

Acórdão n.º 12/CC/2020
de 11 de Dezembro

Processo n.º 2/CC/2020

Fiscalização sucessiva da constitucionalidade e da legalidade

Acordam os Juízes Conselheiros do Conselho Constitucional:

I

Relatório

1. O Provedor de Justiça requereu, nos termos da alínea f) do n.º 2 do artigo 244 da Constituição, conjugado com a alínea d) do n.º 1 do artigo 15 da Lei n.º 7/2006, de 16 de Agosto, que estabelece o âmbito de actuação, estatuto, competências e processo de funcionamento do Provedor de Justiça, que o Conselho Constitucional aprecie e declare, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade:

1.1. da primeira parte dos n.ºs 1 e 3, respectivamente, dos artigos 29 e 30, ambos da Lei n.º 22/2013, de 1 de Novembro, que aprova a Lei das Pescas (em diante, Nova Lei das Pescas).

1.2. dos n.ºs 1 e 3 do artigo 8; n.º 3 do artigo 11, n.º 1 do artigo 13 parte inicial; da alínea a) do n.º 1 do artigo 14 e artigo 50, todos, do Decreto n.º 60/2018, de 1 de Outubro, que altera e republica o Decreto n.º 74/2017, de 29 de Dezembro, atinente ao Regulamento de concessão de direitos de pesca e de licenciamento da pesca (em diante, Regulamento da Lei das Pescas).

2. Os pedidos de apreciação e declaração da inconstitucionalidade baseiam-se nos seguintes fundamentos:

2.1. Em relação ao primeiro pedido (1.1.), diz o Requerente que:

- os operadores de pesca industrial e semi-industrial vêm realizando as suas actividades à luz da Lei n.º 3/90, de 26 de Setembro (Antiga Lei das Pescas), em vigor na época da constituição daquelas operadoras de pesca;

- nos termos do ponto 1.10 das «Definições» dos conceitos da Antiga Lei das Pescas, considerava-se «pessoa colectiva nacional» a “pessoa colectiva com sede social em Moçambique, tendo a maior parte das suas actividades baseadas neste país e na qual:

a) A participação no capital social esteja inteiramente nas mãos de cidadãos nacionais ou outras pessoas colectivas nacionais; ou

b) A participação de nacionais no capital social seja significativa e os benefícios que resultam para o país das suas actividades conduzam o Secretário de Estado das Pescas, através de despacho, devidamente fundamentado e publicado, a conferir-lhe o estatuto de pessoa colectiva nacional para fins de aplicação da presente lei (...);

c) Apesar de não serem satisfeitos os requisitos das alíneas anteriores, tenha desenvolvido em Moçambique, de maneira contínua, actividades de exploração pesqueira desde antes da data da independência; ou

d) Não obstante não serem satisfeitos os critérios das alíneas anteriores, venham a exercer actividades de exploração e de desenvolvimento pesqueiro e o Secretário de Estado das Pescas lhes tenha conferido, mediante despacho devidamente fundamentado e publicado, o estatuto de pessoa colectiva nacional (...).”

- O artigo 4 da Antiga Lei das Pescas refere que “Os recursos pesqueiros das águas jurisdicionais de Moçambique são do domínio público, cabendo ao Estado regulamentar as condições do seu uso e aproveitamento. A pesca, assim como as actividades conexas de pesca carecem de autorização (...)”. Por via de consequência, diz o Requerente que

“A pesca e as operações conexas de pesca ficam sujeitas à obtenção prévia de uma licença de pesca (...). Esta é emitida a favor do armador da embarcação ou do proprietário de artes de pesca sem embarcação própria – cfr artigo 16, n.º 1 (...)” da Antiga Lei das Pescas, sendo que a licença seria revogada se ocorresse a modificação que afectasse a estrutura e a propriedade do capital de uma pessoa colectiva (n.º 2 do artigo 17 da Antiga Lei de Pescas);

- No dia 30 de Janeiro de 2014, entrou em vigor a Nova Lei das Pescas (Lei n.º 22/2013, de 1 de Novembro), que revogou a Lei Anterior (Lei n.º 3/90, de 26 de Setembro), da qual resulta que:

- nos termos do seu artigo 2 “A presente Lei aplica-se: a) A todas as pessoas que desenvolvem actividades pesqueiras e actividades complementares da pesca na República de Moçambique; b) A todas as pessoas nacionais e estrangeiras que exerçam a pesca nas águas jurisdicionais moçambicanas”;

- No seu «Glossário» diz-se “Pessoa colectiva nacional: a que esteja registada em Moçambique e tenha a sede e direcção efectiva em território nacional e cujo capital seja maioritário e efectivamente detido por moçambicanos; “Direito de pesca: o direito de capturar uma quantidade específica de recursos pesqueiros ou uma proporção do total admissível de captura ou o direito de utilizar uma embarcação ou qualquer outro equipamento de pesca de acordo com o especificado nos planos de gestão das pescarias e na legislação pesqueira”;

- “Os direitos de pesca só são concedidos a pessoas nacionais (...) – artigo 29”;

- Os direitos de pesca comercial apenas são concedidos a pessoas singulares ou colectivas nacionais (...) – cfr artigo 30, n.º 3”;

- “O não cumprimento das condições de constituição do direito de pesca é causa de extinção dos direitos de pesca – artigo 33, n.º 1, al. b)”.

Pelo facto, a Requerente alega que os n.ºs 1 e 3, respectivamente, dos artigos 29 e 30, ambos Lei das Pescas, violam o princípio da irretroactividade das leis (artigo 57), o princípio da legalidade (n.º 3 do artigo 2), o princípio do Estado de Direito (artigo 3), o

princípio do reconhecimento e defesa da propriedade (n.º 1 do artigo 82), o princípio do reconhecimento, da defesa e de autorização de investimento estrangeiro (artigo 108), o princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei (artigo 35), todos da CRM e o princípio da liberdade contratual (n.º 1 do artigo 405.º do Código Civil - CC).

2.2. Em relação ao segundo pedido, (1.2.), a declaração da inconstitucionalidade dos n.ºs 1 e 3 do artigo 8; n.º 3 do artigo 11, n.º 1 do artigo 13 parte inicial; da alínea a) do n.º 1 do artigo 14 e artigo 50, todos do Regulamento da Lei das Pescas, aduz o Requerente o seguinte:

- O Regulamento da Lei das Pescas “(...) impõe às sociedades comerciais cujo escopo é a actividade piscatória, tanto antigas e já em pleno exercício de actividades, como novas ou ainda por constituir, mas cujo capital social seja maioritariamente detido por estrangeiros, a apresentação de um acordo parassocial celebrado entre as partes moçambicana e estrangeira, fundamentado num plano de negócio, a submeter sob a forma de anexo, que estabeleça os termos e condições, o prazo e a forma a observar na transmissão da parte social para efeitos de conformação com a [Nova] Lei de Pescas”.

- Neste contexto, os n.ºs 1 e 3 do artigo 8; n.º 3 do artigo 11, n.º 1 do artigo 13 parte inicial; a alínea a) do n.º 1 do artigo 14 e o artigo 50, todos do Regulamento da Lei das Pescas, “isolada e/ou conjuntamente, põem em causa os princípios da estabilidade jurídica, da segurança jurídica e da certeza jurídica, para além de violarem os princípios do reconhecimento e defesa do direito de propriedade (n.º 1 do artigo 82); os princípios do reconhecimento, da defesa e de autorização de investimento estrangeiro (artigo 108); o princípio da igualdade dos cidadãos (artigo 35); o princípio da legalidade (n.º 3 do artigo 2), todos da CRM e o princípio da liberdade contratual previsto no n.º 1 do artigo 405.º do Código Civil (CC).

3. Em ambos os casos, o Egrégio Provedor de Justiça termina a sua argumentação, requerendo que as normas constantes dos n.ºs 1 e 3, respectivamente, dos artigos 29 e 30, ambos da Nova Lei das Pescas e dos n.ºs 1 e 3 do artigo 8; n.º 3 do artigo 11, n.º 1 do artigo 13 parte inicial; da alínea a) do n.º 1 do artigo 14 e artigo 50, todos do

Regulamento da Lei de Pescas sejam “apreciadas e declaradas inconstitucionais, com força obrigatória geral”.

4. O requerimento do Egrégio Provedor de Justiça deu entrada neste Órgão da Justiça Constitucional no dia 4 de Maio de 2020 e o pedido foi registado, autuado e admitido no dia 5 de Maio de 2020.

5. Para os efeitos do disposto no artigo 51 da Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto, Lei Orgânica do Conselho Constitucional (LOCC), com a redacção dada pela Lei n.º 5/2008, de 9 de Julho, foram notificados a Assembleia da República, na qualidade de Autora da Lei das Pescas e o Governo, como Autor do Regulamento da Lei das Pescas, para fornecerem os respectivos pronunciamentos.

5.1. Com efeito, a Assembleia da República, através do Ofício n.º 107/GPAR/2020, de 10 de Junho, remeteu a Deliberação n.º 55/2020, de 05 de Junho, da Comissão Permanente, fornecendo o seu pronunciamento, que consta de fls. 93 a 112, nos seguintes termos:

- Sobre a violação dos princípios de reconhecimento e defesa do direito de Propriedade: “Os recursos pesqueiros das águas jurisdicionais de Moçambique são do domínio público, propriedade inalienável do Estado, cabendo a este regulamentar as condições do seu uso e aproveitamento, com salvaguarda dos interesses nacionais, (artigo 102, parte final, e n.º 1 do artigo 98, ambos da CRM). Por isso, os particulares só podem dispor do direito de utilização ou exploração dos recursos pesqueiros, mas nunca da sua propriedade”;

- Em relação à violação dos princípios do reconhecimento, da defesa e de autorização de investimento estrangeiro: “(...) o legislador ordinário não excluiu o investimento estrangeiro na área das pescas, apenas regulou as condições de acesso, ou seja, a pessoa estrangeira tem acesso aos direitos de pesca comercial, como pessoa colectiva nacional desde que não seja detentor maioritário do capital social e, ainda à licença de pesca nas condições impostas pelo artigo 41 da Lei em referência (...). Constitui dever do Estado a promoção e o apoio à participação activa do empresariado nacional no quadro do desenvolvimento e da consolidação da economia do País e a criação de incentivos para

proporcionar o crescimento do empresariado nacional, nos termos do artigo 107 da CRM”.

- Quanto à violação do princípio da liberdade contratual: “(...) as normas em referência não ofendem o disposto no n.º 1 do artigo 405.ª do CC, pois este determina que a liberdade contratual só pode ser realizada dentro dos limites da lei, (...) à pessoa estrangeira não é vedada o exercício do direito de pesca e à licença para a pesca, mas apenas é imposto algumas condições em observância dos princípios constitucionais de promoção e incentivo do desenvolvimento do empresariado nacional (...)”.

- No que concerne à violação do princípio constitucional da igualdade dos cidadãos perante a lei: “(...) o Requerente não curou de conjugar os artigos 29 e 30 com os artigos 107 e 108 da CRM e artigo 41 da referida Lei das Pescas, bem como a definição de pessoa colectiva nacional (...). O princípio da igualdade comporta vários sentidos e deve ser visto dentro de todo o sistema normativo (...) e pressupõe igualmente tratar igual o que é igual e diferente o que é diferente, tal como previu o legislador constituinte nos artigos 107 e 108, ambos da CRM, em que estabeleceu a criação de incentivos ao empresariado nacional no quadro de desenvolvimento e da consolidação da economia nacional, bem como (...)” do investimento estrangeiro no quadro da sua política económica. Da análise do artigo 41 da Lei das Pescas, depreende-se que a licença de pesca pode ser concedida à pessoa estrangeira, nos precisos termos da lei, do que se conclui que os estrangeiros gozam também do direito de exercer a actividade pesqueira.

- Quanto à violação do princípio da irretroactividade das leis: “(...) o artigo 112 da Lei n.º 22/2013, de 1 de Novembro, estabelece que a Lei entra em vigor noventa dias após a sua publicação, revogando, no seu artigo 111, a anterior Lei das Pescas. Assim, na citada disposição o legislador apenas estabeleceu a *vacatio legis* de 90 dias e não atribuiu efeitos retroactivos, pelo que não estando expressa a retroactividade ela não pode ser presumida”.

Conclui a Assembleia da República que a primeira parte do n.º 1 do artigo 29, e primeira parte do n.º 3 do artigo 30, ambos da Nova Lei das Pescas, não estão inquinados de

vício de inconstitucionalidade, pelo que o Conselho Constitucional deve considerar improcedente o pedido do Provedor de Justiça.

5.2. Por seu turno, o Governo, em resposta à notificação, apresentou o seu pronunciamento constante de fls. 114 a 123 dos autos, que a seguir se resume:

- A participação de estrangeiros (armadores e embarcações) na actividade de pesca em Moçambique foi sempre regulada para ser exercida para além de 12 milhas náuticas, ao abrigo de um contrato a prazo certo (cfr. artigo 34 da Antiga Lei das Pescas e artigo 41 da Nova Lei das Pescas);

- “A pesca, assim como as actividades conexas, sempre carecem de autorização e sujeição à obtenção prévia de uma licença de pesca nos termos daquela lei e seus regulamentos (artigo 16, n.º 1, primeira parte), sendo que estes regulamentos apesar de terem sofrido várias alterações, sempre indicaram claramente as condições para o exercício da pesca, nunca havendo prova de se ter concedido direitos de pesca *ad eternum*”;

- Com excepção da pesca de subsistência, as actividades de pesca artesanal, semi-industrial, industrial e conexas, carecem de autorização e estão sujeitas à obtenção prévia de licença de pesca, renovável, válida por um período de um ano. Adicionalmente, o processo de atribuição ou de renovação de licença pode ser recusado nos termos da lei;

- Os requisitos para a renovação de uma licença de pesca nunca estiveram relacionados com a constituição de empresas ou alteração da estrutura do seu capital, quer na anterior, quer na Lei vigente;

- “A *ratio legis* implícita na definição da pessoa colectiva nacional na Nova Lei das Pescas radica na necessidade de proteger os interesses nacionais (...) e nem se trata de definir com quem se deve associar, mas, tão-somente, determinar que a maior percentagem do capital social das empresas seja nacional (...)”;

- Os órgãos da Administração das Pescas, quer em face da Lei anterior, quer da actual, nunca conferiram aos estrangeiros o estatuto de pessoa colectiva nacional;

O Conselho de Ministros termina o seu pronunciamento, solicitando o não provimento do pedido de declaração de inconstitucionalidade submetido pelo Egrégio Provedor de Justiça, em virtude de as normas postas em crise se conformarem com a Constituição da República.

6. Discutido o memorando, nos termos dos n.ºs 1 e 2, ambos do artigo 63 da LOCC, cumpre formular a decisão em conformidade com a orientação fixada pelo Conselho Constitucional.

II

Fundamentação

7. A acção de fiscalização da constitucionalidade foi pedida por quem tem legitimidade, ao abrigo do disposto na alínea e) do n.º 2 do artigo 244 da CRM, conjugado com a alínea d) do n.º 1 do artigo 15 da Lei n.º 7/2006, de 16 de Agosto, citada, e a alínea e) do n.º 2 do artigo 60 da LOCC; o Conselho Constitucional é, ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 243 da CRM, Órgão da Justiça competente para conhecer do pedido e não há nulidades que cumpra conhecer.

II.1. Delimitação dos pedidos e seus fundamentos

8. Para além do pedido de apreciação e declaração da inconstitucionalidade das normas constantes dos n.ºs 1 e 3, respectivamente, dos artigos 29 e 30, ambos da Nova Lei das Pescas, o Egrégio Provedor de Justiça solicitou também a apreciação e declaração da inconstitucionalidade dos n.ºs 1 e 3 do artigo 8; n.º 3 do artigo 11, n.º 1 do artigo 13 parte inicial; da alínea a) do n.º 1 do artigo 14 e artigo 50, todos do Regulamento da Lei das Pescas.

9. No caso do primeiro pedido, há que fazer os seguintes reparos:

9.1. As normas alegadas pelo Requerente, como constituindo também a causa de pedir, nomeadamente o «n.º 3 do artigo 2 e artigo 3», ambos da CRM, não podem neste caso exercer tal função, visto que constituem, por um lado, a directriz geral do poder constituinte formal, implicando a supremacia da Constituição no ordenamento jurídico, que se revela em todos os casos em que o resultado da análise conclui pela declaração da inconstitucionalidade, pois aí se impõe, conforme os n.ºs 3 e 4 do artigo 2, quando prescrevem que: “*O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade*” e “*As normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico*”, respectivamente; e, por outro, define-se no artigo 3 a estrutura da identidade axiológica da Constituição, nomeadamente a ideia de direito subjacente à ordem jurídica, a de traduzir a República de Moçambique como Estado de Direitos Humanos, quando se prescreve que: “*A República de Moçambique é um Estado de Direito, baseado no respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais do Homem*”.

9.2. O princípio da liberdade contratual estipulado no n.º 1 do artigo 405.º do CC não pode ser critério de aferição de inconstitucionalidade das normas de uma lei. O Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de Novembro de 1966, tornado extensivo através da Portaria n.º 22.869, de 4 de Setembro, para vigorar em Moçambique, enquanto província ultramarina, não tem valor superior aos actos legislativos previstos no n.º 1 do artigo 142 da CRM. Aliás, o regime jurídico imposto pela Lei das Pescas é especial e derogatório do regime geral previsto no Código Civil, o que retira qualquer relevância para o Direito Público Administrativo dos princípios estabelecidos no Direito Privado Civil, como fonte de geração de obrigações contratuais, visto que a Lei das Pescas estabeleceu expressa e especialmente as normas jurídicas reguladoras das situações jurídico-administrativas em causa. O n.º 1 do artigo 405.º do CC já prevê as situações do exercício da liberdade contratual dentro dos limites da lei.

10. No segundo pedido, referente às normas do Regulamento da Lei das Pescas, há que fazer reparos. A questão da relação entre o Regulamento e as normas superiores (Constituição/Lei) foi colocada no Acórdão n.º 22/CC/2019, de 14 de Novembro, deste Conselho Constitucional. Por essa razão, verte-se, a seguir a respectiva doutrina.

10.1. O Regulamento da Lei das Pescas tem uma classificação própria, o que faz com que siga um regime especial de validade em relação aos demais regulamentos. Com efeito, a fonte do poder regulamentar do Governo, no caso em análise, decorre da determinação pela lei regulamentar, que prescreve o seguinte: “Compete ao Governo aprovar os regulamentos específicos, no prazo de 180 dias nos domínios da pesca, da inspecção de pescado e da aquacultura, destinados a assegurar a execução da presente Lei” (Artigo 110 da Lei das Pescas *ex. vi.* n.º 4 do artigo 142 da CRM).

10.2. Sendo, por conseguinte, o Regulamento da Lei das Pescas, um regulamento executório ou dependente, é elaborado e publicado em seguimento a uma lei e para assegurar a respectiva execução pelo desenvolvimento dos seus preceitos basilares. Portanto, por ser regulamento *secundum legem*, a sua validade só pode ser aferida em face da lei que pretende desenvolver minuciosa e detalhadamente o respectivo conteúdo, adequando a sua aplicação a casos concretos e não à Constituição, como entende o Requerente.

10.3. Por ser um regulamento executório da Lei das Pescas, deve concluir-se que o Governo, como titular do poder regulamentar, ao editá-lo, está condicionado aos ditames da lei regulamentar, não podendo substituir, modificar, anular ou extrapolar o seu âmbito. Não fossem estes limites, estar-se-ia perante outro tipo de regulamento, o independente ou autónomo, que depende directamente da Constituição.

10.4. Por esta razão, o pedido não pode ser colocado em termos de confronto directo com as normas constitucionais (declaração da inconstitucionalidade), mas com as normas da Lei das Pescas (declaração da ilegalidade), daí decorre o poder regulamentar do Governo. Donde, nos termos do artigo 52 da LOCC, o Conselho Constitucional apreciará as normas constantes dos n.ºs 1 e 3 do artigo 8; n.º 1 do artigo 13, parte inicial; da alínea a) do n.º 1 do artigo 14 e artigo 50, todos do Regulamento da Lei das Pescas

com fundamento na Lei das Pescas e, eventualmente, com o Código Civil (n.º 1 do artigo 405.º), conforme o pedido, para se aferir os fundamentos e os limites que deviam obedecer as normas regulamentares ora sindicadas.

10.5. Eis, portanto, a demonstração da subordinação das normas sindicadas do Regulamento de Pescas à Lei das Pescas:

- o n.º 1 do artigo 8, com a epígrafe «Titularidade de direitos de pesca», do Regulamento da Lei das Pescas preceitua que: *“Podem ser titulares de direitos de pescas as pessoas singulares ou colectivas, nacionais, que preencham os requisitos previstos na Lei das Pescas e no presente Regulamento”*. Este número decorre do disposto no artigo 29, com a epígrafe «Concessão e duração», da Lei das Pescas que diz o seguinte: *“1. Os direitos de pesca só são concedidos a pessoas nacionais (...). 2. O Governo estabelece os critérios, requisitos e períodos de concessão de direitos de pesca para cada pescaria”*;

- o n.º 3 do artigo 8, com a epígrafe «Titularidade de direitos de pesca», do Regulamento da Lei das Pescas dispõe que *“Os direitos de pesca para a pesca de subsistência e pesca artesanal são concedidos a pessoa nacional”*. Esta norma regulamentar tem também como função regulamentar o artigo 29 da Lei das Pescas;

- n.º 3 do artigo 11, com a epígrafe «Pedido de concessão», do Regulamento da Lei das Pescas prescreve que *“A requerimento dos interessados, podem ser concedidos direitos de pesca a pessoa colectiva com capital social maioritariamente detido por estrangeiros, desde que apresentem um acordo parassocial celebrado entre as partes moçambicana e estrangeira, fundamentado num plano de negócio, a submeter sob a forma de anexo, que estabeleça os termos e condições, o prazo e a forma a observar na transmissão da parte social para efeitos de conformação com a Lei das Pescas”*. Esta norma pretende dar execução ao artigo 29 da Lei das Pescas, nos termos do qual *“Os direitos de pesca só são concedidos a pessoas nacionais (...)”*. A questão de apreciá-lo se viola ou não o princípio da liberdade contratual previsto no n.º 1 do artigo 405.º do CC fica, por este momento, suspensa.

- a parte inicial do n.º 1 do artigo 13, com a epígrafe «Critérios para a concessão de direitos de pesca», do Regulamento da Lei das Pescas estabelece que: “*Os direitos de pesca são concedidos a pessoas singulares ou colectivas nacionais (...)*”. Esta norma do Regulamento põe em execução o artigo 29 da Lei das Pescas e o n.º 3 do artigo 30 da mesma Lei que dispõe que: “*Os direitos de pesca comercial apenas são concedidos a pessoas singulares ou colectivas nacionais (...)*”.

- a alínea a) do n.º 1 do artigo 14, com a epígrafe «Requisitos de concessão de direitos de pesca», do Regulamento da Lei das Pescas diz que “*São Requisitos para a concessão de direitos de pesca: a) Ser pessoa singular ou colectiva nacional*”. Esta alínea tem como fundamento legal os artigos 29 e n.º 3 do artigo 30, ambos da Lei das Pescas.

- o artigo 50, com a epígrafe «Conformidade com os procedimentos administrativos», do Regulamento da Lei das Pescas reza que “*A Administração das Pescas e os operadores de pesca dispõem do prazo de cento e oitenta dias, a partir da entrada em vigor do presente Regulamento, para se conformarem com os procedimentos administrativos relativos à concessão dos direitos ora instituídos*”. Este artigo 50 do Regulamento é corolário do artigo 29 e n.º 3 do artigo 30 da Lei das Pescas. Mas a questão da análise profunda deste artigo fica, por enquanto, também suspensa, pois a alegada violação do princípio da irretroactividade das leis prevista no artigo 57 da CRM pela primeira parte do n.º 1 do artigo 29 e n.º 3 do artigo 30 da Lei das Pescas resulta deste preceito, como será demonstrado.

11. Conforme, os n.ºs 1 e 3 do artigo 8; n.º 3 do artigo 11, n.º 1 do artigo 13 parte inicial; da alínea a) do n.º 1 do artigo 14 e artigo 50, todos do Regulamento da Lei das Pescas, são normas com a função de desenvolver minuciosamente a Lei das Pescas, enquadrando-se no âmbito desta Lei. Por isso, o seu questionamento seria ao nível da sua ilegalidade e não inconstitucionalidade. Eventualmente, a sua inconstitucionalidade pode resultar da desconformidade da lei regulamentar com a Constituição.

11.1. Da comparação feita entre as normas regulamentares e as constantes da Lei das Pescas resulta líquido o enquadramento nos ditames da lei regulamentar dos n.ºs 1 e 3

do artigo 8; n.º 1 do artigo 13, parte inicial, e a alínea a) do n.º 1 do artigo 14, todos do Regulamento da Lei das Pescas.

11.2. O n.º 3 do artigo 11 e o artigo 50, ambos do Regulamento da Lei das Pescas carecem de análise, pois a sua conformidade com a Lei das Pescas depende directamente da apreciação da constitucionalidade do n.º 1 do artigo 29 e do n.º 3 do artigo 30, ambos da Lei das Pescas, pelas seguintes razões:

11.2.1. O n.º 3 do artigo 11 do Regulamento da Lei das Pescas ao condicionar para a concessão dos direitos de pesca a pessoas colectivas com capital maioritariamente detido pelos estrangeiros a apresentação de um acordo parassocial celebrado entre as partes moçambicana e estrangeira, onde se estabeleçam os termos e condições, o prazo e a forma a observar na transmissão da parte social para que seja detida maioritariamente por moçambicanos, pretende tornar exequível o n.º 1 do artigo 29 e o n.º 3 do artigo 30, ambos da Lei das Pescas que impõem, respectivamente, que os «*Os direitos de pesca só são concedidos a pessoas nacionais (...)*» e «*Os direitos de pesca comercial apenas concedidos a pessoas singulares ou colectivas nacionais (...)*».

11.2.2. O artigo 50 do Regulamento da Lei das Pescas estabelece um prazo dentro do qual os operadores de pesca se devem conformar com as novas exigências decorrentes da Lei das Pescas de modo a adquirirem os direitos de pesca, observando os requisitos prescritos na Lei das Pescas, em particular, os que impõem a nacionalidade moçambicana às pessoas colectivas estrangeiras que à face do regime anterior já eram consideradas nacionais, acabando por provocar a retroactividade da Nova Lei das Pescas.

12. As normas da Lei das pescas e do respectivo Regulamento a apreciar são as seguintes:

- **“Lei das Pescas**

Artigo 29

(Concessão e duração)

1. *Os direitos de pesca só são concedidos a pessoas nacionais por períodos até vinte anos (...).*
2. (...).

Artigo 30

(Titularidade)

1. (...).
2. (...).
3. *Os direitos de pesca comercial apenas são concedidos a pessoas singulares ou colectivas nacionais com idoneidade (...)*”.

“Regulamento da Lei das Pescas

Artigo 11

(Pedido de concessão)

1. (...).
2. (...).
3. *A requerimento dos interessados, podem ser concedidos direitos de pesca a pessoa colectiva com capital social maioritariamente detido por estrangeiros, desde que apresentem um acordo parassocial celebrado entre as partes moçambicana e estrangeira, fundamentado num plano de negócio, a submeter sob a forma de anexo, que estabeleça os termos e condições, o prazo e a forma a observar na transmissão da parte social para efeitos de conformação com a Lei das Pescas.*
4. (...)

Artigo 50

(Conformidade com os procedimentos administrativos)

A Administração das Pescas e os operadores de pesca dispõem do prazo de cento e oitenta dias, a partir da entrada em vigor do presente Regulamento, para se

conformarem com os procedimentos administrativos relativos à concessão dos direitos ora instituídos”.

13. Portanto, as questões a aquilatar são as seguintes:

- Será que os n.ºs 1 e 3, respectivamente, dos artigos 29 e 30 da Lei das Pescas ao estabelecer que os direitos de pesca só podem ser adquiridos por pessoas singulares ou colectivas nacionais violam os princípios da irretroactividade da lei, da universalidade e da igualdade, do reconhecimento e defesa da propriedade e da defesa e autorização do investimento estrangeiro, previstos nos artigos 57, 35, 82 e 108, todos da CRM, respectivamente?

Será que o facto de se condicionar a obtenção de direitos de pescas pelas pessoas colectivas com capital maioritariamente estrangeiro à conclusão de acordos parassociais, os quais devem prever os termos e condições, o prazo e a forma a observar na transmissão da parte social para efeitos de conformação com a Nova Lei das Pescas, nos termos do n.º 3 do artigo 11 do Regulamento da Lei das Pescas desnatura o princípio da liberdade contratual?

- Será que o artigo 50 do Regulamento da Lei das Pescas ao impor aos operadores de pesca o prazo de cento e oitenta dias, a partir da entrada em vigor do Regulamento da Lei das Pescas, para se conformarem com os procedimentos administrativos relativos à concessão dos direitos ora instituídos, extravasou o âmbito do poder regulamentar e, desde logo, fez retroagir indevidamente a Nova Lei das Pescas?

II.2. Enquadramento e apreciação dos pedidos

II.2.1. Análise da inconstitucionalidade dos n.ºs 1 e 3, respectivamente, dos artigos 29 e 30 da Lei das Pescas

14. Antes de apreciar esta questão de fundo, importa previamente investigar uma questão de partida.

15. Prende-se com a necessidade de clarificar o âmbito do problema que é aqui colocado. Os n.º 1 e 3, respectivamente, dos artigos 29 e 30 da Nova Lei das Pescas dispõem que os direitos de pesca só podem ser concedidos a pessoas singulares ou colectivas nacionais, excluindo categoricamente as pessoas colectivas com capital maioritariamente estrangeiro.

15.1. Contudo, este regime exclusivo para os nacionais só vige dentro do mar territorial. A questão que se procede a investigação é da busca da fundamentação deste regime privativo.

15.2. O mar territorial tem o seu regime jurídico definido universalmente pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM) ratificada por Moçambique pela Resolução n.º 21/96, de 26 de Novembro, da Assembleia da República e internamente determinado pelo Decreto-Lei n.º 31/76, de 19 de Agosto, que define os direitos sobre os recursos económicos do mar adjacente à costa da República Popular de Moçambique. De acordo com o n.º 1 do artigo 2 da CNUDM “*A soberania do Estado costeiro estende-se além do seu território e das suas águas interiores (...), a uma zona do mar adjacente designada de mar territorial*”.

15.3. O mar territorial é fixado, nos termos do n.º 2 do artigo 3 da CNUDM, até uma faixa de águas costeiras que não ultrapassa 12 milhas marítimas, abrangendo o espaço aéreo sobrejacente ao mar territorial, bem como ao leito e ao subsolo deste mar (Artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 31/76, de 19 de Agosto).

16. No mar territorial, o Estado costeiro exerce a plenitude da sua soberania, definindo, através de normas estaduais, a sua própria conduta e traçando unilateralmente a conduta alheia naquilo que com ele tenha relação.

17. Portanto, no mar territorial ou até as 12 milhas moçambicanas, o Estado pode livremente definir o regime de utilização dos seus recursos vivos, sem condicionalismos. Foi no âmbito do exercício destas faculdades que a Assembleia da República, através da Lei das Pescas, prescreveu nos artigos 29 e 30, o direito exclusivo de concessão dos direitos de pesca apenas a pessoas singulares ou colectivas nacionais.

Em conclusão parcelar, é possível formular um princípio geral de que no mar territorial, o Estado costeiro, como é Moçambique, tem a plena liberdade de definir unilateralmente as regras de concessão de direitos de pesca e de reservar exclusivamente aos nacionais o gozo de todos os direitos de captura dos recursos.

18. Consequentemente, qualquer pessoa colectiva com capital maioritariamente estrangeiro para obter os direitos de pesca dentro do mar territorial deve submeter-se obrigatoriamente às regras definidas para esse caso.

19. Entrando para as questões da alegada inconstitucionalidade dos n.ºs 1 e 3, respectivamente, dos artigos 29 e 30, ambos da Nova Lei das Pescas por violarem os artigos 57, 35, 82 e 108, todos da CRM, cumpre tecer o que se segue.

20. No entender do Requerente, os n.ºs 1 e 3, respectivamente, dos artigos 29 e 30 da Nova Lei das Pescas, ao estabelecer que os direitos de pesca só podem ser concedidos às pessoas singulares ou colectivas nacionais viola o artigo 57 da CRM que dispõe que: “Na República de Moçambique as leis só podem ter efeitos retroactivos quando beneficiam os cidadãos e outras pessoas jurídicas”.

21. Esta questão remete à análise do passado sobre a concessão dos direitos de pesca para surpreender a questão de fundo da violação do princípio da não retroactividade da lei nos termos do referido artigo 57 da CRM.

22. A preocupação sobre a regulação das condições do uso e aproveitamento dos recursos pesqueiros em Moçambique remonta ao Decreto-Lei n.º 31/76, de 19 de Agosto, que definiu de acordo com a CNUDM as águas jurisdicionais de Moçambique, em mar territorial e zona económica exclusiva. Pela Lei n.º 8/78, de 22 de Abril, foi aprovado, pela primeira vez, o regime jurídico da pesca efectuada por estrangeiros nas águas jurisdicionais moçambicanas.

23. Segundo o artigo 2.º da Lei n.º 8/78, de 22 de Abril, as embarcações ou veículos estrangeiros poderiam pescar ou estar em preparativos de pesca nas águas jurisdicionais da República Popular de Moçambique quando fossem devidamente autorizados pelo Ministro da Indústria e Energia. Quer no mar territorial, quer na zona económica

exclusiva, os direitos de pesca eram concedidos por licença, a qual definia as circunstâncias e as modalidades apropriadas para o exercício do direito de captura.

24. A Lei n.º 3/90, de 26 de Setembro, Lei das Pescas, revogando a Lei n.º 8/78, de 22 de Abril, regulou a matéria de concessão de direitos de pesca aos estrangeiros nos artigos 32, 33 e 34. Com efeito, as licenças de pesca para estrangeiros só eram concedidas para operarem fora das 12 milhas do mar territorial. Contudo, excepcionalmente, a Secretaria do Estado das Pescas podia licenciar embarcações estrangeiras para operarem dentro das 12 milhas do mar territorial, desde que fosse para realizar operações de pesca específica e para fins experimentais e de investigação (n.º 3 do artigo 34 da Lei n.º 3/90).

25. Comparativamente ao regime da Nova Lei das Pescas, pode notar-se algumas diferenças:

25.1. No regime anterior, ao abrigo das Lei n.º 8/78 e 3/90, os estrangeiros podiam fazer capturas no mar territorial, desde que devidamente autorizados; excepto na zona económica exclusiva que se admite as capturas, tanto aos nacionais, como aos estrangeiros, sem condicionalismos.

25.2. No actual regime, nos termos dos artigos 29 e 30 da Nova Lei das Pescas, não há excepção, quanto ao mar territorial, só adquire direitos de pesca, dentro das 12 milhas, apenas a pessoa singular ou colectiva nacional; em relação à zona económica exclusiva não há desvios em relação ao regime anterior.

26. A questão de recato entre a Lei n.º 3/90, de 26 de Setembro e a Lei n.º 22/2013, de 1 de Novembro, ambas Leis das Pescas, está na definição do conceito de «pessoa colectiva nacional», pois é ela que adquire os plenos direitos de pesca comercial dentro das 12 milhas.

26.1. No regime da Lei n.º 3/90, de 26 de Setembro, dizia-se «pessoa colectiva nacional», no ponto 1.10 das «Definições» a *“pessoa colectiva com sede social em Moçambique, tendo a maior parte das suas actividades baseadas neste país e na qual:*

a) *A participação no capital social esteja inteiramente nas mãos de cidadãos nacionais ou outras pessoas colectivas nacionais; ou*

b) *A participação de nacionais no capital social seja significativa e os benefícios que resultam para o país das suas actividades conduzam o Secretário de Estado das Pescas, através de despacho, devidamente fundamentado e publicado, a conferir-lhe o estatuto de pessoa colectiva nacional para fins de aplicação da presente lei (...);*

c) *Apesar de não serem satisfeitos os requisitos das alíneas anteriores, tenha desenvolvido em Moçambique, de maneira contínua, actividades de exploração pesqueira desde antes da data da independência; ou*

d) *Não obstante não serem satisfeitos os critérios das alíneas anteriores, venham a exercer actividades de exploração e de desenvolvimento pesqueiro e o Secretário de Estado das Pescas lhes tenha conferido mediante despacho devidamente fundamentado e publicado, o estatuto de pessoa colectiva nacional (...)*”.

26.2. Ora, no regime da Nova Lei das Pescas, define-se «*pessoa colectiva nacional: a que esteja registada em Moçambique e tenha a sede e direcção efectiva em território nacional e cujo capital seja maioritária e efectivamente detido por moçambicanos*» (Glossário da Lei).

27. As diferenças são as seguintes:

27.1. No regime da Antiga Lei das Pescas, o conceito de «*pessoa colectiva nacional*» era amplo, podendo esta qualidade ser conferida por despacho do Secretário de Estado das Pescas, desde que verificados os condicionalismos previstos no ponto 1.10, das definições. Mais ainda, adquiria a qualidade de pessoa colectiva nacional, para fins de capturas nas águas do mar territorial (dentro das 12 milhas), a pessoa colectiva estrangeira que “*(...) tenha desenvolvido em Moçambique, de maneira contínua, actividades de exploração pesqueira desde antes da data da independência*”.

27.2. No regime da Nova Lei das Pescas, o conceito de «*pessoa colectiva nacional*», para fins de qualificação como sujeito de direitos de pesca no mar territorial não admite excepções. Só pode realizar capturas no mar territorial, segundo os artigos 29/n.º 1 e

30/n.º 3, a pessoa colectiva nacional, sendo aquela que se encontra “(...) registada em Moçambique e tenha a sede e direcção efectiva em território nacional e cujo capital seja maioritária e efectivamente detido por moçambicanos”.

28. A Nova Lei das Pescas, ao eliminar todas as excepções que se previam na pretérita Lei das Pescas, e submeter a todas as pessoas colectivas estrangeiras que, à face da qualificação anterior, já eram elegíveis para serem titulares de direitos de pesca no mar territorial, estará ou não a pôr em crise o princípio da irretroactividade da lei?

29. Nos termos do artigo 57 da CRM, “*Na República de Moçambique as leis só podem ter efeitos retroactivos quando beneficiam os cidadãos e outras pessoas jurídicas*”. Tal é a proclamação no ordenamento jurídico nacional do princípio geral de que a lei nova não será aplicada às situações jurídicas já constituídas sobre a vigência da lei revogada ou modificada.

29.1. Neste sentido dispõe o n.º 1 do artigo 12.º do CC que “*A lei só dispõe para o futuro (...)*”.

30. Nos termos do artigo 111 da Nova Lei das Pescas “*É revogada a Lei n.º 3/90, de 26 de Setembro e toda a legislação contrária à presente Lei*”.

30.1. A actual Lei das Pescas revogou totalmente a Lei n.º 3/90 (Antiga Lei das Pescas) e modificou o conceito de pessoa colectiva nacional para efeitos de aquisição dos direitos de pesca no mar territorial, tornando-o mais restrito, o que afecta o conceito anterior que era mais amplo.

30.2. Ora, quando uma lei nova regula, de modo diferente, a matéria versada pela lei anterior, seja por consequência da revogação total da lei anterior ou pela derrogação de alguma das suas disposições, surge aí o conflito entre as novas disposições e as relações jurídicas já consolidadas sob a égide da velha norma revogada.

31. A questão que surge é a de saber se é possível a aplicação da Nova Lei das Pescas, quanto à definição do conceito de «pessoa colectiva nacional» às situações anteriormente constituídas pela Antiga Lei das Pescas, ou melhor, as pessoas colectivas

estrangeiras que à face da Lei n.º 3/90, de 26 de Setembro, tinham adquirido a qualidade de pessoa colectiva nacional por (i) efeito do despacho do Secretário de Estado ou (ii) por terem desenvolvido em Moçambique, de maneira contínua, actividades de exploração pesqueira desde antes da data da independência devem ou não conformar-se com a actual Lei das Pescas?

32. A presente *vexata quaestio* pode ser solucionada com recurso a dois critérios fundamentais.

32.1. O primeiro critério diz respeito à existência de disposições transitórias na lei nova, as quais se destinam a evitar e a solucionar conflitos que poderão surgir do confronto da nova lei com a antiga lei, embora tenham carácter temporário, têm a função de conciliar a nova lei com as relações já definidas pela norma anterior. Contudo, a Lei n.º 22/2013, de 1 de Novembro, (Nova Lei das Pescas), não tem disposições transitórias que expressamente indiquem a sua retroactividade.

Com este critério, porque a retroactividade não se presume, conclui-se que a Lei n.º 22/2013, de 1 de Novembro, (Nova Lei das Pescas), não é retroactiva e, portanto, só visa factos novos.

32.2. O segundo critério refere-se às escolhas de cada ordem jurídica entre a retroactividade ou não retroactividade das normas jurídicas. Como assinalámos, em Moçambique, vigora, como princípio geral, a não retroactividade da lei (artigo 57 da CRM e n.º 1 do artigo 12.º do CC). A função deste princípio é a de garantir a segurança, a certeza e a estabilidade do ordenamento jurídico. Deste modo, pode afirmar-se que a nova lei não prejudicará os direitos adquiridos, os actos jurídicos perfeitos e a coisa julgada.

33. O princípio da não retroactividade da lei não é absoluto. A lei, nos termos do artigo 57 da CRM, pode ser retroactiva, quando beneficia os cidadãos e outras pessoas jurídicas.

34. Por isso, a Nova Lei das Pescas não pode pôr em causa os direitos adquiridos, os actos jurídicos perfeitos e os casos julgados.

35. A Nova Lei das Pescas ao definir de modo restrito o conceito de «pessoa colectiva nacional» em relação à sua predecessora (Antiga Lei das Pescas) pretenderá bulir com as situações jurídicas adquiridas pelas pessoas colectivas estrangeiras?

36. Em primeiro lugar, o n.º 1 do artigo 29 e o n.º 3 do artigo 30, ambos da Nova Lei das Pescas, ao prescreverem, respectivamente, que “*Os direitos de pesca só são concedidos a pessoas nacionais (...)*” e “*Os direitos de pesca comercial apenas são concedidos a pessoas singulares ou colectivas nacionais (...)*”, não têm como finalidade definir o que seja «pessoa colectiva nacional», mas tão somente reservar exclusivamente a aquisição dos direitos de pesca aos nacionais.

37. Doutra banda, quando a mesma Lei, no seu «Glossário» define a «pessoa colectiva nacional» como sendo aquela que esteja registada em Moçambique e tenha a sede e direcção efectiva em território nacional e cujo capital seja maioritário e efectivamente detido por moçambicanos, está, em si, longe de pôr em causa os direitos eventualmente adquiridos à face da lei anterior, pois não existem, em primeiro lugar, na Nova Lei das Pescas, disposições transitórias que ditam a retroactividade desta lei e, em segundo momento, de acordo com o princípio geral de aplicação da lei no tempo, em Moçambique a lei dispõe para o futuro, isto é, abrange casos que ocorram depois da sua entrada em vigor.

38. Em conclusão, o n.º 1 do artigo 29 e o n.º 3 do artigo 30, ambos da Lei n.º 22/2013, de 1 de Novembro, (Nova Lei das Pescas), *de per si*, não são desconformes com a Constituição e não põem em causa o princípio da não retroactividade da lei previsto no artigo 57 da Constituição.

39. Em segundo lugar, o Requerente advoga que o n.º 1 do artigo 29 e o n.º 3 do artigo 30, ambos da Nova Lei das Pescas, ao prescreverem, respectivamente, que “*Os direitos de pesca só são concedidos a pessoas nacionais (...)*” e “*Os direitos de pesca comercial apenas são concedidos a pessoas singulares ou colectivas nacionais (...)*”, põem em causa o princípio da universalidade e igualdade previsto no artigo 35 da CRM.

40. Segundo o artigo 35 da CRM “*Todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres (...)*”. O princípio da universalidade e igualdade, conforme a epígrafe do artigo 35 da CRM, comporta duas vertentes de análise. Assim, a universalidade significa que todos os cidadãos são titulares de todos os direitos e todos eles estão sujeitos a todos os deveres, no sentido de serem destinatários das normas, vistas no seu aspecto quantitativo, enquanto o princípio da igualdade tem um sentido mais qualitativo, olhando-se ao conteúdo das normas e, deste modo, define-se na ideia ou premissa de que todos os seres humanos são iguais quanto à sua dignidade humana e, conseqüentemente, iguais em todas as dimensões que a dignidade assume na sua vida, encontrando-se todos os cidadãos em posições jurídicas iguais relativamente aos direitos e deveres. Mas, é importante conservar a ideia de que não é permitido o tratamento diferenciado de situações iguais, sem um fundamento jurídico válido que justifique esse tratamento desigual.

41. Neste debate em torno do artigo 35 da CRM, a questão que se coloca tem a ver com o sentido do termo «cidadão», se ele inclui ou não os «estrangeiros». Conforme sufragado no Acórdão n.º 5/CC/2008, de 08 de Maio, deste Conselho Constitucional:

41.1. “O termo «cidadão» tem, neste contexto, o seu significado jurídico, ou seja, designa o indivíduo que mantém um vínculo de nacionalidade com o Estado moçambicano, nos termos dos artigos 23 e seguintes da Constituição, o que se não deve entender como desconsideração pela ordem constitucional da situação dos estrangeiros em relação ao gozo dos direitos e à vinculação a deveres.

No Direito Comparado, algumas Constituições complementam os princípios da universalidade e da igualdade com disposições específicas que equiparam os estrangeiros com os nacionais. São exemplos as Constituições portuguesa, artigo 15º, italiana, artigo 10º, nº 2, espanhola, artigo 13º, brasileira, artigo 5º, corpo, santomense, artigo 17º e cabo-verdiana, artigo 24º.

Não existe na nossa Constituição disposição semelhante às que se acabam de citar. No entanto, existe a Lei nº 5/93, de 28 de Dezembro, sobre “regime jurídico do cidadão

estrangeiro”, a qual consagra, no n.º 1 do seu artigo 4, o princípio geral de equiparação dos estrangeiros com os nacionais quanto os direitos e deveres”.

42. Em conclusão, na ordem jurídica moçambicana, a questão em análise pertence ao fórum de direito infraconstitucional, o que torna improcedente a alegada inconstitucionalidade do n.º 1 do artigo 29 e do n.º 3 do artigo 30, ambos da Nova Lei das Pescas, com fundamento na violação do artigo 35 da CRM, pois, sendo questão de ordem ordinária, o Legislador Ordinário pode, sem pôr em causa a Constituição, fazer ou não equiparações entre os cidadãos nacionais e os estrangeiros, sendo que no caso da Nova Lei das Pescas reservou-se exclusivamente certos direitos para os nacionais, como é o caso da titularidade dos direitos de pesca no mar territorial.

43. Alega, igualmente, o Requerente que o n.º 1 do artigo 29 e o n.º 3 do artigo 30, ambos da Nova Lei das Pescas, põem em crise o princípio do reconhecimento e da defesa da propriedade, previsto no n.º 1 do artigo 82 da CRM, que diz: “O Estado reconhece e garante o direito de propriedade”.

43.1. O direito de propriedade a que se refere o artigo 82 da CRM, enquadrado no Capítulo V, sobre os «Direitos e Deveres Económicos, Sociais e Culturais», demonstra que se trata de um direito de natureza individual, cujo conteúdo é a faculdade geral de apropriação pelo cidadão, cabendo, por isso, ao Estado o dever de proteger. Mas além de ser um direito individual, o direito de propriedade desempenha também uma função social ligada ao interesse público, cuja prossecução pode legitimar, em certas circunstâncias, ao Estado a imposição de medidas restritivas ou ablativas do seu exercício, como é o caso da expropriação, do que resulta que nesses casos o Estado tem o dever de pagar uma justa indemnização (n.º 2 do artigo 82).

43.2. Contudo, a propriedade aqui em causa não é de natureza privada, o que retira qualquer possibilidade de se afirmar que os n.ºs 1 e 3, respectivamente, dos artigos 29 e 30 da Nova Lei das Pescas, ao reservar exclusivamente a titularidade de direitos de pesca no mar territorial aos nacionais, viola o direito individual à propriedade privada prevista no artigo 82. Com efeito, os recursos pesqueiros situados no mar territorial integram-se na propriedade do Estado e domínio público regulados pelo artigo 98 da

CRM, que diz: “*Os recursos naturais situados no solo e no subsolo, nas águas interiores, **no mar territorial**, na plataforma continental e na zona económica exclusiva são propriedades do Estado*”. (Sublinhado nosso).

43.3. Sendo os recursos pesqueiros situados no mar territorial integrados na propriedade pública, cabe ao Estado determinar as condições do seu uso e aproveitamento, com salvaguarda dos interesses nacionais. Neste sentido, o cidadão, sobre estes recursos, detém unicamente as faculdades de uso e aproveitamento, devendo, para o efeito, satisfazer os requisitos previamente estabelecidos para a aquisição das respectivas licenças.

44. Concluindo, não é juridicamente sustentável o argumento de que a reserva exclusiva da titularidade dos direitos de pesca no mar territorial aos moçambicanos, nos termos dos n.ºs 1 e 3, respectivamente, dos artigos 29 e 30 da Nova Lei das Pescas, infringe o princípio da defesa e reconhecimento da propriedade privada previsto no n.º 1 do artigo 82 da CRM, por serem recursos integrados na propriedade pública.

45. O Requerente entende ainda que os n.ºs 1 e 3, respectivamente, dos artigos 29 e 30 da Nova Lei das Pescas, ao reservar exclusivamente a titularidade de direitos de pesca no mar territorial aos nacionais, contende com o princípio da defesa e autorização do investimento estrangeiro, nos termos do artigo 108 da CRM.

46. O n.º 1 do artigo 108 da CRM dispõe que o Estado garante o investimento estrangeiro, sendo que este opera no quadro da política económica estabelecida pelo mesmo Estado. Os princípios da política económica estão definidos no artigo 96 da CRM e segundo o seu n.º 1, um dos objectivos desta política é o “*reforço da soberania do Estado*”, razão pela qual, nos termos do n.º 2 do citado artigo 108 da Constituição, o investimento estrangeiro não é autorizado “*naqueles sectores que estejam reservados à propriedade ou exploração do Estado*”. Ainda no seguimento da jurisprudência sufragada no Acórdão n.º 5/CC/2008, de 08 de Maio, deste Conselho Constitucional, sobre esta matéria, vale assinalar o que se segue.

46.1. “O artigo 108 da Constituição, compreendido sistematicamente, não traduz a consagração de um direito dos estrangeiros ao investimento. Pela sua inserção no Capítulo II (Organização económica) do Título IV (Organização económica, social, financeira e fiscal) da Constituição, aquela disposição tem carácter programático, consubstanciando a imposição duma tarefa ao Estado, no sentido de criar condições legais e institucionais favoráveis ao investimento estrangeiro no País, quer atraindo-o, quer garantindo-o, quando realizado”.

46.2. Neste contexto, “ (...), da interpretação conjugada do artigo 108 com o n.º 1 do artigo 96, ambos da Constituição, decorre que a garantia constitucional do investimento estrangeiro comporta limitações, antes de mais as que se prendem com a necessidade de o investimento actuar no quadro da política económica do Estado, dirigida ao reforço da soberania e com a previsão da existência de áreas de actividade económica reservadas à propriedade ou exploração do Estado”.

47. Por assim dizer, é no domínio das matérias de soberania do Estado sobre a propriedade pública dos recursos pesqueiros situados no mar territorial (n.º 1 do artigo 98 da CRM), que se enquadram as prerrogativas de definição das formas de comparticipação do investimento estrangeiro. Com efeito, a forma de comparticipação do investimento estrangeiro nas capturas a realizar no mar territorial, nos termos da Nova Lei das Pescas, é a de que o capital estrangeiro não pode estar numa situação de superioridade em relação ao capital nacional, daí a noção do que seja «pessoa colectiva nacional», nos termos das «Definições» constantes da Nova Lei das Pescas, segundo a qual «pessoa colectiva nacional» é “*a que esteja registada em Moçambique e tenha a sede e direcção efectiva em território nacional e cujo capital seja maioritário e efectivamente detido por moçambicanos*”.

48. Pelos fundamentos expostos, impor ao Estado, ao definir os critérios de uso e aproveitamento dos recursos pesqueiros no mar territorial, propriedade pública, onde exerce a plena soberania, a renúncia aos objectivos fundamentais da sua política económica de melhorar as condições da vida do seu povo e proporcionar o crescimento do empresariado nacional (Artigo 107 da CRM), a pretexto de que devia equiparar os

estrangeiros aos nacionais, se tal fosse admitido como normal, semelhante possibilidade significaria a alienação da soberania do Estado, em prejuízo do interesse nacional, que deve prevalecer sobre os interesses estrangeiros no território nacional. Como ficou demonstrado, apesar de a equiparação de estrangeiros aos nacionais ser matéria de lei, tal não significa que o Estado deva tomar tal regra como obrigatória nas suas escolhas soberanas.

II.2.2. Análise da legalidade do n.º 3 do artigo 11 do Regulamento da Lei das Pescas em relação aos artigos 29 e 30 da Lei das Pescas e o n.º 1 do artigo 405.º do CC

49. Resulta inequívoco que o n.º 3 do artigo 11 do regulamento da Lei das Pescas ao dispor que “*A requerimento dos interessados, podem ser concedidos direitos de pesca a pessoa colectiva com capital social maioritariamente detido por estrangeiros, desde que apresentem um acordo parassocial celebrado entre as partes moçambicana e estrangeira, fundamentado num plano de negócio, a submeter sob a forma de anexo, que estabeleça os termos e condições, o prazo e a forma a observar na transmissão da parte social para efeitos de conformação com a Lei das Pescas*”, converte pessoas colectivas estrangeiras em nacionais, como condição para o exercício de direitos de pesca no mar territorial.

49.1. Trata-se, na verdade, de um direito potestativo constitutivo de exigir que as pessoas colectivas com capital maioritariamente estrangeiro transmitam o capital social na parte maioritária às pessoas nacionais, através de acordos parassociais, de modo a fazerem capturas no mar territorial, pois é direito exclusivo de moçambicanos.

49.2. As pessoas colectivas com capital total ou maioritariamente estrangeiro não são compelidas a concluir acordos parassociais, pois, nos termos do artigo 41 da Lei das Pescas, a licença de pesca pode ser concedida a pessoa estrangeira para operar fora do mar territorial, por um período renovável não superior a um ano (n.ºs 1 e 2), o que significa que os estrangeiros têm outras opções nas águas jurisdicionais moçambicanas.

50. Neste sentido, dispõe a CNUDM, no seu artigo 62, que o Estado costeiro deve ter por objectivo promover a utilização óptima dos recursos vivos na zona económica

exclusiva, determinando a sua capacidade de capturar os recursos vivos e quando não tiver capacidade para efectuar a totalidade da captura permissível deve dar a nacionais de outros Estados o acesso ao excedente da captura, cumprindo as medidas de conservação e outras modalidades e condições estabelecidas nas leis e regulamentos do Estado costeiro (n.ºs 1 e 4).

51. Do atrás exposto, resulta que, diferentemente do mar territorial, onde os direitos de pesca são exclusivos para nacionais, fora do mar territorial ou na Zona Económica Exclusiva, os direitos de pesca em Moçambique, abraçando o espírito do artigo 62 da CNUDM, podem ser concedidos a pessoas singulares ou colectivas nacionais ou estrangeiras sem condicionalismo.

52. O artigo 110 do Regulamento da Lei das Pescas preconiza que “*Compete ao Governo aprovar os regulamentos específicos (...) nos domínios da pesca (...) para assegurar a execução da presente Lei*”. O n.º 2 do artigo 29 da Nova Lei das Pescas prescreve que “*O Governo estabelece os critérios, requisitos e períodos de concessão de direitos de pesca para cada pescaria*” e o n.º 3 do artigo 30 da mesma Lei dispõe que “*Os direitos de pesca comercial são concedidos a pessoas singulares ou colectivas nacionais (...) e que preencham os demais requisitos previstos na presente lei e em regulamento a ser aprovado pelo Governo*”.

52.1. As normas atrás cotejadas atribuem ao Governo a faculdade regulamentária da Nova Lei das Pescas. Olhando para a questão de fundo, é preciso questionar se o Governo, ao elaborar a regulamentação devida, não terá ultrapassado os limites definidos na Nova Lei das Pescas?

52.2. O n.º 1 do artigo 29 e o n.º 3 do artigo 30, ambos da Nova Lei das Pescas dispõem que os direitos de pesca são somente concedidos às pessoas singulares ou colectivas nacionais, no que diz respeito às capturas no mar territorial. De acordo com os preceitos ora citados, os direitos de pesca, dentro das 12 milhas ou no mar territorial, pertencem exclusivamente aos moçambicanos, quer se apresentem como pessoas físicas, quer como pessoas colectivas.

52.3. É no tocante às pessoas colectivas que a Nova Lei das Pescas estabeleceu as regras de aquisição da nacionalidade moçambicana, nomeadamente, ter registo, sede, direcção efectiva em Moçambique e capital social maioritária e efectivamente detido por moçambicanos (Definições).

53. A Nova Lei das Pescas abre a possibilidade de os estrangeiros, através de pessoas físicas ou colectivas, participarem das capturas no mar territorial, desde que se associem aos moçambicanos, detendo estes últimos maioritária e efectivamente o capital social.

54. O n.º 3 do artigo 11 do Regulamento da Lei das Pescas, pretendendo estabelecer, ao abrigo dos n.ºs 2 do artigo 29, n.º 3 do artigo 30 e artigo 110, todos da Lei das Pescas, requisitos para os estrangeiros participarem das capturas no mar territorial, porque reservado aos nacionais, instituiu a obrigatoriedade de celebração de acordos parassociais entre a parte moçambicana e estrangeira, fundamentado num plano de negócio, a submeter sob a forma de anexo, que estabeleça os termos e condições, o prazo e a forma a observar na transmissão da parte social para efeitos de conformação com a Lei das Pescas.

55. A primeira questão de fundo é a de saber se esta prescrição governamental viola ou não os artigos 29 e 30, ambos da Lei das Pescas, por impor os acordos parassociais.

56. Olhando para o princípio da aplicação da lei no tempo, fácil se conclui que a nova regulamentação só visa factos novos. Isto é, aplica-se somente para as situações que futuramente se vierem a constituir, depois da entrada em vigor da nova regulamentação.

57. Deste modo, pode traçar-se uma regra geral de que a partir da data da entrada em vigor do Regulamento da Lei das Pescas, qualquer pessoa colectiva (ou não) estrangeira que pretenda adquirir direitos de pesca no mar territorial deverá apresentar um acordo parassocial celebrado entre ela e a parte moçambicana (colectiva ou não), onde institua os termos e condições, o prazo e a forma a observar na transmissão da parte social de modo a ser detida maioritária e efectivamente por moçambicano ou moçambicanos. Esta norma decorre do facto de que os direitos de pesca no mar territorial só são adquiridos por pessoas colectivas moçambicanas, e, para o efeito, são pessoas colectivas moçambicanas as que, para além do registo, sede e direcção efectiva no território

nacional, devem ter o capital social maioritário e efectivamente detido por moçambicanos.

58. Portanto, o n.º 3 do artigo 11 do Regulamento da Lei das Pescas não dispõe para além da Lei das Pescas, nem restringe o seu alcance, pelo contrário adequa a lei com vista à sua efectiva aplicação, respeitando os ditames impostos pela mesma para a definição de pessoa colectiva nacional para efeitos de titularidade dos direitos de pesca no mar territorial ou dentro das 12 milhas.

59. A segunda questão tem a ver com a necessidade de avaliar se, nos termos do n.º 3 do artigo 11 do Regulamento da Lei das Pescas, a exigência da conclusão de acordos parassociais celebrados entre as partes moçambicana e estrangeira, fundamentado num plano de negócio, a submeter sob a forma de anexo, que estabeleça os termos e condições, o prazo e a forma a observar na transmissão da parte social para efeitos de conformação com a Lei das Pescas viola o princípio da liberdade contratual, consagrado no n.º 1 do artigo 405.º do CC?

60. O n.º 1 do artigo 405.º do CC dispõe que “*Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou concluir nestes as cláusulas que lhes aprouver*”. A liberdade contratual é corolário do princípio da autonomia da vontade, ligado directamente à autodeterminação da pessoa à sua liberdade, como direito de conformar o mundo e a si próprio.

61. Como corolário da autonomia privada, o princípio da liberdade contratual desdobra-se em duas perspectivas: a liberdade de celebração ou conclusão dos contratos e a liberdade de modelação do conteúdo contratual ou de estipulação. A primeira consiste na faculdade de realizar ou não determinado contrato, optando livremente pelo modelo contratual típico ou atípico. A segunda vertente, a da liberdade de estipulação, assenta na faculdade de escolha do tipo de negócio relativo à melhor e mais eficaz satisfação dos interesses das partes e à maneira de preencher o seu conteúdo concreto, apondo no contrato cláusulas que lhes aprouver.

62. No fundo, a liberdade contratual atribuí às partes o poder de fixarem, em termos vinculativos, a disciplina aplicável ao contrato que celebrarem e, tal faculdade exerce-se dentro dos limites determinados por lei, em particular, através das normas imperativas, por meio das quais o Estado procura prosseguir as suas incumbências no domínio social e económico. No caso em apreço, através da exigência de acordos parassociais, o Estado pretende salvaguardar que, dentro do mar territorial, o investimento estrangeiro opere no quadro da sua política económica, que consiste em assegurar que as capturas de recursos pesqueiros sejam realmente efectuadas por moçambicanos, participando estes nas empresas pesqueiras, com capital maioritária e efectivamente por si detido.

63. A finalidade dos acordos parassociais referidos no n.º 3 do artigo 11 do Regulamento da Lei das Pescas é, no final de contas, transmitir, no caso das sociedades já existentes em Moçambique que detenham capital maioritariamente estrangeiro, a parte social pertencente aos estrangeiros aos moçambicanos de modo a conformar-se com o estatuído nos artigos 29 e 30 da Lei das Pescas, que impõe que só podem ser titulares de direitos de pesca no mar territorial, as pessoas colectivas nacionais, consideradas como tal, as que têm registo, sede e direcção efectiva no território nacional e o respectivo capital social seja maioritário e efectivamente detido por moçambicanos.

64. Contudo, continuando o contrato de sociedade a ser o instrumento tradicional de constituição das sociedades e base da sua organização e regulamentação da vida societária, marcado pela liberdade de celebração e de estipulação. É, eventualmente, questionável a admissibilidade de um acordo parassocial que também pretenda regular a vida da sociedade, uma vez que através dele podem, em abstracto, as partes defraudar todas as regras societárias e os próprios estatutos.

65. Em termos concretos, no caso do n.º 3 do artigo 11 do Regulamento da Lei das Pescas, a sociedade estrangeira ao celebrar um acordo parassocial para ceder maioritariamente o seu capital a favor da parte moçambicana, estará a alterar o respectivo pacto social, interferindo no ente colectivo, o que, de certa forma, invade o âmbito dos efeitos restritos das cláusulas destes acordos, que se restringem somente aos

intervenientes, nos termos dos artigos 98 e 411, ambos do Código Comercial, que dispõem sobre o regime dos acordos parassociais.

66. Apesar deste facto, os acordos parassociais impostos pelo n.º 3 do artigo 11 do Regulamento da Lei das Pescas não põe em causa o princípio da autonomia privada, pois este, no caso em análise, confronta-se e colide com dois princípios fundamentais ou imperativos, o da livre determinação pelo Estado das regras de uso e aproveitamento dos recursos pesqueiros no mar territorial, área de plena soberania do Estado, o princípio da salvaguarda dos interesses nacionais e do empresariado nacional (Artigo 107 da CRM), em relação aos estrangeiros. Por força destas regras prevalentes, o Legislador optou, claramente, por limitar a autonomia da vontade, com vista a proteger os nacionais, o que se integra perfeitamente nos termos do n.º 1 do artigo 405.º do CC, pois a liberdade contratual é exercida “dentro dos limites da lei”, podendo esta limitá-la.

67. Por essa razão, não é ilegal e nem viola o princípio da liberdade contratual a exigência de acordos parassociais de transferência de capital social para moçambicanos aos operadores estrangeiros para operarem no mar territorial, pois é da reserva exclusiva dos nacionais a titularidade dos direitos de pesca dentro das 12 milhas. Assim, o estrangeiro (entenda-se investimento estrangeiro) que, não querendo celebrar estes acordos parassociais, poderá, nos termos do artigo 41 e seguintes da Nova Lei das Pescas, realizar autonomamente as suas capturas fora do mar territorial, mas dentro do território nacional. Por isso, trata-se, assinalámos, de um direito potestativo constitutivo de exigir que as pessoas colectivas com capital maioritariamente estrangeiro transmitam o capital social na parte maioritária a pessoas nacionais, através de acordos parassociais, de modo a fazerem capturas no mar territorial, pois é direito exclusivo de moçambicanos.

II.2.3. Análise da legalidade do artigo 50 do Regulamento da Lei das Pescas, quanto à obrigação de conformação dos antigos operadores estrangeiros

68. Questão de melindre que se pode colocar em relação ao artigo 50 do Regulamento da Lei das Pescas é a seguinte:

- se as pessoas colectivas estrangeiras que tinham adquirido, à luz da Lei das Pescas anterior (Lei n.º 3/90), a qualidade de pessoa colectiva nacional (i) por efeito do despacho do Secretário de Estado ou (ii) por terem desenvolvido em Moçambique, de maneira contínua, actividades de exploração pesqueira desde antes da data da independência são ou não afectadas por esta norma por eventualmente terem adquirido no passado a qualidade de nacional, embora, o conceito de «pessoa colectiva nacional» à face da lei actual, não os considere nacionais, ou dito doutro modo, terão estas pessoas colectivas estrangeiras constituído na sua esfera jurídica algum direito adquirido à nacionalidade moçambicana, para efeitos de pesca nas águas do mar territorial?

69. Mas antes, coloca-se uma questão prévia que se deve solucionar sobre a relevância ou não da fiscalização da legalidade do artigo 50 do Regulamento da Lei das Pescas. Quer, nos termos do Decreto n.º 74/2017, de 26 de Dezembro, que aprova o Regulamento da Lei das Pescas, quer, ao abrigo do Decreto n.º 60/2018, de 1 de Outubro, que republica o Regulamento da Lei das Pescas, o prazo de conformação com os procedimentos administrativos de 180 dias desde a data da entrada em vigor daqueles diplomas caducou, visto que:

- o Decreto n.º 74/2017, entrou em vigor no dia da sua publicação, que era 29 de Dezembro de 2017 (Artigo 3), e os 180 dias corriam até o dia 27 de Junho de 2018;
- o Decreto n.º 60/2018, entrou em vigor na data da sua publicação, que é 1 de Outubro, sendo que o prazo de 180 dias correu até o dia 30 de Março de 2019.

70. Portanto, hoje, o artigo 50 do Regulamento da Lei das Pescas apresenta-se como uma norma pretérita, por ter caducado. Ora, a inconstitucionalidade ou ilegalidade pretérita ou póstuma admite a possibilidade de se pronunciar sobre a inconstitucionalidade ou ilegalidade de normas já revogadas ou com efeitos caducados, desde que, no caso concreto, se verifique a utilidade de uma decisão de mérito. Por isso, haverá interesse na emissão da declaração de ilegalidade quando esta for indispensável para eliminar efeitos produzidos pelo acto ilegal durante a sua vigência e para prevenir

a sua aplicação futura a situações não resolvidas definitivamente¹. Eis a razão da apreciação do artigo 50 do Regulamento da Lei das Pescas.

70. No fundo, esta norma impõe que as pessoas colectivas estrangeiras que adquiriram à luz da Lei n.º 3/90, de 26 de Setembro, o estatuto de pessoa colectiva nacional, (i) por efeito do despacho do Secretário de Estado ou (ii) por terem desenvolvido em Moçambique, de maneira contínua, actividades de exploração pesqueira desde antes da data da independência, devem conformar-se com a Nova Lei das Pescas, através de celebração de acordos parassociais, entre a parte moçambicana e estrangeira, fundamentado num plano de negócio, a submeter sob a forma de anexo, que estabeleça os termos e condições, o prazo e a forma a observar na transmissão da parte social para efeitos de conformação com a Lei das Pescas. Perante este facto, colocam-se duas questões de fundo:

- se as pessoas colectivas estrangeiras que adquiriram, à luz da Lei n.º 3/90, de 26 de Setembro (Antiga Lei das Pescas), o estatuto de pessoa nacional devem à face da Lei n.º 22/2013, de 1 de Novembro, (Nova Lei das Pescas), considerar-se nacionais, por terem constituído na sua esfera jurídica um direito adquirido a tal estatuto?

- se se admitir que aquelas pessoas colectivas estrangeiras, qualificadas de nacionais à face do regime anterior, têm direitos adquiridos, são estes absolutos ou não? Dito doutra forma, é defensável a tese de uma retroactividade, seja ela motivada ou mitigada, por força deste artigo 50 do Regulamento da Lei das Pescas?

71. Em relação à primeira questão, é preciso indagar se as pessoas colectivas estrangeiras ao terem adquirido a qualidade de pessoas nacionais, à luz da Antiga Lei das Pescas, sem que o seu capital seja maioritário e efectivamente detido por moçambicanos, conforme exigido na Nova Lei das Pescas, podem ser consideradas elegíveis para serem titulares de direitos de pesca no mar territorial, por força de um pretenso direito adquirido a esse estatuto?

¹ Cfr Acórdão n.º 7/CC/2009, de 24 de Junho, publicado no Boletim da República n.º 27, I Série, de 8 de Julho; MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*, Tomo I, Garantias da Constituição e Controlo da Constitucionalidade, Coimbra Editora, 2002, p. 185.

71.1. São adquiridos os direitos subjectivos produzidos por um facto idóneo, decorrente de uma lei em vigor ao tempo em que se produziu e que pode ser exercido, integrando o património de quem o adquiriu, sendo, por isso, imodificável por lei posterior, pois tornou-se numa situação jurídica consumada². No cerne desta doutrina, “*Se o direito subjectivo não foi exercido, vindo a lei nova, transforma-se em direito adquirido, porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular. Incorporou-se no seu património, para ser exercido quando convier. A lei nova não pode prejudicá-lo, só pelo facto de o titular não o ter exercido antes (...). Essa possibilidade de exercício do direito subjectivo foi adquirida no regime da lei velha e persiste garantida em face da lei superveniente*”³.

71.2. Neste contexto, pode afirmar-se que o direito adquirido serve, essencialmente, de critério para a solução de conflito de leis no tempo, ao discriminar as situações em que a lei nova não pode retroagir, limitando-se a produzir efeitos prospectivos, em salvaguarda de situações jurídicas já consolidadas. Disto resulta que a lei nova não se aplica a situações objectivas constituídas sob o império da lei anterior, devendo entender-se que a nova lei só visa factos novos (n.º 2 do artigo 12.º do CC).

72. No caso em tela, é, eventualmente, defensável a ideia de que os operadores estrangeiros que adquiriram o estatuto de «pessoa colectiva nacional», ao abrigo da Antiga Lei das Pescas, (i) por efeito do despacho do Secretário de Estado ou (ii) por terem desenvolvido em Moçambique, de maneira contínua, actividades de exploração pesqueira desde antes da data da independência, integraram na sua esfera jurídica um direito adquirido à qualificação de pessoa colectiva nacional para efeitos de titularidade de direitos de pesca. Contudo, é preciso avaliar se tais direitos adquiridos são absolutos ou relativos quando confrontados com normas de ordem pública ou que dizem respeito à protecção do interesse público ou político. Eis o objecto do que a seguir se discute.

² Cfr GABBA, Carlo Francesco, *Teoria della Retroattività delle Leggi*, Turim, Utet, 3.ª ed., 1891, p. 191; SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 27.ª ed. Revista e actualizada, Malheiros, São Paulo, 2006, pp. 434-436.

³ SILVA, José Afonso, *Curso de Direito ...*, *ob. cit.* pp. 434-435.

73. Quanto a esta questão, o artigo 57 da CRM dispõe sobre o princípio da não retroactividade da lei, em Moçambique, salvo se beneficiar os cidadãos ou outras pessoas jurídicas. Vale com isto afirmar que a Constituição não veda a retroactividade da lei, a não ser das leis de incidência penal e tributária, quando não beneficiem os seus destinatários. *“Afora isto, o princípio da irretroactividade da lei não é de Direito Constitucional, mas princípio geral de Direito. Decorre do princípio de que as leis são feitas para vigorar e incidir para o futuro (...). Só podem surtir efeitos retroactivos quando elas próprias o estabeleçam (Vedado em matéria penal, salvo a retroactividade benéfica ao réu), resguardados os direitos adquiridos e as situações consumadas evidentemente”*⁴.

74. Em relação ao caso em apreço, a questão é mais profunda, pois os direitos adquiridos pelos operadores estrangeiros de se qualificarem como pessoas colectivas nacionais, sem que o respectivo capital social seja detido maioritariamente e efectivamente por moçambicanos, confronta-se com o direito público, nomeadamente, a necessidade de ponderação de valores em jogo, o interesse público de que no mar territorial adquiram somente direitos de pesca as pessoas colectivas nacionais, isto é, com capital maioritário e efectivamente detido por moçambicanos.

75. Tem sido defendido que não há direito adquirido em face da lei de ordem pública ou de direito público. Com efeito, *“O que se diz com boa razão é que não ocorre direito adquirido contra o interesse público, porque aquele é manifestação de interesse particular que não pode prevalecer sobre o interesse geral”*⁵.

76. No caso em análise há uma colisão entre o interesse privado dos estrangeiros de manterem o estatuto que anteriormente lhes foi deferido e o interesse público de defesa da soberania nacional e da prevalência do interesse nacional de que nas águas do mar territorial ou dentro das 12 milhas náuticas só podem adquirir direitos de pesca as pessoas colectivas nacionais, sendo nacionais, desde que tenham o registo, a sede e

⁴ SILVA, José Afonso, *Curso de Direito ...*, ob. cit. p. 435.

⁵ Idem ibidem.

direcção efectiva em Moçambique e que o respectivo capital seja detido maioritariamente e efectivamente por moçambicanos.

77. Nos termos do artigo 2 da CNUDM, o mar territorial é da exclusiva pertença da soberania do Estado costeiro. Com efeito, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 2 da Convenção do Direito do Mar “*A soberania do Estado costeiro estende-se (...), a uma zona de mar adjacente designada pelo nome de mar territorial*” e “*Esta soberania estende-se ao espaço aéreo sobrejacente ao mar territorial, bem como ao leito e ao subsolo deste mar*”.

77.1. Nos termos dos artigos 98 e 102, ambos da CRM, os recursos pesqueiros das águas jurisdicionais de Moçambique (no caso, no mar territorial) são do domínio público e, portanto, são propriedade inalienável do Estado, cabendo-lhe regulamentar as condições do seu uso e aproveitamento, com salvaguarda dos interesses nacionais. Deste modo, os particulares ou as pessoas colectivas só podem dispor do direito de utilização ou exploração dos recursos pesqueiros, mas nunca a sua propriedade.

77.2. Disto resulta que o direito de uso e aproveitamento dos recursos pesqueiros é titulado por uma licença, entendendo-se esta como acto jurídico constitutivo de direitos subjectivos a favor de administrados em áreas de actuação relativamente proibidas por lei. Destarte, o particular, antes da licença, não tem nenhum direito preexistente. Ele adquire-o a partir do momento em que é titular da licença. Isto explica que a obtenção da nacionalidade moçambicana é somente um dos requisitos de elegibilidade para efeitos de aquisição dos direitos de pesca.

77.3. A imposição da conformação dos operadores estrangeiros já existentes em Moçambique com a Nova Lei das Pescas, através do artigo 50 do Regulamento das Pescas, não constitui violação do princípio do reconhecimento, da defesa e de autorização do investimento estrangeiro, visto que este submete-se às «restrições» decorrentes do tratamento nacional, segundo normas soberanamente definidas pelo Estado. No ordenamento jurídico nacional são vários os exemplos de restrições ou condicionamento do investimento estrangeiro, sem que isso signifique a sua exclusão, nomeadamente:

77.3.1. Nos casos de imóveis nacionalizados pelo Estado, após a independência nacional, que não podem ser transferidos para pessoas singulares estrangeiras ou sociedades cujo capital é detido maioritária e efectivamente por entidades estrangeiras (Artigo 16 do Decreto n.º 2/91, de 16 de Janeiro, Regulamento da Lei n.º 5/91, de 9 de Janeiro, Lei que concedia aos inquilinos nacionais, em situação contratual regular, o direito de requerer a aquisição onerosa de tais imóveis);

77.3.2. No caso de protecção do conteúdo local no procedimento de contratação de trabalhadores nas indústrias de minério, petróleo e gás (Artigo 41 da Lei n.º 21/2014, de 18 de Agosto – Lei dos Petróleos; Artigo 34 da Lei n.º 20/2014, de 18 de Agosto – Lei de Minas);

77.3.3. No caso das empresas de construção para realizar obras privadas, o alvará não permite que a empresa de construção realize obras públicas. Para a obtenção de alvará de empreiteiro de obras públicas, a empresa deve pelo menos estar a operar há mais de dez anos consecutivos e serem moçambicanos os detentores da maioria do capital social (Artigo 5 do Decreto n.º 94/2013, de 31 de Dezembro, que aprova o Regulamento do Exercício da Actividade de Empreiteiro e de Consultor de Construção Civil);

77.3.4. Na área das agências de viagens, o Regulamento destas estabelece que as agências de viagens só podem ser detidas por accionista de nacionalidade moçambicana (Artigo 4 do Decreto n.º 53/2015 de 31 de Janeiro, Regulamento de agência de viagens e turismo e de profissionais de informação turística).

78. Visando a salvaguarda dos interesses nacionais, soberanamente, Moçambique determinou, através da Nova Lei das Pescas que no mar territorial ou dentro das 12 milhas só podem adquirir os direitos de pesca, em particular, comercial, as pessoas colectivas nacionais, fixando os pressupostos definidores da qualidade de «nacional».

79. Portanto, com base no princípio da defesa do interesse nacional que prevalece sobre o interesse privado estrangeiro, são defensáveis: (i) o princípio da retroactividade motivada, pela qual as normas de ordem pública relacionadas com a salvaguarda do interesse nacional, quando esteja em colisão com o interesse particular, podem retroagir, pois entra em cena a ponderação de valores; (ii) a retroactividade temperada ou

mitigada, segundo a qual a lei nova alcança e atinge os efeitos futuros de situações passadas consolidadas sob a vigência da lei anterior. Com efeito, a nova lei passa a interferir na causa passada, aplicando-se imediatamente.

80. Sufragadas estas teses, pode concluir-se que o artigo 50 do Regulamento da Lei das Pescas ao dispor que os operadores dispõem do prazo de cento e oitenta dias, a contar a partir da entrada em vigor do presente Regulamento, para se conformarem com os procedimentos administrativos relativos à concessão dos direitos ora instituídos, está em conformidade com a disciplina legalmente definida na Lei n.º 22/2013, de 1 de Novembro, (Nova Lei das Pescas). Portanto, não enferma de ilegalidade o artigo 50 do Regulamento da Lei das Pescas, visto que pretende salvaguardar o interesse nacional, que não pode ser posto em causa por interesses privados estrangeiros, notado que estes, nos termos do artigo 41 da Nova Lei das Pescas, têm direito de realizar livremente as capturas fora do mar territorial.

Pelo atrás exposto, conclui-se, globalmente, que:

1. As normas contidas nos n.ºs 1 e 3, respectivamente, dos artigos 29 e 30, ambos da Lei n.º 22/2013, de 1 de Novembro, Lei das Pescas, ao reservarem exclusivamente a titularidade dos direitos de pesca aos moçambicanos não põem em causa os seguintes princípios constitucionais:

- da irretroactividade das leis (artigo 57), porque não existe, no texto da Nova Lei das Pescas, nenhuma disposição transitória ou final excepcional que se refira à sua retroactividade. De modo que esta não se presume e de acordo com o princípio geral de aplicação da lei no tempo (artigos 57 da CRM e n.º 1 do artigo 12.º do CC), a lei produz efeitos para o futuro;

- da igualdade dos cidadãos perante a lei (artigo 35), pois na ordem jurídica nacional não existe ao nível da Constituição o princípio de equiparação dos estrangeiros aos nacionais, senão em face do direito infraconstitucional, cabendo aí ao legislador ordinário fazer as opções fundamentais sobre a matéria;

- do reconhecimento e da defesa da propriedade (n.º 1 do artigo 82), visto que a propriedade dos recursos pesqueiros no mar territorial é pública, isto é, pertencem estes recursos ao Estado, conforme o artigo 98 da CRM e não são propriedade individual ou privada estatuída no artigo 82;

- do reconhecimento, da defesa e de autorização de investimento estrangeiro (artigo 108), pois, lido sistematicamente o artigo 108, não traduz a consagração de um direito dos estrangeiros ao investimento, na medida em que esta disposição tem carácter programático e a garantia do investimento estrangeiro comporta limitações ligadas à necessidade de reforço da soberania e protecção do interesse nacional e do empresariado nacional.

2. As normas contidas nos n.ºs 1 e 3 do artigo 8; n.º 1 do artigo 13 parte inicial; na alínea a) do n.º 1 do artigo 14, todos do Regulamento da Lei das Pescas, enquadram-se perfeitamente e não extrapolam as prescrições dos n.ºs 1 e 3, respectivamente, dos artigos 29 e 30 e artigo 110, todos da Nova Lei das Pecas, que conferem o poder regulamentar ao Governo de adensar o seu conteúdo e, portanto, não são ilegais.

3. A norma constante do n.º 3 do artigo 11 do Regulamento da Lei das Pescas, ao impor a celebração de acordos parassociais aos operadores estrangeiros para a transmissão do capital social aos moçambicanos, como condição de aquisição dos direitos de pesca no mar territorial constitui uma forma de materialização do princípio de que somente as pessoas colectivas nacionais podem adquirir os direitos de pesca no mar territorial, previsto nos n.ºs 1 e 3, respectivamente, dos artigos 29 e 30, ambos da Nova Lei das Pescas; não põe em causa o princípio da liberdade contratual porque este confronta-se e colide com os princípios imperativos da livre determinação pelo Estado das regras de uso e aproveitamento dos recursos pesqueiros no mar territorial, área da plena soberania do Estado costeiro e o princípio da salvaguarda dos interesses nacionais em relação aos estrangeiros, e, portanto, aquele deve ceder, pois é exercida nos limites da lei, sendo a Lei das Pescas uma lei limitativa.

4. A norma contida no artigo 50 do Regulamento da Lei das Pescas, embora pretérita, acarretou, no tempo da sua vigência, a retroactividade da Nova Lei das Pescas,

implicando a conformação dos operadores anteriormente qualificados como nacionais, com a Nova Lei, mas este facto não conduz à ilegalidade, nem inconstitucionalidade desta retroactividade motivada, pois tem a função de salvaguardar o interesse decorrente de normas de ordem pública na utilização dos recursos pesqueiros de propriedade pública.

Por estas razões, os fundamentos apresentados pelo Digníssimo Provedor de Justiça soçobram, fazendo com que os respectivos pedidos sucumbam.

III

Decisão

Nos termos e pelos fundamentos expostos, os Juízes Conselheiros do Conselho Constitucional deliberam ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 243 da CRM:

a) não declarar inconstitucional os n.ºs 1 e 3, respectivamente, dos artigos 29 e 30, ambos da Lei n.º 22/2013, de 1 de Novembro, Lei das Pescas;

b) não declarar ilegal, nem inconstitucional os n.ºs 1 e 3 do artigo 8; n.º 1 do artigo 13 parte inicial; n.º 3 do artigo 11, na alínea a) do n.º 1 do artigo 14, artigo 50 todos do Regulamento da Lei das Pescas, aprovado pelo Decreto n.º 74/2017, de 26 de Dezembro, revisto e republicado pelo Decreto n.º 60/2018, de 1 de Outubro.

Notifique e publique-se.

Maputo, aos 11 de Dezembro de 2020.

Lúcia da Luz Ribeiro, Albano Macie (**Relator**), Manuel Henrique Franque, Mateus da Cecília Feniassa Saize, Ozias Pondja, Albino Augusto Nhacassa