

Do geral ao particular: direito e justiça nas colônias portuguesas em África (1822-1894)

Esmeralda S. Martinez¹

Resumo: O artigo demonstra como Portugal instituiu a separação de poderes e como observou dita separação em relação às suas colônias na África. Através de leis gerais com aplicação em todo território português, (Metrópole e Ultramar) que vigoraram lado a lado com leis especiais aplicáveis somente àqueles que eram considerados indígenas pela própria legislação Especial, o Estado afastou a divisão tripartite de poderes na África, o que permitiu a aplicação de uma Justiça Especialíssima para os indígenas distribuída por autoridades que não faziam parte do Poder Judiciário, fomentando, legalmente, a exclusão dos indígenas dos direitos atribuídos aos cidadãos portugueses.

Palavras chave: justiça, colonialismo, direito, indígenas

Abstract: Resume: The article shows how Portugal established the separation of powers and how this separation was observed regarding to their colonies in Africa. Through general laws with application throughout Portuguese territory (Metropolis and Overseas) which lived with particular laws (specials) applicable only to those who were considered indigenous by its own special legislation, the State withdrew the three party division of powers in Africa, allowing the application of a Special Justice for indigenous by different authorities, who did not belong to the Judiciary Power, encouraging the indigenous exclusion of those rights attributed to Portuguese Citizens.

Keywords: justice, colonialism, law, indigenous..

A CONSTITUIÇÃO DE 1822 - PRINCÍPIOS E SEPARAÇÃO DOS PODERES

Após a Revolução Liberal de 1820 as Cortes Portuguesas foram convocadas para adoção de uma Constituição, que observasse os princípios liberais originários da Revolução Francesa, no que se refere à igualdade de todos perante a lei.

As Cortes se reuniram entre janeiro de 1821 e novembro do mesmo ano, período em que as discussões sobre os princípios a serem adotados na Constituição foram realizadas a partir das bases fixadas pelas próprias Cortes. Dentre essas bases estava a que estabelecia a divisão “tripartite” dos

¹ Mestre e Doutora em História – área de concentração história da África, Universidade de Lisboa. Email: es.martinez@uol.com.br.

poderes, o que realmente restou consagrado no Art. 30º da Constituição Monárquica: Executivo-Rei; Legislativo-Cortes, e o Judiciário. Esta separação dos poderes idealizada há séculos atrás por Montesquieu, não implicava em uma separação rígida, e sim numa divisão de funções. As funções executiva e legislativa podiam ser exercidas tanto pelo poder Legislativo quanto Executivo, que, entretanto, não poderiam exercer a função judicial.

O artigo 20º declarava que a Nação portuguesa era a união de todos os portugueses em todos os hemisférios e compreendia as colônias africanas, considerando todos os portugueses como cidadãos, inclusive os escravos que tivessem sido alforriados; portanto, todos tinham direitos e deveres iguais, o que incluía o acesso à justiça.

O país se encontrava, no que se refere à administração, incluindo-se aí Justiça, em um verdadeiro caos. Nas cortes discutia-se a adoção do sistema “tripartite” e o princípio da igualdade de todos os cidadãos perante a lei com a consequente extinção dos privilégios pessoais de foro nas causas. O relatório apresentado por Fernandes Thomaz, na sessão das Cortes Constituintes dos dias 2 e 5 de fevereiro de 1821 solicitava que uma medida urgente fosse tomada em relação à administração da justiça, tendo em vista a situação de escândalo em que ela vivia:

[...] Mas vós não ignorais, Senhores, que o meio de conservar o povo em socego He administrar rectamente a justiça. O poder da lei He o único poder respeitável porque delle vem toda a auctoridade do governo, a sua força e segurança.

Em Portugal o arbítrio dictava muitas vezes a decisão do Magistrado, porque elle o podia fazer sem responsabilidade. Nesta ordem há como nas outras grandes abusos, mas nenhuma precisa talvez de ser reformada, nem com mais promptidão, nem com mais cuidado. O escândalo He geral e geral deve ser em consequência a satisfação e a emenda [...] com tudo He preciso dar nova forma aos juisos e às instancias: He preciso facilitar por todos os meios e por todos os modos a prompta administração da justiça. Se Ella He indispensável na ordem social para fazer a felicidade do cidadão, porque há de elle vir tão longe buscar a decisão da sua demanda? Porque não há de o fraco achar em seu auxilio contra o despotismo do poderosos a auctoridadeda ley, no mesmo lugar em que Ella foi ofendida.²

Entretanto, a separação dos poderes não teria, por si só, a capacidade de fazer com que a justiça fosse igualitariamente distribuída a todos com a igualdade determinada, também, pela própria Constituição, que inspirada da Declaração dos Direitos dos Homens estabeleceu a igualdade de todos os cidadãos diante da lei, necessário se fazia uma reforma na administração, inclusive para

2 *Diário das Cortes Geraes e Extraordinárias*, nº 07 de 05.02.1821, pg.39 doravante identificado como DCGE.

adaptá-la à nova Constituição, que estabelecia o princípio da liberdade e da igualdade de todos perante a lei e o princípio da legalidade. O primeiro consistia em fazer tudo o que a lei não proibia; o segundo (Art. 9º) determinava o tratamento igual de todos os cidadãos diante da lei; abolia os privilégios de foro (foro eclesiástico e o foro militar em causas cíveis) nas causas cíveis e criminais; o terceiro, o da legalidade, consistia em que a lei é que fundamentava todas as ações dos três poderes, nada poderia ser feito se não estivesse ao seu abrigo, Artigos. 2º, 3º. Em termos penais, no qual o princípio da legalidade tinha a sua aplicação mais visível, estabeleceu-se o princípio da “*nulla crime sine lege*” e em consequência, “*nulla poena sine lege*”; ou seja; não há crime sem lei que o defina e não há pena que não esteja determinada na lei.

Constando na Constituição estes três princípios e, tendo sido estabelecido no Art.20º que a Nação Portuguesa era a união de todos os portugueses de ambos os hemisférios, temos que a lei portuguesa tinha aplicação em todo o território português, o que significava que as colônias eram também regidas pelas leis gerais e implicava, em tese, na igualdade entre os africanos e portugueses.

O que começou em 1821 não teve, entretanto, grandes efeitos na estrutura do judiciário, nem na Metrópole e nem nas possessões, observe-se que, mesmo com a aprovação das bases em que se estabelecia a separação dos poderes, o Congresso Português, exercendo uma jurisdição não mais legítima, reabriu processos findos, decretou prisões, manteve cidadãos presos. (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2003:81).

Uma nova Carta Constitucional foi outorgada em 1826, esta Carta, a exemplo da anterior, não se referia, explicitamente, ao Ultramar, isto porque, à altura, o ultramar era considerado como fazendo parte da Nação, art. 2º, ou seja; a nação era um todo formado pelo reino e seus domínios e a Constituição tinha vigência, sem ressalvas, em todo este território, o que implica em que as leis portuguesas eram válidas para as colônias, sem quaisquer alterações, portanto, a estrutura do judiciário português era a que deveria ser implantada nas Colônias. A Carta agrega mais um poder aos três já existentes: o Poder Moderador que competia ao Rei. O Art. 11º da Carta. A competência para fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las, e revogá-las era do Legislativo embora o Rei tivesse o poder de veto através da sanção da lei.

Também a Carta de 1826, não foi suficiente para que a estrutura do judiciário fosse modificada, seja na Metrópole, seja no Ultramar, tanto é assim em 1832 foi editada a lei que

regulamentava a Justiça Portuguesa.

REFORMAR O ESTADO COLONIAL: SEPARAÇÃO DE PODERES NA METRÓPOLE, CONCENTRAÇÃO DE PODERES NAS COLÔNIAS - JUDICIÁRIO E EXECUTIVO

Esse regulamento foi feito através do Decreto nº 24 de 16 de Maio de 1832 e na introdução dele, e de mais outros que o acompanhavam, Mouzinho da Silveira, então Ministro e Secretário dos Negócios da Fazenda e Interino dos Negócios Eclesiásticos e da Justiça, condição em que editou as portarias acima identificadas que introduziram modificações relevantes no sistema Judiciário Português dizia:

Senhor! A mais bela e útil descoberta moral do Seculo passado foi, sem dúvida a differença de administrar, e julgar; [...]. Sem tratar precisamente das questões de jurisdição contenciosa, posso dizer com verdade, que entre os Portuguezes nunca foi bem definido, e por isso nunca bem sabido, o que podia fazer um General, e um Juiz; um Eclesiástico, ou um Capitão Mór: attribuições diferentes eram dadas indiferentemente, e sobre o mesmo individuo eram acumuladas jurisdicções não só incompatíveis, mas destruidoras umas das outras [...].³

Ele referia-se à separação de poderes do Estado: Judiciário, Executivo e Legislativo, (art. 30º da Constituição de 1822) e, com tal decreto, confirmava-se independência do Judiciário português, que passou a ter a seguinte organização: na capital do reino, e com jurisdição em todo o território nacional e no Ultramar, funcionaria o Supremo Tribunal de Justiça dividido em duas secções (civil e criminal), com composição de um presidente e oito conselheiros; nos círculos judiciais (reino e ultramar) haveria um Tribunal de segunda instância formado por um presidente e seis juízes. Os círculos judiciais seriam divididos em comarcas em que funcionaria um Juiz de Direito e os competentes jurados. Cada Comarca compreenderia julgados em que funcionaria um Juiz ordinário, e se os julgados fossem divididos em freguesias, nestas, haveria um juiz de paz. Os membros do Supremo Tribunal, os Juízes da Relação e os de Direito seriam de nomeação governamental, os juízes ordinários e os de paz seriam eleitos. (art. 178º) ⁴.

A preocupação de Mouzinho da Silveira em relação às autoridades que administravam a

3 *Collecção de Decretos e Regulamentos publicados durante o Governo da Regência do Reino estabelecida na Ilha Terceira*, 1836, p.59

4 *Idem*.

justiça era pelo fato de que essas, muitas vezes, estavam comprometidas com muitas outras situações dentro da província, o que lhes retirava, até mesmo, a própria idoneidade moral para realizar os julgamentos:

“Era um absurdo que as Camaras dependessem dos Generaes, que os Juizes fossem fornecedores, e que os Eclesiasticos fossem administradores e ás vezes Soldados; era absurdo que a lei exigisse dos Magistrados conhecimentos locais, e ao mesmo tempo os retirasse, quando começavam a adquiri-los; e era absurdo que os Militares chamassem os Julgadores, e os reprehendessem por maus fornecedores; e era absurda tanta cousa, e tanta, que a sua enumeração formaria um livro, e não um Relatório.”⁵

Vê-se, pois, que a inquietação de Mouzinho tinha razão de ser, mas não foi com a sua reforma que, no Ultramar, o problema da Justiça foi resolvido; a situação estava bem longe disto, saliente-se o fato de que, à época (1832), ainda perdurava a escravidão e a África portuguesa não tinha sido devidamente ocupada.

Mouzinho já identificara no seu relatório o fato dos aplicadores da lei no ultramar desconhecerem os costumes locais, e também o fato de que, quando eles começavam a conhecê-los, eram transferidos.

O certo é que o problema da aplicação da Justiça no ultramar não era recente, e também não foi resolvido com a reforma proposta, que logo foi objeto de novas reformas em 1836 e 1837, que restauraram a Relação de Goa e retiraram a intervenção de jurados em processos crimes;⁶ nesse último ano procedeu-se a organização judiciária em Moçambique, Angola e em S. Tomé e Príncipe.

A existência de um Poder Judiciário independente, composto de juízes e jurados, entretanto, não impediu que uma Justiça privada tivesse execução em Quelimane e Rios de Sena, o que levou à edição da Portaria de nº 35 do Governador Geral de Moçambique, Joaquim Pinto de Magalhães, determinando que o Governador local (Quelimane e Rios de Sena), fizesse valer a autoridade legal dos capitães-mores. A mudança protagonizada na reforma de Mouzinho também não afastou a autoridade, no ultramar, dos administradores- capitães-mores- bem como das Juntas de Justiça no julgamento das causas crimes.

5 Ibidem.

6 Decretos de 7.12.1836 e de 16.01.1837

Constando-me que alguns moradores do districto de Quilimane e Rios de Sena têm arrogado a si attribuições, que lhes não competem, **decidindo, ou sentenciando milandos cafreaes, que frequentemente se dão entre os colonos das terras da côroa, ou entre os mesmos colonos e os escravos dos moradores**, resultando de semelhante abuso quasi sempre o damno e prejuízo de uma das partes litigantes, pelo desconhecimento dos uzos e costumes cafreaes, que constituem direito e legislação especialmente applicavel a questões de tal natureza, ou por alguma parcialidade, quando se acham nas mesmas questões envolvidos os escravos dos moradores; e sendo certo que, em tão abusivo procedimento, há uma verdadeira invasão e usurpação das attribuições dos capitães-móres das terras firmes [...]” Citado por Almeida Cunha, 1883, p. XVIII-XIX .(grifo nosso)

As comarcas eram servidas por um juiz de direito e um ou dois juizes ordinários e, caso existissem freguesias, haveria um juiz eleito e um juiz de paz. Nas causas cíveis os juizes de direito das comarcas da África Ocidental enviavam os recursos para a Relação de Lisboa e o de Moçambique para a Relação de Goa. Nas causas crimes, entretanto, as causas eram julgadas pelas Juntas de Justiça, inclusive em relação aos crimes apenados com a pena capital. Tais juntas tinham a organização mista, pois dela participavam o governador, oficiais militares e os juizes. Os processos eram julgados verbal e sumariamente sem recursos, com sentenças que eram executadas no próprio dia em que proferidas, tudo era aplicado, indistintamente, fossem as partes africanas, ou não.

UTILIZAÇÃO DAS ESTRUTURAS “TRADICIONAIS” RESPEITO PELOS USOS E COSTUMES “INDÍGENAS”.

A maior dificuldade encontrada pelas autoridades portuguesas em relação à aplicação das leis no ultramar era o desconhecimento dos usos e costumes dos indígenas que teriam de ser observados. Para tentar resolver esta dificuldade, porquanto os usos e costumes dos indígenas eram muito diversos das condutas reguladas pelas leis portuguesas, o Governo Português, autorizado pela própria Constituição Portuguesa editava leis especiais que obedeciam a certos princípios, princípios estes que justificavam a exclusão dos indígenas, como eram denominados os africanos, dos direitos relativos aos cidadãos portugueses. Assim é que na edição dessas leis observava-se os princípios da especialidade e da urgência, tudo como uma estratégia de tirar do parlamento a apreciação das medidas aplicáveis ao ultramar, bem como afastar o acesso dos indígenas aos direitos inerentes aos

cidadãos portugueses. Ao lado destes dois princípios, estavam outros, o da missão civilizadora e o de maior relevância maior, no que se refere à aplicação da justiça, o do *respeito aos usos e costumes*, que foi observado mesmo quando Portugal decidiu pela política da assimilação.

No campo da aplicação da lei este é o princípio mais importante, porque é por ele que se realiza, na prática, o reconhecimento das instituições tradicionais dos indígenas e dos demais povos ressaltados pelo Código Civil português, porquanto é por causa dele que as autoridades administrativas e judiciais reconhecem o direito consuetudinário, e aplicam-no, o que pode ser constatado através do Acórdão de nº 31 da Relação de Moçambique em que eram partes: Apelante - Nuno Zena Binte Abdul Cadir e Apelado- Mohamade Amade Omar, ambos *mouros*: houve apelação da decisão do “*a quo*” na qual se discutia se deveria ser aplicada a lei maometana ou a lei civil portuguesa. O caso envolvia direito sucessório e o Juiz aplicou a lei maometana para decidir a questão, tendo a sua sentença confirmada pela Relação. O acordão traz em seu bojo muitas informações a respeito da aplicação dos usos e costumes determinado pelo Código Civil, de grande importância para observação deles:

“ [...] O appellante opta por esta lei e assim se procedeu na primeira instancia; a appellada, alegando que os usos e costumes dos mouros ainda não foram codificados, como ordenou o § 3º do artigo 8 do decreto de 18 de novembro de 1869, e que por isso não podem seguir-se, opta pelo Codigo Civil, e appellou. O artigo 8 do decreto citado dispoz que, desde que principiasse a vigorar o Codigo Civil, isto é, desde 1 de Julho de 1870(artigo 2º), ficaria revogada toda a legislação anterior que recaísse nas matérias civis abrangidas pelo mesmo Codigo, mas no seu 1º§ ressaltou: e em Moçambique os usos e costumes dos baneanos, bathiás, parses, mouros, gentios e indígenas nas questões entre elles; e no § 3º determinou que o governador geral mandasse immediatamente proceder á codificação dos usos e costumes ressaltados, que ainda não estivessem codificados, submettendo os respectivos projectos á approvação do Governo. Esta codificação não estava feita, nem ainda se fez nesta provincia, apesar das varias tentativas, e obstará esta falta a que os usos e costumes, que foram ressaltados, possam ser, aqui applicados nos tribunaes, servindo de base a julgamentos em matéria civil? Entendo que não. Os usos e costumes a que o decreto se refere, existiam já e formavam o corpo de direito da grande maioria e dos habitantes da Provincia, conforme as raças e religiões, não constituindo por isso doutrina nova que o Codigo Civil viesse introduzir e que necessitasse para a sua observância da criação de instituições ou repartições ainda não existentes, e foram ressaltados taes quaes eram para continuarem a ser lei entre aquelles que por elles se regulavam, salvo – e isto é que é doutrina nova que o § 2º do mesmo decreto estabeleceu – quando os interessados de commum accordo optassem pelas disposições do Codigo Civil. O citado § 3º, ordenando que os usos e costumes fossem

codificados, não teve em vista senão facilitar e regularizar o seu conhecimento a fim de evitar aos juizes e aos interessados os meios mais longos de que tem de lançar mão para fazer a sua demonstração nos tribunales, e não determinou a vigência dos usos e costumes até que a codificação fosse aprovada, porque não diz, e, sem isto estar bem claramente expresso, não deve entender-se que houve a intenção de, tão rápida e violentamente, substituir as normas civis de africanos estranhos aos preceitos da civilização e da sciencia jurídica dos povos europeus, por um código organizado de accordo com esses preceitos e essa sciencia[...]" p.98. O nome do Juiz que relatou a presente Tenção é Reis e Lima (grifo nosso).⁷

Também se pode constatar o respeito aos usos e costumes nas inúmeras decisões sobre divórcio, devolução de lobolo, guarda de filhos, sucessão, nos milandos submetidos ao julgamento dos administradores de circunscrição e comandantes militares.

Entretanto a grande maioria dos administradores não conheciam os usos e costumes dos indígenas, que muitas vezes, embora não houvesse cumprimento, tenha sido determinada a sua codificação, devendo-se atribuir isto, exatamente, à diversidade existente entre os inúmeros povos que habitavam as colônias, além da desídia (negligência) dos funcionários a quem incumbia este estudo e codificação. Em uma só colônia, a exemplo de Moçambique, deveriam ser pelo determinado no Código Civil de 1867 e decreto de 18 de novembro de 1869 que tornou a sua aplicação obrigatória no ultramar, respeitadas os usos e costumes dos baneanos, bathiás, parses, mouros, gentios e indígenas,⁸ o que significava a codificação de todos, e especificamente no caso dos indígenas, muitas outras teriam de ser observadas dada a diversidade étnica.

Inúmeras comissões foram criadas para a codificação, entretanto, somente uma delas, criada em 1852, elaborou o *Código Cafreal do Districto de Inhambane*, que muitas vezes serviu de guia na aplicação, pelos administradores, dos usos e costumes nas questões indígenas – milandos, que lhes eram submetidos, embora muito poucos o conhecessem e soubessem da sua existência.⁹

Quando, mais uma vez determinada a codificação, e desta vez em 1869, só há noticia do

7 *Accordãos da Relação de Moçambique*, Vol. I, (1906: 97-99)

8 *Colecção da Legislação Novíssima do Ultramar*, (1868-1869:335), daqui para frente identificado como CLNU.

9 MAGALHÃES, A. de (1907:276-304). Há neste código cafreal disposições sobre: direito civil (direito de família, sucessões, casamento, contratos); direito penal (adultério, estupro, espancamento, mortes, roubo, fogo posto); direito administrativo (reinado e sucessão do trono; emigrados e foragidos), direito processual (das provas). A autoridade que deveria decidir os milandos era o capitão-mór, cujas atribuições também podem ser encontradas também nesse código.

Código de Milandos Inhambanenses, assim mesmo, este só foi aprovado por Portaria Provincial em 1889.

A “FABRICAÇÃO” DO “INDÍGENA”: LEI ESPECIAL PARA QUEM ERA ESPECIAL - A LIBERDADE, A DIFERENÇA E A AUSÊNCIA DA CIDADANIA

A especialidade e o respeito aos usos e costumes resultou em que o tratamento para com os africanos restasse diferenciado, e quando em 1875 através do Decreto datado de 29 de abril declarou-se a extinção da condição servil e, em consequência, livres, um ano após a publicação desta lei nas províncias ultramarinas,¹⁰ todos aqueles que detinham esta condição, que fora estabelecida pela lei de 25 de Fevereiro de 1869, abolindo a escravidão em Portugal, embora não passassem, de imediato, à condição de indivíduos livres, pois, esta mesma lei, declarava a obrigação dos libertos de trabalharem para os seus patrões até o ano de 1878; tornou-se, imprescindível que esta diferença, que já se impunha na prática, fosse realmente regulamentada, legalizada.

Assim, a partir desta lei começa a delinear-se a figura do indígena fabricada pela própria legislação, para afastar qualquer a assimilação possível com os portugueses e, também, para que não se perdesse a força de trabalho que o final da escravidão e da situação de libertos, possivelmente, causaria. Doravante o indígena africano deixa de ser cidadão português perante a legislação e passa, efetivamente, a ser o diferente, o outro, aquele a quem as leis especiais deveriam ser aplicadas e de uma maneira, também, especial.

Portugal acaba com a escravidão e cria a condição de liberto e com ela a de indivíduo “tutelado”, uma vez que a lei de 1869 considerava-os menores, e, por força disto, incapazes que precisavam da tutela pública; todos os que tiveram a condição de liberdade, de acordo com a lei, ficavam sujeitos à tutela pública, art. 2º.¹¹

O que significava esta tutela pública? Significava que até o dia 29 de Abril de 1878, os que obtiveram a liberdade seriam tutelados pelo Curador Geral e pelo Governador da província e estavam *obrigados* a contratar os seus serviços por dois anos, de preferência com os antigos patrões, e tais contratos deveriam ser apresentados à autoridade.

10 D.G 293 de 24.12.1875 – Regulamento para execução da lei de 29 de Abril de 1875

11 D.G. nº 104 de 11.05.1875, p.125. Tutela é o encargo que alguém recebe para suprir o poder paternal na falta ou impedimento dos pais, Artigos 185 e 186 do Código Civil de 1867.

Estavam sujeitos a esta tutela pública, de acordo com o art. 21º do *Regulamento para execução da lei de 28 de Abril de 1875*,¹² aqueles que tivessem mais de *sete anos de idade*, que contratariam por si, ou por quem os representassem.

Caso os indivíduos identificados no art. 1º da lei e 21º do regulamento de execução (livres) que, na forma do art. 48º¹³ “recusarem-se contratar-se, ou abandonarem depois o trabalho, serão considerados *vadios*”¹⁴ e estavam “sujeitos a trabalho obrigatório até dois anos nos estabelecimentos do estado [...]”.¹⁵ Também era considerado vadio aquele que, sem motivo justificado, se ausentasse do trabalho por 15 dias consecutivos, art. 50º.¹⁶

O vadio, nos termos do Código Penal era conceituado como sendo “aquele que não tem domicílio certo em que habite, nem meios de subsistência, nem exercita habitualmente alguma profissão, ou ofício, ou outro mister em que ganhe sua vida, não provando necessidade de força maior, que o justifique de se achar n’estas circunstâncias [...]”.¹⁷

O Código Penal vigia em todo o território português, o que incluía o ultramar, entretanto, no que se refere a este último, em relação ao crime de vadiagem tinha aplicação da lei especial, inclusive porque norma de natureza especial revoga a lei geral no que ela regula. O Regulamento previa a pena de trabalho forçado pelo prazo de, até 2 anos,¹⁸ enquanto na Metrópole a pena máxima era de 6 meses. Observe-se a sutileza: na capital do reino a pena era de até seis meses; nas colônias, esta pena poderia alcançar até dois anos, ou seja, ela poderia ultrapassar o máximo estabelecido para a metrópole a critério exclusivo do julgador.

No art. 89º o regulamento refere-se aos reincidentes, acreditando-se que seja o caso dos indivíduos que já tivessem sido condenados e cumprido a pena pelo crime de vadiagem, ou seja; tenham trabalhado por dois anos, e não comprovem que, depois deste período, tenham sido contratados; nesses casos eles estariam “sujeitos ao trabalho obrigatório pelo máximo de tempo determinado no art. 27º e nos termos ahi estabelecidos, conforme a disposição do art. 86º do Código

12 D.G. nº 293 de 24.12.1875, pp. 329-336

13 Idem.

14 D.G. nº 104 de 11.05.1875, art. 27º

15 Idem, § 1º do art. 27º

16 D.G. nº 293 de 24.12.1875, p. 332

17 Art. 256º do Código Penal Português de 1852

18 Art. 88º da Lei de 20.12.1875

Penal [...]”¹⁹ A pena estabelecida no art. 27º seria de 2 anos, não existindo qualquer graduação, era a pena máxima que deveria ser aplicada.

Em relação ao processo, não há indicação na lei a que autoridade pertencia a competência para o julgamento dos vadios, porque necessariamente teria de existir julgamento e uma sentença, porque a lei, no art. 88º refere-se, textualmente, que os indivíduos que “forem julgados vadios”.

As leis transformadoras do status do indígena não pararam por aí, muitas outras foram criadas não só em termos de direito material, como de direito formal, as desta última natureza criavam procedimentos e autorizavam autoridades processantes, não pertencentes ao judiciário, a lhes dar aplicação, ou seja, havia uma jurisdição especial para os indígenas.

Logo após a edição da reforma do Judiciário é editado o *Regulamento para os contratos de serviços e colonos nas províncias da África portuguesa*. O regulamento introduz medidas de proteção ao trabalhador indígena, pode-se dizer até: com ele começa o que a ser criado um “direito do trabalho” a ser aplicado nas colônias, que ratifica inúmeras medidas já existentes no regulamento de 1875, medidas que foram muito contestadas e que, por causa destas contestações, foram criadas outras leis, leis que continuavam a modificar o “*status quo*” do indígena, identificação que é acatada pela lei exatamente para criar normas que só a estes seriam aplicadas.

Nessa lei, e continuando o iniciado no Regulamento de 1875, o indígena, caso não fosse considerado vadio, e isto deveria ser declarado judicialmente, ou seja, através de uma sentença penal, tinha a liberdade de contratar o seu trabalho nos termos definidos no Regulamento, sob o império da liberdade contratual. Já não era mais tutelado, isto no dizer da letra da lei, artigos. 6º a 8º do Decreto, mas como um indivíduo que deve merecer a atenção do Estado para não ser enganado, ludibriado, e para que a contratação do seu trabalho não lhe fosse prejudicial; enfim, cabia ao Estado exercer a fiscalização do cumprimento da lei.

Com a edição do *Regulamento para os contratos de serviços e colonos nas províncias da África portuguesa*, instaurou-se, teoricamente, a era da liberdade contratual em relação ao trabalho indígena, embora isto tenha durado muito pouco, e a liberdade não passasse do mero tom do discurso.²⁰

19 Art. 89º da Lei de 20.12.1875

20 O Regulamento local de Moçambique que deu execução ao Regulamento Geral de 1878 naquela província, contrariando todo e qualquer principio liberal, cerceia a liberdade de ir e vir dos serviços, ao estabelecer no seu art. 31º que: “Posto sejam de folga os dias santificados, os serviços obrigar-se-hão a não sair da propriedade *sem*

A lei em questão fixava os limites mínimos que deveriam ser observados para a contratação dos serviçais e, por isso mesmo, era necessária uma fiscalização por parte das autoridades competentes, a fim de que estas condições mínimas fossem cumpridas, aliás, um princípio do direito do trabalho até hoje considerado. O Estado, em proteção ao trabalhador, aquele considerado mais fraco na relação de trabalho, fixa as condições mínimas que devem ser atendidas nas contratações, admitindo, entretanto, que as partes possam, através de negociação coletiva, estabelecer condições inferiores, diante de situações que possam justificá-las e desde que assim acordem. No entanto, e ainda assim, esta liberdade é fiscalizada, porque estas negociações são feitas com a participação dos representantes do Estado.

O fato é que, no caso da lei analisada, o Estado estava presente com a obrigação de assegurar a pseudo “liberdade contratual”, dentro do que a lei estabelecia, nos moldes já explicitados, acabava-se com a tutela, criando-se a figura do “protector nato”.

O Regulamento traz muitas obrigações para os patrões que, indubitavelmente, beneficiavam os indígenas e que traduziam a intenção do legislador de lhes dar um tratamento mais humanizado e mais condizente com os princípios liberais inspiradores da lei, e fixa as obrigações dos indígenas, que além da própria obrigação do trabalho em si, também deveriam cumprir outras ali especificadas. A pena para o caso descumprimento dessas obrigações era o “trabalho forçado”, porquanto aquele que faltasse por 15 dias ao serviço seria tido como “vadio” art. 53º e, nos termos do art. 90º, estava sujeito ao trabalho obrigatório, de até dois anos, em estabelecimentos públicos.

O regulamento em questão tem importância para o nosso tema, porque traz para a jurisdição civil, que é o caso de qualquer assunto relacionado com a contratação de serviçais, questões que teriam de ser tratadas na jurisdição penal. Apropria-se de tipos penais, desconfigurando-os, para, inclusive, aumentar a punição, e, não só: estabelecia procedimentos diversos e autoridades estranhas ao judiciário para julgar e aplicar a pena.

Observe-se bem o que as hipóteses para o crime de vadiagem eram inúmeras e o *Regulamento Provincial para a Execução do Regulamento de 1878 em Moçambique*,²¹ estabelece mais uma, porque nele há um dispositivo que determina o prazo em que é permitida a ausência do

licença do patrão” (grifo nosso). Aqui o discurso não foi traído pelas palavras, ele diz exatamente o que se queria dizer, não havia qualquer liberdade, os indígenas estavam confinados na propriedade de onde não saíam caso não autorizados. Regulamento aprovado em 25 de maio de 1881, *CLNU*, Vol. XI, 1881-1882, Lisboa, Imprensa Nacional, pp. 54-65.

21 *CLNU* Vol. XI, 1881-1882, pp. 54-65.

indígena por motivo de doença; digo que há uma fixação do prazo, porque o doente só tem o direito a recebimento de salário pela doença que tenha duração de “três dias”, mas do que isto, art. 9º § 1º, perde o direito ao recebimento do salário²².

Assim, o regulamento de 1878 abre a porta para a “especialização” da aplicação da justiça no que se refere às questões relativas aos contratos de trabalho dos “serviçais”, que nessa categoria somente poderiam ser “indígenas”. Daí para frente muitas autoridades tiveram competência para julgar os indígenas, competência que se estendia desde as questões do próprio trabalho em si, passando pelas das infrações aos regulamentos, que se transformavam em crimes e assim eram punidos com penas de trabalhos correcionais, até às questões cíveis e penais.

ESTRUTURAS E REFORMAS PARA O ULTRAMAR: A OBSERVAÇÃO DOS CODIGOS METROPOLITANOS – PENAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

Leis Especiais, como o caso da acima citada, tinham autorização constitucional para serem criadas, mas junto a essas, e muitas vezes conflitando com elas, vigiam os Códigos da Metrópole nos territórios ultramarinos e o Código Penal Português que foi publicado em 1852 não foi exceção.²³

A aplicação do Código Penal no ultramar foi criticada no Reino, por força do estabelecido em relação aos castigos corporais, que restaram proibidos. A preocupação é bem demonstrada em artigo publicado no Jornal *Gazeta dos Tribunais* em que o seu autor faz comentários e ponderações a respeito do entendimento do Juiz de direito e do delegado da comarca em que deveria ser aplicado o Código Penal no caso do escravo ser castigado pelo senhor, uma vez que tal código deve ser aplicado a todos, que “[...] a lei (dizem elles) é igual para todos quer proteja, quer castigue. Senhor. – escravo – liberto sujeito ao trabalho, etc., todos são ali cidadãos iguaes perante a lei do Cod. Penal [...]”²⁴. Dizia ele:

Estes princípios, só agora em sua plena execução pela primeira vez n’este juízo de direito de Loanda, tem produzido, como era de esperar, um certo alarme n’esta cidade, que traz sobressaltada a gente que possui escravos ou

22 Idem, p.54.

23 *Annaes do Conselho Ultramarino*, Parte Oficial, série I, pp.271-272

24 *Gazeta dos Tribunais*, Vigésimo Quinto Anno, nº 3654, 1865, pp. 494-504- Um assinante.

libertos, pelo constante risco que está de ir parar á cadeia.[...] Quem dá uma bengalada, um bofetão no seu escravo ou liberto, por desobediente e insubordinado, e não querer trabalhar, fazendo-lhe uma leve arranhadura, ou contusão, é querelado e pronunciado, ela vai parar na horrenda cadeia d' esta cidade, e lá vai fazer companhia n' aquella tão asquerosa e repugnante prizão aos escravos e pretos gentios facinorosos; e o escravo assim *injuriado e contuso*, indiferente a taes injúrias e contusões vai saltar de contente em plena liberdade e ócio todos os dias em frente da cadeia, escarnecendo do seu próprio senhor em sua presença [...].²⁵

Em conclusão, o autor diz que é impossível aplicar na Colônia, indistintamente, em relação aos escravos e libertos o Código Penal, acrescentando que eles são “pretos boçaes e gentios, que não trabalham, senão obrigados, e que não ligam a menor idéa á nossa justiça [...]”²⁶. A Colônia em questão era a de Angola.

O fato é que o Código Penal deveria ter aplicação nas Províncias, embora algumas leis especiais, editadas com a permissão do Acto Adicional de 1852, criassem muitos tipos penais e penalidades diversos dos estabelecidos na codificação metropolitana.

Sem dúvida alguma que a aplicação de uma legislação penal era necessária, pois o combate à criminalidade era essencial em territórios em que hábitos tradicionais levavam ao cometimento de crimes, que deveriam ter punição imediata, a exemplo dos assassinatos praticados por força de “feitiços”, isto é: quando algum africano achava que um outro fez algum feitiço, seja para si próprio, seja em relação a algum seu parente, matava ou mandava matar a pessoa que fez ou encomendou o tal “feitiço”.²⁷

Em 1883 o Governador Augusto Coelho em relatório enviado à Metrópole, depois de quase 30 anos de determinada a aplicação do Código Penal nas colônias diz:

Como v.ex^a verá pelos mappas, grande é o movimento criminal nesta comarca, enorme em extensão e bastante povoada, ainda que a percentagem da criminalidade seja em pequena escala, não deixa todavia de me causar, e a todos os empregados do juízo, os maiores embarços. Rarissimo é o processo que não leve mais de um ou mais annos para se poder preparar; testemunhas a distancias enormes e que em geral não vem à cabeça da

25 Idem.

26 Ibidem.

27 *Accordãos da Relação de Moçambique*, VI. VI, Processo nº 1122 p. 5. O réu Massunguine ô Chausse foi condenado a vinte e cinco anos de degredo por ter morto em 6 de fevereiro de 1908 com uma zagaiada, o seu filho de nome Nambora, por este o arguir de ter feito feitiço ao neto Mombolalena.

comarca, ou por não serem conhecidas de auctoridade administrativa, ou pela difficuldade da intimação; corpos de delicto incompletos, e em geral nullos, é quasi sempre o que do interior é enviado à comarca. Na ratificação do despacho de pronuncia tenho seguido o systema de apontar todas a nullidades e suppril-as conforme posso.”²⁸

O que a citação acima nos indica é que a aplicação tão somente do Código Penal e de seu processo, de muito pouco adiantaria no ultramar, como em termos gerais não funcionou na sua totalidade, tendo em vista a grande existência de “crimes especiais”, que somente poderiam ser praticados por indígenas, e tipificados em legislação especial. O que funcionava era a Justiça tradicional dos indígenas e aquela diretamente aplicada pelo capitão-mór, quando os milandos chegavam até ele. Na verdade, os capitães-mores, nos casos que eram da sua competência²⁹, não aplicavam o Código Penal, e sim uma justiça híbrida, fomentada pela lei, que autorizava essa autoridade a ser um aplicador daquela, continuando, exatamente, o que Mouzinho da Silveira queria combater em 1832, que era a unicidade da autoridade em uma pluralidade de funções.

A autoridade dos capitães-mores foi utilizada por um grande período colonial, não só em África, como, também, no Brasil colônia, quando estes detinham os poderes de administração e de aplicação da Justiça. O cargo desapareceu, mas a aplicação da Justiça, por quem não fazia parte do Judiciário, não; comandantes militares, chefes de posto, administradores de concelhos foram algumas das autoridades utilizadas na distribuição dela.

Acontece, entretanto, que apesar da aplicação de penas diversas das estabelecidas no código penal, bem como tipificação de crimes não pertencentes ao estatuto penal metropolitano, vez que se criou vários tipos penais em que só figuravam como agentes os indígenas, o monopólio da punição, pertencia ao Estado português através dos seus agentes. A jurisdição penal, diversamente

28 COELHO, A; (1883, 332). Neste mesmo relatório o Juiz Antonio Almeida Cunha, que relata as suas atividades para compor o relatório final do Governador Geral Agostinho Coelho, critica a Junta de Justiça e acrescenta que na Comarca de Quelimane, da qual era ele titular “[...] O movimento criminal n’esta comarca seria muito maior se não fosse o decreto de 18 de novembro de 1869, e então impossível seria dar-lhe andamento. Os indígenas têm auctoridades propriamente suas, que lhes decidem as suas questões (milandos), e com nomes especiais (sangiras, samações, capitães); quando se não conformam com a decisão, vão ao capitão-mór, e na falta d’este ao arrendatário do prazo, e ainda em último recurso ao governador do districto. É uma organização muito semelhante á nossa. Quando o crime é de importância prendem o criminoso e trazem-no á villa, entregando-mo, trazendo também o ferido ou morto; aqui já tenho recebido cadáveres com cinco dias de viagem. [...] Crimes de morte também succedem com alguma frequência, e têm quasi todos por causa as mulheres; os indígenas são em extremo ciosos, e d’ahi a vingança. [...] Oxalá que com facilidade se podessen fazer desaparecer o maldito vicio do feitiço! Tudo em a sua rasão lógica na bruxaria e no feitiço. [...]”

29 Competência, delimitação da jurisdição a ser exercida pelas autoridades judiciais. Os limites são determinados em razão da matéria “ratione materiae”; do valor da causa; em razão do lugar (ratione loci) e em razão da função (competência originária e competência recursal).

da jurisdição civil, não poderia ser dividida com as autoridades tradicionais, isto porque a punição deriva diretamente do poder, só pode punir quem está autorizado pelo Estado a fazê-lo, portanto, o Estado soberano é quem devia aplicar a pena, o que legitimava, ainda mais a soberania dos colonizadores sobre os colonizados, porque para os indígenas não havia a dissociação entre quem manda e quem pune, o chefe deve mandar e, também aplicar o castigo.

Só o Estado, como centro do poder é que poderia, nos termos da doutrina clássica adotada pelo Código Penal Português, tipificar a conduta criminosa e aplicar a pena correspondente. O princípio da “*nulla poena sine lege*”³⁰ não permitia a analogia e nem a interpretação³¹. Neste sistema, as penas são fixas, embora esteja previsto o mínimo e o máximo a ser aplicado, não se admitindo os castigos corporais e deveriam ser consideradas na fixação da pena as circunstâncias atenuantes e agravantes³². As penas são classificadas em maiores, correcionais e especiais. A pena de prisão substitui a pena do castigo corporal. A proporcionalidade entre o ato praticado e a punição é mais uma direção seguida pelo Código, que também está atento à culpabilidade do agente. O crime, de acordo com a definição do art. 1º, é um fato voluntário, e aqui mais um corolário da escola clássica. O homem é livre, tem o livre arbítrio e, portanto, capacidade de determinar-se de acordo com a sua vontade³³.

A reforma de 1884 traz de volta o princípio retributivo da pena, no entanto, não afasta a característica de intimidação, da sua necessidade para a manutenção do pacto social. O indivíduo que se afasta deste pacto tem de ser punido e esta punição deve funcionar como uma intimidação, não só a ele próprio, como a sociedade como um todo. Alie-se a estas duas funções da pena a da regeneração do criminoso.

A personalidade do agente e a reincidência são fatores primordiais na aplicação da pena, são os reflexos das doutrinas positivistas que voltam a sua atenção para o agente do crime, estudando-lhes a índole, bem como as circunstâncias da prática do crime. No decorrer deste trabalho, voltaremos a falar sobre tais correntes de pensamento e a sua aplicação no que se refere ao indígena e a influência que exercerão em inúmeras medidas a eles aplicáveis.

30 Idem, p.8 Art. 5º do Código Penal de 1852. “Nenhum facto, ou consista em acção, ou em omissão, pode julgar-se criminoso, sem que uma lei anterior o julgue como tal.”

31 Ibidem, p.14. Art. 18º

32 Ibidem, *Idem*, pp.10-13. Artigos. 19º e 20º

33 Ibid. pp.7. “Art. 1º Crime ou delicto é o facto voluntário declarado punível pela lei penal”.

O Código Penal de 1852, com as reformas que lhe foram posteriores, republicado em 16 de setembro de 1886, teve uma longa vigência, tendo sido alterado em diversas oportunidades, inclusive no que se refere ao sistema de aplicação das penas e o seu cumprimento, objeto da reforma de 05 de junho de 1954, que alterou o Título II do Livro I, passando a denominar-se *Das penas e seus efeitos e das medidas de segurança*.

Em 1869 as possessões portuguesas passam a constituir dois distritos judiciais, o do Oriente e o do Ocidente; o primeiro com sede em Nova Goa e o segundo com sede em Luanda. Moçambique tem duas Comarcas, a de Quelimane e a de Moçambique³⁴ e continua vinculada a Nova Goa, ou seja, os recursos das decisões dos Juizes de Moçambique são julgados pela Relação de Nova Goa. Recordemo-nos que nesse ano, no mês de novembro, através de Decreto, foi determinada a aplicação do *Código Civil Português de 1867*, bem como o *Regulamento do conselho de tutela e causas de divórcio de 12 de Março de 1868*, e o do *Registo Predial*³⁵ no ultramar.

O art. 8º, do Decreto que estendeu a aplicação do Código Civil às províncias ultramarinas, determinava, como dito anteriormente o respeito os usos e costumes dos povos que ali menciona.

Antes, tentou-se aprovar o Código de Milandos Ihambenses, mas ele não foi aprovado pelo Governador Geral de Moçambique e, de acordo com D'Almeida Cunha (1885), não há notícia de que tenha ele sido devolvido pela secretaria do distrito de Inhambane, para onde foi enviado para ser examinado pelo capitão-mór.

A notícia da aplicação desse código, ainda que não aprovado pelo Governador foi objeto de denúncia nas Cortes, pelo Deputado Pinto de Magalhães, que em sessão de 23 de Fevereiro de 1861 afirmava: “Há bastantes capitães-mores [...] e comandantes de terras firme que julgam as questões cafreais, e tem julgado sempre, desde o princípio da conquista, sem que a autoridade judicial nem o Governador Geral se metam n'isso; e julgam logo, sumariamente.”³⁶

Era exatamente esta aplicação diversificada da legislação que se queria regularizar com o Código Cafreal, mas um só Código não resolveria o problema, porque a quantidade de etnias existentes, cada uma com as suas especificidades, exigia um código especial, seja em Moçambique,

34 *CLNU*, Vol. VII, 1868-1869, pp.332-333

35 *Idem*, pp.335-336

36 D.L. de 26.02.1861, p. 522

seja em Angola, seja em Guiné ou em qualquer outra Província e tantos outros quantos fossem os povos que habitassem o território.

Por isso mesmo as tentativas de codificação se sucederam, embora com nenhum sucesso, e em 1875, o Conselheiro José Guedes de Carvalho e Menezes, em relatório, comentava:

Mas todo este marchismo marcha por si, com a força adquirida; a regra é a tradição; esses diversos agentes não tem regimento; não há atribuições definidas, nada há escripto; não há remuneração para esse pessoal, excepto alguns das terras firmes do districto de Moçambique propriamente dito; não se mantêm relações officiais com essas auctoridades, são quase todos os negócios tratados verbalmente com os xeques, não há correspondência dos capitães-mores que possa servir de instrucção, não há finalmente onde ler a história de todos estes povos.³⁷

Em 1883, portanto, 51 anos após a reforma tencionada por Mouzinho da Silveira, o então Juiz de Direito Antonio de Almeida Cunha em relatório enviado ao Governador Geral da Província de Moçambique declarava:

[...] demonstrei que no interior as auctoridades eram menos competentes para o exercício das funções judiciais, porém que as não podia haver melhores [...] Não posso deixar de repetir, que julgo necessidade absoluta o acabamento de um tribunal existente n'esta província, e que se chama junta de Justiça; composto de homens aliás respeitáveis, porém completamente leigos na matéria, e sendo só competente o sr. Juiz relator; este tribunal parece á primeira vista que o seu único empenho é tirar a força dos magistrados das comarcas, e crear por sua conta e risco doutrina nova. Não é porém isto; e aquelle tribunal deixa-se iludir na sua boa fé pelos criminosos, que têm a certeza do resultado quando levam a sua causa para o lado do sentimentalismo, apelando para a generosidade e cavalheirismo; d'ahi resulta a tal doutrina nova; e o relator, vendo-se só, não poderá arcar com as dificuldades que se levantam.³⁸

Ainda no ano de 1869 uma nova reforma no Judiciário ultramarino, que não mexeu na sua estrutura, visava regularizar a movimentação dos Juizes, estabelecendo normas para as transferências dos magistrados, que somente poderiam acontecer dentro da própria província, sempre, entretanto, precedida do voto afirmativo do Conselho do Estado.

A situação agora, e com mais razão, prescindia da codificação e o Conselheiro

37 Citado por Joaquim d'Almeida Cunha, ob.cit, p.X, e por Albano de Magalhaes, ob.,cit, p. 260-261

38 COELHO, A.(1883: 332)

Francisco Maria da Cunha nomeou comissões distritais para elaborarem as codificações, no que, mais uma vez não alcançou sucesso, tendo a Comissão de Moçambique informado “[...] não julgar necessária a codificação dos usos e costumes, por conformarem-se os povos indígenas com as nossas leis, e acharem-se já codificados na Índia os usos e costumes dos banianes, bathias, parses mouros e gentios”³⁹.

O certo é que, não promovida codificação dos usos e costumes a Justiça ia se fazendo, atendendo-se ao que já existia e era conhecido através da tradição oral e até pelos próprios projetos de códigos cafreais, que se não tiveram autorização governamental para serem observados, de qualquer maneira eram balizadores de decisões das autoridades, mui principalmente, no caso dos milandos entre os próprios indígenas.

Também neste ano de 1869, o Decreto com força de lei de 01 de Dezembro faz uma reforma administrativa e divide o território português na África e Ásia em seis províncias, cada uma delas com um governador com atribuições civis e militares e com jurisdição em no respectivo território. Em Moçambique, Cabo Verde, Angola e estado da Índia o governador recebe o título de *Governador Geral*, junto a estes funcionaria um Conselho de Governo e uma Junta geral da Província.

O Decreto especifica a competência dos Governadores nos arts. 13º a 15º e nos artigos. 11º e Parágrafos do 15º estão discriminadas as matérias sobre as quais os Governadores não podiam legislar, mesmo em caráter de urgência, dentre elas estão: “[...] 9º Alterar a organização do poder judicial ou as leis do processo; 10º Suspender Juizes do seu exercício ou vencimentos, [...]”⁴⁰

E assim, mais uma vez, utilizando a faculdade estabelecida no Acto Adicional de 1852 edita-se o Decreto de 14 de Novembro de 1878, que reforma a organização judiciária do ultramar, que o então Ministro e Secretario d’Estado dos Negócios da Marinha e Ultramar (Thomás Antonio Ribeiro Ferreira) justifica a sua necessidade com diversos argumentos, inclusive a extinção que é justificada pelo Ministro:

Se no continente reconheceu o governo de Vossa Majestade a urgencia de tirar competências e alçadas aos antigos juizes ordinários, que, por via de regra, leigos e interessados ou apaixonados por dependencias ou enlaces de

39 D’ALMEIDA CUNHA, J. (1885:.X)

40 *Colecção Official da Legislação Portuguesa*, Ano 1869, pp. 609-616, doravante identificada como COLP.

vizinhança, não sabiam ou não podiam ser árbitros entre queixosos e ofensores, se teve por isso de aumentar o número de comarcas, por multiplicadas razões é forçoso acudir ás urgencias do ultramar com idêntico remedio. Se no continente europeu era necessária esta providência, ninguém pôde negar que seja essencial em paizes que alem de menos ilustrados, teimam em continuar erriçados de preeminências inacessíveis e maculados de castas e raças intransigentes.⁴¹

A aplicação da Justiça, entretanto, tem que observar um procedimento, ainda que este, no caso dos indígenas, seja de natureza especialíssima, portanto, completamente diverso do estabelecido para a Metrópole, mas há casos que estão fora desta exceção e que tem de observar a lei geral, assim é que através de Decreto datado de 04 de Agosto 1881, o *Código de Processo Civil Portuguez* aprovado pela Carta de Lei de 8 de Dezembro de 1876 é declarado em vigor nas províncias ultramarinas, com as modificações constantes do próprio decreto.⁴²

O código tinha 1178 artigos e ainda oito disposições transitórias e obedecia ao princípio dispositivo e a uma concepção jus privatista do processo. A Comissão que apreciou o projeto de Alexandre de Seabra elegeu como prioridade “simplificar quanto possível os termos do processo, sem deixar de garantir os direitos dos litigantes» e «harmonizá-los com os princípios consignados no Código Civil, tornando exequíveis as suas disposições”⁴³. Quando da apreciação pela Câmara dos Pares foi dito que: “Um Código não é o rompimento com as leis e com a prática existente, inova no que é preciso, mas não destrói o que constitui o estado presente a que se aplica; modifica de ordinário mais do que cria; aperfeiçoa mais do que inventa; desenvolve mais do que aniquila,”⁴⁴ isto para justificar as mudanças e as permanências.

O Decreto suspendia a aplicação dos artigos. 401º e 405º do Código no ultramar e proibia a qualquer agente do Ministério Público junto de qualquer tribunal exercer a advocacia, e no art. 11º uma norma regulamentava a citação de membros de uma família gentil, que deveria ser feita “na pessoa do maioral”⁴⁵ ou do administrador dela, de acordo com os usos e costumes, os quais a lei civil mandava observar.

41 D.G. nº 260 de 14.11.1878, p 351.

42 GONÇALVES.C. (1900:99)

43Relatório da comissão revisora do Projecto do Código do processo apresentado à Câmara dos Srs. Deputados pelo Ministro da Justiça. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 9º anno (1876-1877)p.274

44«Parecer da comissão de legislação da câmara dos dignos pares sobre o Projecto do Código de processo»
Idem, p. 387.

45 Ibidem, p. 100

No que se refere aos juramentos o art. 14º determinava que este devia ser feito “com a assistência e intervenção de um ministro da religião respectiva”⁴⁶ isto para observar o estabelecido no art. 8º do Decreto que tornou extensivo o Código Civil às províncias. O Decreto, nos artigos. 14º, 16º, refere-se, literalmente, ao respeito aos costumes dos brahmanes, maometanos e famílias gentias da Índia⁴⁷.

Como o regulamento referia-se apenas aos brahmanes, maometanos e famílias gentias da Índia, em princípio poderíamos excluir as demais Províncias, o que não pode ser o raciocínio, uma vez que o *Código de Processo Civil* era de aplicação geral, Reino e Províncias, portanto, os costumes das demais etnias das diversas províncias deveriam ser observados, também, em relação ao que o Decreto de extensão estabelece, embora no ultramar não houvesse qualquer condição burocrática para que isto pudesse ser cumprido.

Instituiu-se o processo escrito e a prova testemunhal era feita, dentro do processo civil ordinário, sem a presença do juiz, admitindo a discussão oral da causa quando o júri interviesse; em audiência extraordinária sem a presença do juiz, ou mediante acordo das partes, o que se obtinha antes da designação da audiência para a inquirição das testemunhas perante o juiz da ação, exatamente o artigo que não tinha aplicação no Ultramar.

Ainda consagrava o princípio da publicidade, ou seja, os atos processuais eram públicos, art. 59º e a prova era livremente apreciada: artigos. 2416º, 2419º, 2514º e 2519º do Código Civil de 1967.

A formalidade era intrínseca ao processo, e a sua não observação determinava nulidades, Isto é: se os atos processuais não observassem as formalidades estabelecidas no código seriam nulos, o que importava na sua repetição e determinava o atraso na resolução da causa.

Era evidente que o processo, na forma que idealizada, não poderia ser aplicado no Ultramar: primeiro, a falta de Juízes era uma das dificuldades, pois somente um técnico em direito poderia saber conduzir a audiência e o processo em todos os seus termos sem provocar nulidades; segundo, toda a formalidade prevista no código em relação aos atos processuais acarretava uma morosidade, que não poderia ser permitida no Ultramar, onde a imediatidade das decisões fazia parte do direito tradicional dos povos da África portuguesa e se os colonizadores queriam, como o fizeram, retirar das autoridades tradicionais indígenas os seus poderes, tinham de substituí-los de

46 Ibidem, *Idem*, p. 101.

47 Ibid.

uma maneira tal que os indígenas acreditassem na sua efetividade, na pronta resposta a que estavam acostumados.

A ressalva, pois, tinha razão de ser: os processos no ultramar, principalmente aqueles que envolviam indígenas, não poderiam obedecer a tantas formalidades, quanto pior, em um território em que as distâncias eram imensas, as autoridades poucas, uma população nativa grande, costumes diversificados. Segundo o Juiz de Direito, Antonio de Almeida Cunha (1883),

[...] rarissimo é o processo que não leve um ou mais annos para se poder preparar; testemunhas a distancias enormes, e que em geral não vem á cabeça de comarca, ou por não serem conhecidos de auctoridade administrativa, ou pela difficuldade da intimação; corpos de delicto incompletos, e em geral nullos, é quasi sempre o que do interior é enviado á comarca.⁴⁸

O Juiz ainda dá outras informações no relatório enviado ao Governador Agostinho Coelho, que corroboram as dificuldades acima assinaladas: dificuldades de realizar exames de corpo de delicto; a completa ignorância judicial dos participantes das Juntas de Justiça; a dificuldade de prender os receptores dos furtos; a dificuldade de ouvir testemunhas devido às grandes distâncias; a continuidade do vício do feitiço que leva à prática de muitos crimes:

“Apresento a v. ex^a um exemplo do que acabo de expor: No princípio do anno findo praticou-se um crime de bastante ponderação nas proximidades de Sena; e digo que era de ponderação não só pelo crime (homicídio), mas também pela qualidade das pessoas que entraram n’elle; o ferido foi levado a Sena, e o commandante militar, que faz as vezes de juiz ordinário, mandou chamar o enfermeiro; este veio e quando viu o ferido declarou única e simplesmente que o homem estava muito inchado, e que o mandasse para baixo; d’isto tudo lavrou-se o competente auto. No caminho de Mopeia, dia e meio de Sena, o homem morre, e tendo os pretos conduzido o cadáver áquelle logar, o capitão mor mandou enterrar.

Passados quatro a cinco mezes recebi os autos com o despacho de pronuncia lançado pelo juiz ordinario de Sena; pergunto, o que havia eu de fazer?

Impossibilidade absoluta para reformar o corpo de delicto com toda a certeza que não havia, mas havia a relativa, que na matéria dos autos era sufficiente para o revalidar; demonstrei que no interior as auctoridades eram menos competentes para o exercício das funções judiciaes, porem que as não podia haver melhores; que não eram três léguas em redor; que não havia facultativo algum para servir de perito, e confirme o despacho de pronuncia; e como este todos quantos vem do julgados.”

“Ainda ha pouco se deu um crime horroroso n’esta villa praticado por um

48 COELHO, A. (1883: 332)

empregado. Pae e allucinado pela perda de tres filhos, sem se lembrar que a causa estava em si próprio, porque um corpo rachitico não pode dar bons produtos, mata uma velha e um filho d'esta de seis annos, naturalmente porque o advinho lhe dizia que ella fazia bruxaria aos filhos!”

JUSTIÇAS ESPECIAIS – APLICAÇÃO EM ANGOLA E SÃO TOMÉ E MOÇAMBIQUE

Durante o período que transcorreu entre as adoções dos diversos Códigos Metropolitanos e as diversas reformas do judiciário, algumas leis especiais foram editadas para dar cumprimento ao estabelecido no Acto Adicional de 1852 é aprovada através Decreto de 30 de dezembro de 1852, a *Organização e Regimento da administração de Justiça nas Províncias de Angola e S.Tomé e Príncipe e suas dependências*, e o relatório que acompanhou o projeto informava da necessidade de reformular a Justiça declarando: “[...] É urgente prover á sua administração, que ali está no mais deplorável estado”.⁴⁹ O deplorável estado, ainda segundo o relatório, era porque existia

[...]uma Junta; um único juiz de primeira instância para todo o continente; juizes leigos e um impróprio regimento nas partes mais civilizadas da colónia; Juizes Militares, sem regimento algum, nos Presídios do sertão [...] as Leis da Metropole, ora regendo absolutamente, ora excepcionalmente, segundo o arbítrio, dos que mandam e dos que julgam; uma completa incerteza e vacilação de direito, e de suas fórmias [...].⁵⁰

Nesse Decreto, a Junta de Justiça, passaria a julgar, somente, os crimes públicos designados no art. 62º e seria composta pelo Governador-geral de Angola; três Juizes da Relação e três Vogais militares mais graduados do Conselho Superior de Justiça Militar, servindo de promotor o Procurador da Coroa e Fazenda, e de Secretario da Relação. O que o relatório informa a respeito da competência dessa Junta é que esta só atuaria em “casos excepcionais, em que a segurança da colónia exige imperiosamente que as Leis ordinárias cessem provisoriamente”⁵¹.

O decreto não surtiu os efeitos esperados em Angola, tanto que em 1858 Sá da Bandeira publica um outro, facultando a nomeação de juizes, independentemente de concurso, para a Relação de Loanda,⁵² em razão da dificuldade de se estabelecer a Relação de Angola pela falta de juizes proprietários.

49 Decreto de 30.12.1852. *COLP*, Ano 1852, Lisboa, Imprensa Nacional, 1853, p.872

50 Idem.

51 Ibidem.

52 *Revista de Jurisprudência*, Tomo III, (1859:185-191)

Este Decreto, conforme o título indica, somente vigoraria nas Províncias de Angola e São Thomé, por isso, no ano de 1866, foi editado o *Regimento para a administração da justiça nas províncias de Moçambique, estado da Índia e Macau e Timor*,⁵³ também em atenção ao estabelecido no art. 15º do Acto Adicional.

Moçambique, única colônia que era banhada pelo Índico,⁵⁴ se fazia importante, não só para o comércio com o Oriente, como, também, para o tráfico de escravos e, por isso mesmo, permaneceu por muito tempo sob a dependência do Estado da Índia, fazendo parte, da região geográfica abrangida por esta rota das especiarias e administrada à distância, através de Goa, o que, de acordo com Gilles Cistac (2009:4) provocou muitas desavenças não só entre o Reino e a administração em Goa, como entre os capitães que administravam as feitorias.

Quando da organização judiciária, este fato, esta circunstância histórica, esta unidade geográfica administrativa, inclusive por razões econômicas, uma vez que o Estado Português não poderia arcar com os custos da implantação de um Tribunal da Relação em cada colônia, foi levada em consideração e Moçambique permaneceu ligado a Goa, neste particular da Justiça, porque os recursos das decisões dos juizes ordinários seriam julgados pela Relação de Goa, que passa à condição de – *Districto Judicial de Nova Goa*⁵⁵, que se dividia em seis comarcas e três julgados independentes.

Moçambique ficava com duas comarcas: Moçambique, com sede na Ilha de Moçambique e Quelimane com sede na Vila de S.Martinho. A Relação tinha sede em Nova Goa.

Sabendo-se que Nova Goa é Índia, os juizes que ali atuassem teriam de saber os usos e costumes das diversas etnias que formavam o contingente populacional componente da jurisdição, o que em muito dificultava o acerto das decisões e da reforma delas pelo tribunal competente.

As Juntas de Justiça continuavam a fazer parte da estrutura do judiciário, e havia uma em Macau e outra em Moçambique, (art. 32º)⁵⁶ e eram compostas pelo governador da província, sete

53 COLP, Ano 1866 pp.. 503-534

54 “A Colônia portuguesa conheceu sempre uma história que a integra nas opções portuguesas, mas também a autonomiza, na medida em que pertence ao espaço do oceano Índico, enquanto as demais colônias africanas estão todas associadas ao Atlântico onde imperou sobretudo a partir do século XVIII a massa física e humana representada pelo Brasil [...]” HENRIQUES, I.C(2000.259-260)

55 De acordo com PINTO DE ALBUQUERQUE, P (2003:873), a relação de Goa foi a primeira no ultramar e foi criada em 1544 e a sua jurisdição abrangia a África Oriental, Índia, Macau e Timor.

56 *Gazeta dos Tribunais*, ob cit, p. 507

vogais, juiz de direito como relator, três oficiais superiores de primeira linha, de maior graduação e antiguidade e dois membros bienais do conselho de governo. Anteriormente (1761) era composta do governador; ouvidor; juiz de fora e por três militares, as decisões também eram irrecorríveis e tomadas pelos votos da maioria,⁵⁷ composição que foi alterada através do Alvará de 1811, sendo os membros: o governador geral, ouvidor e juiz de fora.

Tais Juntas, (art.36º) tinham competência para julgar, em *primeira e única instância*, todos os processos ordinários comuns instaurados na respectiva província, dentre outras de cunho militar, também conhecia dos recursos de agravo ou apelação nos processos crimes contra as decisões do Juízo de primeira instância, o que significava que a decisão da Junta era soberana, não existindo recursos destas decisões.

No (art.51º) ⁵⁸fixa-se a competência da Junta para aplicação da pena de morte, pena esta que também poderia ser aplicada em relação a crimes civis, o que foi extinto em 1870.

Em Quelimane existiria um tribunal de polícia correcional com competência para conhecer das apelações das sentenças de processos de polícia correcional. Estes tribunais foram criados com o intuito de dar celeridade às resoluções das querelas e tinham como autoridade processante os comandantes militares. Os processos eram orais e sumários, ou seja; os atos processuais não eram tomados por termo.

Os Juizes de direito tinham jurisdição na sua comarca e julgavam causas cíveis e criminais e tinham alçada estabelecida no (art. 56º), eles instruíam os processos crimes que seriam julgados pelas Juntas. Não sendo o distrito sede de Comarca, havia um Juiz ordinário com a alçada fixada no (art. 78º). Os Juizes de Paz atuavam nas freguesias.

Em relação aos Juizes ordinários, apesar do decreto em discussão ser editado em 1866, havia projeto de lei, de autoria de Augusto Cesar Barjona de Freitas, para a sua extinção. O autor da proposta justificava a extinção do cargo sob o argumento de que, por ser esta magistratura eletiva ela não tinha a imparcialidade devida, pois

[...] nascida e firmada na agitação e no tumulto das paixões populares, afeiçoada no molde dos interesses e dos caprichos locais, carecida de saber e habilitações, os juizes ordinários deslustram quasi sempre a elevada

57 Ver. ALBUQUERQUE, P.P.de (2003:875)

58 *Gazeta dos Tribunais*, cit. p. 507.

missão que lhes é confiada, pondo a justiça a mercê das parcialidades a que devem o cargo, ou assumindo indiscretamente a responsabilidade das opiniões e conselhos de néscios e, não raro, pouco escrupulosos assessores [...] A frequência dos abusos há suscitado sucessivos e reiterados clamores.⁵⁹

A proposta extinguiria os juizes ordinários e os eleitos e os subdelegados do procurador régio, as atribuições dos primeiros passariam para os juizes de direito e as dos segundos aos juizes de paz. Tal proposta foi aceita, mas tão somente em 1878, quando da aprovação de uma nova reforma do judiciário ultramarino⁶⁰.

O rito processual obedeceria ao estabelecido na Novíssima Reforma Judicial de 21 de Maio de 1841, caso a lei não estabelecesse procedimento diverso; não há, entretanto, qualquer dispositivo que se refira aos usos e costumes dos indígenas, entendendo-se, portanto, que os artigos 71º e 128º reportam-se aos indígenas, porque o primeiro exige a presença de um intérprete, e o segundo aponta como causa de nulidade insanável no processo criminal a ausência deste, todavia não somente os indígenas precisavam de intérpretes, como também os indianos, baneanes, parses, mouros, gentios, etc., e ainda estrangeiros que ali estivessem sendo processados.

Muitas outras reformas na estrutura do judiciário aconteceram, entretanto, em relação ao ultramar, estava por vim a que, definitivamente, qualificaria o indígena como tal, e estabeleceria a aplicação da Justiça Especial para eles.

Esta reforma veio após a Convenção de Berlim (1885), quando Antonio Ennes seguiu para Moçambique para delimitar as suas fronteiras e estudar a viabilidade da colônia. Ali, convivendo com os costumes dos indígenas pode perceber as singularidades do direito consuetudinário deles e então idealizou a qualificação dos “indígenas portugueses” que a partir daí (1893) adquirem, legalmente, o status de INDÍGENA, que significava a exclusão legal de direitos atribuídos aos cidadãos portugueses. Com base nesta qualificação e no princípio da missão civilizacional é que os indígenas passaram a escravos disfarçados. A obrigação moral e legal de trabalhar como forma de melhorar a condição material e moral, e que, se não cumprida, voluntariamente, seria imposta pelo Estado, perenizou o verbo que caracterizou doravante a relação do indígena para com este, que com apoio da lei, **obrigava-o** a trabalhar, não só para si, Estado, como também para particulares, tudo,

59 *Gazeta dos Tribunais*, Ano 1865, nº 36, pp. 115-116, 119-120.

60 *D.G* de 14.11.1878, p. 349-353

porém, com o objetivo de cumprir a missão civilizacional a si atribuída, como bem expôs o Sr. Antonio Eduardo Villaça, Ministro da Marinha e Ultramar quando apresentou a proposta à Câmara dos Deputados:

Os princípios fundamentais d'essas providências [...] Não são violentos, não offendem direitos naturais, não transgridem os preceitos na nossa legislação liberal e humanitária, de que tanto nos ufanamos [...] Obrigar populações numerosas a trabalharem, obriga a facultar-lhes trabalho, o que pode ser ainda mais difficil commettimento; mas o systema de compulsão que se propõe atenua em grande parte essa difficuldade, permitindo que essa compulsão se gradue pela procura que houver de trabalhadores, tanto para os serviços públicos e municipaes, como para serviços particulares.⁶¹

Todo este processo, entretanto, passava por um outro, mais delicado ainda, que consistia em como obrigar o indígena a cumprir os contratos, aplicar-lhes as penas pelas faltas, condenar-lhes pelo crime de vadiagem. E é toda esta transformação na administração da Justiça em relação aos indígenas que foi o objeto do **Regimento da Administração da Justiça nas Províncias Ultramarinas (1894)** fixando-se ali os ritos, as penas e as autoridades que deveriam julgar as causas, autoridades estas que não pertenciam ao Poder Judiciário, desvinculando, de uma vez, a Justiça Metropolitana das causas que envolvessem indígenas, que teriam uma Justiça Especial, criada exclusivamente para eles, apta a julgar os seus milandos.⁶² Mais que isto, o regimento criou o status de INDÍGENA, ou melhor, o de excluído dos direitos inerentes aos cidadãos portugueses.

CONCLUSÃO

Durante o período de 1822 até 1894 muitas leis foram criadas e entraram em vigor em Portugal e nas suas colônias, entretanto, o que era para ser lei geral e para tratar com igualdade portugueses e africanos, estes últimos considerados portugueses pela própria lei, foi se tornando cada vez mais especial, e esta especialidade tinha como meta o afastamento do “indígenas” de direitos atribuídos aos portugueses. Isto não aconteceu tão somente com as leis de direito material, aquelas que tipificavam e regulavam as condutas, mas também as leis de direito processual, que fixavam os ritos, definiam as jurisdições as competências para julgamentos das causas e as penas

61 *DCSD* nº. 31 de 20.03.1899, p.58

62 *CLNU*, Vol. XV, pp. 201-204, Este Decreto, no seu art.19º dá competência ao administrador do concelho para a resolução de milandos, desde que estes não tenham gravidade tal que necessitem da interferência do judiciário.

aplicáveis.

Quando no ano de 1894 foi editado o Regimento da Administração da Justiça as Colônias, que criou, legalmente, o status de INDIGENA, consolidou-se, de uma vez por todas, a exclusão que vinha sendo arquitetada a passos lentos e que perdurou por todo o sempre, sendo ratificada em leis posteriores: Leis da Assimilação, Estatuto Político, Civil e Criminal dos Indígenas de Angola e Moçambique, Tribunais Privativos dos Indígenas, Lei de Terras, Regulamentos do Trabalho Indígena e tantas outras, que vigoraram até o fim do colonialismo português em África.

Referências Bibliográficas

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *A Reforma da Justiça Criminal em Portugal e na Europa*, Lisboa, |Almedina, 2003

CASTRO HENRIQUES, I. “ A Sociedade Colonial em África, Ideologias, Hierarquia, Quotidianos” *Historia da Expansão Portuguesa, Vol 5, Ultimo Império e Recentramento 1930-1998*, (Dir) Francisco Bethencourt e Kirki Chaudhuri, 2000

COELHO, Agostinho. *Relatório do Governador da Província de Moçambique*, 1883

D'ALMEIDA CUNHA, J. *Estudo Acerca dos Usos e Costumes dos Banianes, Bathias, Pareses, Mouros, Gentios e Indígenas*. Moçambique, Imprensa Nacional, 1885

GONÇALVES, J. Cota. *Mitologia e Direito Consuetudinário dos Indígenas de Moçambique – Estudo de Etnologia mandado elaborar pelo Governo Geral da Colônia de Moçambique*, Lourenço Marques, Imprensa Nacional de Moçambique, 1944

MAGALHÃES, Albano de, *Legislação Colonial. Seu Espírito, Sua formação e seus defeitos*. Estudos Coloniais I, Lisboa, 1908

CÓDIGOS

Constituição Portuguesa de 1822 commentada e desenvolvida na pratica por Faustino José de Deus, Lisboa, Typografia Maignense, 1823.

Código Civil Português de 1867, Lisboa, Imprensa Nacional 1868.

Código Civil Português aprovado por carta de Lei de 01 de julho de 1867, Quarta edição, Lisboa, Imprensa Nacional, 1874.

Código Penal Português, aprovado por Decreto de 10 de dezembro de 1852, Lisboa, Imprensa Nacional, 1855

REVISTAS E PERÍODICOS

Accordãos da Relação de Moçambique, Vol. I, (1906: 97-99); Vol VI

Annaes do Conselho Ultramarino, Parte Oficial, série I, pp.271-272

Collecção de Decretos e Regulamentos publicados durante o Governo da Regência do Reino estabelecida na Ilha Terceira, 1836.

Collecção da Legislação Novíssima do Ultramar Vol VII. (1868-1869). CLNU Vol. XI, 1881-1882, Vol XV. Lisboa, Imprensa Nacional.

Collecção Official da Legislação Portuguesa, 1852, 1866 e 1869

Diários do Governo, 293 de 24.12.1875; 104 de 11.05.1875

Diário das Cortes Geraes e Extraordinárias, nº 07, 1821,

Gazeta dos Tribunais, Vigésimo Quinto Anno, nº 3654, 1865,

Revista de Jurisprudência, Tomo III, (1859:185-191)