebem uma notificação de contato com uma pessoa infectada, bem como seguindo as orientações pertinentes.

Uma das maiores preocupações no que tange ao uso de aplicativo de rastreamento de contato não diz respeito somente aos dados compartilhados durante a pandemia, mas sim ao compartilhamento de dados após o controle epidemiológico do COVID-19, posto que as informações pessoas obtidas podem gerar valor para diversos operadores de mercado, em detrimento da privacidade dos cidadãos. Isto já aconteceu em outros momentos da história mundial, como, por exemplo, nos Estados Unidos após os atentados de "11 de setembro", o que proporcionou uma nova era de vigilância "teoricamente" em nome da proteção da população.

Ao tratar do rastreamento de contato também deve-se atentar para o conflito entre o direito à privacidade e o direito à saúde, o que deve ser analisado à luz da legislação de cada Estado. De toda forma, na sociedade da informação o direito à privacidade torna-se ainda mais relevante, enquanto as informações privadas são de grande interesse de inúmeros operadores de mercado, inclusive os próprios Estados, os quais podem utilizá-los indevidamente. Como os cidadãos encontram-se em posição de vulnerabilidade nesse cenário, é essencial protegê-los, dando especial atenção tanto ao direito à privacidade quanto ao direito à proteção de dados.

No Brasil, por exemplo, o direito à privacidade está disposto no inciso X do art. 5 da Constituição da República Federativa do Brasil (1988) e no inciso I do art. 2 da Lei Geral de Proteção de Dados (2018), qual seja, Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018 conhecida como LGPD. Assim sendo, tendo o Estado decido utilizar o *contact tracing* é essencial o consentimento (inciso I do art. 7 da LGPD) dos usuários, posto que haverá o tratamento de seus dados pessoais. Entretanto, sendo a informação indispensável para a execução de políticas públicas (letra b, inciso II do art. 11 da LGPD), para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular de dados ou de terceiro (letra e do inciso II do art. 11 da LGPD) ou para tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária (letra f, inciso II do art. 11 da LGPD) o ordenamento nacional também admite o tratamento de dados pessoais em detrimento do direito à privacidade. O direito à saúde está previsto no art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil (1988), a qual deve ser considerada em conjunto com o art. 197 da mesma legislação. Portanto, no caso de conflito entre dois direitos fundamentais deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade (ou da razoabilidade), buscando assim o equilíbrio entre eles. A aplicação do mencionado princípio se dá através dos quesitos adequação (meio utilizado x objetivo almejado), necessidade (decisão tomada x menor prejuízo aos envolvidos) e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação).

[1] Essa também é o posicionamento da Organização Mundial da Saúde (2021).

Como se trata de dados de saúde, não se pode deixar de destacar que a Lei Geral de Proteção de Dados (2018) brasileira exige proteção diferenciada a tais informações, classificando-as como dados sensíveis (inciso II do art. 5 c/c art. 7, ambos da Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018).

Frente ao exposto, exclusivamente com relação ao Brasil, conclui-se que existe amparo legal para utilização de dados pessoais, inclusive os relacionados à saúde, no que se refere à sua utilização para rastreamento de contato no combate à pandemia de SARS-CoV-2.

No tocante à União Europeia destaca-se a Diretriz 4/2020 do *European Data Protection Board* (2020), também conhecido como EDPB, que estabelece diretrizes sobre a utilização de dados de localização e meios de rastreio de contatos no contexto do COVID-19.

Para o *European Data Protection Board* (2020):

> *(...) o quadro jurídico da proteção de dados foi concebido para ser flexível e, para tal, é suscetível de dar uma resposta eficaz tanto no que se refere à limitação da pandemia como à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais[, sendo que] (...) tanto o RGPD como a Diretiva 2002/58/CE (...) contêm regras específicas que permitem a utilização de dados anónimos ou pessoais para apoiar as autoridades públicas e outros intervenientes a nível nacional e da EU na monitorização e contenção da propagação do vírus SARS-COV-2.*

Entretanto, o EDPB (2020) destaca que "(...) a utilização de aplicações de rastreio de contactos deve ser voluntária e não deve depender do rastreio de movimentos individuais, mas sim de informações sobre a proximidade dos utilizadores."

Especialmente no que tange aos aplicativos de rastreio de contatos o *European Data Protection Board* (2020) afirma que, por exemplo: (a) o responsável pelo tratamento de dados e as suas responsabilidades devem ser claramente definidos, (b) deve ser assegurado "(...) que a utilização dos dados pessoais seja adequada, necessária e proporcionada", (c) têm que ser levados em consideração os princípios da minimização dos dados, do *privacy by design* e do *privacy by default*, (d) o tratamento de dados relativos à saúde "(...) é permitido quando for necessário por motivos de interesse público no domínio da saúde pública (...)" [letra i, número 2 do art. 9 do Regulamento Geral de Proteção de Dados (2016), conhecido como RGPD] "(...) ou para efeitos de prestação de cuidados de saúde (...)" [letra h, número 2 do art. 9 do RGPD], bem como quando for "(...) necessário para fins de investigação científica ou para fins estatísticos" [letra j, número 2 do art. 9 do RGPD] e (e) deve ser realizada uma Avaliação de Impacto sobre a Proteção de Dados do instrumento a ser utilizado e implantado com relação ao rastreamento de contato, tendo em vista a possibilidade de elevado risco do tratamento, por exemplo, por envolver dados relativos à saúde.

Um desafio que se impõe ao rastreamento de contato é o descarte das informações pessoais, ou seja, não sendo mais necessária a informação para a finalidade para qual ela foi recolhida, ela deve ser excluída, seja o dado física ou digital. Esta também é uma preocupação do EDPB (2020), que esclarece que "(...) a limitação da conservação deve ter em consideração as verdadeiras necessidades e a pertinência médica (...), devendo os dados pessoais ser mantidos apenas durante a crise de COVID-19 (...)", sendo ulteriormente "apagados ou anonimizados".

A Organização Mundial da Saúde (2021) identifica como fator-chave do sucesso do rastreamento de contato o envolvimento próximo e consistente da comunidade, envolvendo a sensibilização e inclusão da sociedade em todas as etapas do aplicativo. Assim sendo, a OMS (2021) identifica como primordiais 11 princípios-chave para o sucesso do *contact tracing*, que podem ser resumidos da seguinte forma:

- Compreender o contexto da comunidade: identificar informações relacionadas à saúde, questões sociais, epidemiológicas e geográficas, bem como conhecer a comunidade na totalidade.
- Ganhar confiança e credibilidade da comunidade, o que pode ser obtido através dos membros de confiança da própria comunidade, como os representantes das populações mais vulneráveis.
- Assegurar e manter a adesão da comunidade: quanto mais o rastreamento de contato é compreendido e envolve as perspectivas da comunidade, melhor o envolvimento da população no *contact tracing*.
- Trabalhar com soluções baseadas na comunidade: é primordial a participação dos influenciadores locais, que conhecem como melhor atingir a população.
- Gerar uma força de trabalho da comunidade: priorizar o recrutamento de pessoas da comunidade significa aproveitar melhor os seus aspectos culturais e linguísticos e ter maior compreensão social, os quais devem ser devidamente treinados nas habilidades pertinentes, entre elas a comunicação.
- Comunicar de forma honesta e inclusiva: prestar informações sobre o direito de privacidade e confidencialidade das informações coletadas, recursos disponíveis para contatos em quarentena, riscos e benefícios do rastreamento de contato etc, garantindo à população facilidade de acessibilidade e confiança na equipe do aplicativo.
- Ouvir, analisar e dar *feedback*: prestar atenção nos temores e preocupações da população, sempre que possível, adaptando o rastreamento de contato às suas necessidades.
- Considerar a possibilidade de adoção de tecnologia de rastreamento de contato: diferentes comunidades aceitam ou não de maneira diversa os aplicativos de *contact tracing*. Desconfiança e relutância em relação ao rastreamento de contato pode reduzir a adesão da população.
- Não criminalizar as ações da população: quarentena e isolamento, por exemplo, não devem ser utilizados como punições ou medidas de segurança fora do domínio da saúde pública, sob pena de não obter informações de qualidade, o que pode impactar nos resultados obtidos pelo rastreamento de contato.
- Desencorajar e lidar com o estigma, a discriminação e os rumores em relação às pessoas infectas com COVID-19 e as suas famílias.
- Coordenar com todos os atores sociais a resposta ao novo coronavírus: o Sars-Cov-2 impacta a comunidade em diversos aspectos além da saúde como saneamento, higiene, educação e alimentação. Trabalhar com responsáveis por essas áreas é importante para diminuir a resistência da comunidade com o *contact tracing* e obter soluções mais eficazes.

2. Conclusão

A pandemia de SARS-COV-2 foi um evento que impactou todo o mundo, tendo causado um grande número de infectados e mortos e gerado repercussão negativa não somente na área da saúde, mas também em outras esferas da sociedade.

Para evitar a disseminação do novo coronavírus foi considerável o desenvolvimento de mecanismos de rastreamento de contato, em especial o *digital contact tracing* (ou rastreamento digital de contato), o qual que os Estados adotassem levando sempre em considerações questões éticas relacionadas à sua utilização. Proteger a privacidade e os dados dos cidadãos que aderem a tal tecnologia é fundamental para garantir o respeito aos direitos fundamentais e às liberdades civis, como autonomia individual e equidade, sem perder a confiança dos cidadãos nos entes públicos que gerem a pandemia. Tais questões devem ser devidamente abordadas pela sociedade e por especialistas em conjunto com os governos, posto que afetam não somente a situação pandêmica, mas também o futuro dos cidadãos e dos modelos de serviço público, especialmente de saúde. Quanto à

implementação de tecnologia de rastreamento de contato, deve-se considerar a necessidade, a proporcionalidade e a proteção constitucional, especialmente com relação à privacidade e a proteção de dados dos cidadãos.

Por fim, o rastreamento de contato deve tutelar o direito à privacidade, a proteção de dados e a saúde desde a sua concepção. Além disso, também é precípuo que sejam ponderadas questões éticas com relação às tecnologias a serem utilizadas, possibilitando assim a criação de instrumentos confiáveis que auxiliam na contenção da pandemia.

REFERÊNCIAS

Anistia Internacional (2020). *Bahrain, Kuwait and Norway contact tracing apps among most dangerous for privacy*. https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/06/bahrain-kuwait-norway-contact-tracing-apps-danger-for-privacy/

Brasil (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Brasil (2018). *Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018* (Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm

Dycovid (2021). *O aplicativo dycovid desenvolvido pela MAMBA Labs para ajudar no reforço do isolamento social, um dos pontos essenciais no combate ao coronavírus*. https://dycovid.com.br/

Estado de Minas Gerais (2021). *Aplicativo pode ajudar na detecção da COVID-19 somente pelo som da tosse*: aplicativo em algoritmo de inteligência artificial (IA) tem precisão entre 80% a 85% e deu início a testes clínicos no Brasil, em Joinville, Santa Catarina. https://www.em.com.br/app/noticia/ciencia/2021/07/11/interna_ciencia,1285619/aplicativo-pode-ajudar-na-deteccao-da-covid-19-somente-pelo-som-da-tosse.shtml

European Centre for Disease Prevention and Control (2021). *Contact tracing for COVID-19*. https://www.ecdc.europa.eu/en/covid-19/prevention-and-control/contact-tracing-covid-19

European Data Protection Board (2020). *Diretrizes 4/2020 sobre a utilização de dados de localização e meios de rastreio de contactos no contexto do surto de COVID-19*. https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-042020-use-location-data-and-contact-tracing_pt

Governo estadual de São Paulo (2021). *Retomada Consciente*. https://www.saopaulo.sp.gov.br/planosp/simi/dados-abertos/

Governo Francês (2021). *Application TousAntiCovid*. https://www.gouvernement.fr/info-coronavirus/tousanticovid

Governo Português (2021). *App portuguesa de rastreio digital à Covid-19 disponível para download*. https://eportugal.gov.pt/noticias/app-portuguesa-de-rastreio-digital-a-covid-19-disponivel-para-download

InternetLab Pesquisa em Direito e Tecnologia (2021). *Privacy and Data Protection in the Pandemic*: Report on the Use of Apps and Alternative Measures in Brazil. https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2021/04/Privacy-and-Data-Protection-in-the-Pandemic_05.pdf

Ministério da Saúde (2021). *Aplicativo Coronavírus-SUS vai alertar contatos próximos de pacientes com Covid-19*. https://datasus.saude.gov.br/aplicativo-coronavirus-sus-vai-alertar-contatos-proximos-de-pacientes-com-covid-19/

National Health Service (2021). *COVID-19 app support*. https://covid19.nhs.uk/

Organização Mundial da Saúde (2021). Contact tracing in the context of COVID-19 - Interim

guidancehttps://apps.who.int/iris/handle/10665/339128

Organização Mundial da Saúde (2021). *Contact tracing in the contexto of COVID-19* – Interim guidance. https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/339128/WHO-2019-nCoV-Contact_Tracing-2021.1-eng.pdf?sequence=24&isAllowed=y

Reino do Barém (2021). *BeAware Bahrain*. https://apps.bahrain.bh/CMSWebApplication/action/ShowAppDetailsAction?selectedAppID=321&appLanguage=en

Saúde Mais (2020). *StayAway Covid obrigatória abre "graves questões" de privacidade* – CNPJ. https://www.saudemais.tv/noticia/23784-stayaway-covid-obrigatoria-abregraves-questoes-de-privacidade-cnpd

StayAway Covid (2021). *Fique longe da COVID num clique*. https://stayawaycovid.pt/?cn-reloaded=1

União Europeia (2016). *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE* (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679

PROCEDIMENTOS ÉTICOS

Conflito de interesses: nada a declarar. **Financiamento**: nada a declarar. **Revisão por pares:** Dupla revisão anónima por pares.

Todo o conteúdo do J² – Jornal Jurídico é licenciado sob *Creative Commons*, a menos que especificado de outra forma e em conteúdo recuperado de outras fontes bibliográficas.

A (IN) POSSIBILIDADE DE RECUSA DE APLICAÇÃO DE NORMAS COM FUNDAMENTO NA INCONSTITUCIONALIDADE POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO MOÇAMBICANO

THE (IN) POSSIBILITY OF REFUSAL TO APPLY RULES BASED ON UNCONSTITUTIONALITY BY THE PUBLIC ADMINISTRATION IN MOZAMBICAN LAW

10.29073/j2.v6i1.523
Receção: 02/12/2021 Aprovação: 08/08/2022 Publicação: 30/06/2023

Mutela Mendes Rafael Supinho [a],
[a] Universidade Católica de Moçambique; mmsupinho@ucm.ac.mz

RESUMO

No presente artigo analisa-se a norma constante na alínea a), do nº. 1, do art.º 246 da Lei n.˚1/2018, de 12 de Julho – Lei de Revisão Pontual da Constituição da República de Moçambique, procurando compreender "a (in) possibilidade de recusa de aplicação de normas com fundamento na inconstitucionalidade por parte da Administração Pública no Direito Moçambicano". Durante muitos anos, mesmo na história de Revisão Constitucional de Moçambique, a possibilidade de solicitação de declaração de inconstitucionalidade de normas estava estritamente vinculada a determinadas figuras que a Constituição lhes confere legitimidade para solicitar a sua apreciação. Assim, para compreender este aspecto, discutimos o âmbito de aplicação material do princípio da vinculação da Administração Pública ao critério de legalidade administrativa e ao Direito, bem como o poder discricionário da Administração Pública no âmbito de sua atuação, e o sentido da expressão "outras decisões" constantes no texto Constitucional. Do ponto de vista Metodológico, a pesquisa é Qualitativa, do tipo descritiva e Bibliográfica. Com estudo foi possível concluir que a expressão "outras decisões" constante no n˚. 1, do art.º 246 da CRM é ampla, e atendo à garantia do poder discricionário que lhe é atribuída por Lei, a Administração Pública pode se recusar em aplicar normas com fundamento na sua inconstitucionalidade nos termos do nº. 1, do artigo 246 da CRM. Todavia, fica ainda a problemática de saber qual é a forma de apreciação da referida inconstitucionalidade porque a Constituição da República bem como a Lei orgânica do Conselho Constitucional não abre espaço para solicitação concretas que não seja apenas os tribunais, na fiscalização concreta.

Palavras-Chave: Administração Pública, Inconstitucionalidade, Direito Moçambicano

ABSTRACT

This article analyzes the rule contained in paragraph a) of no. 1, of article 246 of Law n.˚1/2018, of 12 July – Law of Punctual Revision of the Constitution of the Republic of Mozambique, seeking to understand "the (in) possibility of refusing to apply norms based on unconstitutionality by the Public Administration in Mozambican Law". For many years, even in the history of the Constitutional Revision of Mozambique, the possibility of requesting a declaration of unconstitutionality of norms was strictly linked to certain figures that the Constitution gives them legitimacy to request its appreciation. Thus, in order to understand this aspect, we discuss the scope of material application of the principle of binding the Public Administration to the criterion of administrative legality and the Law, as well as the discretionary power of the Public Administration in the scope of its action, and the meaning of the expression "other decisions" contained in the Constitutional text. From the Methodological point of view, the research is Qualitative, descriptive and Bibliographic. With a study it was possible to conclude that the expression "other decisions" in n˚. 1 of article 246 of the CRM is broad, and given the guarantee of the discretionary power granted to it by law, the Public Administration may refuse to apply rules based on their unconstitutionality under the terms of no. 1 of article 246 of the CRM. However, there is still the problem of knowing how to assess the aforementioned unconstitutionality because the Constitution of the Republic as well as the Organic Law of the Constitutional Council does not make room for concrete requests that are not just the courts, in the concrete inspection.

Keywords: Public Administration, Unconstitutionality, Mozambican Law

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como tema "a (in) possibilidade de recusa de aplicação de normas com fundamento na inconstitucionalidade por parte da Administração Pública no Direito Moçambicano". Constitui objectivo global, analisar a possibilidade, ou seja, se do ponto de vista da Constituição da República de Moçambique, (CRM), é possível que os órgãos da Administração Pública de recusem a aplicação de normas com fundamento na sua inconstitucionalidade por parte da Administração Pública no Direito Moçambicano.

Para o efeito procuramos compreender o sentido e alcance da expressão, "outras decisões" do recurso obrigatório constante na alínea a), do nº. 1, do art.º 246 da CRM, Conhecer o espirito do legislador ao estabelecer a figura do recurso no contexto da fiscalização da constitucionalidade dos actos normativos; e por fim, explicar o princípio da legalidade de que a Administração Pública estão vinculados.

O quadro jurídico – Constitucional sobre as formas de solicitação da inconstitucionalidade ou constitucionalidade de uma norma em Moçambique, sempre ficou de legitimidade de órgãos, ou pessoas especificas, mas nunca para a Administração Pública, que também na suas actividades tem aplicado normas jurídicas, embora que administrativamente, estas poder de aplicação de normas pela Administração Pública tem efeitos na esfera jurídica dos seus administrados, mas sobretudo, obriga a mesma a praticar actos em conformidade com a Constituição em obediência ao princípio da legalidade.

Do ponto de vista metodológico a pesquisa é do tipo qualitativa, Descritiva, e Bibliográfica, com uma amostra não probabilística por critério em que a população da mesma envolve a entrevista de Magistrados do Ministério Público, Advogados e Juristas exercendo funções na Administração Pública em Moçambique. O estudo foi realizado na Cidade de Quelimane, Província da Zambézia (Moçambique), contudo com uma abrangência geral dada a características da generalidade da noma jurídica.

1.1. PROBLEMATIZAÇÃO

O art.º 3 da Lei n.˚1/2018, que aprova a Lei de Revisão Pontual da Constituição da República de Moçambique**,** refere que, "Moçambique é um Estado de Direito Democrático onde prevalece o respeito pela lei, Direitos, Liberdades e Garantias Fundamentais do Cidadão, bem como o pluralismo de expressão organização política Democrática, por outro lado, coexiste a prevalência da Constituição e do respeito pela legalidade nos termos dos quais, "o Estado subordina-se a Constituição e a mesma prevalece sobre as demais normas do ordenamento jurídico".

Com efeito, o exercício dos Direitos, Liberdades e gozo das referidas Garantias por parte dos cidadãos, bem como a atuação da Administração Pública na prossecução do interesse público devem conforma-se com a Constituição e a Lei sob pena de configurar-se numa ilegalidade ou inconstitucionalidade conforme o caso. Este posicionamento é defendido por outro lado, no art.º 4 do Decreto n.º 30/2001, de 15 de Outubro, que aprova as Normas de funcionamento e atuação da Administração Pública, conjugado com a Lei n.˚ 14/2001, de 10 de Agosto que estabelece as normas de Defesa dos Interesses Jurídico dos Particulares face a Administração Pública, segundo os quais, a Administração Pública deve obediência a Lei e ao Direito, e, portanto, a sua atuação deve conformar-se com este prisma.

Segundo Gouveia, J. (2016) a proteção da Constituição pode ser feita de várias formas, contudo nos importa para efeitos do presente estudo, abordar sobre a Fiscalização da Constitucionalidade por parte da Administração Pública. Ora, o legislador moçambicano no quadro da verificação da Constitucionalidade dos actos normativos, determina na alínea a), do nº. 1, do art.º 246 da CRM, que devem ser remetidos obrigatoriamente ao Conselho Constitucional, os acórdãos e "outras decisões" com fundamento na sua inconstitucionalidade "nos casos em que se recuse a aplicação da

qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade".

Ou seja, o legislador aventa, a possibilidade de que, além dos acórdãos, qualquer outra "decisão" tomada no exercício de funções administrativas possam ser objecto de solicitação de inconstitucionalidade pela Administração Publica, sobre tudo quando tal recursa se funde na inconstitucionalidade. É neste sentido que questionamos: Até que ponto, pode a Administração Pública pode se recursar de aplicação de normas com fundamento na sua inconstitucionalidade nos termos da alínea a), do n. 1, do art.º 245 da CRM?

2. Embaçamento teórico

2.1. Noções gerais sobre administração pública e direitos fundamentais

2.1.1. Da noção "Clássica" de Administração Pública

No entender de Taveres, J. (2010) citado por Guibunda, J. (2012, p.13) antes de se falar de qualquer assunto que envolve a Administração Publica, é importante, conhecer e considerar as acpeções deste conceito que embora diferentes são complementares.

Guibunda, J. (2012) refere que a Administração Pública pode ser vista em sentido orgânico (também designado por subjectivo), ou em sentido material. No primeiro caso, refere-se ao conjunto de pessoas colectivas públicas, ou seja, seus agentes, órgãos, serviços que desenvolvem na função ou actividade Administrativa do Estado – Colectividade e deve ser escrita inicialmente com as letras maiúsculas. (Administração Pública). Por outro lado, a Administração Pública pode ser entendida (em sentido material) " (…) a actividade própria daqueles órgãos, agentes e serviços tendentes ao desenvolvimento da função Administrativa", e deve ser escrita com iniciais minúsculas (administração pública)."

Assim, é nosso entendimento também que, a administração pública no Sentido Orgânico, ou seja, se refere aos agentes, funcionários, contratados a qualquer título desde que desenvolvem a actividade administrativa, podem ser recursar a aplicar normas com fundamento na sua inconstitucionalidade.

2.2. Quadro jurídico de atuação da administração pública no direito moçambicano

Pretendemos neste ponto, contextualizar o quadro jurídico de atuação da Administração Pública, numa prespectiva Sistemática das normas, em face a (in) possibilidade de a mesma se recusar na aplicação de normas com fundamento na sua inconstitucionalidade, pelo que vamos apontar aqueles que nos parecem mais "acertados" ao tema que pretendemos abordar.

Ora, em Moçambique a Administração Pública, actua além do respeito pela Constituição, e outros subsidiariamente aplicáveis, pelo Decreto n.º 30/2001, de 15 de Outubro (adiante designado por RFAP) e pela Lei n.º 14/2011 de 10 de Agosto (adiante designado NFAP).

a) A questão da vinculação da Administração Pública ao Direito.

Figueiredo, D. (2016) ensina que mais do que simplesmente à lei, a atividade administrativa se vincula ao Direito:

> *"(…) não apenas como a coleção de normas legisladas em vigor, mas como a referência à totalidade do ordenamento jurídico vigente, assim considerado como nele incluindo não apenas as normas legais positivadas, como as normas-princípio, venham positivadas ou não, e as normas jurídicas produzidas por outras fontes, pressupondo, sobretudo, um sistema constitucional aberto, sempre responsivo às mutações que se processam incessantemente no meio social, e que lhes garantam a legitimidade (p.58)"*

É também nosso entendimento que trata-se na verdade de uma atuação da Administração Pública numa prespectiva digamos, sistemática, que envolve o Direito como um sistema de normas de que os administrados têm direitos e não só. (Figueiredo, 2016). O critério de vinculação da Administração Pública ao Direito esta intrinsecamente relacionado com o critério da legalidade. Não se manifestam de forma isolada, mas sim complementar.

b) Vinculação da Administração Pública ao critério da legalidade administrativa

O legislador determina no artigo 4 das Normas de Funcionamento da Administração Pública (RFAP), conjugado com o art. 4 NFAP que a Administração Publica actua no desempenho de suas funções, em obediência a Lei, que pressupõe necessariamente a conformidade de sua actuação com a lei (entenda-se aqui, lei em sentido normativo, desde a Constituição, até a leis infraconstitucionais) e o Direito, não podendo portanto, seus poderes serem aplicados para fins diversos aos que os mesmos se destinam tutelar. Mas então o que significa necessariamente a vinculação da Administração Pública ao critério de legalidade?

Ora, Figueiredo, D. (2016) diz que "(…) no tocante a submissão vinculação da Administração Pública ao critério de legalidade, o mesmo esta vinculação pode dar-se em termos absolutos ou relativos. Para este, haverá vinculação absoluta, quando a norma legal esgotar a definição de todos os elementos essenciais da atividade estatal; existirá, porém, haverá vinculação relativa, "quando for aberta na lei alguma margem de opção ao administrador nas escolhas de oportunidade e de conveniência de agir" a critério dos entes, órgãos e agentes públicos incumbidos de executá-la. Distinguem-se, assim, no primeiro caso, uma atividade vinculada e, no segundo, uma atividade discricionária.

Ou seja, na vinculação absoluta o legislador ordinário estabelece de forma especifica e detalhada todas as formas sobre as quais a Administração Pública deverá agir na prossecução do interesse público, porquanto que na vinculação relativa, a lei permite um certo "poder discricionário" aos órgãos da administração Pública no acto de agir, sendo a conveniência e momento o critério a ser observado. Assim, acreditamos ser na "vinculação relativa" de aplicabilidade de normas de que se pode colher a possibilidade de haver recusa de aplicação de determinadas normas com fundamento na sua inconstitucionalidade por parte da Administração Pública.

3. Do sistema de fiscalização da constitucionalidade no direito moçambicano

3.1. Fiscalização da constitucionalidade – generalidades

Para Morais, P. (2014) o controlo da constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou outro acto normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais. Por outro lado, Lanza, P. (2016) define o controlo da constitucionalidade como sendo uma sequência de actos tendentes a verificação da norma e a constituição.

É nosso entendimento que, o processo de fiscalização da inconstitucionalidade figura como sendo, um conjunto de actos de praticados por determinados órgãos por forma a aferir a sua concordância ou não da mesma com a Constituição, desde os procedimentos para a sua aprovação, legitimidade do órgão que a prova e o seu conteúdo material. No ordenamento jurídico moçambicano, está competência é atribuída única e exclusivamamente ao Conselho Constitucional[1], cabendo nos termos do Art.º

[1] Cfr. Art.240 e 243 da CRM.

240 e 241 da Constituição a este órgãos a competência de administrar a justiça em matéria jurídico-constitucional através do controlo da legalidade das normas e dos actos normativos dos órgãos do Estado.

3.2. Tipos de fiscalização da constitucionalidade

Existem várias formas ou espécies de classificação do controlo da constitucionalidade, no entanto para efeitos do presente artigos iremos nos focar a classificação do controlo da constitucionalidade quando momento – ou seja, a fiscalização preventiva e a fiscalização sucessiva.

3.2.1. Fiscalização preventiva

Para Gouveia, J. (2016) a fiscalização preventiva quando a competência para solicitação de apreciação da constitucionalidade ou não de uma norma é realizado antes de entrada de vigor da mesma, ou seja, antes que a mesma seja propriamente uma norma. Na maioria dos casos, este tipo de fiscalização da inconstitucionalidade ocorre na sequência do procedimento legislativo.

Disposto nos termos do nº. 2, do art.º 162, conjugado com a alínea a), do nº. 2, do art.º 244 ambos da Lei de Revisão Pontual da Constituição da República de Moçambique, o legislador atribuí ao Presidente da República, a "faculdade" de, estando o projecto de Lei na fase da Controlo, o mesmo possa suspeitando da sua inconstitucionalidade da mesma solicitar ao Conselho Constitucional para se pronunciar sobre a sua constitucionalidade ou não. Como dissemos anteriormente este tipo de controlo decorre antes da entrada em vigor da noma.

3.2.2. Fiscalização sucessiva

A fiscalização sucessiva é aquela que ocorre posteriormente a entrada em vigor da norma. Para Filho, M. (2012) este tipo de fiscalização pelo menos posteriormente a publicação oficial da norma jurídica (…) este depois de perfeito o ato, de promulgada a lei, ou seja posteriori. Esta fiscalização encontra corpo nas disposições constantes nos artigos 244, 213, todos da CRM. Ora, dentro a fiscalização sucessiva podemos encontrar a fiscalização sucessiva concreta e a fiscalização sucessiva abstrata.

No primeiro caso decorre das disposições do artigo 244 da CRM vigente. Para Rodigues, F. (2013, p.188) "a fiscalização abstracta de inconstitucionalidade ou de ilegalidade é aquela que é feita independentemente da aplicação da norma ao caso concreto". Esta legitimidade é atribuída as determinas figuras cuja sua enumeração é em nossa opinião taxativa, porém não sucessiva, no sentido de que não segue a ordem descrita no nº. 2, do artigo ora citado, mas que quaisquer órgãos ali mencionados podem desde que reúnam os fundamentos para o efeito solicitar junto ao Conselho Constitucional a declaração de inconstitucionalidade de determinada norma. Podem solicitar a fiscalização sucessiva abstrata da constitucionalidade a seguinte sujeitada:

- O Presidente da República;
- O presidente da Assembleia da República;
- Um terço, pelo menos, dos deputados da Assembleia da República;
- O Procurador – Geral da República;
- O Provedor de Justiça e por fim;
- Dois mil cidadãos.

Pelo que, fora dos sujeitos processuais acima mencionados nenhuma outra pode solicitar apreciação sucessiva abstraída da Constitucionalidade das normas judiciadas junto ao Conselho Constitucional.

No segundo caso (fiscalização sucessiva concreta), o legislador constituinte determina no artigo 213 que " Nos feitos submetidos ao julgamento, os tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição". Esta ocorre única e exclusivamente nos tribunais no âmbito da aplicação das normas pode juiz. O legislador proíbe aos Juízes a aplicabilidade de

normas que sejam contrárias a Constituição, devendo ser remetidos ao Conselho Constitucional sempre que assim se manifestar.

4. O SENTIDO E ALCANCE DA EXPRESSÃO "OUTRAS DECISÕES"

A expressão "*outras decisões*" decorre, como dissemos anteriormente, no facto de o legislador prever a obrigatoriedade de remessa ao Conselho Constitucional os acórdãos e outras decisões com fundamento na sua inconstitucionalidade, sempre que se recuse a aplicação de norma com esse fundamento, que por razão de clareza passamos a apresentar:

"(…)

Título XI

Conselho Constitucional

(…)

Artigo 246

(**Recursos**)

1.Devem ser remetidos obrigatoriamente ao Conselho Constitucional, os acórdãos e outras decisões com fundamento na inconstitucionalidade nos seguintes casos:

Quando se recuse a aplicação de qualquer norma com base na sua inconstitucionalidade;"

……..

É nosso entendimento que a redação do artigo 246 da CRM, não permite afiançar que tipo de decisões o legislador se refere, se são as jurisdicionais, ou emitidas no exercício de função Administrativa pelos órgãos da Administração Pública enquanto tal. Numa análise sistemática da norma, a julgar pelo disposto no art.º 67 da LOCC, pode parecer que o legislador pretendia se referir as "decisões" emitidas em sede dos tribunais num caso em concreto. Contudo é nosso entendimento que não, porque primeiro o legislador faz menção de "acórdãos", e posteriormente a outras decisões, este conceito é amplo inclui para nos não somente as decisões emitidas pelos tribunais em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade, mas também qualquer outra decisão emitida pelos aplicadores da normas.

A Administração Pública no âmbito da prossecução do interesse público, tem aplicado as normas jurídicas, tanto mais que, é assegurado aos particulares no âmbito da tutela jurisdicional efectiva a possibilidade de socorrer-se dos mais variados meios processuais para assegurar os seus direitos e interesses legalmente protegidos.

Para Caravantes. Panno & Kloeckner (2005) citado por Lanza, P. (2016) "Tomar decisões é o processo de escolher uma dentre um conjunto de alternativas." E cabe ao tomador de decisão "(...) Reconhecer e diagnosticar a situação, gerar alternativas, avaliar as alternativas, selecionar a melhor alternativa, implementar a alternativa escolhida e avaliar os resultados." Por outro lado, Certo (2005, p.123) defende que decisão é a escolha feita entre duas ou mais alternativas disponíveis e que "... Tomada de decisão é o processo de escolha da melhor alternativa," ou a que mais beneficiará a organização.

Como se pode perceber, o conceito de "decisão" implica a escolha dentre uma de entre as várias alterativas de que pode aferir sobre uma situação concreta, trata-se fundamentalmente de um posicionamento sobre uma situação concreta que é solicitada. Ora, no contexto da Administração Pública podemos relacionar a decisão como qualquer posicionamento de que a administração Pública possa tomar na sua relação com os particulares ou até mesmo entre si. – E isto justifica-se quando relacionamos por outro lado, ao âmbito de aplicação material do princípio da legalidade administrativa.

Se a vinculação abstrata do princípio da legalidade administrativa pressupõe "a existência de uma abertura na lei alguma margem de opção ao administrador nas

escolhas de oportunidade e de conveniência de agir (tomas decisões), então por que razão não se pode pensar, que a administração pública pode decidir", porque não se pode dizer que, a Administração Pública pode recusar a aplicação de uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade nos termos da alínea a), do nº. 1, do art.º 246 da Constituição da República vigente porque a constituição da República?

Outra questão que se pode colocar tencionamos saber, quais são os procedimentos para sendo fiscalização da constitucionalidade solicitada pela Administração Pública que procedimento do ponto de vista de marcha processual devia seguir. Nos parece que, o que o legislador não diz é, como este processo de remessa obrigatória ao Conselho Constitucional deverá ser feito pela Administração Pública. Mas sendo o mesmo abordado na perspetiva de fiscalização concreta, podemos responder positivamente dizendo que os procedimentos são os mesmos aplicáveis quando a solicitação de declaração de inconstitucionalidade seja feito pelos Tribunais nos termos do artigo 213 da CRM. Se não, consideremos o seguinte argumento abaixo.

Como se sabe, o regime de admissão dos recursos estão consagrados na LOCC, mas mesmo naquela norma, o legislador constituinte também apenas faz menção de "acórdãos e outras decisões" reportando-se esta expressão a aquelas que são emitidas pelo poder judiciário (tribunais). Aventamos a possibilidade de que tal seja motivado pelo tipo de fiscalização ser sucessiva concreta e puramente abstrata. De qualquer modo, analisadas as disposições nos artigos 67 a 78 da Lei Orgânica do Conselho Constitucional (LOCC) podemos aferir que os procedimentos ali constantes aplicam-se tanto para os acórdãos, como "outras decisões" sobre as quais o legislador constituinte considerou no nº. 1, do artigo 246 da Constituição.

5. Dos poderes de atuação da administração pública

5.1. Podes discricionário

Ainda na verificação da (in) possibilidade de recusa de aplicação de normas por parte da Administração Pública com fundamento na sua inconstitucionalidade, julgamos ser necessário correlatar sobre os poderes da Administração Pública.

Ora, para garantir o adimplemento dos deveres impostos pela Constituição e demais leis na prossecução do interesse público, a Administração Pública é dotada de determinados poderes de atuação. Estes poderes não são puramente subjectividade, nem tão pouco que são absolutos, pois devem ser exercidos dentro dos limites impostos pela Constituição, e não são uma faculdade de atuação mas sim um dever.

Ta como ensina Silva, B. (2019)[1],

> *"(….) Muito embora a expressão "poderes" pareça uma faculdade de atuação da Administração Pública, o facto é que os poderes Administrativos não envolvem uma faculdade de agir, mas sim um dever de atuação diante de uma situação apresentada ao poder público. Trata-se de um poder-dever no sentido de que a Administração Pública deve agir pois os poderes conferidos pelo Estado são irrenunciáveis (…) obrigação de actuar."*

No entender de Filho, J. (2014), a Administração Pública dispõe dos seguintes poderes: Poder de Vinculação, Poder Hierárquico, Poder Disciplinar e Poder Discricionário. A nós, interessa abordar dentro deste conjunto de poderes, sobre o poder Discricionário.

O Poder Discricionário pressupõe uma prerrogativa de atuação da qual a Administração Pública com certa liberdade de escolha e decisão sempre dentro dos limites impostos pela lei quanto ao seu conteúdo,

[1] Silva, B. (2019). Noções Gerais de Direito Administrativo.

oportunidade e conveniência administrativa. Silva, B. (2019) diz que "há determinado situações que o legislador faz contemplar uma certa liberdade de para o administrador, concedendo-lhe uma ligeira discricionariedade regrada (…)" dessa forma nunca existe uma discricionariedade absoluta mas sim regrada.

São exemplos o Poder Discricionário a possibilidade de prorrogação do prazo de conclusão do procedimento Administrativo consagrada no nº. 1, do Artigo 76 da Lei n.˚ 14/2001, de 10 de Agosto ao estabelecer que " O Procedimento Administrativo deve em regra ser concluído no prazo de vinte e cinco dias, a menos que outro prazo decorra da Lei, ou sejam impostas por outras circunstâncias excepcionais".

O disposto no artigo 80 da mesma Lei quando o legislador determina que "Salvo os casos em que a Lei admite pedidos verbais, os pedidos devem ser redigidos os de forma escrita devendo conter dentre outros elementos que forem necessários, os seguintes: Designação do "órgãos Administrativo a quem o pedido é dirigido, identificação do requerente, e etc.". Como se pode ver há uma faculdade, liberdade de actuação que é atribuída não somente a Administração Pública, mas também ao particular, deste que dentro dos limites impostos pela Lei.

Assim, acreditamos que o nº. 1, do artigo 248 da CRM, constitui uma norma discricionária, não no que se refere a recorribilidade dos actos, mas a expressão "outras decisões" ali consagradas, pois admite a faculdade de inclusão de demais decisões que não sejam simplesmente os acórdãos, como o caso de despachos, sentenças, e outros actos judiciais ou administrativos que forem tomados na tomadas de decisão sobre uma situação individual e concreta.

O legislador poderia ter sido mais claro na descrição do âmbito de aplicação material da recorribilidade dos acórdãos, ou melhor na determinação de que tipo de decisões podem ser objecto de recursos para o Conselho Constitucional no âmbito da Solicitação Concerta da Inconstitucionalidade ou Constitucionalidade de determinados actos. Porque conforme acima descrito abre uma possibilidade ao se referir a expressão "outras decisões" no contexto dos recursos obrigatórios, e a mesma (Administração Pública) tem o dever de respeito pela lei e a Constituição como princípio fundamental de sua atuação. Para que assim se possa fazer, o legislador constituinte deveria incluir no título XII que trata sobre a Administração Pública, no sentido de ter a seguinte redação:

(…)
Capítulo I
Administração Publica
Artigo 248
(Princípios Fundamentais)
1……
……..
2……
……
3. O respeito pelos princípios do nº. 2, do presente artigo implica o dever de não aplicar normas ou princípios que ofendam a Constituição devendo ser obrigatoriamente remetidos ao Conselho Constitucional no prazo de trinta dias contados com a data de decisão.
(…)

6. Considerações finais

Analisar a (in) possibilidade de recusa de aplicação de normas com fundamento na inconstitucionalidade por parte da Administração Pública é uma temática bastante complexa, pois como dissemos antes desde a Constituição da República de 1990, os recursos obrigatórios, ou melhor a Fiscalização Concreta de normas com fundamento na inconstitucionalidade era confiada apenas aos Tribunais, o entendimento assentava na ideia de que apenas os tribunais, o Procurador-Geral da República podiam em sede de fiscalização concreta da Constitucionalidade.

A Administração Pública está vinculada ao principio da legalidade e respeito pela Constituição, podendo essa vinculação ao principio da legalidade ser classificada como vinculação absoluta quando o legislador estabelece com detalhes como a mesma deverá actuar, e legalidade vinculada quando abre uma margem dentro da lei para que este tenha um certo poder de escolha na sua atuação, deste que dentro dos limites impostos pela Lei. - Está última assemelha-se ao poder Discricionário.

Portanto, aliado a este princípio de vinculação relativa ao princípio a legalidade administrativa e o poder discricionário da Administração Pública, consideramos que sim, A Administração Pública pode se recusar a aplicar determinada norma quando fundamentadamente entender que aquela estabelece preceitos contrários á Constituição e ainda socorrer-se do Recurso Obrigatório para solicitar a apreciação de declaração de inconstitucionalidade ou não da norma, pois, ao se estabelecer no nº. 1, do artigo 246 da CRM a expressão "outras decisões" o legislador admite a possibilidade de que seja qualquer decisão desde decida sobre uma situação individual e concreta e recuse a aplicar a norma nos termos acima descritos.

A expressão "outras decisões" é ampla, da efetivamente um puro poder discricionário a Administração Pública em recusar ou não em aplicar certa norma com fundamento da sua inconstitucionalidade, dai que a Administração Pública pode se recusar em aplicar normas com fundamento na sua inconstitucionalidade nos termos do nº. 1, do artigo 246 da CRM. Todavia, fica ainda a problemática de saber qual é a forma de apreciação da referida inconstitucionalidade porque a Constituição da República bem como a Lei orgânica do Conselho Constitucional não abre espaço para solicitação concretas que não seja apenas os tribunais, na fiscalização concreta.

Referências

Obras e Publicações

Caravantes, G., Panno, C. & Kloeckner, M. (2005). Administração: teorias e processo. São Paulo: Pearson.

Figueiredo, D. (2016) Curso de Direito administrativo., 2ª Edição.

Filho, J. (2014) Noções Gerais de Direito Administrativo.

Guibunda, J. (2012). Dúvidas em Direito Administrativo, 2ª Edição.

Gouveia, J. (2016). Direito Constitucional de Moçambique, Maputo, Moçambique.

Gouveia, J. (1999).Reflexões sobre a próxima revisão da Constituição Moçambicana de 1990, Minerva Central, Maputo.

Lanza, P. (2016). Direito Constitucional Esquematizado, 16a Edição.

Morais, P. (2014). Manual de Direito Constitucional.

Rodrigues, F. (2014). A próxima Revisão da Constituição: ampliação das liberdades como factor de desenvolvimento", Dissertação de Mestrado, Universidade Católica de Moçambique, Faculdade de Direito, Nampula, Moçambique.

Silva, B. (2019), Noções Gerais de Direito Administrativo.

Legislação

Lei n. 1/2018, de 12 de Julho, (Lei de Revisão Pontual da Constituição da República de Moçambique), Imprensa Nacional de Moçambique, Maputo.

Lei n. 6/2006, de 06 de Agosto, (Lei Orgânica o Conselho Constitucional), Imprensa Nacional de Moçambique, Maputo.

Lei n. Lei n.º 14/2011 de 10 de Agosto, (Lei que regular a formação da vontade da Administração Pública e estabelecer as normas de defesa dos direitos e interesses dos particulares de Moçambique, Imprensa Nacional de Moçambique, Maputo.

Decreto n.˚ 30/2001, de 15 de Outubro, que aprova as normas de funcionamento da Administração Pública em Moçambique.

PROCEDIMENTOS ÉTICOS

Conflito de interesses: nada a declarar. **Financiamento**: nada a declarar. **Revisão por pares:** Dupla revisão anónima por pares.

Todo o conteúdo do J² – Jornal Jurídico é licenciado sob *Creative Commons*, a menos que especificado de outra forma e em conteúdo recuperado de outras fontes bibliográficas.

A Problemática Da (In) Competência Dos Tribunais Arbitrais Na Execução De Suas Sentenças Face À Jurisdição Administrativa Em Moçambique

The Problem of (In) Jurisdiction of Arbitration Courts in Enforcement of their Judgments against the Administrative Jurisdiction in Mozambique

10.29073/j2.v6i1.524

Receção: 02/12/2021 Aprovação: 04/12/2022 Publicação: 30/06/2023

Mutela Mendes Rafael Supinho [a],

[a] Universidade Católica de Moçambique; mmsupinho@ucm.ac.mz

Resumo

A Lei n.º 7/2014 de 28 de Fevereiro tal como a anterior legislação atinente ao processo administrativo Contencioso trouxeram consigo a figura dos tribunais arbitrais no contexto dos litígios emergentes da relação jurídico-administrativo. O presente estudo, nos propusemos a estudar sobre "Os tribunais Arbitrais e sua Efetivação Na Jurisdição Administrativa no Direito Moçambicano" objetivando aferir se os tribunais Arbitrais são competentes para Executar de suas decisões, face à Jurídica Administrativa. Tal como preconiza a lei, as decisões proferidas pelos Tribunais Administrativos, do Tribunal Administrativo da Cidade de Maputo, e dos tribunais administrativos províncias, são executadas pela própria Jurisdição Administrativa, não podendo outras jurisdições realizá-las em seu nome. O legislador permite que os sujeitos da relação jurídico-administrativos possam recorrer ao tribunal arbitral para dirimir litígios emergentes dessa relação mediante acordo arbitral, sendo daí excluída a possibilidade de recurso a outros jurídicos, salvo em matéria de recurso. Embora assim, de forma paradoxa o legislador dispõe no artigo 204 da LPAC que "o recurso ao tribunal exclui o recurso a outros tribunais", o mesmo determina por outro lado no n.º 2, do Art.224 que a sentença arbitral tem a mesma força executiva que as sentenças da jurisdição administrativa". Com o estudo foi possível concluir, que do ponto de vista material, os tribunais arbitrais não tem competência para executar as suas próprias decisões, e que mesmo assim, embora tal execução seja remetida a jurídica administrativa, esta não prevê as formas, sobre a marcha do processo de execução vai correr, nem tão pouco os prazos, uma vez que no processo executivo das decisões jurisdicionais, o legislador não menciona das decisões da jurisdição arbitral.

Palavras-chave: Tribunal Arbitral, Sentenças, Execução, Jurisdição Administrativa

Abstract

The Law no. 7/2014 of 28 February, as well as the previous legislation relating to the Litigation administrative process, brought with it the figure of arbitral tribunals in the context of disputes arising from the legal-administrative relationship. The present study, we proposed to study about "Arbitral Courts and their Effectiveness in Administrative Jurisdiction in Mozambican Law" in order to assess whether Arbitration Courts are competent to execute their decisions, vis-à-vis Administrative Law. As established by law, the decisions handed down by the Administrative Courts, the Administrative Court of Maputo City, and the provincial administrative courts are enforced by the Administrative Jurisdiction itself, and other jurisdictions cannot carry them out on its behalf. The legislator allows the subjects of the legal-administrative relationship to appeal to the arbitral tribunal to settle disputes arising from this relationship by means of an arbitration agreement, and the possibility of recourse to other legal entities, except in matters of appeal, is excluded. Although, paradoxically, the legislator provides in article 204 of the LPAC that "the appeal to the court excludes the appeal to other courts", it also determines in paragraph 2 of Art. 224 that the arbitral award has the same executive force as the judgments of the administrative jurisdiction". With the study, it was possible to conclude that, from a material point of view, the arbitral tribunals do not have competence to execute their own decisions, and that even so, although such execution is referred to administrative law, this does not provide for the forms, on the progress the execution process will run, neither will the deadlines, since in the executive process of jurisdictional decisions, the legislator does not mention the decisions of the arbitral jurisdiction.

Keywords: Arbitral Tribunal, Judgments, Enforcement, Administrative Jurisdiction

1. A (IN) COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ARBITRAL NA EXECUÇÃO DE SUAS DECISÕES NO DIREITO MOÇAMBICANO

1.1. ENQUADRAMENTO GERAL

1.1.1. DA QUESTÃO DO PROBLEMA

A Constituição da República de Moçambique determina que os tribunais são órgãos de soberania cuja função assenta no reforço pela legalidade, a garantia e respeito pelas leis, assegurando o gozo dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos, e interesses dos demais órgãos e entidade, penalizando a violação das leis nos termos consagrados pela Lei[1]. E como catálogo dos tipos de tribunais existentes em Moçambique, encontramos os Tribunais Administrativos, cuja finalidade assenta no controlo da legalidade dos actos administrativos e a aplicação das normas emitidas pelos órgãos da Administração Pública, bem como a fiscalização das despesas públicas e efetivação da responsabilidade da Administração Pública. Tal significa que, os litígios emergentes da relação que se estabelece entre a Administração Pública e os particulares, ou estes primeiros entre si na prossecução do interesse público devem ser julgados pelos Tribunais Administrativo[2] de uma forma geral pela competência que lhes é reservada em razão da matéria.

A Lei atinente ao Processo Administrativo Contencioso, que por opção, adiante designaremos por LPAC aprovada pela Lei nº. 7/2014, de 26 de Fevereiro, estabelece um conjunto de meios e garantias processuais sobre as quais, os sujeitos acima mencionados podem fazer uso para ver os seus direitos acautelados perante á Administração Pública. Esta Lei possibilita nos termos dos artigos 203, 206 e seguintes que os litígios emergentes da relação jurídico-administrativa possam ser dirimidos por outras jurisdições, distintas da jurisdição administrativa, de modo particular pelos tribunais arbitrais mediante celebração de conversão ou acordo arbitral desde que tenham como objecto os contratos administrativos, ou responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, ou titulares dos seus órgãos, agentes, funcionários por os prejuízos decorrentes de actos de gestão pública. O legislador estabelece ainda que, "O recurso a este tribunal exclui a possibilidade de recurso a outros tribunais que, quando solicitados, se devem declarar incompetentes salvo o disposto em matéria de recurso de sentenças arbitrais[3]". Ou seja, se o particular e a Administração Pública e o particular estabelecerem um acordo optando pela Arbitragem para a resolução de seus conflitos, salvo se a matéria for atinente ao recurso das decisões proferidas pelos árbitros, o Tribunal Administrativos, bem como os tribunais administrativos de Província tornam-se incompetentes em razão da matéria e em razão dos sujeitos para julgar este litígio, nem não pouco proceder a execução das decisões arbitrais. Até porque, o mesmo legislador prevê no artigo 189 que, "cabe à Jurisdição competente conhecer e decidir os pedidos de execução das suas decisões".

Ora, paradoxalmente, vem o mesmo legislador referir que em matéria de execução, "as decisões arbitrais tem a mesma força executiva que a sentença da jurisdição administrativa", sem no entanto dizer quais os procedimentos para o processamento e tramitação do referido processo executivo., que pela inexistência de um tratamento jurídico sui generis sobre o processo executivo das decisões arbitrais o legislador permite afiançar que, a forma de processamento de execução das referidas sentença arbitrais serão nos termos estabelecidos pela jurisdição nos termos do artigo 187 da mesma Lei. Sintetizando questionamos o seguinte: Como a jurisdição Administrativa poderá executar as decisões dos

[1]Cfr. Art.º 212, 213, da Lei 1/2018, Lei de Revisão Pontual da Constituição da República de Moçambique

[2]Entenda-se Tribunais Administrativos como Poder Jurisdicional e não na prespectiva de Hierarquia, pois temos "Tribunal Administrativos" como o mais alto órgão da Jurisdição Administrativa, bem como os "tribunais administrativos Provinciais".

[3] Cfr. Artigo 204 da LPAC

Tribunas Arbitrais, uma vez que nos termos do Artigo 204 da LPAC o recurso a este tribunal exclui a possibilidade de recurso a outros tribunais, e que estes devem se declarar incompetentes?

1.1.2. Objectivos e Metodologia

Constitui objectivo geral do presente estudo, aferir se os tribunais arbitrais têm ou não competência para executar as decisões por si proferidas face a jurisdição administrativa, uma vez que, o recurso aos tribunais arbitrais impede a jurisdição administrativa a apreciar o litígio, salvo nos casos de recurso de sentenças. Por objectivos específicos nos propusemos a compreender o espírito do legislador ao determinar que o recurso ao tribunal arbitral impede a apreciação da lide por outros tribunais, devendo nos casos em que esses são solicitados declarar sua incompetência; perceber a autonomia e natureza jurídica dos tribunais arbitrais e seu enquadramento em matéria de execução de sentenças; por fim, discutir o âmbito de aplicação material da força executiva das sentenças arbitrais, face a jurisdição administrativa.

Do ponto de vista metodológico para o presente estudo tomamos por base, a pesquisa qualitativa, descritiva e bibliográfica e analise Documental.

2. O JUIZO ARBITRAL

2.1. Enquadramento conceptual

A arbitragem é resultado de uma faculdade atribuída aos cidadãos, para dentro dos limites impostos por lei, para que possam abdicar ao Direito de acesso aos tribunais, e recorrerem a outros órgãos para a resolução dos seus litígios. Existem vários conceitos ou definições em torno da arbitragem, contudo, essa pedagogia do conceito de arbitragem, não detém muito paradoxo ou qualquer equívoco, pois os conceitos têm um ponto ou pontos de intercepção que desdobram-se na mesma definição ou conceito.

Moncada, L. (2017,p. 4), por exemplo, no que refere a arbitragem, ensina que,

> *"(…) os conflitos de natureza judicial podem ser resolvidos através de soluções institucionais que atribuem a legitimidade para decidir a tribunais sem natureza permanente constituídos ad hoc, ou através de um acordo ou convenção (de arbitragem), ditos tribunais arbitrais, sendo a sua deliberação vinculativa para as partes".*

Por outro lado, Timbane, T. (2012)[1] Adverte que, o Estado não goza de absoluta exclusividade do exercício da função de resolução de litígios (…) porque, a lei admite o recurso à arbitragem e o acordo para que os litígios sejam solucionados por entidades não estatais, pois o lesado pode recorrer aos tribunais arbitrais quando tendo sido celebrado o pacto privativo de jurisdição.

Pinheiro (2005, p.344) [2] Entende que a arbitragem voluntária, é o modo de resolução de conflitos que com base na vontade das partes a função de julgar é confiada a outras pessoas que não são os tribunais comuns.

Assim, é possível perceber que, os tribunais arbitrais, ou a arbitragem constitui um mecanismo de resolução de conflitos extrajudicial, que possibilita que, os litígios decorrentes de determina relação jurídica possam ser dirimidos por outras pessoas diversas dos tribunais. Em muitas das doutrinas existentes sobre o assunto, reporta-se que esta forma de resolução extrajudicial de conflitos é caracterizada por ser mais célere relativamente a judaico comum no que se refere a sua tramitação, bem como duração.

Outrossim, o recurso a arbitragem não se limita simplesmente aos litígios emergentes de relações jurídicas entre simples particulares, a evolução do Direito faz entender que o recurso

[1] Timbane, T. (2012). Lições de Processo Civil – I, 1ª Edição

[2] Pinheiro, L. (2005). Direito Comercial Internacional, Lisboa

a jurisdição arbitral pode ser feito nas mais variadas relações jurídicas. Como dissemos no nosso embaçamento teórico, e alias, é objecto do presente estudo, procuramos estudar aqui, a competência dos tribunais arbitrais, no que se refere a exequibilidade de duas decisões no contexto da jurisdição administrativa, portanto um campo de atuação jurídica relativamente a jurídica comum.

2.2. Convenção Arbitral

Entende por Convecção arbitram, como sendo um acordo em que se assume a responsabilidade de resolver litígios contratuais mediante arbitragem, possui natureza contratual e decorre da autonomia de vontade. Este cordo limita o objecto e conteúdo a ser resolvido[1].

2.3. A noção de "árbitro" e os sujeitos do Processo Arbitral

2.3.1. O Tribunal Arbitral

Constituem sujeitos da relação arbitral ou da jurisdição arbitral, os sujeitos cuja relação material se figura ou apresenta como controvertida, os árbitros.[2] O árbitro é uma pessoa física ou jurídica que recebe e assume a incumbência de resolver o litígio que fica adstrito aos princípios da imparcialidade, diligencia, discreto, e que os seus deveres e competências devem estar descritos no acordo arbitral.

Para LACM (S/N), citado por Nazaré, P. (2015, p.24), [3]o Tribunal Arbitral é uma instituição que possui profissionais preparados e treinados para acuarem na solução dos conflitos no sentido de que, o tribunal coloca a disposição dos interessados profissionais retros e imparciais chamados de árbitros, para actuarem nos mais diferentes tipos de conflitos.

2.3.2. Princípios da jurisdição Arbitral

Nos termos das disposições constantes no artigo 11 da Lei de Arbitragem de Moçambique[4], o processo arbitral é regido pelos seguintes princípios: Princípio da liberdade segundo o qual, as partes em litígio detêm a autonomia de adoção de meios alternativos a resolução de conflitos diversos do poder judiciário; princípio da flexibilidade segundo o qual, o recurso a jurisdição arbitral pressupõe a preferência ao estabelecimento de pressupostos ou formalidades cada vez manos informais relativamente ao jurisdicional; princípio da celeridade na medida em que coexiste uma manifesta rapidez e celeridade da resolução de litígios, uma vez que pouco existe a formalidades e prazo para a prática de actos processuais por exemplo.

Princípio da oralidade e do contraditório pois que, as partes devem ser tratadas de forma de forma proporcionalmente igual no que se refere as possibilidades de fazer valer o seu direito; por outro lado, a prática dos actos é maioritariamente oral.

3. A arbitragem na jurisdição administrativa no ordenamento jurídico moçambicano

3.1. Âmbito e Objecto

O Legislador moçambicano se ocupa a partir do X Capítulo sobre a Arbitragem na Jurídica Administrativa em Moçambique, ao estabelecer que "o tribunal arbitral pode ser constituído para o julgamento de questões q eles tenham por objecto os contratos administrativos, responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública e dos titulares dos órgãos, funcionários e agentes, por actos de gestão pública.

Assim, no âmbito da jurídica administrativa somente podem ser submetidos ao juízo

[1] Brito, V. (2012). Contencioso Administrativo: Generalidades
[2] Figueredo, D. Direito Administrativo Moçambicano
[3] Nazare, P. (2015). A problemática da falta de implementação de Tribunais Arbitrais: Caso de Estudo a Cidade de Quelimane de 2009 á 2014, Quelimane
[4] República de Moçambique, Lei 11/99 de 08 de julho, que aprova a Lei de Arbitragem de Moçambique, 1999.

arbitral, os litígios emergentes de relações jurídico administrativas que tenham por objecto os contratos e a responsabilidade civil extracontratual, não abrangido portanto outras relações jurídico administrativas que não tenham esse objecto. Com efeito, não podem ser sujeitos ao juízo arbitral, os litígios que tenham por objecto a declaração de nulidade, anulabilidade ou inexistência de actos administrativos dos titulares dos órgãos, agentes ou funcionários do Estado[1], Processo de impugnação de normas emitidas no exercício de função administrativa[2],nem tão poucos processos urgentes[3].

Isto tem razão de ser, até porque o mesmo legislador entende o artigo 5 da LPAC que os exercícios dos meios processuais previstos no artigo 4 da mesma lei são exercidos pelo Tribunal Administrativo, pelo Tribunal Administrativo da Cidade de Maputo, e pelos tribunais administrativos provinciais.

3.2. Composição e Funcionamento

O recurso a jurisdição arbitral implica a celebração de um acordo arbitral que nos termos do artigo 203 da LPAC, constitui um compromisso arbitral (escrito) pelo qual as partes se obrigam a submeter a arbitragem os litígios eventuais emergentes de uma determinada relação jurídica no âmbito da cognição da jurisdição arbitral, devendo conter de entre outros elementos o objecto, cláusulas compromissórias sobre as quais o qual vai abranger.

3.3. Valor Jurídico e Autonomia dos Tribunais Arbitrais

Pretendemos com este título aferir se, atendendo a complexibilidiade e coercibilidade de que o processo executivo impõe, os tribunais arbitrais dispõem de autonomia para executar as suas próprias decisões, bem como conhecer os sentido e alcance do Artigo 204 da LPAC.

Ora, o artigo 204 da LPAC proíbe que tendo as partes acordado pelo recurso ao tribunal arbitral, as partes possam recorrer a outros tribunais para dirimir o mesmo litígio. Para nos, o legislador pretende com esta norma, impedir a litispendência, e evitar situações como por exemplo, que tendo (A) empreiteiro ganho um concurso público levado a cabo por (B) para construção de uma estrada, e tendo ainda estabelecido no contrato que em caso de litigio decorrentes da execução ou interpretação do presente contrato, as partes sujeitaram ao tribunal arbitral, e na pendência da causa no tribunal arbitral, venha (A) propor sobre o mesmo litigio, no Tribunal Administrativo da Província da Zambézia uma acção para nulidade de contrato administrativo celebrado com B (ré); e na pendencia da mesma acção no douto tribunal arbitral.

3.3.1. O "Poder" de Execução das Decisões Arbitrais em Matéria Administrativa

A sentença arbitral proferida nos termos dos artigos 218 a 224 da LPAC, tem a mesma força executiva que as decisões dos tribunais administrativos apos o seu transito em julgado.

É necessariamente aqui onde se verifica o paradoxo que nos propusemos a discutir, pois como dissemos antes, o legislador prevê que recorrendo as partes ao tribunal arbitral todos os outros tribunais constituem-se como sendo incompetentes para conhecer o litígio salvo se for matéria de recurso. Em relação a esta norma que por clareza de exposição, passamos a transcrever:

"Lei n.º 7/2014, de 28 de Fevereiro
(…)
CAPITULO X
Arbitragem
Secção I
Disposições Gerais
(….)
Artigo 204
(Incompetência de outros tribunais)

[1] Cfr. alínea a), do Art. e Art. 32 da LPAC
[2] Cfr. alinea c), do Art. 14 e 101 da LPAC.
[3] Cfr. Alínea d), do Art.º 15 da LPAC.

O recurso ao tribunal arbitral exclui o recurso a outros tribunais que, quando solicitados devem ser declarar incompetentes salvo, o disposto em matéria de recurso das sentenças arbitrais."

A redação do Artigo 204 da LPAC, é ambígua pois, da forma como se apresenta, não permite endossar primeiro, para que matéria dentro do processo ou litígio é levados a jurisdição arbitral de que os outros tribunais não devem conhecer, ou seja se é apenas até o momento em que os juízes arbitrais proferem a sentença, ou mesmo se o poder jurisdicional dos juízes arbitrais fica extinto., embora o legislador procure expressar a extinção desse poder no nº. 1, do artigo 223 da LPAC, o mesmo não o faz quando a forca executiva dos recursos arbitrais.

Segundo, adensam-se dúvidas de interpretação sobre a expressão, "outros tribunais" se refere o legislador se refere ainda nesta primeira parte, pois que na jurídica moçambicana, constitucionalmente existem os tribunais Administrativos, os Tribunais Administrativos, os Tribunais Administrativos da Cidade de Maputo e os tribunais Administrativos provinciais, os tribunais Comuns, os Tribunais Fiscais e outros. Portanto, a primeira parte desta norma é demasiada ambígua.

Ainda assim, mesmo que tivéssemos que admitir que, a forma de tramitação, processamento da execução de sentenças arbitrais, teríamos por interpretação sistemática e lógica, socorrer-nos das disposições constantes no artigo 187 e seguintes da LPAC, para aferirmos ainda dentro do processo executivo na jurisdição, qual seria então a forma aplicável, mas, meso na norma do artigo 187 da LPAC, o legislador não avança as decisões proferidas pelos tribunais arbitrais no se refere ao cumprimento espontâneo das decisões proferidas por estes órgãos em relação aos quais a decisão arbitral vai condenar.

O legislador diz na douta norma que, as decisões do Tribunal Administrativo, do Tribunal Administrativo da Cidade de Maputo, e dos tribunais administrativos de província, quando transitados em julgado devem ser cumpridas pelos órgãos administrados, e que o seu cumprimento, consiste na prática de qualquer acto jurídico ou operação material que seja necessário para a reintegração do direito violado e reconstituição da situação actual hipotética – não faz menção de sentenças proferidas pelos tribunais arbitrais, e o mesmo acontece quanto á matéria de recursos propriamente dito na jurisdição administrativa.

3.4. Da (in) competência dos tribunais Arbitrais para Executar suas Decisões

O processo Executivo visa a reparação coerciva de um direito devido. Não se pretende acção declarativa (n °. 3 do art.º 4, do CPC). Mas sim que o tribunal accione mecanismos necessários para obrigar o sujeito passivo (executado) para efectuar a prestação devida. Tal como explica BECKER, Rodrigo (2021)[1] na acção executiva a parte pretende solicitar os órgãos com "poder" que aqueles pratiquem actos tendentes a garantir o cumprimento coercivo de determinada prestação, ou prática de um facto.

Atento aos fundamentos que apresentados no ponto 3.3.1., é nosso entendimento de que, sem margem para dúvidas, os tribunais arbitrais não dispõem de legitimidade para executar suas próprias decisões não só e matéria comum, mas também em matéria jurídico administrativa, primeiro porque por si só, não dispõem do "ius imperium" para instaurar mecanismos coercivos para que os órgãos da Administração Pública cumprirem com as decisões proferidas por estes decorrentes da limitação de sua atuação ao objecto da lide constante no acordo arbitral, ou mesmo que inexistisse tal acordo, pela

[1] Becker, Rodrigo, Manual de Processo Executivo e Judicias, 2021,

impossibilidade natural de coagir instituições da Administração Pública no cumprimento de suas decisões.

Por outro lado, admitindo que, a competência executar as decisões dos tribunais arbitrais é concedida pelo n.º 2, do artigo 198 ambos da 244 da LPAC, seria no mínimo duvidoso do ponto de vista prático pois que, o próprio legislador estabelece no artigo 198 que cabe a jurídica competente conhecer e decidir sobre os pedidos de execução das suas decisões, não estabelecendo a quem que jurisdição compete executar as decisões proferidas pelos tribunais arbitrais.

Entendemos ainda, que o paradoxo constante nas normas acima, somente poderia ser evitado se primeiro, o legislador tivesse atribuído ao tribunal Administrativo da área em que se tenha realizado o julgamento do tribunal arbitral a competência de executar as decisões proferidas pelos mesmos, no sentido de que se o litigio entre (A) administrado e (B), Administração Pública sobre execução de contrato administrativo, e o tribunal arbitral localizado em Cidade (C) der provimento ao pedido de (A), a execução da referida decisão devia ser da competência do tribunal administrativo da Província (C), o que consideraríamos o tribunal localizado na Província (C), como o competente para prover a execução.

De outro modo, é necessário que, para materializar o constante no artigo 224 da LPAC, o legislador deve incorporar no artigo 163 da LPAC, as decisões proferidas pelos "tribunais arbitrais", para primeiro permitir que esteja claro que estas decisões podem ser objecto de recurso masterizando assim o consonante no artigo no artigo 204 da mesma Lei. – Consequentemente, as referidas normas teriam a seguinte redação:

"Lei n.º 7/2014, DE 28 DE FEVEREIRO
(….)
Capítulo IX
Secção I
Disposições Gerais

Artigo 187
(**Cumprimento Espontâneo e Coercibilidade**)

1. As decisões do Tribunal Administrativo, do Tribunal Administrativo da Cidade de Maputo, e os tribunais administrativos províncias, incluindo as proferidas pela jurisdição arbitral quando tiverem transitado em julgado devem ser cumpridas pelos órgãos administrativos.
2. ……
3. O prazo de cumprimento espontâneo é de sessenta dias contados a partir do trânsito em julgado da decisão, excepto o cumprimento coercivo cujo prazo não é de trinta dias contados a partir do trânsito em julgado da decisão arbitral.

(…)
Capítulo X
Arbitragem
Secção I
Disposições Gerais
(….)
Artigo 204
(Incompetência de outros tribunais)
1.O recurso ao tribunal arbitral exclui o recurso a outros tribunais administrativos que, quando solicitados devem ser declarar incompetentes salvo, o disposto em matéria de recurso e execução das sentenças arbitrais, que devem ser conhecidas pela jurisdição administrativa nos termos do artigo 187 da presente Lei"
2. A execução da decisão arbitral constante na parte final do artigo anterior, é de competência do Jurídica administrativa onde tiver ocorrido o julgamento, mediante impulso processuais dos interessados".
(…)

Desde modo, permitirá no nosso entender, maior exequibilidade das sentenças arbitrais, e não deixaria perplexidades sobre a forma, o prazo de meio de processamento do processo executivo em matéria laboral, nem tanto pouco a recorribilidade dos mesmos e por conseguinte deixaria claro que os tribunais arbitrais não dispõem de competência para

executar as suas próprias decisões, e que tal competência será de exclusiva competência da jurisdição administrativa, por aqueles na qualidade de tribunais, estarem imbuídos de meios coercivos para garantir o cumprimento de obrigações dos sujeitos condenados em sede decisões proferidas pelos tribunais arbitrais.

4. Considerações Finais

A matéria atinente ao recurso ao tribunal arbitral em Moçambique, de modo peculiar na jurisdição administrativa é bastante paradoxa (não não referirmos vaga), uma vez que o quadro legal previsto na Lei n. 7/2014, de 28 de Fevereiro estabelece um regime jurídico não muito detalhado sobre aa marcha do processo executivo, o tipo de espécie e prazos sobre os quais as decisões proferidas pelos tribunais podem ser executadas.

A arbitragem tem um papel importante na resolução de conflitos e em matéria jurídica administrativa entendemos que tal relevância seja muito mais, embora o legislador tenha limitado a o recurso a jurisdição arbitral apenas quando o objecto do litígio seja apenas contratos administrativos ou responsabilidade contratual da administração pública por danos a particulares decorrentes de actos de gestão pública o que em nos poderia se estender tanto na responsabilidade contratual, como na extracontratual.

Se os tribunais arbitrais têm competência e legitimidade para executar as suas decisões a resposta é perentória, não! Primeiro porque apos a notificação da sentença aos interessados a LPAC entende que tem-se por esgotado para todos efeitos poder dos árbitros, salvo que sua intervenção tiver como objecto a revisão da sentença, contudo não pode mediante impulso processual do interessado ou oficiosamente prover processo de execução. Contudo, entendemos ainda que, a julgar pelas descrições dos órgãos, o objecto da execução, a jurídica administrativa também não dispõe de competência para executar as decisões dos tribunais arbitrais, mas sim decidir sobre o recurso interposto sobre suas decisões.

O legislador moçambicano devia introduzir no âmbito da execução voluntaria das decisões do Administrativo, tribunais administrativos províncias, Tribunal Administrativo da Cidade de Maputo, as decisões proferidas pelos tribunais arbitrais para que seja provida a sua execução nos termos em que são processados a execução das sentenças daqueles tribunais.

Referências

Obras e Publicações

Amade, A., Muenha, E., Duvane, E., Pascoal, J., Tamele, P. (2012). Estudos sobre Contencioso Administrativo e Constitucional Moçambicano

Brito, V. (2012). Contencioso Administrativo: Generalidades.

Figueiredo, D. (2016) Curso de Direito administrativo.

Morais, P. (2014). Manual de Direito Constitucional, 2014

Lanza, P. (2016). Direito Constitucional Esquematizado, 16a Edição

Figueiredo, D. (2016). Curso de Direito administrativo.

Guibunda, J. (2012) Duvidas em Direito Administrativo, 2ª Edição.

Gouveia, B. (2016). Direito Constitucional de Moçambique, Escolar Editora

Gouveia, B. (2016). Manuel de Direito Constitucional

Gouveia, B. (1999). Reflexões sobre a próxima revisão da Constituição Moçambicana de 1990, Minerva Central, Maputo

Timbane, T. (2012), Lições de Processo Civil – I, 1ª Edição

Pinheiro, L. (2005). Direito Comercial Internacional, Lisboa

Nazaré, P. (2015). A problemática da falta de implementação de Tribunais Arbitrais: Caso de Estudo a Cidade de Quelimane de 2009 á 2014, Quelimane.

LEGISLAÇÃO

Lei n.˚ 1/2018, Lei de Revisão Pontual da Constituição da República de Moçambique, Boletim da República e Moçambique, Maputo, 2018.

Lei n.˚ 11/99 de 08 de julho, que aprova a Lei de Arbitragem de Moçambique, Boletim da República e Moçambique.

Lei n.˚ 6/2006, de 06 de Agosto, Lei Orgânica o Conselho Constitucional, Boletim da República e Moçambique.

PROCEDIMENTOS ÉTICOS

Conflito de interesses: nada a declarar. **Financiamento**: nada a declarar. **Revisão por pares:** Dupla revisão anónima por pares.

Todo o conteúdo do J² – Jornal Jurídico é licenciado sob *Creative Commons*, a menos que especificado de outra forma e em conteúdo recuperado de outras fontes bibliográficas.

“A força do direito deve superar o direito da força.”

Rui Barbosa

J2

Jornal Jurídico