



Estudos sobre Contencioso Administrativo e Constitucional Moçambicano



Coordenação de CARLA AMADO GOMES

Autores:

ALBERTO SALIFU AMADE

ERNESTO VÉQUINA PEDRO MUEHA

ESTRELINO ALFREDO DUVANE

JOÃO JOSÉ PASCOAL

PEDRO ALEXANDRE LOPES TAMELE

Estudos sobre Contencioso Administrativo e Constitucional Moçambicano

Coordenação: CARLA AMADO GOMES

Autores:

ALBERTO SALIFU AMADE

ERNESTO VÉQUINA PEDRO MUEHA

ESTRELINO ALFREDO DUVANE

JOÃO JOSÉ PASCOAL

PEDRO ALEXANDRE LOPES TAMELE

Edição dos autores:

ALBERTO SALIFU AMADE
ERNESTO VÉQUINA PEDRO MUEHA
ESTRELINO ALFREDO DUVANE
JOÃO JOSÉ PASCOAL
PEDRO ALEXANDRE LOPES TAMELE

Maio de 2017

ISBN: 978-989-20-7600-3

Edição Executiva:

OH! Multimedia

www.oh-multimedia.com

mail@oh-multimedia.com

Índice

NOTA DE APRESENTAÇÃO

Carla Amado Gomes

(pag. 4) ►

SUJEIÇÃO DAS DECISÕES DA COMISSÃO NACIONAL DE ELEIÇÕES AO ESCRUTÍNIO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Alberto Salifu Amade

(pag. 6) ►

A IRRECORRIBILIDADE DOS ACÓRDÃOS E DELIBERAÇÕES DO CONSELHO CONSTITUCIONAL MOÇAMBICANO

Ernesto Véquina Mueha

(pag. 24) ►

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS SOBRE A DEFINITIVIDADE E EXECUTORIEDADE DO ACTO ADMINISTRATIVO COMO PRESSUPOSTOS LEGAIS DA IMPUGNAÇÃO CONTENCIOSA NA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA DE MOÇAMBIQUE

Estrelino Alfredo Duvane

(pag. 53) ►

O IMPULSO CONTENCIOSO DOS PARTICULARES NO ÂMBITO DA CONCESSÃO

João José Pascoal

(pag. 100) ►

A FISCALIZAÇÃO PREVENTIVA DA CONSTITUCIONALIDADE: OBJECTO E EFEITOS

Pedro Alexandre Lopes Tamele

(pag. 125) ►

NOTA DE APRESENTAÇÃO

No ano lectivo de 2015/2016 realizou-se na Faculdade de Ciências Sociais e Humanidades da Universidade Zambeze, na Beira (Moçambique) o I Curso de Mestrado em Direito Judiciário, uma iniciativa que conjugou aquela instituição, a Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane e a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, através do Instituto da Cooperação Jurídica.

Fui encarregada pelo Prof. Doutor Dário Moura Vicente, Presidente do Instituto da Cooperação Jurídica, da leccionação do módulo de Justiça Administrativa e Constitucional.

A receptividade da turma foi notável e a experiência, pessoal e profissional, verdadeiramente memorável.

Tenho por isso o maior gosto em redigir esta nota de apresentação de um livro que colige os melhores relatórios apresentados no âmbito do módulo por mim lecionado (relatórios que obtiveram a classificação de 16 ou superior, em 20). Trata-se de cinco trabalhos que versam sobre diferentes questões abordadas durante o seminário, dois no âmbito da justiça administrativa e três no plano da justiça constitucional.

No domínio da justiça administrativa, um dos textos debruça-se sobre a exigência dos requisitos da definitividade e excoeuriedade como pressupostos de impugnabilidade do acto administrativo e sobre a (des)conformidade constitucional daqueles; o outro, sobre a possibilidade de estender o meio processual de intimação para comportamento, expressamente destinado a concessionários, também à Administração.

No âmbito da justiça constitucional, um dos textos discorre sobre a irrecorribilidade das decisões e deliberações do Conselho Constitucional; um outro sobre o objecto e efeitos das decisões prolatadas em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade; e um terceiro sobre a sujeição das decisões da Comissão Nacional de Eleições ao escrutínio da Comissão Constitucional.

Em todos os relatórios, os mestrandos delimitaram um objecto problemático e, partindo dos dados normativos disponíveis, fizeram releituras críticas e apresentaram sugestões de alteração. Com as limitações inerentes a um certo isolamento bibliográfico, os mestrandos aproveitaram os elementos disponíveis e reflectiram sobre eles, produzindo trabalhos de qualidade que certamente constituirão referências para estudos futuros.

Uma palavra de reconhecimento pelo esforço investido na publicação deste livro é devida ao Dr. Estrelino Duvane, que não se poupou a esforços de mobilização dos colegas e de persuasão sobre mim própria para levar este barco a bom porto.

É, pois, com grande satisfação que encerro estas linhas, esperando que este livro abra caminhos de investigação e que constitua elemento de consulta útil para práticos e estudiosos, e deixando votos de felicidades aos mestrandos na conclusão do seu curso e na obtenção do desejado grau.

Lisboa, Abril de 2017

Carla Amado Gomes

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Investigadora do Centro de Investigação de Direito Público (CIDP)

Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Porto)

Sujeição das decisões da Comissão Nacional de Eleições ao escrutínio da justiça constitucional

Alberto Salifu Amade

Sujeição das decisões da Comissão Nacional de Eleições ao escrutínio da justiça constitucional

Alberto Salifu Amade¹

SUMÁRIO: 1°.Introdução. 2°.Sujeição das decisões da CNE ao escrutínio da justiça constitucional processo do contencioso eleitoral em Moçambique. 2.1 CNE (Órgão administrativo ou político?). 2.2 Âmbito das suas decisões: enquadramento legal. 2.3 Processo do contencioso eleitoral querela doutrinária e jurisprudencial. 2.4 Posição adoptada. 3°.conclusão

ABREVIATURAS

AGP.....Acordo Geral da Paz

CC.....Conselho Constitucional

CNE.....Comissão Nacional de Eleições

CRM.....Constituição da Republica de Moçambique

FRELIMO.....Frente de Libertação de Moçambique

MDM.....Movimento Democrático de Moçambique

RENAMO.....Resistência Nacional de Moçambique

STAE.....Secretariado Técnico de Administração Eleitoral

1. INTRODUÇÃO

A Comissão Nacional de Eleições como Órgão administrativo Central e independente do Estado desempenha um papel fundamental na consolidação do Estado de Direito Democrático na medida em que garante a supervisão do recenseamento e de todos actos eleitorais. Trata se do processo eleitoral que por via de regra legitima o poder político, a ferramenta principal para a garantia da estabilidade do corpo social.

Ora, o estado moçambicano consagra se de Estado Democrático e de justiça social pelo que releva o povo como valor supremo da sua soberania, cuja sua vontade deve ser expressa de forma livre e por voto tanto na designação dos seus representantes e como na designação da autoridade política.

¹ Técnico Superior da Administração da Justiça e Presidente do Conselho Municipal da Vila de Nhamayabue

Pela esta razão de ordem foi instituída em Moçambique, a Comissão Nacional de Eleições de forma constitucionalizado, cujo regime jurídico foi estatuído na Legislação Ordinária dinâmica pelo facto de cada processo eleitoral sofrer severas alterações quanto a composição e competência; facto que iremos descrever mais adiante.

Concentrando se no tema, importa realçar 4 aspectos que decorrem no exercício da sujeição das decisões da Comissão Nacional de Eleições ao escrutínio da justiça Constitucional ao longo da minha exposição:

Primeiro aspecto é o enquadramento da Comissão Nacional de Eleições na estrutura organizacional do Estado moçambicano, fazendo juízo doutrinário e legal da sua justa posição como Órgão Administrativo e não político que casuisticamente pode se perceber. Urge aqui fazer menção de consequências decorrentes dessa institucionalização com destaque dos actos por si praticados em matéria eleitoral serem objectos da apreciação do Conselho Constitucional.

Segundo aspecto a tratar é justamente o âmbito das decisões da Comissão Nacional de Eleições para aferirmos o seu enquadramento legal. Vale apenas fazer referencia que nem todas decisões são susceptíveis do Contencioso Constitucional, pois, como Órgão Administrativo independente também pratica actos administrativos sujeitos a jurisdição administrativa.

Terceiro aspecto julgado pertinente para uma explanação sucinta é uma abordagem sumária relativa ao Processo do Contencioso eleitoral numa harmonização prática da doutrina e da jurisprudência moçambicana e estrangeira.

Realmente que com abordagem acima vai facilitar o autor do Trabalho a adoptar uma certa posição que permitirá uma conclusão para reflexões dos cultores de Direito em face do tema exposto.

2. SUJEIÇÃO DAS DECISÕES DA COMISSÃO NACIONAL DE ELEIÇÕES AO ESCRUTÍNIO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL:

Processo do contencioso eleitoral em Moçambique

2.1 COMISSÃO NACIONAL DE ELEIÇÕES: ORGÃO ADMINISTRATIVO OU POLÍTICO?

Ainda se discute a nível da doutrina sobre o enquadramento deste Órgão a nível da estrutura jurídico-administrativa do estado moçambicano face o seu papel preponderante de condução de processos eleitorais.

Tendo referencia a sua génese, denota se claramente que a sua criação estava directamente ligado ao Acordo Geral da Paz de Roma de 4 de Outubro de 1992, através do Protocolo III que estabelece que, para “organizar o processo eleitoral, o Governo constituirá uma Comissão nacional de Eleições composta por pessoas que, pelas suas características profissionais e pessoais, dêem garantias de equilíbrio,

objectividade e independência em relação a todos Partidos Políticos. Um terço dos membros a designar na referida Comissão será apresentada pela Renamo”².

Embora que haja esse entendimento por parte de muitos juristas moçambicanos, na verdade é que Moçambique já conhecia outros processos eleitorais geridos por uma comissão de Eleições criada a Luz da Lei nº 1/77 de 1 de Setembro.

A nível constitucional não se encontra um capítulo específico que trata da Comissão Nacional de Eleições diante designada abreviadamente por CNE, limitando se apenas no Título V, capítulo único atinente a Organização do poder político no seu Artigo 35 (princípios gerais do sistema eleitoral) remeter a Legislação ordinária o seu regime jurídico.

Esta posição do Legislador constitucional conduziu a instabilidade de composição do Órgão tendo em conta o conflito armado que emergiu a sua criação.

Situação pouco diversa da Constituição Malawiana onde a electoral commission é um Órgão constitucional cuja composição e competência foram definidas em sede da Constituição «*CHAPTER VII,³ article 75 1. There shall be an Electoral Commission which shall consist Commission of a Chairman who shall be a Judge nominated in that behalf by the Judicial Service Commission and such other members, not being less than six, as may be appointed in accordance with an Act of Parliament.....*» mesmo as competências foram definidas em sede da Constituição “...Powers and functions 76. -

1. The Electoral Commission shall exercise such functions in relation to elections as are conferred upon it by this Constitution or by an Act of Parliament.

2. The duties and functions of the Electoral Commission shall include:

a) To determine constituency boundaries impartially on the basis of ensuring that constituencies contain approximately equal numbers of voters eligible to register, subject only to considerations...”

Quanto a questão fulcral do Órgão, se é administrativo ou político, o Legislador Ordinário foi claro quanto a essa matéria; pois, nos termos do Artigo 50 da Lei nº7/2012 (Lei da organização e funcionamento da administração Pública) a CNE é um Órgão administrativo independente, gozando da autonomia administrativa e funcional em relação aos demais Órgãos da administração pública central e local. É de saudar a posição do Legislador ordinário pois as lacunas encontradas em sede da doutrina do Direito moçambicano foram cobertas pela citada Lei.

A questão da natureza e composição da CNE constitui ainda *vexata quaestio* porque em sede da Constituição da República de Moçambique adiante designada abreviadamente por CRM ainda não está sustentado dum imperativo constitucional deixando Legislações avulsas definindo em cada processo eleitoral em função do interesse superior do povo e nalgumas vezes sobre ameaça do eleitorado preconizados pelos partidos políticos.

² MACIE, Albano, Lições de Direito Administrativo Moçambicano Vol.1 Escolar Editora, Maputo, 2012, pg.311.

³ Cfr, a Constituição da República do Malawi

Isso, teria uma solução se o Legislador Constituinte optasse por regime Zimbabweano embora muito contestado na região. Há que tirar e saudar alguns aspectos da Constituição Zimbabweana na matéria da composição dos órgãos eleitorais

“.....ZIMBABWE ELECTORAL COMMISSION⁴:

238 Establishment and composition of Zimbabwe Electoral Commission

(1) There is a commission to be known as Zimbabwe Electoral Commission consisting of:

a) a chairperson appointed by the President after consultation with the Judicial Service Commission and the Committee on Standing Rules and Orders; and

(b) eight other members appointed by the President from a list of not fewer than twelve nominees submitted by the Committee on Standing Rules and Orders⁵”

No caso típico do Zimbabwe, a Comissão eleitoral foi definida em sede da Constituição sem espaço de dúvida quanto a sua composição, ficando apenas as leis avulsas daquele Estado reaver algumas situações correntes e decorrentes do processo eleitoral.

2.1.1 Composição da CNE a Luz do anterior Pacote eleitoral

Como fiz referência anteriormente a CNE a sua composição notabilizou se por instabilidade no Direito Eleitoral moçambicano.

A primeira composição da CNE foi estatuída pela Lei nº 4/93 de 20 de Dezembro - quadro jurídico que norteou a realização das primeiras eleições gerais e multipartidárias de 1994. A sua composição e funcionamento tiveram o alicerce fulcral o Acordo Geral de Paz assinado em Roma em 1992.

Na verdade colocava se o problema da hierarquia das normas jurídicas vigente e o valor jurídico do Acordo Geral da Paz diante designado por AGP. Ora vejamos: a Lei 4/93 de 20 de Dezembro no seu artigo 16.3 faz referência reza que “*no exercício das suas atribuições e competências, a comissão nacional de eleições não pode deliberar em termos contrários das disposições referentes ao processo eleitoral constantes no Acordo Geral da Paz pela Lei nº13, de 14 de Outubro de 1992⁶”*. O texto legislativo que fizemos referência institui portanto implicitamente uma hierarquia das normas jurídicas entre os actos adoptados pela CNE e as normas contidas no AGP fazendo prevalecer explicitamente as segundas sobre as primeiras. Para além disso a CNE, sendo, um Órgão autónomo e independente de todos poderes do Estado nos termos do Artigo 14º da referida Lei os seus actos adoptados pelo poder regulamentar no seu domínio expresso seriam negativamente viciados pela incompetência.

4 A constituição zimbabweana esclarece com exactidão a composição da Comissão eleitoral não deixando a matéria em sede de legislações avulsas como o nosso caso

5 Cfr a Constituição da Republica do Zimbabwe

6 Cfr a Lei 4/93 de 20 de Dezembro

Da leitura atenta do pacote eleitoral de 1994 nada resta dúvidas que a CNE era Órgão Partidarizado fruto do consenso do AGP. Não se pretende com isso afirmar que o poder legal moçambicano ficou afastado na gestão do processo; a título do exemplo pode-se citar o Decreto Presidencial de 11 de Abril de 1994⁷ que fixa as datas para a realização das primeiras eleições gerais multipartidárias (), o Decreto do Conselho de Ministros, datado de 9 de Março de 1994 sobre a criação do Secretariado Técnico da Administração Eleitoral (), as resoluções do Conselho de Ministros constituindo a CNE e aprovando o quadro dos subsídios a atribuir aos membros da CNE e do Secretariado Técnico da Administração Eleitoral diante designada pelo STAE.

Em 2007 a visão do Estado e da sociedade civil era despartidarizar os Órgãos eleitorais (CNE e STAE)⁸ através da integração no seio dos Órgãos membros provenientes da sociedade Civil, e reforçar a sua profissionalização de harmonia com o princípio de imparcialidade nos termos do Artigo 35, n°3 da CRM. Factos que foram materializados pela aprovação da Lei n° 8/2007. Neste período, foram aprovadas algumas legislações que do ponto de vista jurídico não trouxeram a átonas inovações que justificaria a substituição da legislação anterior.

Situação que ficou aflorada na jurisprudência eleitoral moçambicana relativamente ao processo n°38/CC/2009, Acórdão do Conselho Constitucional relativo a validação e proclamação dos Resultados das Eleições Presidenciais, Legislativas e das Assembleias Provinciais de 28 de Outubro de 2009 «...necessidade de se estabilizar e consolidar a legislação eleitoral, de forma a evitar-se, para cada novo acto eleitoral, a aprovação da nova Legislação....».

2.1.2 CNE actual:

2.1.2.1 Regime jurídico

Actualmente a CNE tende a partidarizar-se novamente, resultado da tensão político militar que abalou a zona centro protagonizado pela RENAMO, maior Partido da oposição em Moçambique como forma de reivindicação das sucessivas derrotas eleitorais que no entender deste Partido o Pacote eleitoral não mostrava a transparência pela ausência dos elementos da oposição nos órgãos eleitorais.

Dum lado a forte tensão político militar estava aliada na discordância da aprovação da Lei 6/2013 de 22 de Fevereiro que estabelecia as funções, composição, organização, competências e funcionamento da CNE, pelo Parlamento moçambicano. Trata-se dum lei que foi derogada e republicada pela Lei n°9/2014 de 12 de Março.

Como o próprio preambulo da Lei «*havendo necessidade de incorporar as alterações na Lei °6/2013, de 22 de Fevereiro, que estabelece as funções, composição, organização, competências e funcionamento da Comissão Nacional de eleições, no âmbito dos consensos alcançados no diálogo entre o Governo*

7 Cfr, o Decreto Presidencial de 11 de Abril de 1994

8 Trata se dum instituto que ficou duramente criticado pelos partidos de oposição motivada pela desconfiança dos profissionais dos órgãos eleitorais.

da Republica de Moçambique e a RENAMO.....»⁹ já pode se perceber que o Legislador moçambicano foi forçado a materializar os consensos para salvaguardar os interesses superiores do Estado no sentido de alcançar a paz duradoura e permitir a realização das eleições gerais de 15 de Outubro de 2014.

Nos termos deste pacote eleitoral a CNE, é composta por 17 membros, sendo 5 (cinco) provenientes da FRELIMO, Quatro (4) da RENAMO, Um (1) do MDM e Sete (7) membros das organizações da sociedade Civil cujo processo da condução encarregue a comissão Ad hoc criada pela Assembleia da República (cfr o artigo 6 da Lei nº9/2014 de 12 de Março).

2.1.2.2 Competências e Funcionamento

A constituição da Republica de MOÇAMBIQUE definiu a CNE como Órgão de supervisão do recenseamento e dos actos eleitorais, remetendo a posterior a Legislação Ordinária (cfr o nº3, art.135 da CRM) para regular competências e seu funcionamento. Foi por esta orientação legal que o Legislador elencou no artigo 9 da Lei nº 9/2014 de 12 de Março as competências do Órgão eleitoral.

O termo *supervisão* patente na CRM sempre levantou controvérsias na doutrina na delimitação do alcance da interpretação do sentido exacto do Legislador Constituinte. Vale apenas citar o grande avanço da Lei nº 9/2014 de 12 de Março no seu artigo 2, quando de forma explícita definiu a supervisão da CNE como sendo a função de orientar, superintender e fiscalizar os actos do processo Eleitoral. Na verdade esta definição pode ser *vexata* se formos mais além e no sentido etimológico da palavra; uma discussão que julgamos inoportuna em relação ao tema.

CNE, como Órgão Colegial, os seus actos normativos e deliberativos revestem a forma de Deliberação e Resolução nos termos do artigo 10º da Lei acima referida.

Da interpretação do artigo 37º da mesma Lei resulta claramente que a CNE funciona em plenário e em comissões de trabalho de forma permanente.

2.2 Âmbito das decisões da CNE: Enquadramento legal

Os debates dominantes acerca desta matéria é o enquadramento legal das decisões susceptíveis de justiça constitucional uma vez o próprio Órgão identifica se como sendo da Administração Central e independente do Estado⁹¹⁰. Doravante importa contextualizar o termo *Decisão como qualificativo jurídico-administrativo ou outros* que de forma acentuada aparece varias vezes no Pacote eleitoral moçambicano.

Comummente define por *decisão*, o acto ou efeito de decidir ou decidir-se. O conceito jurídico da decisão não se afasta, fundamentalmente, do entendimento comum. Assim em Direito entende se por decisão a

9 Denota se que o pacote eleitoral sofreu enorme influencia de confrontos militares da região Centro do Pais

10 MACIE, Albano, op.cit. pg.310

acção de decidir, de dar preferência; como ensina GEORGES VEDEL e PIERRE DEVOLVÉ¹¹: Decisão, ela fixa uma posição, dirime uma questão, determina uma solução.

A teoria geral do Direito administrativo tem uma abordagem diferente. Pelo contrario, as definições dadas da decisão integra: o conteúdo do acto aprovado sob a forma de decisão ou a qualidade do ente que a tomou como elementos caracterizadores da sua definição.

O Professor FREITAS DO AMARAL e a doutrina administrativista Francesa definem a decisão como *um acto jurídico pelo qual uma autoridade administrativa modifica o ordenamento jurídico anterior ou como o acto no qual a administração emprega esse poder de modificação unilateral das situações jurídicas*. Trata-se de uma posição também assumida pelos doutrinários BREIBANT G., STIRN B. e HAURIOU M.; e também adoptado pela doutrina Alemã, italiana e brasileira. Para o Professor de Lisboa MARCELLO CAETANO¹², a natureza do Órgão que aprova o acto (Órgão singular ou Órgão colegial) condiciona a natureza do acto aprovado por este (decisão ou deliberação). Assim na linha do pensamento Caetanense, as decisões da CNE reveste a forma de deliberação pelo facto do Órgão ser colegial.

O problema que se levanta em torno de *decisão* em face dos órgãos eleitorais moçambicanos é justamente o enquadramento legal da sua qualificação; pois, a CNE é um Órgão administrativo, independente e central do Estado exercendo funções administrativas. Atendendo e considerando que ela tem Estatutos, quadro do pessoal e Orçamento próprio em conformidade com disposto no artigo 2 da Lei n° 9/2014 de 12 de Março; nem todas as decisões são susceptíveis da justiça constitucional.

A Constituição da Republica de Moçambique acrescenta alguns limites de ordem subjectivo ao alcance das *decisões*. Por força deste comando normativo as decisões dos Órgãos do Estado, dos respectivos titulares e agentes em matéria administrativa, e que preenchem todos requisitos constitutivos ditados pelo regime do recurso contencioso administrativo compete ao Tribunal Administrativo nos termos da alínea b) do n°1 do artigo 230° da CRM.

Esta delimitação encontra suporte no artigo 116° da Lei n°6/2006 de 2 de Agosto quando o Legislador Ordinário de forma expressa vinca que as decisões da CNE susceptíveis a justiça constitucional deve serem aquelas emanadas em matéria eleitoral. Exclui-se aqui as outras decisões distante do processo eleitoral com destaque as decisões administrativas.

2.3 Processo do contencioso eleitoral moçambicano: a querela jurisprudencial e doutrinária.

Resulta do disposto do artigo 116° da Lei n°6/2006 de 2 de Agosto que as decisões da CNE em matéria eleitoral cabem recurso ao Conselho Constitucional. Trata-se de uma Lei ordinária que veio materializar a norma constitucional patente na alínea d), n°2 do artigo 244° da CRM.

Aqui, reside a justiça constitucional ou ainda o chamamento da justiça constitucional em matéria eleitoral na qual intentará-se numa perspectiva essencialmente prática, abordando os processos eleitorais físicos desde do ano 1994, ano que marcou o multipartidarismo competitivo eleitoral.

11 VEDEL G. e DEVOLVÉ P., Le système français de protection des administrés contre l'administration, p.95

12 Segundo o mesmo autor os termos decisão e deliberação não são sinónimo do acto administrativo

Mas antes de vigência do actual pacote eleitoral, as decisões da CNE eram apreciadas em recurso perante o Tribunal eleitoral criado a luz do artigo 30 e seguintes da Lei n.º 4/93 de 20 de Dezembro. O órgão jurisdicional era difuso, pois, para além de serem constituídos pelos Juizes indicados pelo Conselho superior da Magistratura judicial, os outros Três Juizes foram indicados pelo Secretario Geral das Nações Unidas, no cumprimento do artigo 32.1, alíneas a) e b) da mesma Lei. Para o efeito o Secretario Geral das Nações Unidas indicou os Juizes Michel COAT (França), mariamo FIALLOS (Nicarágua) e João MORREIRA CAMILO (Portugal)¹³. Era um período que não tínhamos o Conselho Constitucional instituído e o Tribunal Eleitoral na verdade era um Órgão jurisdicional.

A lei 4/93 de 20 de Dezembro sofreu duras críticas na gestão do Contencioso: Primeiro, não dava nenhuma indicação sobre o aspecto material da forma e conteúdo do requerimento do recurso, pois, havia uma larga liberdade na apresentação e formulação do recurso; segundo; o Juiz relator era encarregado da instrução podendo citar pessoas interessadas. Mas há aspectos a saudar, como o prazo de 48 horas para interposição do recurso, e os julgamentos que deviam ser pronunciados dentro de 24 horas.

Nos termos do artigo 36 da mesma Lei, há um princípio da autoridade do caso julgado; deste princípio, resulta o carácter obrigatório da decisão do Juiz. O aspecto importante de reter é que o Juiz pode modificar ou anular a decisão da CNE, abrindo desta forma a margem de manobra no âmbito do Contencioso eleitoral.

Ainda em conformidade com os artigos 216.º a 219.º da Lei 4/93 de 20 de Dezembro que regulam o contencioso eleitoral, prevê em primeiro a introdução da instância, num segundo plano, ele coloca o princípio do contraditório, em seguida as causas da nulidade das eleições, o custo processual assim como a ordem de julgamento de assuntos de carácter eleitoral.

Na vertente da mesma Lei, verifica-se uma omissão grave, pois, a mesma não estabelece critérios legais que permita distinguir irregularidades que possam ou não influenciar os resultados eleitorais ratio que pudesse permitir anular os resultados de cada Mesa de Assembleia de voto.

Com aprovação da CRM de 2004 e da lei 6/2006 de 2 de Agosto, o Contencioso eleitoral passou a ser objecto da Justiça constitucional¹⁴ e automaticamente extinto o Tribunal eleitoral cuja sua composição foi controversa a nível da doutrina. A mesma Lei distingue dois momentos ou dois tipos de processos eleitorais: Processo do contencioso eleitoral (capítulo I, artigo 116 e ss) e Processo de validação e proclamação dos resultados eleitorais (capítulo II, Artigo 119 e ss). Num entendimento mais solene parece-me que essa distinção não será útil uma vez ambos processos constituírem contencioso eleitoral, ou ainda decisões da CNE ao escrutínio da justiça constitucional. O Acórdão n.º 2/CC/2009, de 15 de Janeiro faz alguma diferença notória entre processo de Contencioso eleitoral e pro-

13 O tribunal que julgou os diferendos do processo eleitoral de 1994 era misto e dos elementos integrantes alguns eram estrangeiros designados pelo Secretario Geral da ONU

14 A Constituição de 2004, introduziu a figura do Conselho Constitucional com competências para dirimir em última instância diferendos decorrente do processo eleitoral

cesso de validação e proclamação de resultados¹⁵ «no primeiro caso, porque o direito de recorrer está na disponibilidade das e ao recurso se ligam interesses subjectivos dos recorrentes, o poder de cognição do Conselho Constitucional está extremamente condicionado pela verificação previa de pressupostos e requisitos processuais subjectivos e objectivos. No segundo caso, tratando se de um processo em que prevalece o interesse publico na liberdade, justiça e transparência das eleições, o Conselho Constitucional julga independentemente dos interesses particulares dos concorrentes, todos factos de que tenha conhecimento pelas vias legalmente estabelecidas, visando aferir com objectividade a legalidade e regularidade dos actos eleitorais».

É inoportuna essa discussão mas por questões metodológicas vamos tratar dois processos neste capítulo para uma fácil percepção.

Aliado a isso foi aprovado o novo pacote eleitoral em 2013 e derogado em 2014 por causa do consenso alcançado no Centro de Conferencias Joaquim Chissano, introduzindo para tal algumas alterações pontuais da Lei anterior, com destaque o chamamento dos Tribunais judiciais do Distrito para dirimir conflitos eleitorais.

2.3.1 Tribunais judiciais do Distrito na esfera do Contencioso eleitoral

Resulta dos artigos 169° a 172° da Lei 10/2014; artigos 174° a 178° da Lei 11/2014 de 23 de Abril; e, artigos 192° a 195° da Lei 12/2014 de 23 de Abril a nova figura de gestão do Contencioso eleitoral.

Da interpretação legal dos artigos da Leis ora citadas, o recurso contencioso é interposto no prazo de 48 horas, a contar da afixação do edital que publica os resultados eleitorais, para o Tribunal judicial do Distrito de ocorrência. E o tribunal judicial do Distrito julga no prazo de 48 horas comunicando a posterior a sua decisão a CNE e outros interessados.

Da decisão proferida pelo Tribunal Judicial cabe recurso ao Conselho Constitucional, devendo o mesmo dar entrada no Tribunal judicial do Distrito que proferiu, e este por sua vez instrui e remete ao Conselho Constitucional pela via mais rápida, no prazo de 24 horas. A jurisprudência actualizada já apreciou casos de recursos de sentença dos tribunais judiciais do Distrito em matéria eleitoral, Acórdão n°16/CC/2014 de 20 de Novembro com objecto do despacho do tribunal Judicial de Ka Mavota «.....rejeita liminarmente o recurso do despacho da 2ª secção do Tribunal Judicial do Distrito Municipal Ka Mavota, proferido nos autos de recurso contencioso eleitoral n°01/RCE/2ª/2014, interposto pelo partido Democrático de Moçambique (MDM), nos termos do disposto nos n°s 1 e 2, alínea c), do artigo 58 conjugado com o n°1 do artigo 59 da Lei 7/2014 de 28 de Fevereiro».

No período eleitoral os tribunais judiciais deve atender e julgar com urgência e prioridade os recursos decorrentes dos contenciosos eleitorais e sem custas processuais, cabendo o mesmo Tribunal se constatar a existência de crimes mandar extrair e remeter ao Ministério Publico.

15 O presente acórdão espelha e sana algumas duvidas encontradas na doutrina

2.3.2 Conselho Constitucional no Contencioso eleitoral moçambicano

Por força da Lei fundamental, o Conselho Constitucional dirime em última instância os recursos decorrentes do processo eleitoral, quer proveniente das decisões dos Tribunais judiciais e quer das decisões da CNE, objecto do nosso trabalho. Como nos ensina GILLES CISTAC¹⁶, *o facto de ser a última instância em matéria do contencioso eleitoral tem implicações na própria determinação do objecto de recurso. Tendo suporte o Acórdão n°1/CC/2009, de 9 de Janeiro «...sendo o Conselho constitucional a ultima instancia em matéria de contencioso eleitoral, não pode uma questão nova ser introduzida directamente perante este Órgão sem que tenha sido antes introduzida e decidida pela Comissão nacional de eleições».*

Define a alínea d), n°2, artigo 244 da CRM conjugado com alínea d) do n°2 da Lei 6/2006 de 2 de Agosto o poder do Conselho Constitucional em matéria eleitoral.

Nos termos dos Artigos 172° da Lei 7/2013 de 22 de Fevereiro, derogada e republicada pela Lei 10/2014 de 23 de Abril; artigo 177° da Lei 4/2013 de 22 de Fevereiro, derogada e republicada pela Lei 11/2014 de 23 de Abril, artigo 195° da Lei n°8/2013 de 22 de Fevereiro, derogada e republicada pela Lei 12/2014 de 23 de Abril e dos artigos 117° a 118° da Lei n° 6/2006 de Agosto o recurso é *interposto por requerimento apresentado na CNE, especificando os respectivos fundamentos de facto e de direito e é acompanhado de todos elementos de provas.*

Por força dos mesmos dispositivos legais, o prazo de *interposição* de recursos é de 3 (Três) dias a contar da data do conhecimento pelo requerente da decisão da CNE sobre a reclamação ou protesto apresentado, cabendo o mesmo Órgão eleitoral remeter ao Conselho Constitucional o recurso devidamente instruído no prazo de 48 (quarenta Oito) horas. E o Conselho Constitucional julga o recurso no prazo de cinco dias e comunica imediatamente a sua decisão a todos interessados nos termos do artigo 118° da Lei 6/2006 de 2 de Agosto.

2.3.2.1 Processo de Validação e proclamação dos resultados eleitorais

O processo de validação e proclamação dos resultados não depende das partes. É o imperativo constitucional, como refere o Acórdão n°21/CC/2014 de 29 de Dezembro que valida e proclama os resultados eleitorais de 2014 *«tudo visto, cumpre doravante analisar, ainda que sucintamente, as diversas etapas do processo eleitoral sub Júdice, com vista a ajuizar da sua conformidade com o quadro jurídico - constitucional e legal vigente, cujos aspectos mais relevantes se escarpelizam no subtopico subsequente».*

Após a deliberação da CNE que publica os resultados finais do acto eleitoral, o processo é enviado ao Conselho Constitucional para proclamação dos resultados. Por força do artigo 119°, n°1, *recebido o processo relativo ao acto eleitoral, registado e actuado, é concluso ao Presidente do Conselho Constitucional, que decide a sua distribuição, no prazo de dois dias.*

Em regra, o processo vai ao visto de todos juizes e do Ministério público por três dias cada para posterior sessão plenária para discussão e decidir a validade do acto eleitoral.

16 CISTAC, Gilles, Manual prático de Jurisprudência eleitoral, Escolar Editora, Maputo, 2011

E em conformidade com o disposto no artigo 120º da Lei 6/2006 de 2 de Agosto, procederá a proclamação dos resultados finais do acto eleitoral em sessão pública.

2.3.2.2 Princípios do Contencioso eleitoral

O Pacote eleitoral moçambicano está norteado de dois (2) princípios fundamentais:

O da impugnação Previa¹⁷; estabelece que as irregularidades ocorridas no decurso da votação, no apuramento parcial e nacional, podem ser apreciadas em recurso contencioso, desde que hajam sido objecto de reclamação ou protesto apresentados no acto em que se verificaram e das decisões sobre essas reclamações ou protestos cabe recurso ao Conselho Constitucional.

Como prova a jurisprudência eleitoral no Acórdão n°15/CC/04 de 10 de Janeiro que improcede o recurso nas eleições autárquicas da cidade de Maputo *«esta questão não foi objecto de reclamação ou protesto no momento em que se teria verificado»*.

O protesto deveria ter sido pelo delegado de mesa e não pelo mandatário, nos termos do n°1 do artigo 137 da Lei n°19/2002, de 10 de Outubro.

Trata se dum princípio geralmente apontado na jurisprudência como sendo de difícil cumprimento pelos Partidos recorrentes motivado pela falta do domínio do bloco legal e eleitoral.

Torna evidente sublinhar que a ausência da impugnação prévia afasta o suprimento da irregularidade a posteriori. O caso mais recente apontado pelo Acórdão n°15/CC/2014 de 20 de Novembro¹⁸ *«...o recorrente não juntou provas de que teria reclamado ou protestado nas mesas de votação, ou ainda, não provou ter protestado nos órgãos de administração eleitoral, conforme dispõe os n°s 1 e 2 do artigo 192 da Lei 8/2013, de 27 de Fevereiro, derogada e republicada pela lei n°12/2014 de 23 de Abril, conjugado com os n°s 1 e 2 do artigo 174, da Lei 4/2013 de 22 de Fevereiro, derogada e republicada pela Lei n°11/2014, de 23 de Abril»*.

O princípio da aquisição progressiva dos actos: impõe que as diversas etapas consumadas e não contestadas no tempo útil para tal concedido, não podem a posteriori enquanto se percorre uma fase diferente desse processo virem a ser impugnados. Como retrata o Acórdão n°30/CC/2009, de 27 de Dezembro *«.....significa isto que os actos praticados numa determinada fase do processo eleitoral, já encerrada, consideram-se adquiridos e consolidados, desde que não tenham sido impugnados no prazo legal, não podendo vir a sê-lo numa fase posterior, salvo em casos extraordinários»*.

2.3.2.3 Objecto de recurso e o dever de fundamentação

Como fiz referência anteriormente, o objecto do recurso são as decisões da CNE em matéria eleitoral nos termos do artigo 116 da Lei n°6/2006 de 2 de Agosto e as decisões dos tribunais judiciais dos Distritos. Afasta se aqui simples decisões do Secretariado técnico da administração eleitoral.

17 CISTAC, Gilles, op cit. P.65

18 CC, Deliberacao n°15/CC/2014 de 20 de Novembro

A Deliberação n°3/CC/03 de 17 de Novembro; Acórdão n°11/CC/2014 e Acórdão n°2/CC/2014 de 29 de Dezembro aponta de forma persistente a falta de fundamentação dos recursos interpostos. Nalgumas vezes o Conselho Constitucional foi recorrer o Código Civil para sentenciar « *é aquele que invoca um direito que cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado (artigo 342, n°1 do Código Civil. A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete aquele contra quem a invocação é feita (artigo 342°, n°2 do Código Civil). Em caso de duvida, os factos devem ser considerados como constitutivos de direito (artigo 342°, n°3 do Código Civil).*

2.4 Posição adoptada

O contencioso eleitoral moçambicano abrange todas fases do processo eleitoral anteriores a fase de validação e proclamação dos resultados finais. Como fiz referência nas páginas anteriores, por questões metodológicas foi abordado o processo de validação e proclamação dos resultados conjuntamente com contencioso eleitoral de modo a facilitar uma visão ampla de intervenção do Conselho Constitucional em processos eleitorais. Isto fez-se na perspectiva e num olhar centralizado de Direito eleitoral moçambicano, atento que a doutrina dominante define o Contencioso Eleitoral como sendo conjunto de normas jurídicas que regulam a intervenção do Conselho Constitucional nos litígios que ocorrem durante o processo eleitoral.

A doutrina e a jurisprudência levanta varias questões em volta do contencioso eleitoral :

Primeira: É a instabilidade do Órgão que alimenta o objecto (decisões da CNE) do Contencioso eleitoral moçambicano, quanto a sua natureza, composição e formas de designação bem como as suas atribuições, pelo facto deste Órgão ser constitucionalizado (regido pela Lei ordinária).

Segunda: tem a ver com a instabilidade do pacote eleitoral, pois, cada processo corresponde uma legislação, e algumas delas moídas pelo conflito armado com destaque o Acordo Geral da Paz de Roma assinado em 4 de Outubro de 1992 e Acordo de cessação das hostilidades militares assinado pelo Governo de Moçambique e Renamo que derogou e republicou o pacote eleitoral de 2013.

Terceira: ronda em torno das decisões da CNE quanto o seu enquadramento legal, uma vez este Órgão enquadra-se na administração central e independente do Estado¹⁹. Actualmente essa questão parece ser solúvel sem ciclos de debate a nível de cultores de Direito pelo facto da própria CRM de forma explicita dar competências ao Conselho Constitucional como ultima instancia para apreciar e decidir diferendos eleitorais e a Lei n°6/2006 de 2 de Agosto vinco com clarezas quais decisões susceptíveis da justiça constitucional. Pois, como Órgão administrativo com orçamento e quadro do pessoal tem produzidos actos meramente administrativos que a sua fiscalização cabe ao Tribunal Administrativo.

19 A doutrina considera a CNE como órgão administrativo central e independente do estado embora que as suas decisões em matéria eleitoral são objecto de apreciação do Conselho Constitucional

Quarta: questiona-se a legitimidade dos tribunais judiciais em sede do contencioso eleitoral ao dirimir conflitos de órgãos de apoio da CNE uma vez a matéria eleitoral nos termos da alínea d) do nº2 do artigo 244º da CRM serem da competência exclusiva do Conselho Constitucional. Na verdade, esta figura foi introduzida no novo pacote eleitoral fruto de consensos políticos alcançados pelas forças intervenientes em conformidade com artigo 169º da Lei nº7/2013 de 22 de Fevereiro, derogada e republicada pela Lei nº 10/2014 de 23 de Abril, artigo 174 da Lei nº4/2013 de 22 de Fevereiro, derogada e republicada pela Lei nº11/2014 de 23 de Abril, e artigo 192 da Lei 8/2013 de 22 de Fevereiro, derogada e republicada pela Lei nº12/2014 de 23 de Abril . Há razão de ordem para o efeito, uma vez a lei constitucional remeteu ao legislador ordinário a matéria eleitoral, mas também há questionamento não muito oportuno, se a tal intervenção dos tribunais judiciais do distrito põe em causa o poder do Conselho Constitucional; justamente que não, pois, actua em paralelo com a CNE sendo as decisões dos dois órgãos (Tribunais e CNE) por imperatividade da Lei serem remetidas ao Conselho Constitucional para apreciar em última instância.

Na base das questões ora levantadas vale apenas reter e posicionar-se certos aspectos julgados pertinentes neste estudo:

Primeiro: A CNE devia ser Órgão Constitucional a semelhança dos Órgãos eleitorais do Zimbabwe e do Malawi, pois, permitiria a sua consolidação e credibilidade, de tal forma que alteração da sua composição teria suporte legal um pouco profundo e não uma mera vontade de alguma formação política que pretende alcançar os seus intentos.

Segundo: há uma necessidade urgente de harmonização do bloco eleitoral como forma de termos um Código eleitoral consistente; alias, este foi apelo permanente da Jurisprudência²⁰, «...*mais consideramos oportuno deixar expressa a nossa convicção de que a multiplicidade de leis eleitorais que, embora regulando eleições diferentes contem mesmo modo os mesmos princípios e regras gerais, acaba por afectar a unidade e coerência do sistema do Direito eleitoral, facto que combinado com deficiências na formulação de algumas normas, dificulta a interpretação e aplicação pelos diversos actores dos processos eleitorais. Agrava esta situação a pouca preocupação em conhecer e aplicar correctamente as normas, notória em muitos partidos políticos, coligações de partidos e candidatos, os quais, a despeito da reiterada jurisprudência esclarecedora deste Conselho, continuam a cometer os mesmos erros de eleição para eleição.....*».

Terceiro: a intervenção dos tribunais judiciais dos distritos deve ser consolidada no pacote eleitoral de modo que as suas decisões sejam credíveis e de confiança de eleitores, não pondo de lado a componente de formação de magistrados que especificamente pretende lidar com a matéria eleitoral. A jurisprudência mostrou com clarezas deficiências que no nosso entender são passíveis de serem sanadas a nível dos tribunais.

20 CC, Deliberação nº30/CC/2009 de 27 de Dezembro, p.2

Quarto: que as decisões que são objecto do recurso contencioso eleitoral, são aquelas emanadas em matéria eleitoral pela CNE e não abrange os seus Órgãos de apoio como o Secretariado Técnico de administração eleitoral e outros.

3. CONCLUSÃO

A matéria do contencioso eleitoral moçambicano abordada ao longo da explanação acima, reflecte um juízo de exercício de implantação da Democracia neste Território; daí que para sua íntegra compreensão foi preciso buscar todos inputs necessário desde do preconizado no Acordo Geral da Paz, protocolo III. Trata-se dum instrumento que em larga medida norteou o processo eleitoral, embora que a Lei n°4/93 de 20 Dezembro era a norma específica.

A história do Contencioso eleitoral na sua generalidade tem ponto de partida as Eleições Gerais e multipartidárias de 1994. Não basta necessariamente justificar que esta situação prende se pelo facto delas serem as primeiras eleições, mas sim, pelo facto daquelas eleições funcionar um Órgão histórico *Tribunal eleitoral*, cuja sua composição deixou marca na historia de Direito moçambicano, em particular com a presença de Juízes estrangeiros efectivos Michel COAT (França), Mariamo FIALLOS (Nicarágua) , João MOREIRA CAMILO (Portugal) e suplentes Walter da COSTA PORTO (Brasil), Juan RODRIGUEZ (Chile) indicados pelo Secretario Geral da ONU.

Concentrando se ao tema foram de forma evidente esmiuçados as decisões susceptíveis da justiça constitucional; aquelas que são objecto do Contencioso eleitoral em conformidade com o artigo 116° da Lei n°6/2006 de 2 Agosto. Nos termos deste dispositivo legal citado, somente vão ao querela de justiça constitucional as decisões da CNE em matéria eleitoral, excluindo se a hipóteses dos actos praticados em matéria administrativa que a sua análise e fiscalização cabe ao Tribunal Administrativo a Luz do n°2, do artigo 228° da CRM.

A composição da CNE continua ser *vexata quaestio* pela falta de harmonia institucional, pois, O Órgão não é constitucional. A sua natureza, atribuição, composição e competências foram elencadas e definidas numa legislação Ordinária por força do preceito constitucional patente no n°3 do artigo 135° da CRM. No cumprimento desta norma foram produzidas pelo parlamento moçambicano várias normas eleitorais avulsas, isto é, *cada processo eleitoral, uma legislação*. o quer dizer que a composição da CNE passou a ser alterada em cada processo eleitoral. Em 1994 o Órgão foi na generalidade partidarizado e com o pacote eleitoral de 2007, O legislador quis despartidarizar e profissionalizar o Órgão e 2013/2014 por causa das hostilidades militares protagonizadas pelo partido RENAMO mais uma vez o Legislador recuou o seu posicionamento voltando a partidarizar os órgãos eleitorais como forma de resolver os interesses superior do Estado “paz”.

O enquadramento do Órgão na estrutura hierárquica do Estado ficou claro e esclarecido que a CNE é um Órgão da administração central e independente nos termos do artigo 50° da Lei n°7/2012 embora que as suas decisões em matéria eleitoral são objecto de recurso ao Conselho Constitucional.

Na querela jurisprudencial e doutrinária do contencioso eleitoral, os juristas e cultores de Direito apontam a inconsistência das normas eleitorais avulsas pela falta dum código eleitoral em altura para responder a evolução do Direito eleitoral. Doravante há mudanças frequentes da forma de intervenção, uma delas é o chamamento dos tribunais judiciais do Distrito para julgar litígios decorrentes das mesas de assembleia de voto. Podemos entender isso como sendo a forma que Legislador ordinário encontrou para responder o apelo do Acórdão n°2/CC/2009 de 15 de Janeiro que recomendou de forma específica, uma reforma do quadro legal no que concerne à adopção de providências de tratamento urgente de diferendos eleitorais no decurso do processo.

A doutrina parece tratar o processo de validação e proclamação dos resultados eleitorais dentro do processo de contencioso eleitoral situação que ficou ultrapassada pela jurisprudência dominante concretamente extraída do Acórdão n°30/CC/2009 de 27 de Dezembro quando de forma simples e didáctica explicou que o processo de Validação de resultados é objectivo e não depende da disponibilidade das partes ao contrário do Contencioso eleitoral.

Em suma, pode se afirmar que existe uma ligação conexa entre a natureza do contencioso eleitoral e o poder de cognição da jurisdição eleitoral.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- CISTAC, Gilles, O Direito Eleitoral Mocambicano, imprensa da UEM, Maputo, 1994
- _____, Manual práctico de Jurisprudencia Eleitoral, Escolar Editora, Editores e Livreiros, Lda, Maputo, 2011
- HAURIUO, Maurice, Precis de Droit Administratif et de Droit Public, Paris
- HUNGUANA, T. Gestão e Administração do Processo Eleitoral: Reflexão jurídica, em Moçambique: Eleições 2004, direcção Brazao Mazula, Editor: OBSERVATORIO
- ELEITORAL, imprensa universitária 2006
- MACIE, Albano Lições de Direito Administrativo Moçambicano, Vol.1, Escolar Editora, Editores e Livreiros, Lda, Maputo 2012
- MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, Actividade Constitucional do Estado, Tomo V, 3ª Edição, Coimbra editora, 2004
- _____ Nos Dez anos da Constituição, Imprensa nacional Casa da Moeda, Lisboa, 1986
- _____ Justiça Constitucional: Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade, Coimbra Editora, 2002
- _____ Manual de Direito Constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição, Tomo VI, 4ª Edição Revista e actualizada, Lisboa 2013

- MASCLET J.C., Droit electoral, Paris, PUF, 1989
- OBSERVATORIO ELEITORAL, Moçambique: Eleições 2004, Brazao MAZULA (director), Editor: Imprensa Universitária 2006

Acórdãos e Deliberações consultados

- CC, Deliberação n°1/CC/03 de 17 de Novembro. Recurso interposto pelo Partido FRELIMO, Conselho Constitucional, Deliberação e Acórdãos, Vol. I, 2003-2006,
- Ministério da Justiça, Conselho Constitucional, CFJJ, Maputo, 2007, publicado no BR., I serie, n°47, de 19 de Novembro.
- CC, Deliberação n°3/CC/03, de 17 de Novembro. Recurso interposto pela coligação Renamo-Uniao eleitoral, Conselho Constitucional, Deliberações e Acórdãos, Vol. I, 2003-2006, Ministério da Justiça, Conselho Constitucional, CFJJ, Maputo, 2007, publicado no BR., I Serie, n°51, de 17 de Dezembro de 2003
- CC, Deliberação n°13/CC/04, de 2 de Janeiro. Recurso interposto pela Coligação Renamo-Uniao eleitoral, Conselho Constitucional, Deliberações e Acórdãos, Vol.I, 2003-2006, Ministério da Justiça, Conselho Constitucional, CFJJ, Maputo, 2007, publicada no BR., II Serie, n°2 de 14 de Janeiro de 2004
- CC, Deliberação n°17/CC/04, de 3 de Junho. Validação e proclamação dos resultados eleitorais da eleição intercalar do Presidente do Conselho Municipal da Cidade de XaiXai, Conselho Constitucional, Deliberações e Acórdãos, Vol.I, 2003-2006, Ministério da Justiça, Conselho Constitucional, CFJJ, Maputo, 2007, publicada no BR., I Serie, n°24, de 18 de Junho de 2004
- CC, Deliberação n°2/CC/2005, de 12 de Janeiro. Recurso interposto pela Coligação alargada da oposição (FAO), Conselho Constitucional, Deliberações e Acórdãos, Vol.I, 2003-2006, Ministério da justiça, Conselho Constitucional, CFJJ, Maputo, 2007, publicada no BR., I Serie, n°3, de 19 de Janeiro de 2005
- CC, Acórdão n°2/CC/2009 de 15 de Janeiro. Validação e proclamação dos resultados das eleições dos Órgãos das autarquias locais.
- CC, Acórdão n°3/CC/2009, de 17 de Marco. Aprova a acta e o edital dos resultados da segunda volta da eleição do Presidente do Conselho Municipai de Nacala-Porto.
- CC, Acórdão n°8/CC/2009 de 14 de Agosto. Fixa as candidaturas admitidas e rejeitadas ao cargo do Presidente da Republica.
- CC, Acórdão n°9/CC/2009, de 28 de Setembro. Atinente a reclamação eleitoral apresentada pelo Movimento Democrático de Moçambique.

- CC, Acórdão n°30/CC/2009, de 27 de Dezembro. Valida e proclama os resultados das Eleições Presidenciais, legislativas e das Assembleias Provinciais, de 28 de Outubro de 2009, BR.,28 de Dezembro de 2009, Suplemento, I Serie-N°51
- CC, Acórdão n°2/CC/2010,de 9 de Abril. Recusa provimento ao pedido e, em consequência, não declara inconstitucionalidade das disposições legais atinentes às Leis n°7/2007, 8/2007 e 9/2007 de 26 de Fevereiro e Leis n°10/2007 de 5 de Janeiro, e 18/2007 de 18 de Julho
- CC, Acórdão n°21/CC/2014, de 29 de Dezembro, sobre validação e Proclamação dos resultados das eleições Presidenciais, Legislativas e das Assembleias Provinciais, realizadas a 15 de Outubro de 2014
- CC, Acórdão n°11/CC/2014, concernente ao recurso interposto pelo Partido FRELIMO, referente a sentença proferida nos autos de Recurso Contencioso Eleitoral n°109/TJDT/201, do Distrito de Tsangano
- CC, Acórdão n°16/CC/2014 relativo ao recurso Contencioso interposto pelo Movimento Democrático de Moçambique, não concordando nem se conformando com a decisão proferida pelo Tribunal Judicial do Distrito Municipal de Ka Mavota no Processo n°01/RCE/2ª/2014
- CC, Acórdão n°12/CC/2014, Concernente ao recurso interposto pelo Partido Movimento Democrático de Moçambique, do despacho da 3ªSeccao do Tribunal Judicial do Distrito Municipal Kampfumo, proferido nos autos de Contencioso Eleitoral sob n°989/14/RC.

A irrecorribilidade dos acórdãos e deliberações do Conselho Constitucional Moçambicano

Ernesto Véquina Pedro Mueha

A irrecorribilidade dos acórdãos e deliberações do Conselho Constitucional Moçambicano

Ernesto Véquina Pedro Mueha¹

SUMÁRIO: *Introdução; 1. Breve historial e evolução da justiça constitucional moçambicana; 2. 2.1. Definição; 2.2. Composição; 2.3. Funcionamento; 2.1.1. Consensualismo e (in)falibilidade das decisões do Conselho Constitucional; 2.1.2. A declaração de voto; 3. A garantia constitucional ao recurso e a verificação da constitucionalidade dos artigos 248, nº1 da CRM e 4, nº1 da LOCC; 4. A verificação da constitucionalidade dos artigos 248, nº1 da CRM e 4, nº1 da LOCC; 5. A irrecorribilidade dos acórdãos do CC e Caso julgado vinculante; 5.1. Tramitação processual; 5.2. A irrecorribilidade dos acórdãos e deliberações do CC; 5.3. O caso julgado vinculante; 6. A Repercussão Geral e o recurso extraordinário; 7. Conclusões.*

Abreviaturas

al. – alínea

AR – Assembleia da República

art. – artigo

B.R. – Boletim da República

CC – Conselho Constitucional

CFJJ – Centro de Formação Jurídica e Judiciária

CRM – Constituição da República de Moçambique

CSMJ – Conselho superior da Magistratura Judicial

ed. – edição

et. al. – *et allia*

LOCC – Lei Orgânica do Conselho Constitucional

nº - número

p. – página

PR – Presidente da República

op. cit. – obra citada

1 Mestrando em Direito Judiciário

Introdução

Os recursos constituem, regra geral, os meios de impugnação das decisões dos órgãos jurisdicionais nas sociedades democráticas e de direito, modelo social adoptado, igualmente, por Moçambique.

O tema reveste-se de grande importância no que à justiça constitucional concerne, mormente, ao cerceamento do direito à impugnação das decisões e deliberações do Conselho Constitucional moçambicano, impondo-se, por isso, discutir a necessidade da admissibilidade de reapreciação do mérito das decisões e deliberações, como também das questões de interesse processual, designadamente, dos pressupostos processuais como condição sem as quais não devem ser decididas as matérias (mérito) do contencioso constitucional.

Com o presente tema, “*a irrecorribilidade dos acórdãos e deliberações do Conselho Constitucional de Moçambique*”, pretende-se discutir as motivações da proibição do duplo grau de jurisdição das deliberações da justiça constitucional moçambicana, à luz da Constituição moçambicana de 2004, porquanto, é manifesta a excepção à regra da susceptibilidade de recurso das decisões dos órgãos jurisdicionais nacionais, como é o caso do Conselho Constitucional.

Em face da referida proibição, importará analisar a inconstitucionalidade material e parcial das normas constantes dos artigos 248, nº1 da CRM, de 2004 e art. 4, nº1 da Lei nº6/2006, de 2 de Agosto, contrapondo com o direito à impugnação, igualmente, consagrado no art. 69 da Lei Fundamental.

O presente trabalho sugere, em suma, e através de uma breve exploração bibliográfica-descritiva, discutir, não de forma esgotada, obviamente, sobre a insusceptibilidade de recurso das decisões e deliberações do Conselho Constitucional, procurando demonstrar que, nalguns casos, esta absoluta negação é contrária à garantia constitucional ao recurso ou ao direito à impugnação.

Assim, no primeiro capítulo faremos um breve historial e evolução da justiça constitucional moçambicana e, em seguida, no segundo capítulo, traremos a definição, composição e funcionamento do Conselho Constitucional moçambicano. No terceiro capítulo discutiremos sobre a previsão da garantia constitucional ao recurso e a verificação da constitucionalidade dos artigos 248, nº1 da CRM e 4, nº1 da LOCC e, no capítulo 5, discutiremos a questão da irrecorribilidade dos acórdãos do CC e Caso julgado vinculante. No capítulo 6, procuraremos demonstrar a viabilidade do recurso extraordinário, com fundamento na *Repercussão Geral* e, por fim, apresentaremos as nossas conclusões.

1. Breve historial e evolução da justiça constitucional moçambicana

Preferimos abordar a génese da justiça constitucional genuinamente moçambicana, a partir da ascensão de um Moçambique independente, numa fase em que se procurou “escangalhar” o sistema colonial até então vigente, sem prejuízo da manutenção em vigor das normas que não contrariassem a Constituição².

2 Como resulta da claramente da revisão Constitucional, através da Lei nº11/78, de 16 de Agosto.

Assumindo que a justiça constitucional moçambicana é bastante “jovem”, porquanto, em 25 de Junho de 1975, ao ascender à independência nacional, o Estado Moçambicano aprovou a sua primeira constituição, na qual optou, pelo regime político de democracia popular, virado ao modelo socialista³, este que consagrava, de forma indirecta, o princípio da constitucionalidade das normas e princípios estruturantes da sociedade, mas sem a previsão de um sistema autónomo e especializado de controlo da constitucionalidade dos actos de poder público.

A partir de 1990, o Estado Moçambicano preferiu o modelo de Estado Social e Democrático de Direito, assumindo uma constituição como uma *lei básica de toda a organização política e social da República de Moçambique*.⁴

Aquando da discussão e aprovação da Constituição de 1990, duas correntes se digladiam. Uma defendendo a transferência do controle da constituição para um órgão verdadeiramente jurisdicional, um Tribunal Constitucional e, a outra, defendendo a manutenção do controlo por uma assembleia política, a Assembleia Popular⁵.

Neste sentido, e de forma expressa, o art. 206 daquela constituição (aprovada em 1990), passou a assumir um princípio normativo vinculante, ao estabelecer que “as normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico”. Daqui decorre, pela primeira vez, a consagração expressa da constitucionalidade das normas jurídicas, cuja garantia a Constituição (de 1990) institucionalizou o Conselho Constitucional, como órgão de soberania.⁶

Importa referir que o legislador constituinte de 1990 preferiu não pronunciar-se quanto à regulação do Conselho Constitucional, porquanto, limitou-se a definir e fixar as respectivas competências, a regular o modo de designação do Presidente do órgão, deferindo a sua nomeação ao Presidente da República, enquanto Chefe de Estado – cfr. art. 120, al. g). E mais, estabeleceu o princípio de irrecorribilidade das suas deliberações e acórdãos (art. 182), tendo remetido para a lei ordinária a fixação da composição, organização e funcionamento do processo de fiscalização e controlo da constitucionalidade e legalidade dos actos normativos e demais competências do Conselho Constitucional (art. 184 da CRM/1990).

Na vigência da Constituição de 1990 duvida-se sobre a natureza jurídica do Conselho Constitucional, cuja controvérsia residia no saber se se tratava de um órgão político ou jurisdicional; mostrava-se inadequado qualificar o Conselho Constitucional como um órgão político, com base no único fundamento de que na designação dos seus membros intervêm órgãos políticos.

Esta questão ficou resolvida com a aprovação da Lei Orgânica do Conselho Constitucional de 2003 (Lei nº9/2003, de 22 de Outubro)⁷, que, para além de ter assegurado a entrada em funcionamento deste órgão

3 Vide “Relatório sobre Moçambique à I Assembleia da CJCLP”, realizado em Lisboa, de 20 a 22 de Maio de 2010, p.4, consultado em www.constitucional.org.mz

4 Preâmbulo da Constituição da República de Moçambique de 1990, doravante CRM/1990.

5 NHATITIMA, Pedro, *et. al.*, *A jurisprudência constitucional moçambicana – Estudos de Direito Constitucional Moçambicano – Contributos para reflexão*, CFJJ/Instituto Superior de Ciências e Tecnologias de Moçambique/Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, 2012, p. 57.

6 Art. 108 da CRM/1990.

7 Revogada pela Lei nº6/2006, de 2 de Agosto.

de soberania criado pela Constituição da República de 1990, concluiu tratar-se de um órgão jurisdicional, face às garantias e ao carácter reactivo do Conselho constitucional, porquanto a sua actuação subordinava-se ao *princípio do pedido*, dependia do impulso de certas entidades dotadas de legitimidade processual activa.

A Constituição da República em vigor, cujo texto foi aprovado pela Assembleia da República em 16 de Novembro de 2004⁸, cuja vigência foi em 21 de Janeiro de 2005, introduziu alterações significativas na concepção deste órgão e suas competências, razão determinante para a aprovação da nova lei orgânica, a Lei nº6/2006, de 2 de Agosto (LOCC).

No essencial, a Constituição de 2004 (ainda em vigor), definiu o Conselho Constitucional, (afastando-se, estranhamente, da terminologia *tribunal constitucional*), “como órgão de soberania, ao qual compete especialmente administrar a justiça, em matérias de natureza jurídico-constitucionais” (art. 241, nº1 da CRM/2004 e art. 1 da LOCC).

Nos termos da lei orgânica, a organização e funcionamento do Conselho Constitucional é, exclusivamente, em plenário, reunindo-se, ordinariamente, sempre que o seu presidente convocar, por iniciativa própria ou a requerimento de, pelo menos, um terço dos juízes conselheiros em efectividade de funções (art. 30, nºs 1 e 2 da LOCC).

O Conselho Constitucional foi criado tendo em vista as funções de garantia e defesa da Lei Fundamental, a de fiscalização da constitucionalidade das normas jurídicas com os princípios e regras, daí que o órgão tem um inestimável valor na contribuição, afirmação e definição do nosso Estado de Direito Democrático.

Com a entrada em vigor da Constituição de 2004, manteve-se inalterado o princípio da irrecorribilidade das deliberações do Conselho Constitucional, cerceando, expressamente, a admissibilidade do duplo grau de jurisdição, afastando a impugnabilidade das deliberações e acórdãos, impondo-se, por conseguinte, a obrigatoriedade do seu cumprimento, sob pena de incorrer-se no crime de desobediência, se crime mais grave não couber (art. 248, nº1 e 2).

O Conselho constitucional integra o sistema dos órgãos de soberania, compreendendo, igualmente, o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais (art. 133).

2. Definição, composição e funcionamento do Conselho Constitucional

2.1. Definição

“O Conselho Constitucional é o órgão de soberania, ao qual compete, especialmente administrar a justiça em matéria de natureza-jurídico constitucional”⁹.

Na vigência da Constituição de 1990, o Conselho Constitucional era definido “*órgão de competência especializada no domínio das questões jurídico-constitucionais*”, destacando-se, com a aprovação da

8 Publicada no B.R. nº51, I Série, de 22 de Dezembro.

9 Art. 241, nº1, da CRM.

Constituição de 2004, fundamentalmente, o poder de “administrar justiça”, qualificando-o como órgão com função jurisdicional, embora distinto dos órgãos judiciais, porque não se acha integrado no rol dos tribunais enunciados no art. 223 da CRM¹⁰.

Daqui decorre que, o Conselho Constitucional, independentemente da terminologia adoptada pelo legislador constituinte, *é um verdadeiro tribunal supremo e exerce competências judiciais*¹¹, que “exerce a função jurisdicional do Estado”¹² porquanto, “tal deve-se, justamente, à adstrição às normas jurídicas, à necessária fundamentação das decisões, à garantia de independência e isenção dos seus juízes”¹³.

Para reforçar o entendimento segundo o qual o Conselho Constitucional é um *tribunal supremo*, basta verificar, pelas alíneas f), g) e h), do nº1 do art. 244 da CRM, que a este órgão compete “julgar acções”, expressões que, quanto a nós, revela que estamos em presença de órgão jurisdicional por excelência, criado para administrar justiça em matéria jurídico-constitucional. E mais, revestindo as suas decisões a designação de “acórdãos” e “deliberações” (art. 248) é inegável que estamos em presença de designação própria das decisões dos tribunais colectivos.

2.2. Composição

O Conselho Constitucional é composto por sete juízes conselheiros (art. 242 nº1 da CRM), designados da seguinte forma:

- a) um juiz conselheiro nomeado pelo Presidente da República que é o Presidente do Conselho Constitucional;
- b) cinco juízes conselheiros designados pela Assembleia da República segundo o critério de representação proporcional;
- c) um juiz conselheiro designado pelo Conselho Superior da Magistratura Judicial.

Os juízes conselheiros que, à data da sua nomeação devem ter 35 anos de idade e ter experiência profissional de 10 anos na magistratura ou actividade forense ou de docência, são designados para um mandato de cinco anos, renovável, e gozam de garantia de independência, inamovibilidade, imparcialidade e irresponsabilidade – cfr. art. 242, nºs 2 e 3 da CRM.

O Conselho constitucional é um órgão de soberania autónomo; os seus juízes são independentes, inclusivamente em relação aos órgãos que os elegem e inamovíveis, cujas decisões impõem-se, prevalecendo sobre qualquer de outra autoridade (art.248, nº1, 2ª parte, da CRM).

10 Neste sentido, GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Direito Constitucional de Moçambique*, Editora IDiLP, Lisboa/Maputo, 2015, p. 533.

11 Idem.

12 MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, 2007, p. 250.

13 Idem. Efectivamente, os membros do Conselho Constitucional têm estatuto de juízes conselheiros (art. 7, nº1 da LOCC) e o regime dos direitos e deveres (independência, imparcialidade, inamovibilidade, imparcialidade) é similar ao dos magistrados judiciais (artigos 242, nº2 conjugado com o 212 e ss. da CRM).

2.3. Funcionamento

O art. 30, da Lei nº6/2006, de 2 de Agosto, que aprova a Lei Orgânica do Conselho Constitucional (LOCC), estabelece que o Conselho Constitucional funciona, em sessões plenárias, podendo reunir-se ordinariamente sempre que o seu Presidente o convocar, por iniciativa própria ou a requerimento, pelo menos, de um terço dos juízes em efectividade de funções¹⁴. Fica, assim, descartada a possibilidade do CC funcionar em secções especializadas, mesmo quando seja para decidir sobre *questões simples*, entendidas como aquelas que já foram objecto de tratamentos anteriores, cuja jurisprudência é, manifestamente assente.

O Conselho Constitucional só pode reunir-se estando presente, pelo menos, dois terços dos seus membros em efectividade de funções, incluindo o Presidente ou o seu substituto, pressupondo que a validade dos acórdãos e deliberações depende da formação de um quórum de, pelo menos, quatro juízes, incluindo o presidente do Conselho Constitucional.

Esta forma de funcionamento, limitando as matérias ao crivo da plenária do Conselho Constitucional pode constituir em situações de *denegação de justiça*, dada a impossibilidade de interposição de recurso das decisões do órgão, quer sobre o fundo, quer sobre questões de ordem adjectiva.

Quer nos parecer que o legislador quis vedar a possibilidade de criação de secções de modo a que os julgamentos decorram em plenário por se considerar necessária à uniformização da jurisprudência, evitando-se, por conseguinte, divergências de julgados. “É esta uma solução de economia e celeridade processual possível”¹⁵. Daqui decorre que, a adopção do funcionamento do Conselho Constitucional em plenário constitui uma regra que não comporta qualquer excepção quanto à possibilidade de impugnação das decisões deste órgão fiscalizador da constitucionalidade e legalidade dos actos normativos.

Afasta-se, pois, a possibilidade de funcionamento especializado de secções em razão das matérias e, consequentemente, exclui-se expressamente de susceptibilidade de recorrer-se das suas decisões que já foram emanadas, em 1ª, única e última instância pelo plenário, órgão de garantia da justiça constitucional moçambicana, no que concerne à própria garantia, direitos e liberdades fundamentais.

2.3.1. O consensualismo e (in)falibilidade das decisões do Conselho Constitucional

Os acórdãos do Conselho Constitucional são, em regra, tomadas por *consenso* dos juízes conselheiros e, faltando tal consentimento, pela pluralidade dos juízes, não inferior a dois terços dos juízes em efectividade de funções, incluindo o Presidente ou o seu substituto, como condição para a validade das deliberações – artigos 31 e 33, nºs 1, 2 e 3 da LOCC.

14 O direito constitucional português (art. 224, nº2) prevê que o Tribunal Constitucional possa funcionar em sessões plenárias (na presença de todos os juízes conselheiros) ou em secções, compostas por quatro juízes e um presidente ou vice-presidente, excepto para efeito de fiscalização abstracta da constitucionalidade. Esta possibilidade de funcionamento também ocorre no Supremo Tribunal Federal brasileiro, a quem compete, “precipualemente, a guarda da Constituição, competindo-lhe julgar, originariamente a acção directa de constitucionalidade da lei ou de acto normativo federal ou estadual, sob forma de lei (art. 102, I, a) e § 1º da Constituição brasileira).

15 MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *op. cit.*, p. 268.

Como se pode constatar, o consensualismo é a regra que permite que as deliberações e acórdãos do CC possam ser livremente acolhidas pelos seus destinatários, legitimando, quiçá, o conteúdo uniformemente acolhido pelos juízes conselheiros que a lavraram.

O princípio do consensualismo dos acórdãos e deliberações do Conselho Constitucional não é absoluto e, como tal, não significa falta de divergência entre os juízes, tal como, aliás, é admitido pelas normas acima mencionadas, na medida em que, faltando consenso, a sua validade é dependente de aprovação de, pelo menos, quatro juízes conselheiros.

Assim, “a adopção duma decisão tem sido precedida de um amplo debate, que, sem, prejuízo de respeitar os prazos processuais, dura o tempo necessário para alcançar consenso. No debate, cada Juiz tem a possibilidade de manifestar livremente opiniões pessoais sobre as questões objecto de decisão, as quais podem não coincidir com as opiniões dos demais colegas. Mesmo assim ainda se consegue alcançar o consenso, através de um *esforço de conciliação*”¹⁶.

Parece-nos que o *esforço* tendente à conciliação tem a ver com a premência de tornar a decisão do órgão constitucional irrecorrível, aproximando-o, cada vez mais, aos interesses das partes (face ao princípio do pedido que norteiam as acções constitucionais). Mas, tal não deve significar a infalibilidade das decisões, mormente porque o ser humano está sujeito a falhas, a erros pela sua natureza imperfeita.

Como já se fez referência, o Conselho Constitucional é composto por sete juízes conselheiros juristas, dos quais apenas um, que é designado pelo Conselho Superior da Magistratura Judicial, é que é magistrado judicial de carreira. Os demais juristas apesar de possuírem experiências académicas na área de docência ou exercícios forenses, não nos parece que possuam um notável saber inquestionável em matéria jurídico-constitucionais. Aliás, note-se que a designação dos membros do CC é feita pela confiança política e em respeito à representação proporcional parlamentar a quem representam. É inquestionável que as decisões colegiais visam garantir certa coerência e segurança jurídica, mas não se pode ignorar, em absoluto, a possibilidade de sujeição a falhas no exercício da actividade interpretativa.

E mais, inexistente, até ao presente momento, regras de apuramento do magistrado judicial designado pelo Conselho Superior da Magistratura Judicial para compor o CC, que, embora seja juiz de carreira, o único requisito constitucionalmente exigido é a sua experiência alcançada durante dez anos de exercício na judicatura. Esta designação desacompanhada de critérios rigorosos e claros, conduz ao risco de optar-se pela indicação de magistrados judiciais cuja reputação e elevado saber jurídico sejam questionáveis¹⁷, suscitando-se, por isso, dúvidas sobre a infalibilidade das decisões do Conselho Constitucional.

É, portanto, previsível que os Juízes Conselheiros do CC possam sujeitar-se a erros de interpretação, algo que não é contrária à natureza humana, daí que, é necessária a possibilidade de revisão das suas decisões.

16 www.venice.coe.int, disponível em 03.09.15 (Moz Conselho Constitucional).

17 Até porque, para agravar, os Juízes Conselheiros do Tribunal Supremo e os dos Tribunais Superiores de Recurso não são submetidos à avaliação de mérito. Os demais magistrados judiciais de escalões inferiores há muito que não são avaliados, o que é sintomático da fragilidade que possa ocorrer no processo de interpretação e aplicação das leis fundamentais aos casos concretos.

2.3.2. A declaração de voto

Quando um ou vários juízes conselheiros discordam de uma decisão tomada por maioria, ou quando concordem com a decisão mas com base numa fundamentação diferente da expressa no acórdão, podem fazer juntar ao texto da decisão uma declaração onde expõem e justificam a sua posição – esta manifestação é designada declaração de voto discordante ou vencido.

Assim, “os juízes dos tribunais colectivos podem votar de vencido relativamente à decisão ou seus fundamentos, ficando o seu voto lavrado no respectivo acórdão após as assinaturas”¹⁸, sempre que não se alcance consenso sobre os fundamentos ou a decisão objecto de discórdia.

Não faltam casos de juízes que discordam da posição maioritária, podendo exercer o direito de lavrar voto vencido fundamentado, como corolário da independência dos juízes conselheiros do Conselho Constitucional – art. 33, nº4 da LOCC.

Entretanto, mais do que uma manifestação de independência do juiz constitucional, trata-se de uma questão mais ampla e profunda do papel da jurisdição constitucional, entanto que *órgão de soberania, ao qual compete especialmente administrar justiça em matérias de natureza jurídico-constitucionais* – art. 241, nº1 da CRM/2004 – que, na interpretação e aplicação das normas constitucionais, abdicam do *consensualismo* para expressar uma posição mais consentânea com o direito aplicável ao caso.

Em se tratando de um *órgão com função jurisdicional, o esforço pela conciliação* para o alcance de consenso das decisões, limita a independência do juiz que, pretendendo fazer a demonstração jurídica do seu ponto de vista, pode sentir-se coartado.

É que, o direito como ciência jurídica que é não se compadece com um consensualismo conformado; uma verdadeira ciência hermenêutica, deve ser absolutamente compatível com argumentos relevantes para proferição do verdadeiro sentido e alcance das normas aos casos concretos.

Sendo certo que a declaração de voto vencido é manifestação independente da posição dos juízes discordantes da posição maioritariamente assumida, nada obsta que o contrário prevaleça, ou seja, que a maioria esteja equivocada quanto aos fundamentos da decisão e, por conseguinte, o erro de julgamento careça de reapreciação.

3. A garantia constitucional ao recurso

O poder judiciário célere e seguro, alcançado por um único grau de jurisdição seria o ideal para qualquer sociedade. Ocorre que os juízes são seres humanos e, por mais imbuídos de boa fé, ao decidirem, podem errar. O mais simples erro, compromete a segurança da justiça, surgindo daí a necessidade de reanalisar e reavaliar, de modo a torná-la mais segura e amparada, em harmonia com o ideal de justiça¹⁹, mormente da justiça constitucional.

18 PRATA, Ana, *Dicionário jurídico*, 5ª ed., Almedina, 2013, p. 1543.

19 Cristiane de Brito RODRIGUES, *A garantia Constitucional de recurso ante a irrecorribilidade da decisão que converte o agravo de instrumento em agravo retido*, www.ambito-juridico.com.br, disponível em 26.08.2015.

Os recursos são primordiais, repita-se à exaustão, à configuração do devido processo legal, constituindo-se peças indispensáveis ao ordenamento jurídico, e alicerce essencial ao Estado Democrático de Direito²⁰.

A impugnação das decisões judiciais satisfaz um interesse da parte prejudicada que, pelo recurso, pode obter uma reapreciação de uma decisão que lhe é desfavorável.

A impugnação também corresponde aos interesses gerais da comunidade, porque a eliminação das decisões erradas ou viciadas não só combate os sentimentos de insegurança e injustiça, como favorece o prestígio dos tribunais e a uniformização jurisprudencial. Esta faculdade de impugnação é uma consequência da possibilidade reacção dos particulares contra os actos públicos que ofendam os seus interesses e o conhecimento dessa impugnação pelos próprios tribunais é uma imposição da sua independência²¹ (artigos 69 e 70 da Constituição da República de 2004 e 19 da Lei nº24/2007, de 20 de Agosto – Lei orgânica dos Tribunais Judiciais).

Conforme se referiu o acórdão do Conselho Constitucional²², a propósito da interpretação do art. 70 da CRM/2004, “o legislador, tanto constitucional, como ordinário, nem sempre emprega o vocábulo *recorrer* em conexão com a figura jurídica de recurso, sendo disso exemplo o artigo 70 da Constituição que atribui ao cidadão o direito de *recorrer* aos tribunais contra actos que violem os seus direitos e interesses reconhecidos pela Constituição e pela lei”.

“Neste exemplo, a expressão *direito de recorrer aos tribunais* equivale a *direito de apelar* aos órgãos do Estado encarregues de administrar a justiça nos termos da Constituição e da lei”²³. Assim, o supra citado acórdão deixou de se pronunciar com relação ao direito de recorrer, entanto que meio de impugnação das decisões, mas não descarta tal possibilidade, na medida em que limitou-se a fazer uma interpretação face a um pedido em concreto, distinto do direito à impugnação.

Por outro lado, daquela disposição não se permite concluir, com clareza, que a mesma quer igualmente se referir ao pedido de reapreciação de uma decisão tomada por um órgão jurisdicional inferior decorrendo daí o direito ao duplo grau de jurisdição.

Como já nos referimos anteriormente, o Conselho Constitucional é um órgão de soberania com poderes jurisdicionais próprios, cuja autonomia afasta-a da categoria organizacional da dos demais tribunais inexistindo qualquer hierarquia entre si, o que afasta a possibilidade de discussão sobre o duplo grau de jurisdição naquela instância.

Interessa, efectivamente, uma abordagem relativa à impugnabilidade da decisão do Conselho Constitucional, designadamente, a susceptibilidade de recurso como meio de impugnação das decisões jurisdicionais, quer pela simples reclamação, quer pela via do recurso extraordinário.

20 Idem, *apud* BASTOS, Celso Ribeiro, *et alia*, 1989, p.261.

21 MONDLANE, Carlos Pedro, *Código de Processo Civil anotado e comentado*, Escolar Editora, 2014, p. 723.

22 Acórdão nº31/CC/2009, de 30 de Dezembro, in www.constitucional.org.mz, disponível em 01.06.2015.

23 Idem.

Neste sentido, não se pretende defina-se *recurso* como o direito à impugnação, termo usado na linguagem jurídica para significar contestação, isto é, “qualquer modo juridicamente admitido de pôr em causa uma decisão”²⁴.

Com efeito, o Conselho Constitucional é tido, constitucionalmente, como um órgão de soberania, competindo-lhe, em especial e em instância única, *administrar a justiça em matérias jurídico-constitucionais*, designadamente, a verificação e o controlo da constitucionalidade, da legalidade dos actos normativos e as demais competências fixadas na lei – art. 241, nºs 1 e 2 da CRM/2004.

Desta disposição decorre que o Conselho Constitucional é um órgão jurisdicional (sem pretendermos desenvolver qualquer discussão do carácter político do órgão), cujas decisões e deliberações são exclusivamente resolvidos em plenário²⁵ e são insusceptíveis de recurso ou de reclamação, prevalecendo sobre todas as outras decisões de outros órgãos do Estado²⁶. Tais decisões constituem caso julgado imediato, impossibilitando qualquer meio de impugnação, suspensão ou revogação, cujo cumprimento é obrigatório.

A composição de funcionamento em sessões plenárias não permite ao Conselho Constitucional, por não se encontrar estruturado como um órgão judicial hierarquicamente organizado, resolver litígios que lhe sejam acometidos pelos interessados, afasta, desde logo, a possibilidade da admissão do duplo grau de jurisdição, ou seja, cercea qualquer modo de impugnação das suas decisões, e sendo imperiosas, impõe sanções àqueles que as não cumpram, o que põe em causa a segurança jurídica e possibilita uma eventual denegação de justiça, sempre que tais decisões sejam incorretas.

Existe duplo grau de jurisdição sempre que os tribunais de 1ª instância sejam susceptíveis de recurso, isto é, sejam apreciáveis, do ponto de vista da matéria de facto como da de direito, por um tribunal superior²⁷.

A teoria acerca do duplo grau de jurisdição ser um princípio constitucional não é pacífica entre os doutrinadores. Há os que defendem ser este um princípio processual, por não estar explícito na *Carta Magna*. Entretanto, outros doutrinadores, como é o caso de Teresa Arruda Alvim WAMBIER (2006, p.343), consideram “ser o princípio do duplo grau de jurisdição um princípio constitucional por estar hoje incindivelmente ligado à noção que hoje se tem de Estado Democrático”²⁸.

Na verdade, os estados de direito democrático caracterizam-se pela admissibilidade do direito à impugnação e, no caso concreto de Moçambique, tal direito acha-se expressamente acautelado como um verdadeiro direito e garantia individual, nos termos do art. 69 da CRM/2004.

Os recursos traduzem a possibilidade de uniformização dos julgados alusivos às interpretações tanto da constituição, como das leis, o que não se admite existirem somente decisões de primeiro grau.

24 PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico*, 5ª edição, Almedina, 2013, p.738.

25 Art. 30, nº1 da Lei nº6/2006, de 2 de Agosto.

26 Art. 248, nº1 da CRM/2004 e art. 4, nº1 da Lei nº6/2006, de 2 de Agosto

27 PRATA, Ana, op. cit., p. 564.

28 Vide *A garantia constitucional de recurso ante a irrecorribilidade da decisão que converte o agravo de instrumento em agravo retido* - www.ambito-juridico.com.br, disponível em 26 de Agosto de 2015.

Cândido Rangel DINAMARCO (2004, p. 237-238) aponta para a necessidade de evitar dispersão de julgados, dizendo: “existe ainda a conveniência psicológica de oferecer aos perdedores mais uma oportunidade de êxito, sabendo-se que ordinariamente há maior probabilidade de acertos nos julgados de *juízes mais experientes e numerosos*. Confinar os julgamentos em um grau de jurisdição teria o significado de conter litigiosidades e permitir que os estados de insatisfação e desconfiança se perpetuassem – provavelmente *acrescidos de revoltas e possíveis agravamentos*”²⁹.

Sendo certo que o Conselho Constitucional é um órgão colegial composto por sete juristas, dos quais apenas um é magistrado judicial de carreira, com experiência judicial de dez anos, a expressão numérica dos juízes conselheiros não garante, em absoluto os *acertos nos julgados*, podendo, inquestionavelmente, gerar um grande estado de insatisfação, fundamentalmente se tais decisões não forem passíveis de impugnação.

Pode até ter sido propositadamente determinado pelo legislador pátrio, a inadmissibilidade do recurso, reclamação ou qualquer outro meio de impugnação das decisões proferidas pelo Conselho Constitucional Moçambicano, atento à necessidade de garantir a celeridade processual da justiça constitucional e a uniformização jurisprudencial.

O mais certo, porém, é que a necessidade de melhor prestação jurisdicional daquele órgão de justiça constitucional em instância única garante, como é evidente, a almejada celeridade é essencial, mas, tal celeridade não deve ser motivo impulsionador para o atropelo às garantias constitucionais alcançadas pela sociedade depois de muitos anos de luta, nos casos em que seja manifesta a injustiça e esteja em causa os direitos fundamentais dos cidadãos.

Importa reconhecer, igualmente, que os recursos nem sempre são inerentes à ampla defesa. Nos casos em que não é previsível um duplo juízo de mérito, como nas causas de menor complexidade, que possam justificar, racionalmente, uma única decisão, não nos parece haver inconstitucionalidade na dispensa do duplo grau de jurisdição.

Sobre o *direito de acesso à justiça*, na vertente do *direito ao recurso*, entendido como “direito a um duplo grau de jurisdição”, o Tribunal Constitucional português tem entendido, invariavelmente, *ser o mesmo restringível pelo legislador ordinário*, estando-lhe apenas “vedada a abolição completa ou afectação substancial (entendida como redução intolerável ou arbitrária) ” deste, sendo que o texto constitucional “não garante, genericamente, o direito a um segundo grau de jurisdição e muito menos a um terceiro grau”³⁰.

Reiterando, o acórdão do Conselho Constitucional³¹, fixou o sentido e o alcance do art. 70 da CRM, ao estabelecer que “o legislador, tanto constitucional, como ordinário, nem sempre emprega o vocábulo *recorrer* em conexão com a figura jurídica de recurso, porquanto a expressão *direito de recorrer aos tribunais*

29 Idem.

30 Ac. nº930/96 do Tribunal Constitucional, de 21.05.1996: DR. II s., de 7.12.1996, págs. 16 977 e seg., *apud* Abílio NETO, *Novo Código Civil Anotado*, 3ª ed. Revista e Ampliada, Ediforum, Lisboa, 2015, p. 21, anot. 5.

31 Acórdão nº31/CC/2009, de 30 de Dezembro, in www.constitucional.org.mz, disponível em 01.06.2015.

equivale a direito *de apelar* aos órgãos do Estado encarregues *de administrar a justiça* nos termos da Constituição e da lei”.

O acórdão em referência não se pronunciou quanto ao direito ao recurso; deixou de se pronunciar com relação ao direito de recorrer, certamente porque tal já se mostrava assegurado pelo direito à impugnação das decisões (art. 69), pois “o cidadão pode impugnar os actos que violam os seus direitos estabelecidos na Constituição e nas demais leis”, entendido, como referiu-se Ana PRATA, “qualquer modo juridicamente admitido de pôr em causa uma decisão”³².

Por outro lado, a CRM consagra a fundamentação de origem antropológica do estado de Direito, no sentido de ampliação e aprofundamento do catálogo dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, bem como do aperfeiçoamento dos meios destinados à sua realização. A protecção jurídica efectiva dos direitos e liberdades, no quadro do Estado de Direito, impõe “a realização concreta do direito, com o fim de solucionar litígios, a órgãos imparciais particularmente qualificados (...) e que devem ter o monopólio da jurisdição”, ou seja, os tribunais independentes, perante os quais o cidadão ou outra pessoa jurídica pode exigir o reconhecimento em concreto dos seus direitos, assim como reclamar a reparação dos danos que resultam da sua violação³³.

A Ordem Constitucional vigente determina que os tribunais, bem como o Conselho Constitucional (este com a função de administrar a justiça constitucional), têm o estatuto de órgãos de soberania, bem como a reserva da função jurisdicional a seu favor (arts. 133, 212 e 241, nº1), cujo conteúdo reside na função de *assegurar os direitos e liberdades dos cidadãos, os interesses jurídicos dos diferentes órgãos e entidades com existência legal*.

É inquestionável que as regras do processo, mormente do processo constitucional, não podem ser indiferentes ao texto constitucional de que decorrem implicitamente, quanto à sua conformação e organização, determinadas exigências impreteríveis, que são directo corolário da ideia de estado de direito democrático e, como bem se sabe, tem o seu elemento estruturante deste modelo de estado é o *due process of law* na resolução de litígio³⁴.

Para além do direito de acção, compreende-se o direito a um processo justo, consubstanciado na falta de medidas de defesa e no direito ao recurso. A violação do direito à tutela judicial efectiva, sob ponto de vista de *limitação do direito à defesa*, “verificar-se-á sobretudo quando a não observância de normas processuais ou de princípios gerais de processo acarreta a impossibilidade de o particular exercer o seu direito de alegar, daí resultando prejuízos efectivos para os seus interesses”³⁵.

Com efeito, a Constituição e a LOCC não acautelam quaisquer direitos processuais; qualquer inobservância das normas processuais pelo relator, se não for sanada pelo plenário, torna a decisão irrecorrível sobre as

32 PRATA, Ana, op. cit., p. 738.

33 Cfr. Acórdão nº03/CC/2011, de 7 de Outubro, *apud*, CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. (reimpressão), Almedina, Coimbra, p. 668.

34 NETO, Abílio, op. cit., p. 21, *apud* Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3ª ed., 1993, págs. 163 e 164.

35 *Idem.*, p. 21.

questões adjetivas e substanciais, porquanto, é vedada qualquer possibilidade de impugnação. Colocada a questão nestes termos, é evidente que a decisão proferida é injusta e prejudicial aos interesses particulares ou institucionais

Assumimos que o direito à impugnação constitucionalmente consagrado não pressupõe, necessariamente, ao direito a um duplo ou terceiro grau de jurisdição. Este direito à impugnação pode ser garantido pela simples reclamação ou mesmo revisão da decisão sem que, para tanto, se justifique que a pretendida reapreciação do decidido seja feita por uma jurisdição de escalão superior.

Um processo há-se ser injusto se, por exemplo, num processo de verificação de requisitos legais para a candidatura do Presidente da República, um cidadão apresenta a sua candidatura dentro do prazo de sessenta dias e, por qualquer razão, verifica-se que a sua candidatura foi proposta por nove mil, novecentos noventa e nove (9.999) cidadãos eleitores (arts. 87, nºs 1 e 3 da LOCC). Notificado para sanar a irregularidade, no prazo de três dias, o referido candidato fá-lo tempestivamente (art.89, nº3 da LOCC) e, à data da proferição do acórdão, o candidato é rejeitado, por ser inelegível, com a justificação de que não tenha sanado tal irregularidade. Como se sabe, uma vez proferido o acórdão, fixando definitivamente as candidaturas e rejeitando aquele cidadão, este não dispõe de qualquer meio para impugnar aquele acórdão, mesmo podendo fazer a prova de ter sanado, tempestivamente, a apontada irregularidade, revelando-se, manifestamente, uma decisão injusta e prejudicial para o candidato preterido por não ter tido o direito à impugnação da decisão que com a qual não se tenha conformado.

Aliás, poder-se-ia, eventualmente, justificar que o recebimento das candidaturas constitui um acto solene e é feito perante o Presidente do Conselho Constitucional (art. 89, nº1 da LOCC). Porém, não nos parece que a sanação seja, igualmente, um acto solene, podendo ser feita na Secretaria do Conselho Constitucional, que pode ter-se descuidado na recepção dos documentos que tenham sanado, prontamente, a irregularidade da candidatura.

A falta de mecanismos claros para reclamação pela rejeição ilegítima determina a falta de alegação e, conseqüentemente, é manifesta a tamanha injustiça do acórdão que já transitou em julgado, e impõe ao visado o seu acatamento, sob pena de estar incurso na prática de um crime de desobediência.

Não se pretende, como nos referimos, ver a situação resolvida pela admissibilidade do duplo grau de jurisdição no Conselho Constitucional, pressupondo a criação de secções ou varas especializadas, mas, acima de tudo, é a materialização da garantia constitucional à impugnação das decisões que violem direitos dos cidadãos constitucionalmente consagrados.

A proibição expressa ao direito de impugnar as decisões ou deliberações do Conselho Constitucional, quer por via da reclamação, quer pela via do recurso, pode permitir abusos dos juízes, porquanto a ideia de recurso está ligada ao inconformismo do ser humano ao se deparar com uma decisão contrária ao seu interesse.

A proibição ao recurso das deliberações e acórdãos do CC põe em causa o razoável trâmite processual, porquanto não se garante a efectivação dos direitos assegurados e todos os meios processuais possíveis

para garantir a pretensão material devem ser resguardados, de tal modo que, afastar o direito ao recurso significa impedir o acesso à justiça, ferindo o preceito constitucional (art. 69 da CRM).

Assim, o princípio da irrecorribilidade fere a garantia fundamental de reapreciação nas causas onde há lesão grave ao direito de outrem, a ser aferida, casuisticamente, e contraria, claramente, o direito à impugnação dos actos que violam os direitos dos cidadãos, nos termos do art. 69 da CRM/2004.

4. Verificação da constitucionalidade dos artigos 248, nº1 da CRM e 4, nº1 da LOCC

A possibilidade de o Conselho Constitucional afastar ou eliminar um segmento normativo ideal emergente de uma dada disposição, salvaguardando, potencialmente, a validade de outros sentidos normativos³⁶, levanta a questão da inconstitucionalidade dos artigos 248, nº1 e 69 da CRM/ 2004, aquela reforçada pelo art. 4, nº1 da Lei nº6/2006, de 2 de Agosto.

Entendemos assim, que a própria constituição não garante genericamente um direito ao duplo grau de jurisdição sobre os actos jurisdicionais praticados, mas garante, isso sim, o direito à impugnação.

No que respeita à justiça constitucional, a norma contida no art. 248, nº1 da CRM, afasta, absolutamente, o princípio da recorribilidade das deliberações e acórdãos do CC, plasmado no art. 69 e 70, ambos da CRM, porquanto, reduz, de forma intolerável e arbitrária os direitos protegidos, desde que resultem em prejuízo à parte.

Vale lembrar que, “todos os meios processuais possíveis para garantir a pretensão material devem ser assegurados pelo juiz e obstar essa garantia é não garantir o devido acesso à justiça, tornando o acto inconstitucional. Portanto, estando a norma processual contrária com a razoabilidade jurisdicional, fica evidente o desrespeito ao princípio da inafastabilidade do controle judicial”³⁷.

A ofensa ao princípio da impugnação é a forma mais grave de transgredir uma norma. É a forma mais grave de ilegalidade ou inconstitucionalidade, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, porquanto, a irrecorribilidade dos acórdãos do CC não nos parece comprometer o princípio da celeridade processual.

Este segmento tem consistido numa norma inconstitucional extraída interpretativamente de uma disposição, em alternativa a outra que se mostra conforme com a Constituição, *v.g.*, *o caso das normas restritivas aplicáveis a uma pluralidade de destinatários que se revelam parcialmente inconstitucionais, na medida em que sejam passíveis de se estenderem a alguns deles*, eliminando-se no preceito, apenas o segmento normativo ideal³⁸.

Com efeito, estando garantido o direito fundamental de o cidadão poder *impugnar os actos que violam os seus direitos estabelecidos na Constituição* (art. 69), do que vale proibir, em absoluto, a irrecorribilidade

36 MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional*, Tomo II, 2ª ed., Coimbra Editora, 2011, p. 868.

37 MILHORANZA, André (2010)

38 Idem, p. 869.

dos acórdãos do Conselho Constitucional (art. 248, nº1), sendo certo que, com a sua criação pretendeu-se, acima de tudo, um órgão fiscalizador da constitucionalidade dos actos normativos.

Se ao CC compete *administrar justiça em matéria jurídico-constitucional*, donde se incluem os parâmetros e o bloco da constitucionalidade, consistindo, concretamente, na formulação do princípio da constitucionalidade, segundo o qual, “as normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico” (art. 2, nº4), bem como na *proibição de os tribunais aplicarem normas inconstitucionais*³⁹ (art. 214), a irrecorribilidade das suas decisões contraria, ostensivamente, os pilares em que assenta o Estado de Direito Democrático moçambicano, permitindo, inclusive, que os juízes conselheiros possam praticar actos arbitrários e à margem da lei.

Não havendo garantias genéricas ao direito a um segundo grau de jurisdição e muito menos a um terceiro grau, mas, pelo contrário, a um direito à impugnação dos actos que violem os direitos fundamentais, constitucional e legalmente consagrados, a proibição, em absoluto, do recurso, entendido em sentido lato (abrangendo a reclamação), contraria, parcialmente, a norma fundamental constante do art. 69 da CRM.

As disposições constitucionais negativas do direito à impugnação poderão ser de aplicação casuísticas, ou seja, as normas constantes dos artigos 248, nº1 da CRM e 4, nº1 da LOCC, só serão inconstitucionais, desde que, analisada casuisticamente, o prejuízo para a parte interessada seja de tal modo grave e irreversível.

A apreciação da ilegalidade e inconstitucionalidade pelo CC das referidas normas e princípios ocorrerá num momento em que este não esteja a exercer as suas competências a título principal, salvo nos casos da apreciação face ao princípio do pedido. Quando assim é, o Conselho Constitucional, na sua função jurisdicional, é também destinatário do princípio da constitucionalidade, nos termos do qual “nos feitos submetidos a julgamento, não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição” (art.214 da CRM), razão pela qual deve, a título incidental, apreciar a inconstitucionalidade da proibição absoluta ao direito de impugnação, nas condições já referidas.

5. A irrecorribilidade dos acórdãos do Conselho Constitucional e o caso julgado vinculante

A proibição de recorrer dos acórdãos e deliberações do Conselho Constitucional acarreta, de imediato, duas consequências, a saber: a) a obrigatoriedade do seu cumprimento e b) o caso julgado, razão determinante da prévia abordagem processual da tramitação da justiça constitucional.

5.1. A tramitação processual

O Conselho Constitucional delibera em plenário (art. 30, nº1 LOCC), determinando que todas as questões sejam apreciadas por, pelo menos, dois terços dos seus juízes em efectividade de funções, incluindo o presidente e o seu substituto (art. 31 da LOCC).

39 GOUVEIA, Jorge Bacelar, *op. cit.*, p. 542 e 543.

É inegável que, uma organização e funcionamento em secções, sem prejuízo da manutenção do Plenário para o julgamento das questões essenciais para a uniformização da jurisprudência, poderia permitir uma flexibilização das decisões do Conselho Constitucional, fundamentalmente quando se tratasse de resolver de questões simples.

Ao abrigo do art. 244 da CRM, ao Conselho Constitucional compete:

- declarar a incapacidade permanente e verificar a morte e a perda de mandato do Presidente da República;
- decidir, em última instância, a legalidade da constituição dos partidos políticos e suas coligações, bem como apreciar a legalidade das suas denominações, siglas, símbolos e ordenar a respectiva extinção nos termos da Constituição e da lei;
- julgar as acções de impugnação de eleições e de deliberações dos órgãos dos partidos políticos;
- julgar acções que tenham por objecto o contencioso relativo ao mandato dos deputados;
- julgar acções que tenham por objecto as incompatibilidades previstas Constituição e na lei.

Compete, ainda, ao Conselho Constitucional (art. 247 da CRM/2004), em sede da fiscalização concreta, bem como das decisões dos tribunais sobre questões de inconstitucionalidade ou recusa de aplicação de quaisquer normas por se entender serem inconstitucionais, ou quando o Ministério Público ou Procurador-Geral da República solicita a apreciação abstracta da constitucionalidade ou legalidade de qualquer norma, cuja aplicação tenha sido recusada, com justificação de inconstitucionalidade ou ilegalidade, por decisão judicial insusceptível de recurso.

Em certos casos, o Conselho Constitucional *julga acções* que são intentadas directamente no Conselho Constitucional, em observância do princípio do pedido e culminam com as decisões que deixaram de ser meras “deliberações” irrecorríveis⁴⁰ para “acórdãos”, insusceptíveis de recurso, designação própria dos tribunais colectivos ou colegiais⁴¹, competindo *aos relatores designados ordenarem e dirigirem todos os actos instrutórios e de produção de prova, exercendo, nos termos da lei processual civil, as competências deferidas aos juízes* – cfr. art. 43, nº2 da Lei Orgânica do Conselho Constitucional.

É assim que, equiparando aos relatores, em matéria processual civil (art. 700 do C.P.C.), compete, em geral, deferir a todos os termos até final e, em particular:

- a) *Remeter o processo à conferência dos juízes, sempre que for necessário discutir o objecto do recurso e de todas as questões que se suscitarem;*
- b) *Apreciar se o recurso é o próprio, se deve manter-se o efeito que lhe foi atribuído e se alguma circunstância obsta ao conhecimento do seu objecto* – art. 701 do C.P.C.

40 Art. 182 da Constituição de 1990.

41 O art. 156, nº2 do C.P.C. dispõe que, “as decisões dos tribunais colegiais têm a denominação especial de acórdãos”.

Com efeito, quaisquer decisões interlocutórias do relator, são insusceptíveis de recurso ou reclamação, ao abrigo artigo 248, nº1 da CRM/2004 e art. 4, nº1 da LOCC.

Entretanto, pela aplicação subsidiária do CPC, por força do art. 43, nº2 da LOCC, não se permite que a parte que se considere prejudicada por qualquer despacho do relator, que não seja de mero expediente, tenha a faculdade de requerer que sobre a matéria do despacho recaia um acórdão, que pode ser agravado pela parte prejudicada – art. 700, nºs 3 e 4 do C.P.C. – dada a proibição absoluta da impugnabilidade das decisões do CC. Este é, certamente, um meio de impugnação injusto e desenquadrado do princípio de reacção prejudicial de interesses protegidos constitucionalmente.

A decisão sumária do juiz-relator do Conselho Constitucional constituiria um importante trâmite de saneamento e julgamento, tendo em vista a celeridade processual, permitindo-se, desta forma, a admissibilidade de impugnação de algumas decisões deste órgão de soberania⁴². Assim, *se a questão a decidir for simples*, por ter sido objecto de decisão anterior do Conselho Constitucional, poderia o juiz-relator proferir *uma decisão sumária de julgamento*, permitindo que o plenário se ocupe dos pedidos de fiscalização abstracta da constitucionalidade, matérias cuja apreciação são antecipatórias à entrada em vigor de uma norma.

A questão simples implicaria que o Conselho Constitucional já tenha julgado a inconstitucionalidade da norma ou da interpretação normativa em Acórdão anterior, não sendo exigível uma ausência de controvérsia doutrinal ou uma jurisprudência consolidada ou uniforme⁴³.

No Conselho Constitucional, os pedidos de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade (art. 48, nºs 1 e 2 da LOCC), os relativos a dirimir conflitos de competência entre órgãos de soberania (art. 84, nºs 1 e 2 da LOCC), os da verificação da legalidade dos partidos políticos, os relativos a denominações, siglas e símbolos (art. 98 da LOCC), as de impugnação de eleições e de deliberações dos partidos políticos (art. 101 da LOCC), as acções que tenham por objecto o contencioso relativo ao mandato dos deputados (art. 104 da LOCC) e as relativas às incompatibilidades (art. 107 da LOCC) são dirigidos ao Presidente do Conselho Constitucional onde, consoante cada um deles, designa-se prazo para sanação de determinadas irregularidades e, em seguida, são os processos distribuídos, por sorteio, aos relatores, com excepção do próprio presidente (art. 43, nº3 da LOCC). Não compete ao Presidente do Conselho Constitucional proferir qualquer despacho liminar.

Em cada um destes processos específicos, aprecia-se, em primeira linha, os pressupostos processuais, mormente, a questão da competência do Conselho Constitucional em razão da matéria (art. 6 da LOCC) e a legitimidade activa e passiva, nalguns casos, (art., 101,107 da LOCC), pressupostos processuais estes que, à semelhança da decisão sobre a questão de mérito, a constituição afasta qualquer possibilidade de interposição de recurso. Trata-se de questões de interesse processual que são previamente decididas, cuja procedência podem obstar à apreciação do mérito ou dão lugar à remessa do processo ao tribunal competente – cfr. art. 493, nº2 do C.P.C.

42 MORAIS, Carlos Blanco De, *Justiça Constitucional*, 2ª edição, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 813, assume que, “depois da introdução do instituto em apreço na ordem jurídica portuguesa registou-se uma muito apreciável agilização processual em sede da fiscalização concreta”, certamente que, cá entre nós, e no direito a constituir, trará muito mais valias.

43 Idem.

No que respeita ao pedido da verificação dos requisitos legais para a candidatura do Presidente da República, morte, incapacidade permanente, perda de mandato, suspensão e sua destituição (art. 87 e ss. da LOCC), os candidatos inelegíveis, quando previamente notificados para sanar as irregularidades apontadas pelo presidente do Conselho Constitucional, no despacho equiparado ao de aperfeiçoamento (art. 477 do CPC), por irregularidade ou deficiência da petição, não seja prontamente sanada, no prazo concedido, é rejeitada a candidatura e vedada a possibilidade de recorrer-se do despacho determinativo da rejeição (art. 89, nº3 da LOCC), cujo acórdão é definitivo.

O que dizer relativamente à não impugnabilidade da decisão do processo determinativo da incapacidade do Presidente da República?

Atente-se, por mera hipótese, que o Conselho Constitucional, baseando a sua decisão num relatório forjado da junta médica que haja determinado a incapacidade permanente do Presidente da República e, imediatamente à proferição do acórdão determinativo da incapacidade permanente do Presidente da República, cujo trânsito em julgado é imediato, venha a saber-se, posteriormente, que a decisão baseou-se num documento falso. Nestes casos, e por força do disposto no art. 248 da CRM, é clara a inadmissibilidade de recurso (quer de reclamação, revista ou de revisão). Porém, haverá, certamente, algum alarme social e até injustiça que, face à manifesta falsidade do documento que serviu de prova determinante para aferir da incapacidade do Presidente da República e determinante da sua incapacidade, em decorrência da falsidade ou de erro grosseiro.

A vedação imposta à susceptibilidade de impugnação sobre decisões de interesse processual, concretamente às questões que conduzam ao indeferimento liminar da petição, podem conduzir à situações de denegação de justiça constitucional que, estranhamente, sejam incentivadas pelo próprio CC que deveria zelar, escrupulosamente, pela inviolabilidade das normas e princípios constitucionais.

O mesmo se diga quanto à apreciação do mérito, que pode revelar uma total insegurança jurídica, porquanto, a superveniência de factos, que pela sua natureza, poderiam ter uma influência concludente sobre a decisão proferida e prejudicial a algum interesse particular pelo Conselho Constitucional, ao invés minimizar os efeitos do prejuízo causado, poderão agravar os efeitos e provocar, nalguns casos, grave repercussão geral.

É que, não se pode fazer do Conselho Constitucional um órgão “estranho” à realidade social vigente, com a presunção legal de que as suas decisões são irrecorríveis porque os juízes que o compõem são absolutos, são infalíveis, contrariando a evidência da natureza humana que é, inquestionavelmente, passível de erros, como vulgarmente se diz: “errar é humano”.

Parece-nos que o mais importante, nestes casos, é a permissão de avaliar caso por caso sobre a premência da admissibilidade do direito à impugnação, pois, só se alcançaria a almejada justiça constitucional, se este pudesse alterar a sua decisão, a título extraordinário, se tiver conhecimento posterior, sobre factos que eram desconhecidos tanto do julgador como da parte requerente.

Atento à sua composição, o Conselho Constitucional é composto por sete (7) juízes, de idade igual ou superior a 35 anos, devendo ter, pelo menos, dez anos de experiência profissional na magistratura, ou em qualquer actividade forense ou de docência em direito (art. 7, nº1 e 2 da LOCC), para exercerem um mandato de cinco anos, renovável⁴⁴ (art.8, nº1 da LOCC).

Estes requisitos não nos parecem bastantes para a designação de juízes conselheiros do CC que, por sinal, julgam, em última instância os actos normativos inconstitucionais, legitimando-se a proibição absoluta ao direito constitucional à impugnação⁴⁵, porque não se exige, sequer, outros critérios que demonstrem o alto grau de conhecimentos jurídicos decorrentes da sua experiência na área jurídica.

E mais, dos sete juízes, apenas um, apesar de ser juiz conselheiro do Tribunal Supremo, é designado pelo Conselho Superior da Magistratura Judicial, sem qualquer critério, naturalmente porque aquele órgão de direcção e disciplina dos juízes moçambicanos não tem nenhum regulamento que defina os critérios de selecção dos juízes que poderão integrar o CC, para além de que, os juízes não têm classificados, o que pode causar dúvidas sobre o comprovado *saber jurídico e reputação ilibada* dos membros que a compõem.

Entendemos que, para a flexibilização das decisões do CC, impunha-se a criação de secções composta por, pelo menos, 3 juízes, incluindo o Presidente e o substituto.

5.2. A irrecorribilidade dos acórdãos e deliberações do Conselho Constitucional

O Conselho Constitucional decide em última e única instância, por não se mostrar hierarquicamente organizado, à semelhança dos tribunais judiciais⁴⁶, cerceando qualquer possibilidade da impugnabilidade das suas deliberações ou acórdãos.

Os acórdãos do Conselho Constitucional são de cumprimento obrigatório para todos os cidadãos, instituições e demais pessoas jurídicas, *não são passíveis de recurso* e prevalecem sobre outras decisões – art. 248, nº1 da CRM/2004 e art. 4, nº1 da Lei nº6/2006, de 2 de Agosto.

A disposição constitucional supracitada repele, afasta, cercea, de forma expressa, qualquer que seja o meio de impugnação das decisões do Conselho Constitucional.

44 A renovação do mandato dos Juízes Conselheiros do Conselho Constitucional é bastante criticável, na medida em que, embora não respondendo por quem o tenha designado, como manifestação da garantia da sua independência, não deve submeter-se à nova designação que teria, forçosamente em conta o modo como exerceu as suas funções, algo que não é estranho no processo moçambicano.

45 É, sem dúvida, apreciável a garantia decorrente da designação na República Federativa do Brasil, conforme o critério fixado no art. 101 da Constituição do Brasil, que estabelece que “O Supremo Tribunal Federal (com atribuições de tribunal Constitucional) compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada”. Os referidos Ministros, equiparáveis a juízes conselheiros moçambicanos, são nomeados, vitaliciamente, pelo Presidente da República, após a aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal.

46 A orgânica dos tribunais judiciais comporta vária ordem ou graus de tribunais dispostos verticalmente. Nos diversos graus desta hierarquia dos tribunais comuns, do mais abrangente ao mais restrito, do topo à base, encontram-se, em primeiro lugar, o Tribunal Supremo, com jurisdição ao nível nacional; a seguir, os tribunais superiores de recurso, com jurisdição nas regiões norte (Tribunal Superior de Recurso de Nampula), centro (Tribunal Superior de Recurso da Beira) e sul (Tribunal Superior de Recurso de Maputo) e, em terceiro lugar, os tribunais judiciais de província e de distrito, com jurisdição na área de província e de distrito, respectivamente – artigos 29, nº1 da Lei nº24/2007, de 20 de Agosto – Lei orgânica dos Tribunais Judiciais.

O princípio da pluralidade de graus de jurisdição consiste, em sentido restrito, a possibilidade de obter o reexame de uma decisão jurisdicional, em sede de mérito, por um outro juiz pertencente a um grau de jurisdição superior (“instância de segundo grau”)⁴⁷. Ainda que se prevejam os vários graus de jurisdição, isto não significa que a sua existência é necessária e obrigatória em todos os feitos submetidos a decisão jurisdicional, de um duplo grau de jurisdição⁴⁸.

É verdade que a Constituição moçambicana não especifica concretamente a posição jurídico-constitucional do Conselho Constitucional. Não se pode discutir que se trata de um verdadeiro “tribunal”, órgão de soberania, com características institucional e funcionalmente autónomas, pois, não se acha integrado na categoria dos tribunais e nem obedece à organização hierárquica dos demais tribunais.

Assumindo que o Conselho Constitucional é um órgão jurisdicional em matéria jurídico-constitucional, porque “tal como nos outros tribunais, as decisões obtêm-se de acordo com um processo judicial através do qual se diz vinculativamente o direito segundo a medida jurídico-material do direito constitucional”⁴⁹, não ressalta qualquer dúvida sobre o carácter jurisdicional das decisões do Conselho Constitucional, cujo acto reveste a designação de acórdão.

Os juízes conselheiros do Conselho Constitucional assim designados, quer escolhidos pelo parlamento, quer pelo Chefe de Estado, sem atender às carreiras judiciárias, levanta a questão de saber como serão sindicados os actos daquele órgão. Pergunta-se, como pode o Conselho Constitucional, cujas decisões são irrecorríveis e são de cumprimento obrigatório para todas as entidades jurídicas públicas e privadas, decidir com força obrigatória geral e ter o poder de fiscalizar os órgãos que os designou (AR, PR e CSMJ)? “Como pode a *criatura* fiscalizar o *criador*”⁵⁰? Como pode um Conselho assim composto não reproduzir a composição de representação proporcional parlamentar ou a orientação do Chefe de Estado?

O art. 15 da Lei Orgânica de 2006 garante a independência dos juízes conselheiros do Conselho Constitucional ao estabelecer a proibição do exercício da actividade políticas durante o período de exercício do seu mandato, suspendendo-se, igualmente, o estatuto decorrente da filiação dos partidos ou associações políticas. Porém, esta limitante parece ser ténue quando está em causa a possibilidade de renovação do mandato do juiz conselheiro que tenha sido designado pelo seu próprio partido político, no caso em que não esteja a “representar convenientemente” os interesses da sua formação política⁵¹.

É inegável que os juízes do Conselho Constitucional são escolhidos por órgãos democraticamente legitimados que, por via indirecta, provêm da mesma origem dos titulares de órgãos políticos, daí que, tais juízes não estão sujeitos a nenhum vínculo representativo. É também verdade que, uma vez designados, são independentes e beneficiam das garantias de incompatibilidade, independência, inamovibilidade e

47 CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª ed., Almedina, p. 663.

48 Idem.

49 Ibidem, p. 675.

50 Neste sentido, MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *op. cit.*, p. 252 e MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional – Inconstitucionalidade e garantia da Constituição*, Tomo IV, 4ª ed., Coimbra Editora, p.148.

51 Fundamentalmente quando se está numa situação de politização da justiça constitucional, decorrente do funcionamento como órgão de justiça eleitoral, na validação e proclamação dos resultados eleitorais que não sejam favoráveis ao partido que haja designado o juiz conselheiro.

imparcialidade idêntica a dos juízes dos tribunais. Entretanto, a garantia dessa independência estaria assegurada se o mandato dos membros fosse por período relativamente longo e não fosse renovável⁵², contrariando o actual cenário de renovação do mandato de cinco anos. A sujeição a mandato longo e a impossibilidade de renovação destinam-se “a reforçar a posição dos juízes frente àqueles que o tenham proposto ou designado. Nesta lógica, a impossibilidade de renovação deve ter-se por definitiva”⁵³ e não apenas para os mandatos seguintes, como tem acontecido para o Presidente da República (art. 147, nºs 4 e 5 da CRM).

É justificável que o Presidente da República, como corolário da sua eleição por sufrágio universal, designe um juiz conselheiro do Conselho Constitucional. O que se discorda, porque incompreensível, é a designação do Presidente do Conselho Constitucional pelo Presidente da República, pois, sendo um órgão colegial, à semelhança da Assembleia da República, não causaria suspeitas de sujeição a ordens daquele, caso o Presidente do Conselho Constitucional designado fosse, igualmente, eleito entre os seus membros, como se alcança do mecanismo de eleição do Presidente da Assembleia da República (art. 190, nº1, da CRM)⁵⁴.

A não composição necessária por juízes de carreira e, pelo contrário, a designação de outros juristas destina-se a tornar presente no Conselho Constitucional de outras sensibilidades e experiências jurídicas, atento à problemática da interpretação e da aplicação da Lei Fundamental⁵⁵.

O sistema constitucional moçambicano não prevê a possibilidade de cooptação dos juízes conselheiros que consistiria na possibilidade de os juízes eleitos pela Assembleia da República poderem escolher, de forma individual, mediante votação a outros juízes.

No lugar da cooptação, o art. 242, nº1, al. c) da CRM, introduz a indicação de um Juiz Conselheiro pelo Conselho Superior da Magistratura Judicial, para um mandato de cinco anos renovável. Na verdade, esta disposição limita-se a deixar ao critério livre do Conselho Superior da Magistratura Judicial designar o Juiz Conselheiros que integre aquele órgão, cujos critérios de designação não estão definidos.

O único critério claramente aplicável na designação dos juízes pelo CSMJ, são: a) *ter idade igual ou superior a trinta e cinco anos à data da designação*; b) *ter, pelo menos, dez anos de experiência profissional, em qualquer das magistraturas* (art. 7, nº2 da LOCC).

Entretanto, o legislador faz presumir o mérito do juiz para exercer as funções de juiz Conselheiro do Conselho Constitucional com o tempo mínimo de dez anos de experiência na magistratura que, nem sempre, coincide com uma categoria equivalente a de um juiz conselheiro do Tribunal Supremo. É comum, existirem juízes com mais de dez anos de experiência cuja categoria é a de juízes de direito C, B ou A

52 À semelhança do que se acha estabelecido no art. 222, nº3 da Constituição Portuguesa, determinando que o mandato de cada juiz Conselheiro é de 9 anos, não renovável.

53 MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *op. cit.*, p. 254.

54 Fazendo, por isso, todo o sentido que o Ante-projecto de Revisão da Constituição da República (documento base para a discussão pública), da VII Legislatura, sob proposta do deputado Simeão Cuamba, já proponha que “O Presidente do Tribunal Constitucional é eleito pelos respectivos juízes, nos termos da lei” ou “(...) pelos seus pares”.

55 MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *op. cit.*, p. 254.

e que, pela sua designação a Juiz Conselheiro do Conselho Constitucional possam criar um verdadeiro embaraço, fundamentalmente quando venham a ser relatores de processos relativos à apreciação da inconstitucionalidade de decisões provenientes do Tribunal Supremo, produzidas pelos juízes conselheiros deste, por sinal, juízes já no topo da carreira.

É também sabido que apesar de ser atribuição do CSMJ avaliar o mérito dos juízes, tais avaliações são irregulares (quase que inexistentes), o que torna cada vez mais difícil apurar o mérito através de avaliação e classificação anual do desempenho dos magistrados judiciais, o que pode, sem dúvida, descredibilizar o órgão por falta de critérios pré-definidos para a sua designação ao Conselho Constitucional.

Impunha-se, isso sim, a criação de um regulamento do CSMJ com a determinação de critérios claros e objectivos, sem descuar o mérito decorrente da classificação do magistrado judicial a designar.

Embora sejam irrecuráveis as decisões do Conselho Constitucional deviam ser passíveis de recurso e reclamações, sempre que tais decisões ponham em risco direitos legalmente tutelados pela lei e que afectem, gravemente interesses particulares, quer sobre o interesse processual, quer sobre o mérito.

5.3. O caso julgado vinculante

Afirma-se que, fundamentalmente, *são vinculantes as decisões capazes de transitar em julgado*⁵⁶.

Os acórdãos e deliberações do Conselho Constitucional *são de cumprimento obrigatório e não são passíveis de recurso e prevalecem sobre outras decisões* (arts. 248, nº1 da CRM e 4, nº1 do LOCC), resultando daqui que tais decisões constituem caso julgado material e formal vinculativos, consoante digam respeito ao interesse processual, bem como ao mérito.

O exemplo brasileiro, que dispensa expressamente a menção “*não são passíveis de recurso*”, determina que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo tribunal Federal, nas acções directas de inconstitucionalidade e nas acções declaratórias de inconstitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública directa e indirecta, nas esferas federal, estadual e municipal”⁵⁷.

A Constituição portuguesa, que também é omissa quanto à imposição expressa *da irrecorribilidade* dos acórdãos do Tribunal Constitucional, determina apenas que a lei ordinária “regula o recurso para o pleno Tribunal Constitucional das decisões contraditórias das secções no domínio de aplicação da mesma norma”⁵⁸.

56 CANOTILHO, J. J. Gomes, MENDES, Gilmar F., SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio L., *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1400, *apud* Pestalozza, p. 324.

57 CANOTILHO, J. J. Gomes, et, al., *op. cit.*, p. 1396, em anotação ao art. 102, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil, referem que aquela Lei Fundamental determina, de forma expressa, que as declarações de constitucionalidade ou inconstitucionalidade têm eficácia *erga omnes*, referindo-se a jurisprudência brasileira que a mesma diz respeito à parte *dispositiva do julgado*, ou seja, se o Supremo Tribunal Federal concluir que a lei questionada é constitucional, haverá que afirmar expressamente a sua constitucionalidade e, em sentido contrário, irá declarar a sua inconstitucionalidade. Tal norma determina, ainda, o efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública directa e indirecta.

58 Vide MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *op. cit.*, p. 269, em anotação ao art. 224, nº3 da Constituição Portuguesa,

No caso moçambicano, é evidente a proibição absoluta ao recurso.

No que concerne à fiscalização concreta da constitucionalidade, o Juiz da causa remete oficiosamente o processo decidido ao Conselho Constitucional, com efeitos suspensivos (art. 68 da LOCC). Assim, a apreciação das decisões judiciais pelo CC é restrita à questão da inconstitucionalidade suscitada e faz caso julgado tão somente quanto a esta questão – cfr. art. 73, al. c) da LOCC, não se decidindo, definitivamente a questão da constitucionalidade e, em seguida, o processo baixa ao tribunal de onde proveio para que prossiga em conformidade com o julgamento feito sobre a questão de inconstitucionalidade (art. 75 da LOCC)⁵⁹.

O caso julgado material e formal da constitucionalidade referem-se aos efeitos *inter partes*, consistindo numa decisão de mérito, bem como sobre as questões adjectivas⁶⁰.

O efeito vinculante só não será *erga omnes*, vinculando só as partes processuais, nos casos de fiscalização concreta da constitucionalidade, na medida em que, nos feitos submetidos a julgamento, os tribunais não devam aplicar normas e princípios inconstitucionais e, por essa razão, no exercício do poder fiscalizador concreto, fará *caso julgado no processo quanto à questão da inconstitucionalidade suscitada* (art. 73, al. c. da LOCC).

Neste caso, o efeito vinculante com força obrigatória geral só poderá ser obtido se o Ministério Público (nos termos previstos no art. 74 da LOCC) ou se solicitada pelas entidades com legitimidade indicadas no art. 60, nº2 da LOCC, solicitarem a declaração de inconstitucionalidade. Aliás, e em conformidade com o art. 247, al. a) da CRM, quando os tribunais se recusam à aplicação de normas e princípios constitucionais, “parece resultar tácito que, com a remessa ao Conselho Constitucional das decisões que recusem a aplicação de uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade, se pretende apenas que este tome conhecimento da decisão dos tribunais”⁶¹, cuja utilidade é questionável. Esta disposição teria utilidade se, desse conhecimento, o Conselho Constitucional ou o Ministério Público, em nome do interesse público, verificada a recusa reiterada de aplicação de uma determinada norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou ilegalidade pudessem, oficiosamente iniciar o processo da sua fiscalização abstracta, fixando a jurisprudência com força obrigatória geral”⁶².

referem que a Constituição prevê o funcionamento do Tribunal Constitucional em secções e a admissibilidade do recurso de uniformização de jurisprudência, nos casos em que o Tribunal tenha julgado de modo divergente a questão de inconstitucionalidade ou de ilegalidade em sentido divergente do anteriormente adoptado, sem prejuízo de o presidente poder determinar, a título preventivo e com a concordância do tribunal, que o julgamento decorra em plenário para evitar divergências jurisprudenciais.

59 Importa chamar à colação o Acórdão nº743/96, de 28 de Maio de 1996 que declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma constante do artigo 2º do Código Civil, na parte em que atribuía aos tribunais a competência para fixar a doutrina com força obrigatória geral, por violação do artigo 115º, nº5 (actual artigo 112º) da Constituição Portuguesa, esclareceu que “as proposições normativas de estrutura geral e abstracta, que se autonomizam, formal e normativamente, por via dos assentos interpretativos ou por preenchimento de uma lacuna do sistema, em conformidade com as regras de integração da lei definidas no artigo 10 do Código Civil, não devem, nunca, considerar-se como sendo uma actividade típica da função jurisdicional, pois se assim fosse, estariam os tribunais, no caso específico, a imiscuir-se na função legislativa”.

60 MORAIS, Carlos Blanco de, *op. cit.*, p. 845.

61 NHATITIMA, Pedro, *et. al.*, *A jurisprudência constitucional moçambicana – Estudos de Direito Constitucional Moçambicano – Contributos para reflexão*, CFJJ/Instituto Superior de Ciências e Tecnologias de Moçambique/Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, 2012, p. 80

62 *Idem*. A ordem constitucional portuguesa impõe o recurso obrigatório ao Tribunal Constitucional, no sentido de este decidir com força obrigatória geral a interpretação prevalecente, quando a norma é questionada constitucionalmente por três vezes.

O efeito vinculante acima referido tem a ver com a *eficácia contra todos* (erga omnes), o que significa que, declarada a inconstitucionalidade de uma norma, no âmbito da fiscalização abstracta, deve se reconhecer, *ipso jure*, a sua imediata eliminação da norma declarada inconstitucional do ordenamento jurídico e, por conseguinte, reconstituição da norma que já havia sido revogada – cfr. art. 66, nº1 da LOCC.

6. A repercussão geral e o recurso extraordinário

Com a figura da *Repercussão Geral*, pretendemos alargar o fundamento para a permissibilidade ao recurso extraordinário junto do Conselho Constitucional moçambicano.

Trata-se de suscitar questões que, pelas declarações de constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas no exercício jurisdicional do Conselho Constitucional possam constituir um verdadeiro alarme social.

Atente-se à eventual admissibilidade e do recurso extraordinário⁶³, com fundamento na *repercussão geral*⁶⁴ pelo Conselho Constitucional.

A repercussão geral seriam os princípios jurídicos ou argumentos jurídicos voltados à defesa de direitos, e não por argumentos económicos, políticos, sociais ou morais, considerando-se esta uma ressalva para explicitar que a compreensão do que seja económica, política ou socialmente relevante somente terá validade quando puder ser traduzido em relevantes argumentos jurídicos. Além disso, adverte-se que uma questão jurídica possa ser relevante do ponto de vista económico, político ou social caso ela não configure primeiro uma infração imediata a dispositivos constitucionais, afastando-se as violações reflexas à constituição⁶⁵. Neste sentido, a *repercussão geral* seria matéria cabível nas competências do Conselho Constitucional, devendo ser exigida em todos os recursos extraordinários, sejam em matéria cível, criminal, eleitoral ou laboral, de conformidade com o sentido consentâneo com o princípio do Estado de “justiça social”, consagrado na parte final do art. 1 e, ainda, na al. c) do art. 11 da CRM/2004, que define como um dos objectivos fundamentais do Estado moçambicano “a edificação de uma sociedade de justiça social”.

Nesta perspectiva, ocorre-nos a hipótese de, por exemplo, determinado acórdão do Conselho Constitucional, tenha julgado improcedente a verificação abstracta da constitucionalidade contida no artigo 184, nº1, da Lei nº23/2007, de 1 de Agosto (que aprova a Lei do trabalho), segundo o qual: (....) *todos os conflitos devem ser obrigatoriamente conduzidos para a mediação antes de serem conduzidos*

63 O art. 102, § 3º da Constituição do Brasil admite a interposição de recurso extraordinário, estabelecendo que: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a *repercussão geral* das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.” O Supremo Tribunal Federal do Brasil tem admitido a repercussão geral, cuja aplicação rigorosa tem resultado numa abrupta diminuição da quantidade de recursos que representava cerca de noventa por cento dos processos da Corte.

64 A lei infra-constitucional brasileira (art. 543-A do CPC) estabelece que “para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista económico, político, social ou jurídico, que ultrapassem interesses subjetivos da causa”.

65 CANOTILHO, J. J. Gomes, MENDES, Gilmar F., SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio L., *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1409.

aos tribunais de trabalho (sublinhado nosso) e, a generalidade das pessoas entendesse que tal norma viola o princípio do estado de justiça social, mormente, as relações sociais de trabalho entre o trabalhador e a entidade empregadora e, ainda, entendesse que está em flagrante violação ao princípio de “acesso aos tribunais”, por tal prioridade à mediação comprometer os prazos de caducidade do direito de propositura da acção judicial. Ocorrendo uma manifesta indignação social, decorrente dos direitos dos trabalhadores que só poderiam ser definitivamente resolvidos pelos tribunais do trabalho⁶⁶, assumimos que, a imposição feita ao acesso prévio à mediação, perigando a caducidade do direito de propositura da acção laboral, legitimaria a admissibilidade de interposição do recurso extraordinário, com fundamento na repercussão geral, fazendo com que o próprio Conselho Constitucional, que desatendeu o pedido de declaração da inconstitucionalidade do referido art. 184, nº1, da Lei do Trabalho, reveja o seu posicionamento.

O recurso extraordinário seria, quanto a nós, um importante instrumento processual-constitucional adequado à verificação da constitucionalidade decorrente da decisão proferida em última instância, de modo a proteger a ordem constitucional.

O reconhecimento da *repercussão geral*, como fundamento para a interposição do recurso extraordinário serviria para dar uniformidade ao controle da constitucionalidade, em respeito ao princípio da coerência e integridade do direito, pois, como adverte Ronald DWORKIN: “como não existe nenhuma fórmula mecânica para distinguir as boas decisões das más e como os juristas e juízes irão por certo divergir em um caso complexo ou difícil, nenhum argumento é melhor do que o outro e de que o raciocínio jurídico é uma perda de tempo. Em vez disso, devemos insistir em um princípio geral de genuíno poder: a ideia inerente ao conceito de direito em si de que, quaisquer que sejam os seus pontos de vista sobre a justiça e a equidade, os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que tomam”⁶⁷.

Resulta daqui que o direito é uma ciência da interpretação, com vista a atribuir-se um sentido e alcance das normas interpretadas, não devendo, com isto significar que o intérprete esteja autorizado a atribuir sentidos às normas de forma arbitrária aos textos, *como se os textos e a norma estivessem separados*, sob pena de gerar-se um mundo jurídico multifacetado.

Assim, o recurso extraordinário não pode ser um instrumento para incentivar repetições de julgados (demandas e respostas), tornando a jurisprudência do CC frágil e dispersa; pelo contrário, deve, isso sim, assegurar a sua uniformização, traduzida na administração da justiça constitucional e na segurança jurídica.

Conclusões

As decisões e deliberações do Conselho Constitucional são irrecorríveis, quer sejam sobre a questão de mérito, quer se tratem sobre o interesse processual.

66 Salvaguardando-se a reserva de jurisdição dos tribunais.

67 CANOTILHO, J. J. Gomes, MENDES, Gilmar F., SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio L., *op. cit.*, p.1383, *apud* DWORKIN, Donald, *Domínio da vida*, p. 203.

Criando-se as referidas secções, permitir-se-á que o papel do relator não se limite a simples produção de projectos de acórdãos a serem submetidos ao plenário para debates e fixação de acórdãos, podendo evitar erros cometidos pela plenária que decide, exclusivamente, sobre as questões de interesse processual, bem como as de mérito.

A composição de funcionamento em sessões plenárias não permite ao Conselho Constitucional, por não se encontrar estruturado como um órgão judicial hierarquicamente organizado, resolver litígios que lhe sejam acometidos pelos interessados, afasta, desde logo, a possibilidade da admissão do duplo grau de jurisdição, ou seja, cercea qualquer modo de impugnação das suas decisões, e sendo imperiosas, impõe sanções àqueles que as não cumpram, o que põe em causa a segurança jurídica e possibilita uma eventual denegação de justiça, sempre que tais decisões sejam incorretas.

A proibição expressa ao direito de impugnar as decisões ou deliberações do Conselho Constitucional, quer por via da reclamação, quer pela via do recurso, pode permitir abusos dos juízes, porquanto a ideia de recurso está ligada ao inconformismo do ser humano ao se deparar com uma decisão contrária ao seu interesse.

A proibição ao recurso das deliberações e acórdãos do CC põe em causa o razoável trâmite processual, porquanto não se garante a efectivação dos direitos assegurados e todos os meios processuais possíveis para garantir a pretensão material, devendo ser resguardados, de tal modo que, afastar o direito ao recurso significa impedir o acesso à justiça, e fere o preceito constitucional (art. 69 da CRM).

Não havendo garantias genéricas ao direito a um segundo grau de jurisdição e muito menos a um terceiro grau, o direito à impugnação dos actos que violem os direitos fundamentais, constitucional e legalmente consagrados, estão garantidos pelo direito à impugnação previsto no art. 69 da CRM/2004, norma que determina a inconstitucionalidade parcial dos artigos arts. 248, nº1 da CRM e 4, nº1 do LOCC, sempre que, analisada casuisticamente a questão, resultem em prejuízo grave e irreversível ao direito de outrem.

As disposições constitucionais negativas do direito à impugnação poderão ser de aplicação casuísticas, ou seja, as normas constantes dos artigos 248, nº1 da CRM e 4, nº1 da LOCC, só serão inconstitucionais, desde que, analisada casuisticamente, o prejuízo para a parte interessada seja de tal modo grave e irreversível.

A apreciação da ilegalidade e inconstitucionalidade pelo CC das referidas normas e princípios ocorrerá num momento em que este não esteja a exercer as suas competências a título principal, salvo nos casos da apreciação face ao princípio do pedido. Quando assim é, o Conselho Constitucional, na sua função jurisdicional, é também destinatário do princípio da constitucionalidade, nos termos do qual “nos feitos submetidos a julgamento, não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição” (art.214 da CRM), razão pela qual deve, a título incidental, apreciar a inconstitucionalidade da proibição absoluta ao direito de impugnação, nas condições já referidas.

O caso julgado material e formal da constitucionalidade referem-se aos efeitos vinculantes *erga omnes* e respeitado por todos, sob pena do crime de desobediência.

O efeito vinculante só não será *erga omnes*, vinculando só as partes processuais, nos casos de fiscalização concreta da constitucionalidade, na medida em que, nos feitos submetidos a julgamento, os tribunais não devam aplicar normas e princípios inconstitucionais e, por essa razão, no exercício do poder fiscalizador concreto, fará *caso julgado no processo quanto à questão da inconstitucionalidade suscitada* (art. 73, al. c. da LOCC).

Neste caso, o efeito vinculante com força obrigatória geral só poderá ser obtido se o Ministério Público (nos termos previstos no art. 74 da LOCC) ou se solicitada pelas entidades com legitimidade indicadas no art. 60, nº2 da LOCC, solicitarem a declaração de inconstitucionalidade.

A repercussão geral seriam os princípios jurídicos ou argumentos jurídicos voltados à defesa de direitos, e não por argumentos económicos, políticos, sociais ou morais, considerando-se esta uma ressalva para explicitar que a compreensão do que seja económica, política ou socialmente relevante somente terá validade quando puder ser traduzido em relevantes argumentos jurídicos.

Neste sentido, e *de jure constituendo*, a *repercussão geral* seria matéria cabível nas competências do Conselho Constitucional, na qual seria exigível como fundamento para todos os recursos extraordinários, sejam em matéria cível, criminal, eleitoral ou laboral, de conformidade com o sentido consentâneo com o princípio do Estado de “justiça social”, consagrado na parte final do art. 1 e, ainda, na al. c) do art. 11 da CRM/2004, que define como um dos objectivos fundamentais do Estado moçambicano “a edificação de uma sociedade de justiça social”.

Bibliografia

Doutrina:

- CANOTILHO, J. J. Gomes, MENDES, Gilmar F., SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio L., *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013;
- CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª edição, Almedina
- GOUVEIA, Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Moçambique*, Editora IDiLP, Lisboa/Maputo, 2015;
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4ª edição, Coimbra Editora, 2013;
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional – Inconstitucionalidade e garantia da Constituição*, Tomo IV, 4ª ed., Coimbra Editora, 2012.
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, 2007;

- MONDLANE, Carlos Pedro, *Código de Processo Civil Anotado e Comentado*, Escolar Editora, 2014;
- MORAIS, Carlos Blanco De, *Justiça Constitucional*, 2ª edição, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- MORAIS, Carlos Blanco De, *Justiça Constitucional*, Tomo I, Coimbra Editora, 2002;
- NETO, Abílio, *Código de Processo Civil Anotado*, 22ª edição, EDIFORUM, 2009;
- NHATITIMA, Pedro, *et. al.*, *A jurisprudência constitucional moçambicana – Estudos de Direito Constitucional Moçambicano – Contributos para reflexão*, CFJJ/Instituto Superior de Ciências e Tecnologias de Moçambique/Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, 2012
- PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico*, 5ª edição, Almedina, 2013.

Legislação:

- Constituição da República de Moçambique, aprovada pela Assembleia da República, em 16 de Novembro de 2004 (Publicado no Boletim da República nº51, I Série, de 22 de Dezembro de 2004);
- Lei nº6/2006, de 2 de Agosto (Lei Orgânica do Conselho Constitucional, publicada no B.R. nº31, I Série, de 2 de Agosto de 2006);
- Lei nº5/2008, de 9 de Julho – introduz alterações à Lei Orgânica do Conselho Constitucional (Publicada no B.R. nº28, I Série, de 9 de Julho de 2008);
- Lei nº24/2007, de 20 de Agosto – Lei orgânica dos Tribunais Judiciais (Publicada no B.R. nº33, I Série, Suplemento, de 20 de Agosto de 2007.

Documentos internacionais:

Sites da internet:

- www.constitucional.org.mz
- www.ambito-juridico.com.br

Jurisprudência:

- Acórdão nº31/CC/2009 – Conselho Constitucional de Moçambique
- Acórdão nº3/CC/2011, de 7 de outubro

A (In)Constitucionalidade das normas sobre
a definitividade e executoriedade do acto
administrativo como pressupostos legais
da impugnação contenciosa na jurisdição
administrativa de Moçambique

Estrelino Alfredo Duvane

A (In)Constitucionalidade das normas sobre a definitividade e executoriedade do acto administrativo como pressupostos legais da impugnação contenciosa na jurisdição administrativa de Moçambique ¹

Estrelino Alfredo Duvane ²

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACTO ADMINISTRATIVO; 1.1. Conceito e natureza do acto administrativo; 1.2. Objecto, função e efeitos do acto administrativo; 2. ORIGEM E EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL ADMINISTRATIVO CONTENCIOSO MOÇAMBICANO; 2.1. Direito processual administrativo contencioso de inspiração colonial; 2.2. Direito processual administrativo contencioso de inspiração Moçambicana; 3. A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA DE MOÇAMBIQUE; 3.1. Natureza e função do Tribunal Administrativo; 3.2. Organização e funcionamento do Tribunal Administrativo; 4. IMPUGNAÇÃO CONTENCIOSA DO ACTO ADMINISTRATIVO; 4.1. O recurso contencioso como meio processual de impugnação judicial do acto administrativo; 4.1.1. A relação jurídica administrativa como fonte principal do recurso contencioso; 4.1.2. As garantias gratuitas dos particulares na relação jurídica administrativa; 4.1.3. A garantia contenciosa dos particulares na relação jurídica administrativa; 4.1.3.1. Fontes legais históricas e actuais do recurso contencioso Moçambicano; 4.1.3.2. Definição e natureza jurídica do recurso contencioso; 4.1.3.3. Objecto, função e efeitos do recurso contencioso; 4.1.3.4. Recurso contencioso ou acção judicial chamada recurso contencioso? Crítica; 4.2. Fundamentos e pressupostos do recurso contencioso; 4.2.1. A ilegalidade do acto administrativo e a lesão de direitos ou interesses legalmente protegidos como fundamentos constitucionais e legais do recurso contencioso; 4.2.1.1. O acto administrativo ilegal; 4.2.1.2. O acto administrativo lesivo; 4.2.2. A definitividade e executoriedade do acto administrativo como pressupostos do recurso contencioso; 4.2.2.1. O acto administrativo definitivo. Espécies de definitividade; 4.2.2.2. O acto administrativo executório; 4.2.3. Relação entre os fundamentos e os pressupostos processuais do recurso contencioso; 5. COMENTÁRIO DO ACÓRDÃO Nº 08/CC/2015, DE 24 DE SETEMBRO; 5.1. Considerações preliminares; 5.2. Estrutura e conteúdo do acórdão; 5.3. Crítica aos aspectos formais do acórdão; 5.4. Crítica aos aspectos de fundo do acórdão; 5.4.1. Da lesão de direitos dos particulares pelo princípio da exaustão; 5.4.1.1. Os regimes jurídicos da reclama-

¹ Relatório do módulo de contencioso administrativo e constitucional apresentado pelo autor como culminar da primeira fase do mestrado em direito judiciário.

² Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane e Mestrando em Direito Judiciário.

ção na LOJT e na LPA; 5.4.1.2. Os regimes jurídicos dos recursos administrativos na LPA e na LOJT; 5.4.2. Da definitividade vertical como pressuposto processual apertado ; 5.5. Considerações finais sobre o acórdão; CONCLUSÃO; BIBLIOGRAFIA.

ABREVIATURAS

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

CRM – Constituição da República de Moçambique

CRM 1990 – Constituição da República de Moçambique, de 1990

CRPM – Constituição da República Popular de Moçambique

DPAC – Direito Processual Administrativo Contencioso

LOCC – Lei Orgânica do Conselho Constitucional

LOJT – Lei do Ordenamento Jurídico Tributário

LOLE – Lei dos Órgãos Locais do Estado

LPA – Lei do Procedimento Administrativo

LPAC 2001 – Lei do Processo Administrativo Contencioso, de 2001

LOTA – Lei da Organização do Tribunal Administrativo

LTA – Lei do Tribunal Administrativo

LTF – Lei dos Tribunais Fiscais

NFSAP – Normas de Funcionamento dos Serviços da Administração Pública

RAU – Reforma Administrativa Ultramarina

RELOLE – Regulamento da Lei dos Órgãos Locais do Estado

TFFPM – Tribunal Fiscal da Província de Maputo

INTRODUÇÃO

O trabalho que nos propomos desenvolver – a (in)constitucionalidade das normas sobre a definitividade e executoriedade do acto administrativo como pressupostos legais da impugnação contenciosa na jurisdição administrativa de Moçambique - enquadra-se no módulo de contencioso administrativo e constitucional que, a par do contencioso civil e comercial e da arbitragem e outros meios extrajudiciais de resolução de litígios, integra o curso de Mestrado em Direito Judiciário, co-organizado pela Faculdade de Ciências Sociais e Humanidades da Universidade Zambeze e pelas Faculdades de Direito das Universidades Eduardo Mondlane, de Moçambique, e de Lisboa, de Portugal.

O mesmo serve, simultaneamente, como culminar da primeira fase do curso no respectivo módulo – fase da leccionação – e como contributo para o alcance da nota necessária para a nossa transição à segunda fase do referido curso: a fase da produção da dissertação.

Com o presente trabalho pretendemos, essencialmente, analisar até que ponto as normas legais que estabelecem a definitividade e executoriedade do acto administrativo como pressupostos da impugnação contenciosa administrativa, no contexto do exercício das garantias dos particulares face à actuação ilegal da administração pública, se conformam ou não com a Constituição da República de Moçambique, atento ao facto de esta lei fundamental se limitar a considerar a ilegalidade dos actos administrativos e o prejuízo deles decorrente na esfera jurídica dos administrados como únicos fundamentos daquele recurso, e nunca aqueles pressupostos.

É que nos últimos anos, especialmente depois da entrada em vigor da actual Constituição pátria, em Janeiro de 2005, que estabelece os fundamentos do recurso contencioso já aludidos, tem sido objecto de discussão entre os juristas em Moçambique a constitucionalidade das normas sobre a definitividade e executoriedade do acto administrativo como pressupostos do recurso contencioso, tidos estes por uns como supervenientemente inconstitucionais, já que tem a sua origem na lei administrativa adjectiva anterior à actual lei fundamental e, por outros, como verdadeiros pressupostos processuais como quaisquer outros, exigíveis em processos judiciais e, portanto, conformes com a lei-mãe.

O problema densificou-se mais quando, em 2014, mesmo no decurso da discussão já referida, o legislador manteve aqueles pressupostos na revisão da lei processual administrativa contenciosa que efectuou, fazendo entender que, ou não se apercebeu da discussão, ou a considerou marginal, ou, ainda, mostrou a sua arrogância sobre a questão.

Mais recentemente, em Setembro de 2015, mesmo quando já analisávamos a questão em sede deste trabalho, o Conselho Constitucional de Moçambique declarou materialmente inconstitucionais as normas que consagram o princípio da exaustão das garantias gratuitas, fundado naqueles pressupostos, como condição para a impugnação contenciosa de actos administrativos, o que trouxe mais actualidade e relevância ao assunto.

Como não poderia deixar de ser, partimos para a discussão do tema com duas hipóteses antagónicas entre si: as normas que estabelecem a definitividade e executoriedade do acto administrativo como pressupostos para a impugnação contenciosa deste são (in)constitucionais.

Focado essencialmente para o direito Moçambicano vigente, o trabalho é produzido com recurso aos métodos analítico e hermenêutico, apoiados pelas técnicas de pesquisa e análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência.

Em termos de estrutura de abordagem, depois da presente introdução seguir-se-ão, sucessivamente, as breves considerações sobre o acto administrativo (I), a origem e evolução do direito processual administrativo contencioso moçambicano (II), a jurisdição administrativa de Moçambique (III) e a impugnação contenciosa do acto administrativo (IV), após o que, em jeito de comentário, analisaremos o recente

acórdão do Conselho Constitucional (V) que inconstitucionaliza materialmente as normas que fixam os requisitos da definitividade e executividade de actos administrativos para efeitos do recurso contencioso para, em seguida e finalmente, apresentaremos a nossa indispensável conclusão sobre o assunto.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACTO ADMINISTRATIVO

Antes de entrarmos no fundo do tema, convém que tratemos do acto administrativo, objecto da impugnação contenciosa, de modo a compreendê-lo, para melhor entender as etapas seguintes. É que não existe recurso contencioso sem acto administrativo, ainda que tácito, que o justifique. Assim, sobre ele abordaremos o conceito, a natureza, o objecto, a função e os efeitos.

1.1. Conceito e natureza do acto administrativo

Segundo Diogo Freitas do Amaral³, o conceito de acto administrativo foi construído com base em considerações de natureza jurisdicional, e ocorreu em duas fases:

Na primeira, que coincide com os primórdios da Revolução Francesa, o acto administrativo surge para delimitar as acções da administração pública excluídas por lei da fiscalização dos tribunais judiciais, no âmbito da separação de poderes, consubstanciado na absoluta abstenção dos tribunais judiciais de intervir na actividade administrativa. Nesta fase, o conceito funcionou ao serviço da independência da administração perante o poder judicial, mais concretamente como garantia da administração.

Na segunda fase o conceito de acto administrativo surge com o fim de definir as actuações da administração pública submetidas ao controlo dos Tribunais Administrativos. Trata-se de um conceito ao serviço das garantias dos particulares. Ainda hoje, o conceito de acto administrativo desempenha esta função, de delimitar comportamentos susceptíveis de fiscalização contenciosa, designadamente através do meio processual conhecido por recurso contencioso de anulação.

As concepções teóricas acerca dos actos administrativos tem variado muito, de país para país e de autor para autor e ainda não são coincidentes. As divergências provêm, quer das diferenças dos conteúdos dos vários direitos nacionais, quer das diferenças de concepções ou de sistemas dos vários autores, quer ainda das diferenças de redacção ou formulação.

Assim, há quem entenda que são actos administrativos apenas os actos jurídicos, e quem defenda que o podem ser também os actos materiais ou os meros factos involuntários ou naturais; há quem pense que os são os organicamente administrativos (os praticados por órgãos da administração pública) ou os materialmente administrativos (os praticados sobre matéria administrativa, por órgãos não administrativos - legislativos, políticos, judiciais ou por particulares; há quem sustente que só são actos administrativos os que versam sobre uma situação individual num caso concreto, e há quem diga que também os são os regulamentos⁴.

³ *Curso de Direito Administrativo*, volume II, Almedina, Coimbra, 2008, p. 204-206.

⁴ Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. Obra citada, p. 208-209.

Na verdade, tanto os regulamentos como os actos administrativos são comandos jurídicos unilaterais emitidos por um órgão competente no exercício de um poder público de autoridade, mas os regulamentos, como normas jurídicas que são, são regras gerais e abstractas, ao passo que os actos administrativos, sendo actos jurídicos, são decisões individuais e concretas.

Enquanto na doutrina «Acto administrativo é o acto jurídico unilateral praticado, no exercício do poder administrativo, por um órgão da administração ou por outra entidade pública ou privada para tal habilitada por lei, e que traduz uma decisão tendente a produzir efeitos jurídicos sobre uma situação individual e concreta»⁵, a lei define o acto administrativo como «decisão de um órgão da administração que, nos termos de direito público, visa produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta»⁶. Acatamos estas posições.

Trata-se de uma situação individual e concreta, uma situação da vida real, em contraposição com as situações gerais e abstractas como as visadas pelas normas. Por isso, um pretenso acto administrativo que não contenha em si mesmo a individualização do destinatário a que se aplica e do caso sobre que versa não pode valer, perante a ordem jurídica, como acto administrativo, ou pelo menos como acto válido e eficaz.

Sobre a natureza jurídica do acto administrativo, as posições também não são unânimes. Assim, para uns, este tem a natureza de um negócio jurídico (o negócio jurídico público) e para outros, a de uma sentença, havendo ainda quem, como nós, diga que o acto administrativo tem a natureza de um acto unilateral de autoridade pública, ao serviço de um fim administrativo.

Para esta última posição, por um lado, o acto administrativo não pode ser negócio jurídico porque (1) negócio jurídico é figura do direito privado, enquanto o acto administrativo pertence ao direito público; (2) o negócio jurídico assenta na autonomia da vontade das partes e está ao serviço dos particulares, pelo contrário, o acto administrativo assenta na vontade normativa e é exercido em nome da satisfação do interesse da colectividade; por fim, (3) o negócio jurídico move-se no campo da licitude, e o acto administrativo no contexto da legalidade.

Por outro lado, o acto administrativo não é sentença porque (1) esta prossegue um fim de justiça, e aquele um fim administrativo; (2) esta faz parte da função jurisdicional, aquele integra-se na função administrativa; (3) esta visa solucionar um conflito de interesses, aquele prossegue o interesse público; (4) esta é inalterável (pelo menos pelo seu autor), aquele é modificável. Em fim, a sentença é um fim em si mesmo (a realização da justiça), o acto administrativo é um meio para alcançar outros fins, designadamente a satisfação do interesse público.

Apesar disso, encontramos, tanto no negócio jurídico como na sentença, alguns aspectos comuns com o acto administrativo. Assim, enquanto este se assemelha à sentença pelo facto de ambos provirem de autoridades públicas e pelo facto de o acto administrativo vinculado e a sentença serem de aplicação

5 *Ibid*, p. 210.

6 Assim dispõe o glossário do anexo da Lei nº 14/2011, de 10 de Agosto, que regula a formação da vontade da Administração Pública e estabelece as normas de defesa dos direitos e interesses dos particulares, adiante designada por Lei do Procedimento Administrativo, LPA.

do direito a situações individuais e concretas, sem ou com reduzida liberdade; o mesmo, quando discriminatório, se confunde com o negócio jurídico por ambos darem autonomia aos seus autores de se produzirem livremente, embora dentro dos limites da lei.

1.2. Objecto, função e efeitos do acto administrativo

«O objecto do acto administrativo consiste da realidade exterior sobre que o acto incide (uma pessoa, uma coisa, ou um acto administrativo primário). Assim, por exemplo, na expropriação, o conteúdo do acto é a decisão de expropriar, mas o objecto é o terreno expropriado»⁷.

Para além da produção de efeitos jurídicos numa situação individual e concreta os actos administrativos constituem igualmente uma forma de desempenho da função administrativa, naquilo que consubstancia o poder administrativo.

Seguindo a lógica da separação de poderes, diríamos que o poder detido pela administração pública é o poder executivo. Contudo, porque nos dias de hoje a administração pública não é realizada apenas pelo Estado, mas também por outros entes distintos deste, embora criados ou autorizados por si (autarquias locais, associações públicas, institutos públicos, fundos e fundações públicas, empresas públicas e privadas, etc.), esse poder denomina-se por poder administrativo, que inclui o poder executivo, pois o Estado, apesar de criar ou autorizar outras pessoas colectivas públicas e privadas para o exercício da actividade administrativa, não se demite das suas funções.

O conceito de poder administrativo nos remete, antes de mais, para a existência de outros poderes: o poder legislativo e o poder judicial, que, no seu conjunto, concretizam a doutrina política⁸ e o princípio constitucional⁹ de separação de poderes, um princípio com tradição nos planos dos direitos constitucional e administrativo. Diogo Freitas do Amaral¹⁰ refere que, enquanto no plano do Direito Constitucional o princípio de separação de poderes visou «retirar ao Rei e aos seus Ministros a função de legislar, deixando-lhes apenas com a função política e a função administrativa» (poderes legislativo e executivo), como forma de prevenir o arbítrio e o despotismo da autoridade e, por essa via, garantir o respeito pelos direitos do cidadão, no plano do direito administrativo teve como finalidade «a separação entre a administração e a justiça», retirando daquela a função judicial e desta a função administrativa, visando a eliminação da confusão que então existia entre estas funções e os respectivos órgãos. Em Moçambique o princípio de separação de poderes está previsto no artigo 134¹¹ da CRM, separação que, entretanto, não é absoluta: trata-se de uma separação interdependente de poderes.

7 AMARAL, Diogo Freitas do. Obra citada, p. 247.

8 «Consiste, basicamente, numa dupla distinção: a distinção intelectual das funções do Estado, e a distinção política dos órgãos que devem desempenhar tais funções». AMARAL, Diogo Freitas do. Obra citada, p. 11.

9 «Característico da forma de governo representativa e pluralista ocidental, e que a distingue da forma de governo democrática popular de matriz comunista, à qual lhe contrapõe o princípio da unidade e hierarquia do Estado». *Ibid.*

10 *Ibid.*, p. 12-13.

11 «Os órgãos de soberania assentam nos princípios de separação e interdependência de poderes consagrados na Constituição e devem obediência à Constituição e às leis».

Para além do acto administrativo, outros modos do exercício do poder administrativo são o regulamento administrativo, o contrato administrativo e as operações materiais. Efectivamente, no exercício das suas funções, a administração pública pode ser confrontada com a necessidade de criar, completar ou desenvolver normas jurídicas; de celebrar contratos bilaterais com entes privados e praticar outro tipo de operações visando a viabilização das suas actividades e o cumprimento da sua missão. Mas o que muitas vezes ocorre na administração pública é esta ser chamada a resolver problemas específicos, casos individuais, situações concretas, o que o faz, na maior parte das vezes através de decisões unilaterais, por via da prática de actos administrativos.

Julgamos que, embora não seja uma sentença, o acto administrativo tem efeitos constitutivos, por, sobre a situação individual e concreta em que incide, constituir, modificar e extinguir direitos, factores que produzem efeitos distintos na esfera jurídica dos respectivos destinatários.

2. ORIGEM E EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL ADMINISTRATIVO CONTENCIOSO MOÇAMBICANO

Neste capítulo falaremos sobre o direito processual administrativo contencioso¹², DPAC, mais concretamente sobre o seu nascimento e desenvolvimento em Moçambique, considerando duas grandes fases: a fase de inspiração colonial e a de inspiração moçambicana. A sua abordagem se justifica por ser um instrumento essencial utilizado pelos tribunais na resolução de litígios, nomeadamente do recurso contencioso de que falaremos adiante.

2.1. Direito processual administrativo contencioso de inspiração colonial

Durante muito tempo, pelo menos até 1856, nas capitánias¹³ e nos novos Estados¹⁴, na então Província Ultramarina de Portugal, Moçambique, os conflitos resultantes da administração pública exercida nessas capitánias e Estados eram fundamentalmente resolvidos através das garantias graciosas, do que contenciosas.

As contestações dos súbditos sobre decisões administrativas tomadas pelos governantes no exercício das suas funções eram dirigidas aos soberanos, os quais decidiam de forma pessoal e discricionária, com base num direito criado racionalmente pelo Rei, na qualidade de órgão simultaneamente executivo, legislativo e jurisdicional, o que fazia confundir a justiça com as decisões recaídas sobre aqueles recursos graciosos. Não existia, pois, separação de poderes, nem da justiça administrativa da privada¹⁵.

12 CISTAC, Gilles. *Direito Processual Administrativo Contencioso. Teoria e Prática. Introdução*. Volume I. Escolar Editora. Maputo. 2010. P. 62. «O Direito Processual Administrativo Contencioso é o ramo de Direito Público constituído pelo conjunto de regras jurídicas segundo as quais as acções e os recursos devem ser propostos e os trâmites e métodos que esses devem seguir no seu desenvolvimento em juízo».

13 CAETANO, Marcello, citado por Gilles CISTAC, na obra citada, p. 99, escreve que «capitánias eram colónias administradas por concessão, em que o Estado não delegava poderes soberanos numa companhia majestática – como sucede na forma moderna de concessão – mas num fidalgo notável, em regra o descobridor».

14 Império de Gaza, os Estados militares do vale do Zambeze, os Estados Yao, Makua, os reinos afro-islâmicos da Costa (o Sulfanato de Angoche, os Xeicados de Sancul, Quintangonha, Sangaje e Tungue), entre outros.

15 A este propósito, Maria da Conceição VILHENA, citado por Gilles CISTAC, obra citada, página 106, escreve, a respeito de Gungunhana que «dentro das suas terras, e perante os que vencia, os poderes de Gungunhana eram plenos, as suas ordens indiscutíveis, as suas decisões irrevogáveis».

Como refere Gilles CISTAC, «é apenas a partir da aprovação da portaria provincial nº 395, de 18 de Fevereiro de 1856, que manda considerar em vigor o código administrativo de 18 de Março de 1842, que aparecerem mudanças substantivas, do ponto de vista jurídico, na história do contencioso administrativo na Província Ultramarina de Moçambique»¹⁶. Foi assim que se introduziu em Moçambique o sistema administrativo executivo¹⁷, como um modo de resolução de litígios administrativos original, através de um órgão específico – o Tribunal Administrativo – com regras processuais, por parte, distintas das do Código de Processo Civil, CPC.

Ainda de acordo com Gilles CISTAC¹⁸, desde então até 1932, o sistema foi marcado por várias alterações, sendo de destacar, no que interessa ao presente trabalho, as seguintes:

- O Decreto de 1 de Dezembro de 1869 - chama, pela primeira vez, de tribunal administrativo ao Conselho de Província que então administrava os conflitos administrativos;
- O Decreto de 2 de Setembro de 1901 - estabelece a tramitação processual dos recursos dos actos e decisões das autoridades administrativas das Províncias Ultramarinas e a forma de processo, a interposição e seguimento dos recursos para o Supremo Tribunal Administrativo, naquilo que CISTAC considera como sendo a materialização do progresso em matéria de controlo dos actos administrativos praticados pelas autoridades provinciais e a restrição da autonomia decisional destas autoridades;
- O Decreto de 23 de Maio de 1907, que trata da reorganização administrativa da Província Ultramarina de Moçambique - descentraliza os poderes de grau para grau e concentra a autoridade em cada grau, o que teve reflexos no Conselho de Província de Moçambique, ao alterar a sua composição e alargar as suas competências;
- O Decreto nº 164, de 14 de Outubro de 1913, que reorganiza os Serviços do Conselho de Província de Moçambique - torna o Conselho mais judicial e mais profissional, fazendo-o ser composto por todos os juízes da Relação de Moçambique, reforçando o respectivo corpo administrativo e introduzindo gratificações aos juízes e vogais;
- O Regimento Especial¹⁹ do Tribunal Administrativo, de 26 de Julho de 1922, que constitui um verdadeiro Estatuto Privativo do Tribunal Administrativo, Fiscal e de Contas de Moçambique -

16 Obra citada, p. 103.

17 TAVARES, José, citado por Alfredo CHAMBULE em *As garantias dos Particulares*. Volume I. Imprensa Universitária. Maputo, 2002, p. 3, partindo da noção de sistema administrativo como «conjunto de elementos que, de forma coordenada e coerente, caracterizam a organização, funcionamento e actividade da administração pública – incluindo, naturalmente, o ordenamento jurídico correspondente – em determinado espaço ou lugar e num certo período de tempo», nota que no sistema de administração executiva ou de tipo francês «a administração pública se encontra subordinada a um ramo de direito próprio – o direito administrativo – investindo-a do chamado privilégio de execução prévia, existem tribunais especializados – os tribunais administrativos – e pouco a pouco se foi constituindo um conjunto cada vez mais sólido de garantias dos administrados, o que constitui um verdadeiro contrapeso aos fortes poderes de autoridade conferidos aos órgãos administrativos, o que não se verifica no sistema de tipo britânico, não obstante podermos falar, e cada vez com maior segurança, numa convergência de sistemas».

18 *Ibid*, p. 121-131.

19 O regimento especial do tribunal administrativo havia sido aprovado por força do artigo 91 da Carta Orgânica da Província de Moçambique, promulgada por Manuel de Brito Camacho, Alto-comissário da Província de Moçambique, pois, nessa altura já havia cessado o regime do Código de 1842 e do Decreto de 1869, por força da Lei nº 277, de 15 de Agosto de 1914, que, no entanto, atribuía competências aos órgãos administrativos das colónias para publicarem a sua legislação, a qual, juntamente com os diplomas metropolitanos comuns a todas as colónias, constituíam um acervo de normas dispersas para o sector, dificultando o seu manuseio e funcionamento – CISTAC, Gilles. Obra citada, p. 130.

consagra os princípios de independência do Tribunal Administrativo em relação ao executivo, os efeitos jurisdicionais das suas decisões, com o seu carácter obrigatório, a publicidade das sessões, introduz as Secções no tribunal administrativo (do Contencioso Administrativo, Fiscal, Aduaneiro e de Contas), consagra expressamente o princípio do contraditório, consolida os elementos constitutivos da petição, entre outras normas, que constituirão o fundo do DPAC.

- O Decreto-Lei nº 23:229, de 15 de Novembro de 1933, aprovou a Reforma Administrativa Ultramarina (RAU), a qual entrou em vigor em todas as colónias no dia 1 de Janeiro de 1934²⁰, revogando toda a legislação anterior cuja matéria era por si abrangida, depois de ter sido extinto o Tribunal Administrativo, em todas as colónias, pelo decreto nº 11:835, de 30 de Junho de 1926, passando as suas funções a ser exercidas pelos Conselhos de Finanças.

Constituída por cinco²¹ partes, a RAU estabelecia normas do procedimento administrativo e dispunha duma parte (V)²², relativa ao contencioso administrativo, cuidando dos pressupostos processuais e da tramitação dos recursos contenciosos até à decisão final e procedimentos de publicidade. A RAU é o diploma normativo que, no contexto do procedimento e do contencioso administrativos assegurou o normal funcionamento das instituições destas áreas, desde as que pertenceram à última fase do colonialismo português em Moçambique até às transitadas para ou criadas no novo Estado, a República Popular de Moçambique, após a proclamação da independência em Junho de 1975.

2.2. Direito processual administrativo contencioso de inspiração Moçambicana

Moçambique tornou-se independente no dia 25 de Junho de 1975, adquirindo o estatuto jurídico de Estado soberano, guiado fundamentalmente pela Constituição da República Popular de Moçambique, CRPM. Por força do artigo 203²³ da CRPM, toda a legislação colonial que não contrariasse aquele instrumento jurídico fundamental da nação mantinha-se em vigor. Neste sentido, no âmbito do DPAC a RAU manteve-se em vigor até à aprovação e entrada em vigor da Lei nº 9/2001, de 7 de Julho, Lei do Processo Administrativo Contencioso, LPAC 2001, marcada fundamentalmente pelos princípios do inquisitório, do contraditório, por um processo escrito e não formalista e pelo processo influenciado pela existência de um justiciável público, segundo Gilles CISTAC.

De acordo com Gilles CISTAC²⁴, de 1975 a 1993, o Tribunal Administrativo foi impossibilitado de julgar e desenvolver qualquer actividade jurisdicional. Além disso, o diploma que regulamentava o contencioso administrativo nessa altura – a RAU – não foi reeditado e não foi objecto de uma ampla divulgação depois da independência, o que prejudicou muito, por um lado, o seu conhecimento, e por outro lado, o acesso à própria justiça administrativa.

20 Por força do artigo 2 deste diploma que dispunha que «A Reforma Administrativa Ultramarina entre em vigor em todas as colónias Portuguesas no dia 1 de Janeiro de 1934. Até êsse (Sic) dia deve ser publicada em todos os Boletins Oficiais».

21 Parte I, dos Funcionários Administrativos; parte II, dos Serviços da Administração Civil; parte III, dos Corpos e Corporações Administrativas; parte IV, da Fazenda das Províncias, Circunscrições e Corpos Administrativos e parte V, do Contencioso Administrativo.

22 Artigos 644 a 801 da RAU.

23 «A legislação anterior no que não for contrário à Constituição mantém-se em vigor até que seja modificada ou revogada».

24 Obra citada, p. 28.

Embora, genericamente, a CRPM fizesse menção aos ideais da justiça, especialmente da justiça dos tribunais, não fazia referência em nenhuma norma sua ao Tribunal Administrativo. Esta situação durou até à entrada em vigor da seguinte Constituição da República de Moçambique, de 1990, CRM de 1990, que constitucionalizou o tribunal administrativo na Pátria Amada. Efectivamente, se por um lado a CRM de 1990 continha disposições que tratavam dos tribunais em geral, por outro continha os que se ocupavam da justiça administrativa em especial²⁵.

Fruto da previsão constitucional em 1990 do Tribunal Administrativo, em 1992 foi aprovada a lei nº 5/92, de 6 de Maio – Lei Orgânica do Tribunal Administrativo, LOTA, com o objectivo de contribuir para a materialização das normas constitucionais sobre esta jurisdição mas, na prática, o Tribunal Administrativo só iniciou as suas actividades em 1994, usando como direito adjectivo especial a RAU. Ou seja, embora tecnicamente a RAU estivesse em vigor, materialmente este diploma estava hibernado, na parte relativa ao contencioso administrativo, da independência até 1994, pois, não existia nenhum Tribunal Administrativo para a sua aplicação.

Ainda de acordo com CISTAC²⁶, «além do comando legal que impunha uma reforma legal nesta matéria (artigo 46 da Lei nº 5/92 de 6 de Maio), o direito colonial herdado não se adequava à nova realidade do País. A RAU apresentava dificuldades na sua aplicação, designadamente, quanto à necessária celeridade processual e à melhor protecção dos direitos subjectivos dos administrados». Além disso, continua o autor, «as profundas alterações às atribuições do Tribunal Administrativo no contencioso administrativo, consagradas na lei nº 5/92, de 6 de Maio, nomeadamente, a introdução de figuras e institutos jurídicos até então inexistentes no quadro legal (por exemplo: os pedidos de suspensão da eficácia dos actos administrativos, de intimação à autoridade administrativa para facultar a consulta de documentos ou processos e passar certidões ou a particular ou a concessionário para adoptar ou se abster de determinada conduta), implicavam uma imperiosa necessidade de reformular o direito adjectivo, de modo a que o direito substantivo fosse melhor agilizado ou servido». É neste contexto que se aprova e entra em vigor a LPAC de 2001.

Com a aprovação da Constituição de 2004, que trouxe algumas alterações²⁷ na jurisdição administrativa, houve necessidade de se aprovar a lei nº 24/2013, de 1 de Novembro, concernente ao «Melhoramento do Controlo da Legalidade dos Actos Administrativos, bem como à Fiscalização da Legalidade das Receitas e Despesas Públicas», adiante designada Lei do Tribunal Administrativo, LTA, a qual revogou a lei 25/2009, de 26 de Setembro, que por sua vez revogara a lei nº 5/92, de 6 de Maio, ambas com idêntico objecto.

Actualmente, o processo administrativo contencioso é regulado pela lei nº 7/2014, de 28 de Fevereiro, que regula os Procedimentos atinentes ao Processo Administrativo Contencioso, adiante designado LPAC,

25 Veja-se a alínea b) do nº 1, do artigo 167, e os artigos 173 e 174 da CRM de 1990.

26 Obra citada, p.141.

27 Por exemplo, prevê-se a criação dos tribunais administrativos (que vieram a ser de Província e da Cidade de Maputo), e a função do Tribunal Administrativo estende-se para o controlo já não só da legalidade dos actos administrativos, mas também da aplicação das normas regulamentares emitidas pela Administração Pública, bem como a respectiva efectivação da responsabilidade por infracção financeira, nos termos do artigo 228 da CRM.

tendo revogado a LAPC de 2001, que vigorou durante cerca de 13 anos, e cuja aprovação ocorreu em consequência das alterações havidas nas leis substantivas administrativas e jurisdicionais – LPA e LTA, respectivamente.

3. A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA DE MOÇAMBIQUE

Em Moçambique a justiça administrativa é administrada pelo tribunal administrativo, a respeito do qual falaremos sumariamente da natureza, função, organização e funcionamento. A inclusão deste capítulo visa fornecer informação básica sobre este tribunal, que é o foro competente para conhecer matérias relativas ao contencioso administrativo, nosso objecto neste trabalho.

3.1. Natureza jurídica e função do Tribunal Administrativo

O Tribunal Administrativo é um ente de natureza pública, criado por lei, com a função de administrar a justiça administrativa, em nome do povo, conforme resulta do artigo 212 da CRM. Efectivamente, na alínea b) do nº 1 do artigo 223 da CRM, relativo às espécies de tribunais existentes em Moçambique, figura o Tribunal Administrativo, como sendo o «órgão superior da hierarquia dos tribunais administrativos, fiscais e aduaneiros», com a função de «controlo da legalidade dos actos administrativos e da aplicação das normas regulamentares emitidas pela administração pública, bem como a fiscalização da legalidade das despesas públicas e a respectiva efectivação da responsabilidade por infracção financeira»²⁸.

Assim, tal como acontece com outros tribunais em geral, os tribunais administrativos estão separados dos outros poderes, especialmente do poder executivo, no qual alguma tese, a tese administrativista²⁹, diz fazerem parte, como seu prolongamento, sendo as respectivas decisões de cumprimento obrigatório para todos os cidadãos e demais pessoas jurídicas e prevalecendo sobre as de outras autoridades³⁰, e, ainda, gozando os respectivos magistrados dos princípios de independência, imparcialidade, irresponsabilidade e inamovibilidade³¹.

Indubitavelmente, resulta cristalina, e com ela perfilhamos, a tese de pertença ao poder judicial³² da jurisdição administrativa pátria.

28 Artigo 228 da CRM. Nos termos do artigo 5 da LTA estão excluídas da jurisdição administrativa, nomeadamente, os actos praticados no exercício da função política e legislativa, o exercício da acção penal em matéria criminal, bem como as questões de direito privado.

29 Defendida, pelo menos, por Professor Marcello CAETANO, para quem «tanto o órgão autor do acto administrativo quanto o tribunal administrativo integram-se no poder executivo» – apud Alfredo CHAMBULE, obra citada, p. 86.

30 Artigo 215 da CRM.

31 Artigo 217 da CRM.

32 Pois, «o legislador constitucional de Moçambique optou pela solução de confiar a jurisdição administrativa a um só tribunal com aquela denominação, incluindo-o na categoria dos tribunais» – Sérvulo CORREIA, apud Alfredo CHAMBULE, obra citada, p. 87.

Para o cumprimento da sua missão, ao Tribunal Administrativo cabe um conjunto de competências³³, de entre as quais se destaca, por ser matéria específica deste trabalho, o julgamento de recursos contenciosos interpostos das decisões dos órgãos do Estado e dos respectivos titulares e agentes³⁴.

Nos termos do artigo 39 da LTA, os Tribunais Administrativos Provinciais e da cidade de Maputo tem competências em matéria de contencioso administrativo, fiscalização prévia, sucessiva e concomitante, através do visto. Daqui resulta que o controlo da legalidade dos actos administrativos enxertado na função do tribunal administrativo e dos tribunais administrativos é feito através do julgamento dos recursos contenciosos recaídos sobre esses actos, a pedido dos cidadãos que se julguem injustiçados, observados os respectivos pressupostos.

3.2. Organização e funcionamento do Tribunal Administrativo

Dissemos anteriormente que a jurisdição administrativa de Moçambique é composta pelo tribunal administrativo, pelos tribunais administrativos, pelos tribunais fiscais e pelos tribunais aduaneiros, sendo o primeiro o órgão superior dos demais.

O artigo 231 da CRM remeteu para a lei o tratamento da matéria atinente à organização e funcionamento do tribunal administrativo. Foi em cumprimento daquele comando constitucional, que foi aprovada a LTA, que entre outros aspectos aborda a organização e funcionamento do tribunal administrativo, dos tribunais administrativos provinciais e da cidade de Maputo e dos tribunais fiscais e aduaneiros.

Nos termos dos artigos 16 e 2, nº 1, ambos da LTA, respectivamente, o tribunal administrativo tem a sua sede na capital do País, e exerce a sua jurisdição em todo o território nacional. Por sua vez, os tribunais administrativos provinciais e da cidade de Maputo tem as respectivas sedes na capital da província onde se encontram instalados e nesta cidade, respectivamente, tendo jurisdição nas respectivas divisões territoriais, por força dos artigos 2, nº 2, e 42, do mesmo diploma legal.

Segundo as disposições conjugadas dos artigos 3, nºs 1 e 2, e 17, da LTA, são órgãos da jurisdição administrativa o tribunal administrativo³⁵, os tribunais administrativos³⁶ provinciais e da cidade de Maputo, os tribunais fiscais³⁷ e os tribunais aduaneiros³⁸.

33 Artigo 230 da CRM.

34 Artigo 230, nº 1, alínea b), da CRM.

35 Órgão de jurisdição de instância única ou de segunda instância, com competência para apreciar matéria de facto e de direito – artigos 4 e 25 da LTA.

36 Órgãos de jurisdição de primeira instância no âmbito do contencioso administrativo, fiscalização prévia, concomitante e sucessiva – artigo 3, nº 3, da LTA.

37 Órgãos de jurisdição de primeira instância nos litígios decorrentes das relações jurídico-fiscais – Artigo 3, nº 4 da LTA.

38 Órgãos de jurisdição de primeira instância para julgar infracções aduaneiras – Artigo 3, nº 5, da LTA.

O tribunal administrativo funciona em plenário³⁹ e por secções: a primeira, do contencioso administrativo⁴⁰, a segunda, do contencioso fiscal e aduaneiro⁴¹ e, a terceira, de contas públicas⁴², desdobrando-se esta última pelas subsecções de fiscalização prévia (a primeira) e de fiscalização concomitante e sucessiva (a segunda) – artigo 24, nº 1, da LTA.

Os tribunais administrativos provinciais e da cidade de Maputo podem organizar-se em secções, se o volume, a complexidade da actividade jurisdicional e outras circunstâncias relevantes o justificarem, por força das disposições conjugadas dos artigos 2, nº 1, e 16 e 41, nº 2, da LTA. Enquanto isso, os tribunais fiscais e aduaneiros regem-se por diplomas específicos⁴³ - artigo 61 da LTA.

Em matéria de recursos contenciosos, das decisões proferidas pelos tribunais administrativos provinciais e da cidade de Maputo cabe recurso, tanto em matéria de facto quanto em matéria de direito, para a primeira secção do tribunal administrativo, e das decisões desta secção cabe recurso para o plenário deste tribunal, apenas em matéria de direito, por força do disposto nos nºs 1 e 2, do artigo 40, da LTA.

Neste momento funcionam em Moçambique o tribunal administrativo, os tribunais administrativos da cidade de Maputo e das províncias de Maputo, Inhambane, Sofala, Tete, Zambézia, Nampula, Cabo Delgado e Niassa, faltando cobrir as províncias de Manica e Gaza. Os tribunais fiscais e aduaneiros, também ainda não cobrem o todo o território nacional⁴⁴.

4. IMPUGNAÇÃO CONTENCIOSA DO ACTO ADMINISTRATIVO

De ora em diante trataremos da matéria de fundo do nosso trabalho, começando por abordar o recurso contencioso como meio processual de impugnação judicial do acto administrativo na relação jurídica administrativa, da qual brota o litígio administrativo, para depois falarmos dos seus fundamentos e pressupostos bem como da relação entre aqueles e estes.

4.1. O recurso contencioso como meio processual de impugnação judicial do acto administrativo

Antes de tratarmos do recurso contencioso, importa primeiro aflorar a relação jurídica administrativa e sua natureza, para depois abordarmos as garantias gratuitas e contenciosas dos particulares nessa relação jurídica.

39 Apenas para o conhecimento da matéria de Direito, salvo outros casos legalmente previstos, como é o caso da apreciação das matérias previstas no artigo 26 da LTA, designadamente dos recursos sobre actos praticados por autoridades centrais.

40 Cujas competências resultam do artigo 28 da LTA.

41 Com competências no artigo 30 da LTA.

42 Competências nos artigos 33 e 34 da LTA. Esta secção é regida por legislação específica, a lei nº 26/2009, de 29 de Setembro, relativa à respectiva organização, funcionamento e processo.

43 Lei nº 2/2004, de 21 de Janeiro, e Lei nº 10/2001, de 7 de Julho, respectivamente.

44 Actualmente existem tribunais fiscais na cidade de Maputo (com jurisdição alargada às províncias de Maputo, Gaza e Inhambane, na zona sul), nas províncias de Sofala (com jurisdição alargada à província de Manica), Tete, Zambézia e Nampula (com jurisdição alargada às províncias de Cabo Delgado e Niassa, na zona norte). Os tribunais aduaneiros apenas existem na Cidade de Maputo e nas províncias de Sofala e Nampula, com jurisdição nas zonas sul, centro e norte, respectivamente.

4.1.1. A relação jurídica administrativa como fonte principal do recurso contencioso

Segundo Gilberto CORREIA⁴⁵, a relação jurídica pode ser definida em sentido amplo e estrito. Naquele, será toda e qualquer relação entre os homens na vida social, que seja regulada ou tutelada pelo direito. Neste, é um nexos de correspondência recíproca entre direitos e deveres titulados por pessoas diferentes.

São elementos da relação jurídica os sujeitos, entre os quais se estabelece, o objecto, a realidade sobre que incide, o facto jurídico, que a gera, dando-lhe vida e delineando a sua fisionomia, e a garantia, que lhe confere valor prático, imprimindo-lhe real eficiência na vida em sociedade⁴⁶.

A relação jurídica que acabamos de definir tanto pode ocorrer entre os particulares, como entre estes e entes públicos. Neste último caso denomina-se relação jurídica administrativa. Nesta relação, os sujeitos são, por um lado, a administração pública, (Estado-administração, outras pessoas colectivas de direito público ou pessoas privadas no exercício da função administrativa) e, por outro, os particulares. É esta relação jurídica administrativa que abordaremos, mais concretamente sobre o seu último elemento, a garantia, na qual se enquadra a impugnação contenciosa de actos administrativos como garantia dos particulares.

Efectivamente, é da relação jurídica administrativa que nasce o recurso contencioso, pois, se aquela não existisse, com os seus elementos, de entre os quais especialmente a garantia, e esta não abarcasse como uma das suas espécies o recurso contencioso, este não existiria. Diríamos assim, que a relação jurídica administrativa, mais concretamente os litígios dela decorrentes, constitui a fonte primária, antes mesmo da legal, do recurso contencioso. Daí o facto de referirmos que o recurso contencioso tem por fonte principal a relação jurídica administrativa, que se estabelece e se desenvolve entre entes públicos e particulares.

4.1.2. As garantias graciosas dos particulares na relação jurídica administrativa

Alfredo CHAMBULE⁴⁷ refere que, num sistema de administração executiva como o moçambicano, porque a administração pública possui concentrados em si poderes de autoridade, pode acontecer que no exercício das suas funções deles abuse, em claro detrimento dos particulares. Para que isto não aconteça, ou que, acontecendo, o particular possa exercer e exigir a reposição do direito violado ou do interesse legítimo ferido por esse abuso de poderes de autoridade, a lei atribui ao particular certos poderes, poderes estes de natureza jurídica para que sirvam de protecção do mesmo contra os eventuais abusos e ilegalidades da mesma administração pública. Esses poderes são as garantias dos particulares.

Para Diogo Freitas do AMARAL⁴⁸, «garantias dos particulares são os meios criados pela ordem jurídica com a finalidade de evitar ou de sancionar quer as violações do direito objectivo, quer as ofensas dos direitos subjectivos e dos interesses legítimos dos particulares pela administração pública».

45 *Direito de Retenção*. Lisboa. Escolar Editora. 2015, p. 15.

46 TELLES, Inocêncio Galvão. *Introdução ao Estudo do Direito*. Volume II, 10ª edição, Coimbra Editora. 2001, p. 153.

47 Obra citada, p. 6.

48 Apud Alfredo CHAMBULE, obra citada, p. 7.

Assim, para além de só poder ser exercido com fundamento na lei e dentro dos seus limites, o interesse público prosseguido pela administração pública tem de respeitar os direitos e interesses dos particulares legalmente protegidos.

As garantias dos particulares, que estão na origem do contencioso administrativo, constituem ainda hoje um dos aspectos mais importantes do Direito Administrativo. Como escreve Marcello CAETANO⁴⁹, «sem elas não existem relações jurídicas, porque não haverá a possibilidade de obrigar a administração a cumprir os seus deveres assumidos segundo a lei».

Seguindo um critério orgânico, embora este não seja um critério perfeito (porque, por exemplo, com este critério o Governo é simultaneamente um órgão político e administrativo), as garantias dos particulares podem ser políticas⁵⁰, as que se realizam através dos órgãos políticos do Estado; contenciosas⁵¹, as que são operacionalizadas pelos órgãos jurisdicionais; e administrativas⁵², as que se efectivam no seio da administração pública; podendo umas e outras ser preventivas, sancionatórias, petitórias e impugnatórias.

A respeito das garantias gratuitas, Gilles CISTAC⁵³ escreve que «não é todo o contencioso da Administração Pública que está jurisdicionalizado. Com efeito, se a sentença constitui o meio normal de pôr fim ao processo contencioso administrativo, isto não significa, portanto, que é o único meio. Está certo que existem outros meios que proporcionam o mesmo resultado». Assim, as Normas de Funcionamento dos Serviços da Administração Pública⁵⁴, NFSAP, estabelecem, no seu artigo 15, como garantias administrativas ou gratuitas dos particulares, o requerimento, a reclamação⁵⁵, o recurso hierárquico⁵⁶, o recurso tutelar e o recurso de revisão.

Por sua vez, o artigo 18 da LPA, veio reforçar as garantias gratuitas dos particulares ao acrescentar o recurso hierárquico impróprio, a queixa, a denúncia e a petição, bem como a queixa ou reclamação ao Provedor de Justiça⁵⁷. Como se pode concluir, o recurso contencioso, objecto do nosso trabalho, não faz parte das garantias gratuitas. Trata-se de uma garantia contenciosa, e dela nos ocuparemos no ponto seguinte.

49 Apud Gilles CISTAC, obra citada, p. 25.

50 Por exemplo, o direito de petição, nos termos do artigo 79 da CRM.

51 Designadamente o direito de acção popular, ao abrigo do artigo 81 da CRM.

52 Nomeadamente o recurso hierárquico, a coberto dos artigos 162 e seguintes da LPA.

53 Obra citada, p. 21.

54 Aprovadas pelo Decreto nº 30/2001, de 15 de Outubro, que revoga o Decreto nº 36/89, de 27 de Novembro, sobre esta matéria.

55 Antes prevista no artigo 356 da RAU, com a denominação de recurso gratuito: «dos actos dos funcionários das colónias que envolvam lesão de interesses há recurso gratuito para o próprio funcionário...».

56 Transitado do artigo 357 da RAU: «Dos actos e decisões dos funcionários arguidos de ofensa de direitos cabe recurso hierárquico...».

57 Órgão que tem como função a garantia dos direitos dos cidadãos, a defesa da legalidade e da justiça na actuação da Administração Pública, cujo regime consta dos artigos 256 a 261 da CRM, e da Lei nº 7/2006, de 16 de Agosto, que estabelece o âmbito de actuação, o estatuto, as competências e o processo de funcionamento do Provedor de Justiça. Nos termos do artigo 3, nº 1, desta lei, «os cidadãos, individual ou colectivamente, podem apresentar petições, queixas ou reclamações por actos ou omissões dos poderes públicos ao Provedor da Justiça, que as aprecia, sem poder decisório, dirigindo aos órgãos competentes as necessárias recomendações para prevenir e reparar as injustiças».

4.1.3. A garantia contenciosa dos particulares na relação jurídica administrativa

A única garantia contenciosa prevista no nosso ordenamento jurídico como meio de reação dos particulares contra os abusos do poder pela administração pública é o recurso contencioso. Este meio processual faz parte das garantias impugnatórias, entendidas estas «como sendo aquelas em que, perante um acto administrativo já praticado, os particulares são admitidos por lei a impugnar esse acto, isto é, a atacá-lo com determinados fundamentos»⁵⁸.

Quando a impugnação do acto administrativo é feita fora da administração pública, concretamente nos tribunais, denomina-se garantia contenciosa⁵⁹ ao meio que lhe serve de base, e, quando esses órgãos jurisdicionais são os tribunais administrativos, como é o caso que nos ocupa, fala-se em contencioso administrativo⁶⁰, que se funda no princípio de separação e interdependência de poderes, já que por ter como fundamento um acto da administração pública no âmbito da gestão pública, que pertence ao poder executivo, nenhum outro tribunal pode resolvê-lo fora do tribunal administrativo, órgão do poder jurisdicional.

São espécies do contencioso administrativo o contencioso administrativo por atribuição (nomeadamente o contencioso dos contratos administrativos, da responsabilidade civil do Estado e de outras pessoas colectivas públicas), e o contencioso administrativo por natureza (o contencioso dos actos e dos regulamentos administrativos), sendo os respectivos meios processuais, na mesma ordem, as acções e os recursos.

Por competir ao tribunal administrativo, nomeadamente, julgar as acções que tenham por objecto litígios emergentes de relações jurídicas administrativas e os recursos contenciosos interpostos das decisões dos órgãos do Estado, dos respectivos titulares e agentes, nos termos das alíneas a) e b), do nº 1 do artigo 230 da CRM, o contencioso administrativo moçambicano abarca as duas espécies supra referidas – por natureza e por atribuição.

Vejamos então, de seguida, em que é que consiste este recurso contencioso como garantia contenciosa dos particulares na relação jurídica administrativa, quais são as suas fontes legais, a sua natureza, o seu objecto, a sua função e os seus efeitos.

4.1.3.1. Fontes legais históricas e actuais do recurso contencioso Moçambicano

Na ordem jurídica moçambicana, a história do recurso contencioso coincide parcialmente com a evolução histórica do direito do contencioso administrativo. «Define-se o Direito do Contencioso Administrativo como o ramo de direito constituído pelo conjunto das regras que determinam como a justiça administrativa está organizada e como ela é administrada»⁶¹.

58 AMARAL, Diogo Freitas do, apud, Alfredo CHAMBULE, obra citada, p. 38.

59 As garantias contenciosas «são todas as que se efectivam através da actuação dos órgãos jurisdicionais, isto é, de tribunais» – Marcello CAETANO, apud Alfredo CHAMBULE, obra citada, p. 53.

60 «Conjunto de litígios entre a administração pública e os particulares, que tenham de ser solucionados pelos tribunais administrativos e por aplicação do direito administrativo». Diogo Freitas do AMARAL, apud Alfredo CHAMBULE, obra citada, p. 55. Acrescentamos, nós, o direito processual administrativo contencioso, como aplicável na resolução destes litígios.

61 CHAPUS, René, apud Gilles CISTAC, obra citada, p. 30.

Historicamente, foram os artigos 684 a 713 da RAU que, de forma mais desenvolvida, trataram do regime jurídico do recurso contencioso, abordando aspectos tais como o interesse e a capacidade de agir, o prazo, a forma, o depósito, a instrução e o julgamento respectivo, em complemento ao disposto no artigo 359⁶² da mesma RAU, designadamente.

Mais tarde, com o nascimento da República Popular de Moçambique em 1975, foi aprovada a CRPM que, como já se disse anteriormente, não previa expressamente a existência da justiça administrativa, mas a Constituição seguinte, a de 1990, já o fazia, através da alínea b) do nº 2, do artigo 173, que previa o julgamento dos recursos contenciosos interpostos das decisões dos órgãos do Estado, seus respectivos titulares e agentes, como competência do tribunal administrativo, deixando para a lei a regulação da competência, organização, composição e o funcionamento deste tribunal, nos termos do respectivo artigo 174. É neste contexto que foi aprovada a Lei da Organização do Tribunal Administrativo, LOTA, prevendo a existência de recursos contenciosos, cujo regime adjectivo era estabelecido pelos artigos 26 e seguintes da LPAC 2001, já revogada.

Actualmente, num sentido mais amplo, no qual podemos encarar o recurso contencioso como uma forma de busca da justiça jurisdicional pelos particulares em confronto com a administração pública, este meio está previsto no artigo 62 da CRM⁶³. Mas como meio processual específico de reacção dos particulares contra decisões administrativas violadoras dos seus direitos ou interesses, o recurso contencioso consta constitucionalmente nos artigos 69⁶⁴, 70⁶⁵ e 253, nº 3⁶⁶, em geral e especial, respectivamente.

Já ao nível da legislação infraconstitucional, podemos encontrar o recurso contencioso em várias disposições normativas, sendo de destacar a alínea f) do artigo 15 das NFSAP; a alínea j) do nº 1, do artigo 18, e o artigo 153, nº 3, da LPA; os artigos 8 e 28 e seguintes da LTA e, de forma mais densificada, a LPAC.

4.1.3.2. Definição e natureza jurídica do recurso contencioso

«Dentro dos meios de tutela jurídica criados pelo ordenamento jurídico para defender a legalidade objectiva contra actos ilegais da Administração Pública, e os destinados à defesa, tutela ou garantia das situações juridicamente protegidas, são aqueles que se efectivam através dos tribunais e, mais particular-

62 «Dos actos e decisões dos Governadores de colónia ou gerais no exercício do poder hierárquico, cabe recurso contencioso, interposto no prazo legal, salvo em matéria disciplinar».

63 Trata do acesso aos tribunais pelos cidadãos.

64 Direito dos cidadãos à impugnação de actos que violem direitos e interesses protegidos pela constituição e pela lei.

65 Com a epígrafe «direito de recorrer aos tribunais», dispõe que «o cidadão tem o direito de recorrer aos tribunais contra os actos que violem os seus direitos e interesses reconhecidos pela Constituição e pela lei». Discute-se sobre o significado da palavra «recorrer», ínsita nesta norma, havendo quem entenda que está ao serviço do acesso primário aos tribunais, e quem, como nós, defende o acesso aos tribunais em sede de recurso, contencioso ou jurisdicional. Seja qual for o sentido real daquela expressão, entendemos que o artigo 70 acaba sempre por constituir uma redundância, pois, já existem os artigos 62 e 69 da Constituição que, de forma inequívoca, a nosso ver, falam dos direitos de acesso aos tribunais (para o que quer que seja) e de impugnação de actos violadores de direitos e interesses dos cidadãos (como recurso, contencioso ou jurisdicional), respectivamente. Merece uma interpretação autêntica, ou, na próxima revisão constitucional, ser eliminado ou clarificado.

66 «É assegurado aos cidadãos interessados o direito ao recurso contencioso fundado em ilegalidade de actos administrativos, desde que prejudiquem os seus direitos».

mente, através dos tribunais administrativos que constituem a forma mais elevada e mais eficaz de defesa dos direitos subjectivos e dos interesses legítimos dos particulares»⁶⁷.

Um desses meios é o recurso contencioso, «um meio de garantia que consiste na impugnação, feita perante o tribunal administrativo competente, de um acto administrativo ou de um regulamento ilegal, a fim de obter a respectiva anulação»⁶⁸. Assim, recurso contencioso é uma garantia concedida por lei aos particulares, na relação jurídico-administrativa, para reagirem contra os actos administrativos definitivos e executórios ilegais e lesivos praticados pelos órgãos, titulares e agentes da administração pública no exercício das suas funções.

Este recurso diz-se contencioso precisamente por ser dirigido a um órgão do poder jurisdicional, o tribunal administrativo, em contraposição com os outros recursos chamados administrativos ou gratuitos, por se dirigirem aos órgãos da administração pública (recursos hierárquico, hierárquico impróprio, tutelar e de revisão), os quais podem ou não ter provimento, de acordo com a vontade da lei.

Quanto à sua natureza, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 8, da LPA, e 32, da LPAC, o recurso contencioso é de mera legalidade, ou seja, nasce da ilegalidade do acto recorrido, foca-se na legalidade ou ilegalidade do acto praticado, daí que o seu fim seja a anulação ou a declaração de nulidade ou de inexistência jurídica desse mesmo acto (provada a sua ilegalidade), exceptuada qualquer disposição legal em contrário.

4.1.3.3. Objecto, função e efeitos do recurso contencioso

O objecto do recurso contencioso é o acto administrativo definitivo e executório recorrido e sobre o qual a anulação ou declaração de nulidade ou de inexistência jurídica se pretende.

Relativamente à função do recurso contencioso como meio do contencioso administrativo por natureza, Marcello CAETANO⁶⁹ defende uma posição eclética. Por um lado, como meio de garantia dos administrados, quando utilizado por qualquer interessado na defesa dos direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos, e, por outro lado, como meio de defesa da legalidade, quando accionado pelo Ministério Público, no âmbito da defesa do interesse geral da legalidade. Perfilhamos destas posições, pois, são as consagradas na nossa ordem jurídica⁷⁰.

Nos termos do artigo 36 da LPAC, o recurso contencioso não tem efeito suspensivo, a não ser que, cumulativamente, apenas esteja em causa o pagamento de quantia certa, de natureza não sancionatória,

67 Diogo Freitas do AMARAL, apud Gilles CISTAC, obra citada, p. 26.

68 Idem, apud Alfredo CHAMBULE, obra citada, p. 63.

69 Apud Alfredo CHAMBULE, obra citada, p. 66-67.

70 Conforme resulta do artigo 44 da LPAC, relativo à legitimidade - «tem legitimidade para interpor recurso contencioso os que se considerem titulares de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos que tivessem sido lesados pelo acto recorrido, quando tenham interesse directo, pessoal e legítimo na interposição do recurso e ainda: a) o Ministério Público...». A legitimidade deste último resulta das suas funções de defesa da legalidade, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 236 da CRM e da alínea b), do nº 1, do artigo 4, da Lei nº 22/2007, de 1 de Agosto, Lei Orgânica do Ministério Público e Estatuto dos respectivos Magistrados.

e tenha sido prestada caução por qualquer das formas admitidas pelo CPC, caso em que o acto recorrido deixará de ser eficaz na pendência do recurso. Significa, em nosso entender que, para obter o efeito suspensivo do recurso contencioso, o recorrente deve provar judicialmente o preenchimento dos primeiros dois requisitos (pagamento de quantia certa, de natureza não sancionatória) e requerer o pagamento de caução, e, se lhe for autorizado a pagar, pagar a caução fixada. Fora deste caso, o recurso contencioso terá sempre efeito meramente devolutivo. Nesta perspectiva, parece-nos um meio processual fraco, já que, em regra, não garante, na óptica do recorrente, a inviolabilidade do seu direito ou interesse na sua pendência, sendo assim, preferível que o particular resolva o litígio que o oponha à administração dentro desta, por oferecer garantia de protecção dos seus direitos ou interesses, como veremos mais adiante.

4.1.3.4. Recurso contencioso ou acção judicial chamada recurso contencioso? Crítica.

Como temos estado a referir, o recurso contencioso em análise visa a anulação ou declaração de nulidade ou inexistência jurídica, por um tribunal, do acto administrativo praticado por um órgão da administração pública e recorrido pelo interessado.

Segundo Vasco Pereira da SILVA⁷¹, um tal meio processual não pode ser chamado recurso, mas sim, acção, porque:

1. Trata-se de uma primeira apreciação jurisdicional desse litígio, e não de uma apreciação jurisdicional de segunda instância, sobre uma decisão judicial;
2. Trata-se de um meio processual de impugnação de actos administrativos destinado a obter a primeira definição do direito, feita por um tribunal, aplicado num conflito que emerge duma relação jurídica administrativa, já que na actualidade, o acto administrativo deixou de ser definidor do direito, como a sentença, como acontecia na era do administrador-juiz, mas sim como uma decisão da função administrativa destinada à satisfação do interesse público, e a administração e a justiça deixaram de estar no mesmo 'saco', sendo cada uma delas um poder distinto do outro;
3. Ademais, o recurso contencioso de anulação não é apenas de anulação, «uma vez que, por um lado, sob essa denominação, podem também ser proferidas sentenças condenatórias (quando estiver em causa o exercício de poderes vinculados), ou de simples apreciação (a declaração de nulidade ou inexistência de um acto administrativo), e, por outro lado, as sentenças ditas de anulação não possuem apenas efeitos demolitórios, mas gozam igualmente de uma eficácia repristinatória e conformadora» porque repristinam a situação anterior ao acto recorrido, e obrigam a administração a conformar-se com elas.

Concordamos com esta posição e com base nos seus argumentos apelamos ao nosso legislador a reformar a denominação deste meio processual, como já acontece em Portugal⁷², onde se chama a coisa pelo seu próprio nome, e não de recurso a uma acção de impugnação de actos administrativos. Mas isso

71 *Do Velho de se Fez Novo: A Acção Administrativa Especial de Impugnação de Actos Administrativos. In Temas e Problemas de Processo Administrativo. 2ª Edição. Revista e Actualizada. Lisboa. 2011, p. 44 e 45.*

72 Vide o artigo 46 do Código Português de Processo nos Tribunais Administrativos, vigente deste 1 de Janeiro de 2004.

não deve implicar o fim da anulação ou da declaração de nulidade ou inexistência de actos administrativos recorridos, pois, estes fins podem ser cumulados com outros pedidos, nos termos dos artigos 24 e 56 da LPAC.

4.2. Fundamentos e pressupostos do recurso contencioso

Nesta etapa, a fulcral do nosso trabalho, e porque julgamos ter já fornecido, ainda que de forma sumária, alguns alicerces para a compreensão dos temas seguintes – o acto administrativo, o processo administrativo contencioso, a jurisdição administrativa e o recurso contencioso – vamos abordar os fundamentos e os pressupostos do recurso contencioso na justiça administrativa pátria.

4.2.1. A ilegalidade do acto administrativo e a lesão de direitos ou interesses legalmente protegidos como fundamentos constitucionais e legais do recurso contencioso

«Do ponto de vista geral, um Estado de Direito caracteriza-se pela sujeição das autoridades políticas e administrativas ao Direito e pela possibilidade de impugnar as suas decisões perante jurisdições»⁷³, sendo atacáveis os actos contrários ao direito. É nesta esteira que o nº 3 do artigo 253 da CRM assegura aos cidadãos interessados o direito ao recurso contencioso fundado em ilegalidade de actos administrativos, desde que prejudiquem os seus direitos.

Assim, são fundamentos constitucionais cumulativos do recurso contencioso a ilegalidade do acto administrativo e a lesão dele decorrente. Ou seja, não basta que o órgão da administração pública tenha praticado um acto administrativo ilegal, é necessário que tal acto tenha provocado lesão na esfera jurídica do destinatário para que seja recorrível. O inverso também é aplicável: Um acto administrativo por mais lesivo que seja não pode ser impugnado contenciosamente se for legal.

Assim, se, por hipótese, no uso das competências atribuídas por lei o Presidente de um determinado Conselho Municipal mandar demolir uma obra porque está sendo erguida sem licença de construção, esta demolição causará prejuízo na esfera jurídica do dono da obra, mas porque o acto que ordenou a respectiva demolição é legal⁷⁴ não pode ser recorrido; se o for, o recurso não terá provimento.

Estes fundamentos estão, em nossa opinião, em consonância com o disposto nos artigos 69 e 70 da CRM, devendo entender-se que a violação dos direitos dos cidadãos que se refere nestas normas como pressuposto para a impugnação de actos, deve ser a decorrente de práticas ilegais e lesivas, pelo menos para efeitos de recurso contencioso⁷⁵. Passemos a analisar cada um destes fundamentos constitucionais.

73 CISTAC, Gilles. Obra citada, p. 16.

74 Nos termos da alínea t), do nº 1, do artigo 62, da Lei nº 2/97, de 18 de Fevereiro, que aprova o quadro jurídico para a implantação das autarquias locais, compete ao Presidente do Conselho Municipal «embargar e ordenar a demolição de quaisquer obras, construções ou edificações efectuadas por particulares, sem observância da Lei».

75 Em nosso entender, o artigo 69 da CRM se refere às impugnações em geral, quer administrativas, quer judiciais, de qualquer índole. O artigo 70 da CRM é igualmente genérico, mas apenas quanto as impugnações judiciais, sendo aplicável a todos os tribunais. E o nº 3 do artigo 253 da CRM é relativo aos contenciosos administrativos em particular. Assim, esta norma é especial em relação à do artigo 70, e esta, idem, em face do artigo 69, de modo que, por força do nº 3, do artigo 7 do Código Civil, as normas especiais prevalecem sobre as gerais, se estas não tiverem intenção contrária inequívoca.

4.2.1.1. O acto administrativo ilegal

De acordo com Diogo Freitas do AMARAL⁷⁶, a ilegalidade (em sentido amplo⁷⁷) foi durante muito tempo considerada como a única fonte da invalidade do acto administrativo, e entendia-se que todo o acto ilegal era inválido, e que todo o acto administrativo inválido era porque era ilegal. Hoje, porém, já não é a única, embora seja a principal fonte, sendo-a também a ilicitude (acto, nomeadamente ofensivo de direitos subjectivos ou interesses legítimos de um particular, violador de um contrato não administrativo, ofensivo da ordem pública ou dos bons costumes) e os vícios da vontade (o dolo, o erro, e a coação).

«A ilegalidade dos actos normativos, significa a desconformidade desses com o bloco legal, ou bloco da legalidade, isto é, não apenas a lei ordinária, mas todos os factos normativos que se imponham como seus parâmetros por força da estruturação da ordem jurídica, a começar na Constituição e a acabar nos próprios regulamentos administrativos»⁷⁸.

O artigo 34 da LPAC estabelece como fundamento do recurso contencioso a ofensa, pelo acto recorrido, dos princípios ou normas jurídicas aplicáveis, designadamente a usurpação do poder⁷⁹, a incompetência⁸⁰, o vício de forma⁸¹ (neste se englobando a falta de fundamentação⁸², de facto ou de direito, do acto administrativo e a falta de quaisquer elementos essenciais⁸³ deste), a violação da lei⁸⁴ (incluindo-se

76 Obra citada, p. 381.

77 Violação da constituição, da lei ordinária, dos regulamentos, dos contratos administrativos, de actos administrativos constitutivos de direitos, etc. *Ibid.*

78 Marcelo Rebelo de SOUSA e André Salgado de MATOS, apud Gilles CISTAC, obra citada, p. 66.

79 «É o vício que consiste na prática por um órgão administrativo de um acto incluído nas atribuições do poder legislativo, do poder moderador ou do poder judicial. Trata-se de um vício de incompetência agravada pela violação do princípio da separação de poderes» – Diogo Freitas do AMARAL, obra citada, p. 385.

80 De acordo com os artigos 36 e 37 da LPA, a competência é o poder que os órgãos da administração pública têm de praticar actos administrativos decorrentes das funções e atribuições definidas nos seus estatutos e regulamentos, é definida por lei (em sentido amplo), é fixada no momento do início do procedimento administrativo, sendo irrelevantes as modificações de facto e de direito que ocorram posteriormente à sua fixação, salvo os casos em que o órgão competente passe a ser outro ou de extinção do órgão, de competência ou incompetência superveniente, e não pode ser renunciada nem alienada. A incompetência, como oposto da competência, pode ser material, territorial, temporal e hierárquica.

81 Consiste na preterição de formalidades essenciais ou na carência de forma legal, podendo tais formalidades ser anteriores à prática do acto (falta de audiência prévia ao interessado, quando a lei a imponha), relativas à sua prática (violação das regras de votação, nos órgãos colegiais) ou à carência de forma legal (despacho na forma de decreto) – Diogo Freitas do AMARAL, obra citada, página 389. Ainda sobre esta matéria, o artigo 119 da LPA dispõe que os actos administrativos devem revestir a forma escrita, a não ser que a lei disponha expressamente em contrário, ou que a natureza e circunstâncias do acto não permitam.

82 A fundamentação de actos administrativos é também, simultaneamente, um princípio de actuação da administração pública e um elemento essencial daquele acto, sendo aplicável, designadamente, nos casos de indeferimento do pedido, revogação, alteração ou suspensão de actos administrativos anteriores, e deve ser expressa através de resumida, clara, coerente e suficiente exposição da matéria de facto e de direito, por força dos artigos 253, nº 2, da CRM, 12 das NFSAP, e 14, 120, 121 e 122 da LPA.

83 Nos termos das disposições conjugadas do nº 1 do artigo 120 e nº 1 do artigo 129, ambas da LPA, são elementos essenciais do acto administrativo a indicação da autoridade que o praticou, a menção da delegação ou subdelegação de poderes (quando tal se verifique), a identificação completa do destinatário, a enunciação dos factos ou actos que lhe deram origem (desde que sejam relevantes), a fundamentação (quando exigível), o conteúdo ou o sentido da decisão e o respectivo objecto, a data da sua prática e a assinatura do seu autor ou do presidente do órgão colectivo donde provenha.

84 «Vício que consiste na discrepância entre o conteúdo ou o objecto do acto administrativo e as normas jurídicas que lhes são aplicáveis» – Diogo Freitas do AMARAL, obra citada, p. 390.

a falta de respeito pelos princípios⁸⁵ da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da imparcialidade e, ainda, o erro manifesto ou a total falta de razoabilidade no exercício dos poderes discricionários) e o desvio do poder⁸⁶.

Sempre que um acto administrativo seja praticado nas condições supra, será tido por viciado, em geral por violação da lei, e estarão criadas as condições para a sua impugnação contenciosa, caso do facultativo uso das garantias gratuitas o interessado não se satisfaça.

Se a ilegalidade consistir nos vícios de usurpação de poder, incompetência, violação da lei ou falta de fundamentação, o interessado deverá solicitar que o tribunal declare a nulidade⁸⁷ dos actos praticados nessas circunstâncias, mas se aqueles enfermarem de outros vícios de forma ou de desvio de poder, o pedido será de anulação⁸⁸ de tais actos viciados, à luz do artigo 35⁸⁹ da LPAC.

4.2.1.2. O acto administrativo lesivo

Um outro fundamento que se deve verificar cumulativamente com e em consequência do acto administrativo ilegal, para que este seja contenciosamente recorrível, é a lesão⁹⁰ de direitos ou interesses, entendida esta como a «perturbação ou afectação de um direito subjectivo ou interesse juridicamente protegido»⁹¹. Esta lesão deve recair sobre o direito do recorrente e ser provocada pelo acto administrativo ilegal recorrido. Significa que o recorrente deve provar no processo não só a lesão, mas também a sua conexão com o acto administrativo ilegal.

O requisito da lesão de direitos legalmente protegidos em virtude do acto administrativo ilegal encontrámo-lo na parte final do nº 3 do artigo 253 da CRM. Encontramo-lo igualmente, embora em sede imprópria, a nosso ver (porque enxertado na legitimidade, e não nos fundamentos do recurso), no corpo do artigo 44 da LPAC, segundo o qual «tem legitimidade para interpor recurso contencioso os que se considerem titulares de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos que tivessem sido lesados pelo acto recorrido, quando tenham interesse directo, pessoal e legítimo na interposição do recurso...».

85 Previstos no artigo 249 da CRM, 6 e 14 das NFSAP e 6 e 7 da LPA. São ainda princípios da actuação da administração pública, com interesse no tema em análise, nomeadamente, os da prossecução do interesse público, da boa-fé, da colaboração com os administrados, da participação dos administrados, da decisão, da transparência, da gratuitidade e do acesso à justiça e ao direito.

86 «Vício que afecta o acto administrativo praticado no exercício de poderes discricionários quando estes hajam sido usados pelo órgão competente com o fim diverso daquele para que a lei os conferiu» – Marcello CAETANO, apud, João Melo FRANCO e Antunes Martins HERLANDER. *Dicionário de Conceitos e Princípios Jurídicos*, 3ª edição. Almedina. Coimbra. 1993, p. 313.

87 Ressalvada a falta de fundamentação, era neste sentido que dispunha a RAU, no seu artigo 361, nº 1.

88 Para o mesmo fim, estes fundamentos eram parcialmente acolhidos pelo artigo 362 da RAU.

89 «1. São nulos e de nenhum efeito, podendo a qualquer tempo, e por qualquer interessado ser invocada a sua nulidade, os actos recorríveis quando envolvam usurpação de poder, incompetência, violação da lei ou falta de fundamentação. 2. São anuláveis os actos recorríveis que envolvam vício de forma ou desvio de poder».

90 Este fundamento, embora tivesse sido marginalizado pela LPAC de 2001, já vinha consagrado, mesmo para efeitos de recursos administrativos, nos artigos 356 e 357 da RAU.

91 Ana PRATA. *Dicionário Jurídico. Direito Civil, Direito Processual Civil e Organização Judiciária*. 5ª Edição, actualizada e aumentada. Volume I, 2013, p. 867.

Resulta desta norma legal que, contrariamente ao disposto no nº 3 do artigo 253 da CRM, não se preocupa apenas com a lesão de direitos, mas também de interesses legalmente protegidos, o que significa que nesta matéria o legislador ordinário foi um pouco para além do constitucional. Apesar disso, não se pode considerar inconstitucional esta norma, na parte relativa aos referidos interesses, pois, estes já são igualmente protegidos pelo artigo 70 da Constituição – embora em sede não específica dos fundamentos do recurso contencioso – quando violados, para efeitos de recurso aos tribunais.

Sobre esta matéria iremos centrar a nossa análise em duas questões que julgamos essenciais: (1) porquê é que o legislador constitucional incluiu o elemento lesivo, ao lado da ilegalidade do acto recorrido, como fundamento do recurso contencioso? (2) Haverá actos administrativos ilegais que não sejam prejudiciais para os particulares?

Sobre a primeira questão, uma das razões pelas quais, julgamos, o legislador incluiu a lesão como um dos fundamentos do recurso contencioso foi a de fazer dela o elemento mais importante do interesse de agir⁹², contenciosamente.

Assim, ainda que o particular não se conformasse com um acto administrativo ilegal nunca teria interesse de agir se dessa ilegalidade não resultasse qualquer lesão de direitos ou interesses legalmente protegidos, na sua esfera jurídica. Talvez o legislador pense que, ainda que o particular pudesse chamar para si a razão no desfecho do processo contencioso, nunca haveria nenhum efeito útil directo para este, se não o próprio provimento do recurso, se este não fosse acompanhado do direito à indemnização⁹³ como forma de repor a situação que existiria na esfera deste se não fosse o acto ilegal de que terá resultado a lesão.

A ser certa esta ideia, diríamos que esquece o legislador que, embora nada de directo pudesse recair na esfera jurídica do particular, com o provimento do recurso sempre haveria ganho para a própria administração, que pelos processos jurisdicionais perdidos sempre aprenderia alguma coisa, pois, nomeadamente, preveniria as ilegalidades futuras para não sofrer novos vexames judiciais. É que na ausência de recursos decorrentes de actos administrativos somente ilegais a administração não só perde a oportunidade de ser chamada atenção, como pode aproveitar-se deste facto para, mesmo conscientemente, praticar actos ilegais, desde que não lesivos (se é que existem) e com isso prejudica o crescimento e aprofundamento do Estado de Direito.

Outra razão, talvez, da exigência da lesão ao lado da ilegalidade para efeitos do recurso contencioso, julgamos que seja o facto de o legislador estar consciente de o seu Estado ter uma máquina administrativa composta por órgãos que com relativa facilidade praticam actos administrativos ilegais, dada a falta ou insuficiência de capacidades técnicas para produzir decisões que sejam isentas de ilegalidades, ou em que estas possam ocorrer raramente. Uma máquina desta natureza, conforme facilmente se pode concluir, seria uma grande fonte de recursos contenciosos, e, por conseguinte, abarrotaria a justiça administrativa

92 Nos termos do artigo 26, nº 2, do CPC, «o interesse em demandar exprime-se pela utilidade derivada da procedência da acção». Ou do recurso, neste caso, dizemos nós.

93 Conforme dispõe os artigos 562 e 563 do Código Civil.

de processos contenciosos, com todos os custos que isso acarreta, designadamente no apetrechamento da jurisdição em recursos humanos, materiais, financeiros, infra-estruturais, e outros para responder à demanda do público exigente. Daí que a lesão funcione como elemento-travão dessa demanda excessiva pela justiça administrativa.

Relativamente à segunda questão, a da existência ou não de actos administrativos ilegais que não sejam simultaneamente lesivos, pelo menos para os particulares, julgamos ser de difícil resposta. Apesar disso, arriscamos em dizer que, em nossa opinião, todos os actos administrativos ilegais são prejudiciais, ou pelo menos susceptíveis disso, para os particulares, quando para estes se destinem, ainda que, admitimos, em alguns casos os prejuízos possam ser indirectos.

Contudo, estamos conscientes de que o legislador não perfilha desta nossa opinião, pois, de contrário, teria se bastado pela consagração do acto administrativo ilegal como fundamento único do recurso contencioso, porque a lesão de direitos ou interesses do destinatário do acto administrativo sempre acompanharia automaticamente a ilegalidade do mesmo. De outro modo o legislador não teria colocado a lesão como companheiro obrigatório da ilegalidade do acto administrativo para efeitos de recurso contencioso. Ou será que o mesmo disse mais do que pretendia dizer? Deixamos esta questão para quem interessar.

A perturbação ou afectação referidas na definição da lesão devem ser negativas, no sentido de provocarem danos patrimoniais (perda ou deterioração de um bem, realização de uma despesa, perda de um ganho) ou morais (sofrimento físico ou psicológico, atentado à dignidade ou ao respeito pela vida privada) na esfera jurídica do particular. São, nomeadamente, estes danos que, quando resultam de actos administrativos ilegais dos seus agentes, no exercício das suas funções, provocam a responsabilidade do Estado e o correspondente dever de indemnizar terceiros, nos termos do artigo 58⁹⁴ da CRM, 13 das NFSAP e 13 da LPA, ainda que ao Estado assista o direito de regresso, nos termos legais.

A questão que se coloca é a de saber se os direitos prejudicados, nos termos do nº 3 do artigo 253 da CRM, devem ser ou não fundamentais, atento ao facto de o Estado só poder ser responsabilizado pelos danos causados em direitos fundamentais dos cidadãos em resultado dos actos ilegais praticados pelos seus agentes em exercício de funções, nos termos do artigo 58, nº 1, da CRM.

Creemos que, estas situações deverão ser tratadas *mutatis mutandis*: ou seja, enquanto para efeitos do recurso contencioso bastará que o interessado prove o dano causado e o seu nexo com o acto administrativo ilegal, já para efeitos de indemnização do particular pelo Estado, por causa dessa lesão, é necessário que o prejuízo resultante do acto administrativo ilegal tenha recaído sobre um direito fundamental.

Outra questão que se pode colocar aqui é a de saber se a lei atende a todo o tipo de danos (patrimoniais ou morais, materiais ou pessoais, positivos ou negativos, emergentes ou sob a forma de lucro cessante, directos ou indirectos, reparáveis ou irreparáveis, etc.). É que, atento ao tempo verbal usado na

94 «(1) A todos é reconhecido o direito de exigir, nos termos da lei, indemnização pelos prejuízos que forem causados pela violação dos seus direitos fundamentais. (2) O Estado é responsável pelos danos causados por actos ilegais dos seus agentes, no exercício das suas funções, sem prejuízo do direito de regresso nos termos da lei».

conjugação do verbo lesar pela CRM - «desde que prejudiquem os seus direitos» e pela lei - «que tivessem sido lesados pelo acto recorrido» - parece dar a entender que deve tratar-se de um dano presente ou passado, respectivamente. Entendemos que, para efeitos de recurso contencioso, e eventualmente de indemnização, sendo caso disso, os danos seriam aferidos caso a caso, sendo certo que, em princípio, todas as categorias de danos são elegíveis, desde que devidamente fundamentados ou provados e sejam minimamente graves para merecerem a tutela do direito, independentemente na sua natureza.

4.2.2. A definitividade e a executoriedade do acto administrativo como pressupostos legais do recurso contencioso

Passemos agora a analisar os pressupostos legais do recurso contencioso.

Nos termos do nº 1 do artigo 33 da LPAC, só é admissível recurso contencioso dos actos administrativos definitivos e executórios. Neste sentido, a LPAC manteve os mesmos requisitos de admissibilidade de recursos contenciosos na jurisdição administrativa que eram consagrados no nº 1 do artigo 27 da LPAC 2001, por ela revogada. Durante a preparação da publicação desta obra, ficou-se a saber que o Conselho Constitucional declarou inconstitucional o nº 1 do artigo 33 da lei nº 7/2014, de 28 de Fevereiro, através do acórdão nº 6/CC/2016, de 23 de Novembro, com base nos mesmos fundamentos aduzidos no acórdão nº 8/CC/2015, de 24 de Setembro, com os quais não concordamos, conforme fundamentaremos mais adiante.

Segundo Gilles CISTAC⁹⁵, que fez parte da equipa produtora, no anteprojecto da LPAC de 2001 a recorribilidade dos actos administrativos tinha como pressuposto a lesão de direitos ou interesses legalmente protegidos dos administrados, mas o Conselho de Ministros, na versão final da proposta desta lei, submetida à Assembleia da República, substituiu aquele pressuposto pelo critério clássico da definitividade e executoriedade. «Esta escolha que será consagrada pelo parlamento não favorece ou não facilita verdadeiramente o acesso, pelos particulares, à justiça administrativa e constitui, de facto, uma barreira que a Administração Pública aproveita de forma passiva vista a complexidade do conceito da palavra definitividade». A não verificação destes requisitos tem como consequência jurídica a rejeição liminar do pedido, por força do disposto na alínea d), do nº 2, do artigo 58 da LPAC, por despacho do relator, à luz da alínea i) do nº 2, do artigo 20 desta Lei.

Os actos administrativos definitivos e executórios integram-se numa vasta classificação de actos administrativos que Diogo Freitas do AMARAL a organiza da seguinte maneira:

- Quanto ao autor do acto administrativo – em decisões ou deliberações conforme o autor seja singular ou colegial;
- Quanto à composição do órgão autor do acto – em actos simples e complexos quando praticados por um único órgão ou por mais de um órgão, respectivamente;
- Quanto aos destinatários do acto administrativo – em actos singulares, colectivos, plurais e gerais;

95 Obra citada, p. 151.

- Quanto aos efeitos do acto no tempo – em actos de execução instantânea ou continuada;
- Quanto à localização do acto no procedimento e hierarquia administrativas – em actos administrativos definitivos e não definitivos, e,
- Quanto à susceptibilidade de execução administrativa do acto – em actos executórios e não executórios.

Cabe-nos agora, porque de interesse directo para este trabalho, analisar o que sejam actos administrativos definitivos e executórios.

4.2.2.1. O acto administrativo definitivo. Espécies de definitividade

«Actos definitivos são os actos administrativos que tem por conteúdo uma decisão horizontal ou verticalmente final»⁹⁶. Donde resulta que a definitividade do acto administrativo pode ser horizontal ou vertical.

No plano horizontal, o acto administrativo é a «conclusão de todo um processo que se vai desenrolando no tempo – o procedimento administrativo»⁹⁷. É que o acto é sempre precedido por uma série de formalidades, de actos preparatórios, de estudos, de pareceres ou de projectos, que vão ajudando a formar e a esclarecer a vontade da administração. Neste caso, da definitividade horizontal, importa considerar a localização do acto no procedimento, podendo ser praticado por qualquer órgão subalterno, desde que ponha termo ao procedimento administrativo.

O plano vertical do acto administrativo toma em consideração a localização, dentro da hierarquia administrativa, do órgão da Administração que o pratica, podendo ser um órgão subalterno, um órgão superior de uma hierarquia, ou um órgão independente não inserido em nenhuma hierarquia. Neste sentido, vertical, «só são definitivos os actos praticados por aqueles que em cada momento ocupam o topo de uma hierarquia, ou sejam independentes»⁹⁸. Aqui, a definitividade do acto afere-se em função da posição que, na hierarquia administrativa, é ocupada pelo órgão que o pratica, devendo sempre ser praticado pelo órgão que ocupa a posição suprema na hierarquia (por exemplo, Governo e seus membros, titulares de órgãos das autarquias locais, dos institutos públicos, das associações públicas, órgãos independentes, órgãos subalternos com competência reservada ou com competência exclusiva). Será esta a solução abraçada pelo ordenamento jurídico moçambicano?

O nosso legislador não esclarece se a definitividade do acto administrativo para efeitos de impugnação contenciosa deve ser vertical ou horizontal, nem se refere ao tipo de órgão que, dentro da hierarquia administrativa, o deve praticar, para que seja tido como definitivo. Julgamos por isso que, para este efeito, basta que a decisão tenha sido tomada por qualquer entidade, desde que esta seja legalmente classificada como órgão de uma pessoa colectiva de direito público, para que seja contenciosamente recorrível. Expliquemos.

96 Diogo Freitas do AMARAL, obra citada, p. 284.

97 *Ibid*, p. 281-282.

98 *Ibid*, p. 283.

De acordo com o glossário do anexo da LPA, e com a alínea a), do artigo 1 das NFSAP, designa-se por acto administrativo definitivo e executório a «decisão com força obrigatória e dotada de exequibilidade sobre um determinado assunto, tomada por um órgão de uma pessoa colectiva de direito público». Ou seja, a executoriedade do acto administrativo tem a ver com a sua exequibilidade, enquanto a definitividade do mesmo está relacionada com a força obrigatória do acto, sendo que, num e noutro caso, o mesmo deve ser praticado por um órgão de uma pessoa colectiva de direito público. No mesmo sentido vai a definição legal do acto administrativo: «decisão de um órgão da administração que, nos termos de direito público, visa produzir efeitos numa situação individual e concreta»⁹⁹. Nestas definições, a palavra órgão é fulcral.

Mas, o que são órgãos de pessoas colectivas públicas, ou órgãos públicos? «Órgãos públicos são centros de decisão que formulam uma vontade que é referida à respectiva pessoa colectiva pública». «A vontade funcional que se gera no âmbito do órgão público é depois atribuída – imputada – à pessoa colectiva, deixando de pertencer às pessoas que a protagonizam»¹⁰⁰. Cabe à lei que cria, organiza, e estabelece o modo de funcionamento das pessoas colectivas públicas ou das suas extensões ou representações, estabelecer, expressamente, quais são os órgãos dessas pessoas ou representações, e, são esses órgãos que, julgamos, serão tidos em conta, para efeitos de classificação das suas decisões não só como actos administrativos, mas sobretudo como definitivos e executórios, conforme definido pela LPA.

Os órgãos de pessoas colectivas públicas podem ser, nomeadamente, superiores¹⁰¹ ou inferiores¹⁰², quanto à sua hierarquia; e centrais¹⁰³ ou locais¹⁰⁴, quanto à sua localização e função.

Nos termos das disposições conjugadas dos artigos 7 da CRM, e 1 da Lei nº 8/2003, de 19 de Maio¹⁰⁵, a República de Moçambique organiza-se territorialmente, do maior ao menor, em Províncias, Distritos, Postos Administrativos, Localidades e Povoações, cujos órgãos¹⁰⁶, no contexto da administração pública são, respectivamente, o Governador e o Governo Provinciais, o Administrador e o Governo Distritais, o Chefe do Posto Administrativo e o Chefe da Localidade, nos termos dos artigos 15, 33, 45 e 48 da LOLE, sendo que, os escalões menores se subordinam e respondem sucessiva¹⁰⁷ e cumulativamente¹⁰⁸ aos superiores.

99 Definição do glossário da LPA, em anexo a este diploma.

100 GOUVEIA, Jorge Bacelar. Manual de Direito Constitucional, volume II, 3ª edição, Almedina, Coimbra. 2009, P. 1162.

101 Ex: o tribunal administrativo é o órgão superior da hierarquia dos tribunais administrativos, fiscais e aduaneiros.

102 O que nos leva a concluir, por interpretação a contrario sensu, que os tribunais administrativos provinciais e da cidade de Maputo, os Fiscais e Aduaneiros são órgãos inferiores do tribunal administrativo.

103 Nos termos do artigo 138 da CRM, «são órgãos centrais do Estado os órgãos de soberania, o conjunto dos órgãos governativos e as instituições a quem cabe garantir a prevalência do interesse nacional e a realização da política unitária do Estado». Por força do artigo 133 da lei fundamental moçambicana, são órgãos de soberania o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo, os Tribunais e o Conselho Constitucional.

104 Da interpretação do artigo 262 da CRM se conclui que são locais os órgãos que tem como função representar o Estado no nível local, para a administração e o desenvolvimento do respectivo território e contribuem para a integração e unidade nacionais.

105 Lei dos Órgãos Locais do Estado, adiante designada por LOLE.

106 A Lei não define quais são os órgãos da administração pública ao nível da povoação.

107 Assim, o Chefe da Localidade subordina-se ao Chefe do Posto Administrativo, este ao Administrador Distrital, este ao Governo Provincial, e o Governador Provincial ao Presidente da República, através do Ministro que superintende na Função Pública e na Administração Local do Estado, nos termos dos artigos 49, nº 1, 46, nº 1, e 34, nº 4, da LOLE, e do nº 7, do Regulamento da Lei dos Órgãos Locais do Estado, RELOLE, aprovado pelo Decreto nº 11/2005, de 10 de Junho, neste último caso, respectivamente.

108 Nos termos do artigo 19, nº 1, do RELOLE, cabe ao Governador Provincial, no âmbito da supervisão, dar instruções e

Ao nível do Distrito, o respectivo Governo¹⁰⁹ é composto pelo Administrador Distrital, pelo Secretário Permanente Distrital e pelos Directores dos Serviços Distritais, cada um dos quais com as suas respectivas competências. Por exemplo, em matéria económica, compete¹¹⁰ ao Administrador Distrital autorizar o exercício das actividades comerciais, nos termos da Lei, enquanto no âmbito da planificação e orçamentação, cabe¹¹¹ ao Secretário Permanente Distrital autorizar as despesas do orçamento, dentro dos limites e parâmetros fixados.

Assim, por exemplo, a recusa não fundamentada de licenciamento para o exercício de uma determinada actividade comercial pelo Administrador Distrital pode ser contenciosamente recorrida ao tribunal administrativo, por se tratar de um acto administrativo definitivo e executório, visto ter sido praticado por um órgão, o Administrador, que faz parte de uma pessoa colectiva de direito público, o Estado-administração. Mas o mesmo recurso contencioso já não seria legalmente aceite caso se fundasse na ilegalidade da recusa do Secretário Permanente Distrital em autorizar a realização de uma despesa que coubesse nos limites e parâmetros legalmente abrangidos pelas suas competências, pois, este não é um órgão da administração pública, e, por conseguinte, a sua decisão não só não é definitiva, como nem acto administrativo é. Estamos perante uma situação em que a lei atribui competências a uma pessoa colectiva de direito público, para tomar decisões sobre determinadas matérias, sem que seja órgão. Assim, para lançar mão ao recurso contencioso, o interessado lesado pela decisão do Secretário Permanente teria de provocar a intervenção do superior hierárquico deste, o Administrador Distrital¹¹², para conferir a definitividade orgânica ao acto administrativo de recusa (se este também recusar).

No exemplo dado, os actos administrativos do Administrador Distrital, tanto no primeiro caso (da recusa do licenciamento da actividade comercial), como no segundo (da hipotética recusa da autorização da despesa), são organicamente definitivos e recorríveis, nos termos acima explicados, enquanto a decisão de recusa de autorização da despesa pelo Secretário Permanente Distrital, que tinha quase tudo para ser considerada horizontalmente definitiva, por consubstanciar a «conclusão de todo um processo que se vai desenrolando no tempo – o procedimento administrativo», não é contenciosamente recorrível, por ter sido praticado por quem, embora pertença a uma pessoa colectiva de direito público, não é legalmente qualificada como órgão.

Daqui decorre que, a despeito da ausência de disposição expressa da lei, por via da interpretação se chega à conclusão de que a definitividade dos actos administrativos, para efeitos de recurso contencioso, no nosso ordenamento jurídico, deve ser o que chamaremos de orgânica¹¹³, e não horizontal nem vertical,

fazer o acompanhamento da planificação e execução de programas e orçamento de actividades dos Órgãos Locais do Estado dos escalões de Província, Distrito, Posto Administrativo, Localidade e Povoação.

109 Artigo 37 da LOLE.

110 De acordo com a alínea c), do nº 4, do artigo 34, do RELOLE.

111 À luz da alínea c) do nº 3, do artigo 53 do RELOLE.

112 Nos termos do nº 6, do artigo 153 do RELOLE, o Secretário Permanente Distrital subordina-se ao Administrador Distrital.

113 A título de exemplo veja-se, na obra «100 acórdãos da jurisdição administrativa», de Januário Fernando GUIBUNDA, o acórdão nº 6/2006, de 7 de Março, recaído sobre o processo nº 45/2005, página 271, que considerou insusceptível de recurso hierárquico, o acto administrativo com definitividade vertical e executório, do Governador da Província de Gaza, expulsando um funcionário do Aparelho do Estado, o qual, antes de interpor recurso contencioso optou por aquele recurso para o Ministro da Administração Estatal, acabando por ficar prejudicado quanto à oportunidade do recurso contencioso.

pois, tanto a horizontalidade como a verticalidade não conferem, por si sós, definitividade aos actos, se os praticantes destes carecerem da qualidade de órgãos. Isto é, entre nós, a definitividade do acto administrativo não depende do facto de este ter sido praticado pelo órgão mais ou menos alto da hierarquia existente dentro da pessoa colectiva, nem do facto de o acto extinguir um determinado procedimento administrativo, mas tão-somente do facto de quem o tiver praticado ser um órgão dessa pessoa colectiva.

Assim, desde que seja um órgão¹¹⁴ de pessoa colectiva de direito público a praticar o acto, seja local, seja central, seja superior, seja inferior, os seus actos podem ser impugnados na jurisdição administrativa, sem necessidade de passar pelo crivo das garantias gratuitas. Porém, se o particular assim o entender, pode usar primeiro a via gratuita das garantias, antes de lançar mão ao recurso contencioso, visto que, nos termos do nº 2 do artigo 153 do RELOLE, o recurso hierárquico não é sempre necessário, pode também ser facultativo, consoante a decisão administrativa a impugnar seja ou não insusceptível de recurso contencioso, respectivamente. Ou seja, se a decisão for definitiva e executória, o particular pode, querendo, recorrer hierarquicamente, mas sem efeito suspensivo, nos termos do nº 11 do artigo 153 do RELOLE. Mas se a não for, o recurso será sempre necessário, suspendendo-se a eficácia da decisão recorrida, nos termos do nº 9 do mesmo artigo, a não ser que a lei disponha em contrário ou que o autor da decisão considere que a sua não execução imediata pode provocar grave prejuízo ao interesse público. O artigo 152, nºs 4 e 5, do RELOLE, segue igual solução para a reclamação.

Já na LPA¹¹⁵, a regra geral quanto à reclamação é, por força do artigo 159, nº 1, a da eficácia do acto reclamado, a não ser que a lei disponha em contrário, ou quando o autor do acto, oficiosamente ou a pedido do interessado, considere que a execução do acto causaria prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação para o seu destinatário; enquanto isso, o recurso hierárquico tem sempre efeito suspensivo, nos termos do artigo 166, nº 2, deste diploma legal. Logo, ao abrigo da LPA, é sempre preferível que o particular abdique da reclamação, que até é facultativa, sempre que não estejam preenchidos os requisitos de admissibilidade do recurso contencioso, indo directo ao recurso hierárquico, de forma a garantir a ineficácia do acto recorrido na pendência do recurso, e assim garantir a protecção do seu direito ou interesse.

Mas ainda que em alguns casos se mostre forçoso recorrer gratuitamente para se obter a definitividade do acto, não vemos problema nisso, pois, julgamos que o principal objectivo do particular não é o acesso ao tribunal administrativo, mas sim a protecção do seu direito ou interesse, facto que se concretiza, na pendência dos recursos gratuitos, que até podem vir a resolver o seu problema em definitivo, dispensando, por conseguinte, a via contenciosa.

Julgamos acertadas estas soluções do legislador, pois, se por um lado protegem os direitos ou interesses dos particulares, por outro inibem que estes lancem mãos a garantias administrativas inúteis, com possibilidade de causar prejuízos para si próprios, designadamente, a preclusão do prazo para o recurso contencioso.

114 Deste modo, os actos administrativos do Chefe do Posto Administrativo e do Chefe da Localidade, para exemplificar com base em figuras que estão abaixo do Administrador Distrital, também são definitivos e executórios, e por isso contenciosamente recorríveis, pois, aquelas figuras são órgãos da pessoa colectiva Estado, nos termos dos artigos 55 e 60 do RELOLE.

115 Nos termos do nº 6, do artigo 3 da LPA, relativo ao âmbito de aplicação desta Lei, as suas normas constituem o regime geral do procedimento administrativo, pelo que só se aplicam subsidiariamente aos procedimentos especiais quando isso não represente redução das garantias dos administrados.

Os actos administrativos organicamente definitivos, cuja definitividade algumas vezes implica o recurso às garantias graciosas, tem a vantagem de, por um lado, permitirem que a administração pública repare, dentro dela mesmo, quer através da revogação¹¹⁶, por iniciativa dos órgãos competentes ou a pedido dos interessados, mediante reclamação ou recurso administrativo, quer através da suspensão¹¹⁷ da eficácia; e, por outro lado, de impedir que todo e qualquer acto administrativo ilegal possa ser remetido à jurisdição administrativa, com todas as implicações que isto significa. Permitem ainda, os actos organicamente definitivos, que os órgãos das pessoas colectivas públicas tenham o controlo da situação interna da pessoa colectiva, pelo menos na parte a si subordinada, em termos de actos administrativos praticados, evitando que possam ser surpreendentemente chamados a responder, em sede de recurso contencioso, por actos que não foram praticados por si, ou sobre os quais não tenham tido conhecimento anterior, enquanto órgãos dessa pessoa colectiva.

4.2.2.2. O acto administrativo executório

O acto administrativo executório enquadra-se na classificação dos actos administrativos com base no critério da susceptibilidade de execução administrativa.

Legalmente¹¹⁸, os actos administrativos são executórios¹¹⁹ desde que se mostrem aptos para a produção dos seus efeitos. Já para a doutrina de Diogo Freitas do AMARAL¹²⁰, são executórios os actos administrativos simultaneamente exequíveis e eficazes cuja execução por via administrativa não seja vedada por lei, sendo exequíveis¹²¹ os actos que impõem deveres ou encargos estruturalmente passíveis de execução coerciva contra os particulares, e eficazes¹²² os actos que produzem actualmente os efeitos característicos do seu tipo legal ou outros que a lei lhes atribui.

116 Nos termos do artigo 138 da LPA, podem revogar os actos administrativos os respectivos autores e os superiores hierárquicos destes, desde que não se trate de actos administrativos de exclusiva competência daqueles, salvo disposição legal especial, bem como os delegantes e subdelegantes, em relação aos actos praticados pelos delegados e subdelegados, sendo caso disso. Finalmente, os actos praticados por órgãos sujeitos à tutela administrativa podem ser revogados pelos órgãos tutelares, quando expressamente previsto na lei. Em ambos os casos os actos revogados não devem ser insusceptíveis de sê-lo, nos termos dos artigos 135 e 136 da LPA.

117 Nos termos do artigo 145 da LPA, tem competência para suspender os actos administrativos, dentro da administração, os órgãos competentes para a sua revogação, observado o artigo 138 desta Lei.

118 Artigo 143, nº 1, da LPA.

119 Nos termos do artigo 144 da LPA, não são executórios os actos de eficácia suspensiva, os actos de que tenha sido interposto recurso com efeito suspensivo, os actos sujeitos à aprovação e os actos confirmativos de actos executórios.

120 Obra citada, p. 285-286.

121 São inexecuíveis a generalidade dos actos secundários e permissivos, pois, «o seu conteúdo não integra nenhum comando dirigido ao destinatário, que por incumprimento deste lhe possa ser administrativamente imposto por força» Diogo Freitas do AMARAL, obra citada, p. 285.

122 São ineficazes os actos sujeitos à condição suspensiva ou termo inicial, os actos sujeitos a aprovação ou referendo, os actos sujeitos a visto do Tribunal administrativo, os actos que ainda não foram sujeitos à adequada forma de publicidade (deliberações não reduzidas a acta, os actos não publicados quando a lei o impõe, os actos ainda não notificados aos destinatários, os actos suspensos, quer por decisão administrativa quer por decisão judicial, os actos sobre os quais haja sido interposta reclamação ou recurso com efeito suspensivo).

Finalmente, são executórios os actos simultaneamente¹²³ exequíveis e eficazes cuja execução coerciva administrativa não seja por lei proibida.

Em regra, todo o acto administrativo definitivo é executório, mas existem actos definitivos que não são executórios (actos ineficazes) e actos executórios que não são definitivos (actos preparatórios, actos sujeitos à ratificação ou confirmação).

Assim, para que o acto seja contenciosamente recorrível mostra-se necessário que preencha estes dois requisitos, cumulativamente. A nosso ver, a executoriedade do acto parece um pressuposto pacífico, que não demanda discussão, pois, é através dela que se concretizam os objectivos da sua prática e a consequente materialização do interesse público.

Mas isso não resolve o problema principal deste tema, que é o de saber porquê é que a lei impôs a definitividade e a executoriedade do acto administrativo como requisitos da sua admissibilidade, quando a constituição apenas condicionou esse recurso à ilegalidade e à lesão de direitos ou interesses. Este assunto é abordado no ponto seguinte.

4.2.3. Relação entre os fundamentos e os pressupostos do recurso contencioso

Antes de estabelecermos a relação entre os fundamentos e os pressupostos do recurso contencioso, vamos relacionar os fundamentos constitucionais e legais deste meio processual, e só depois partiremos para o cerne desta divisão do trabalho.

Da análise comparativa dos fundamentos constitucionais e legais para a impugnação contenciosa de actos administrativos concluímos que os mesmos são convergentes. Efectivamente, se por um lado a ilegalidade e a lesividade do acto administrativo como fundamentos do recurso contencioso constam do artigo 253, nº 3, da CRM, por outro os mesmos fundamentos se acham presentes nos artigos 34 e 44 da LPAC, respectivamente. Neste sentido podemos afirmar que nos chamados requisitos de procedibilidade o legislador ordinário da lei adjectiva se conformou com a lei constitucional.

Já quanto aos pressupostos processuais a realidade é outra, pois, constatamos a existência da definitividade e da executoriedade do acto administrativo no nº 1, do artigo 33, da LPAC, pressupostos que não se acham fixados na Constituição, pelo que é sobre estes elementos que vamos concentrar a nossa análise, com incidência na definitividade, que é o requisito que mais discussões alimenta no nosso meio jurídico. Não tanto sobre o seu conteúdo, porque este já foi analisado nas linhas anteriores, mas sobre a sua conformidade ou não com a constituição.

A definitividade e a executoriedade do acto administrativo, em nosso entender, não são fundamentos do recurso contencioso, mas sim pressupostos da sua admissibilidade, sem os quais a lide não pode

123 Não são executórios, embora exequíveis e eficazes, os actos tributários e, em geral, os actos administrativos de que resulte a obrigação de pagar uma quantia em dinheiro (o acto de liquidação do imposto, executa-se, quando incumprido, pelo tribunal). Neste sentido dispõe o artigo 150, nº 1, da LPA, que «sempre que, por força de um acto administrativo, devam ser pagas a uma pessoa colectiva pública, ou por ordem desta, prestações pecuniárias, segue-se, na falta de pagamento voluntário no prazo fixado, o processo de execução fiscal nos termos da legislação específica».

se quer chegar a ser apreciada no seu mérito. Reforça esta nossa visão o facto de, a falta destes requisitos conduzir à rejeição liminar do pedido, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 20, nº 2, alínea i), e 58, nº 2, alínea d), ambos da LPAC, o que significa que são officiosamente conhecidos na fase preliminar do contacto judicial com o processo.

Nem todas as leis materiais consagradoras de direitos fazem referência à necessidade de o exercício desses direitos¹²⁴, nomeadamente nos órgãos jurisdicionais, estar subordinado à verificação de determinados pressupostos processuais, mas nem por isso estes deixam de ser exigidos quando chegada a altura do exercício daqueles direitos, judicialmente. Ciente desta situação, o legislador constitucional estabeleceu no artigo 56, nº 1, que «os direitos e liberdades individuais são directamente aplicáveis, vinculam as entidades públicas e privadas e devem ser exercidos no quadro da Constituição e das Leis». A nosso ver, o legislador constitucional ao prever esta norma, quis deixar claro que o exercício dos direitos e liberdades que a Constituição consagra a favor dos cidadãos deve ser feito observando as condições que as leis especiais estabelecerem sobre essas matérias, contanto que na fixação dessas condições a lei respeite os limites impostos pela Constituição.

Nem poderia caber à CRM definir esses procedimentos, porque esta, para além de não ser uma lei processual, é um diploma que se ocupa dos princípios estruturantes do direito como um todo, formulando normas de natureza mais genérica, e não se focando em pormenores, como é o caso da fixação das normas processuais. É por isso que as normas constitucionais muitas vezes remetem para a lei ordinária a definição pormenorizada de certas matérias jurídicas.

Na mesma linha do artigo 56 da Constituição, os artigos 7 da LTA e 5 da LPAC, estabelecem, como condição para o exercício dos meios processuais de competência da jurisdição administrativa, entre os quais o recurso contencioso, a verificação dos pressupostos processuais fixados nesta última, a LPAC, e, supletivamente, nas normas do processo civil. Podemos assim dizer que a LPAC nasce da lei fundamental e da LTA.

Esses pressupostos processuais são, em nosso entender, os que constam no artigo 58 da LPAC: a ineptidão da petição¹²⁵, a incompetência da jurisdição¹²⁶, as faltas de personalidade e capacidade judiciárias do recorrente¹²⁷, a falta do objecto do recurso¹²⁸, a irrecorribilidade do acto recorrido¹²⁹, a ilegitimidade¹³⁰

124 Por exemplo: o artigo 84 da CRM estabelece o direito ao trabalho para cada cidadão moçambicano. Mas o acesso ao trabalho, nomeadamente na função pública, depende da verificação dos requisitos estabelecidos pelo artigo 12 do Estatuto Geral dos Funcionários de Agentes do Estado, alguns dos quais levam muito tempo a se preencherem (a idade por exemplo). Será que os tais requisitos são inconstitucionais? Em geral, pensamos que não!

125 Definida no artigo 59 da LPAC.

126 De conhecimento officioso, e cujo conhecimento precede o de qualquer outra matéria, nos termos do artigo 6 da LPAC.

127 Nos termos dos artigos 5 a 9 do CPC, por força do artigo 5 da LPAC, que manda aplicar supletivamente aquela lei processual geral.

128 O pedido de anulação ou de declaração de nulidade ou inexistência jurídica do acto recorrido – artigo 32 da LPAC.

129 A definitividade e executoriedade do acto administrativo, nos termos do artigo 33, nº 1, da LPAC.

130 À luz dos artigos 44 e 45 da LPAC, a contrário sensu.

do recorrente, a ilegalidade da coligação¹³¹ dos recorrentes, o erro na identificação do autor do acto recorrido ou a falta da identificação dos contra-interessados a quem o provimento do recurso possa directamente prejudicar (quando o erro ou a falta sejam indesculpáveis¹³²), a ilegalidade da cumulação¹³³ de impugnações e a caducidade¹³⁴ do direito ao recurso, cujo conhecimento compete ao relator, nos termos do artigo 20¹³⁵ da LPAC. Tais pressupostos devem ser interpretados a contrário sensu, ou seja, dando-lhes o sentido inverso daquele que tem na forma como estão formulados, para que os processos que acompanham possam ser admissíveis judicialmente. Estão formulados de forma negativa.

Se verificarmos atentamente estes fundamentos de rejeição liminar do recurso contencioso concluiremos que são similares aos do indeferimento liminar consagrados nas alíneas a), b) e c), do nº 1 do artigo 474 do CPC. Podemos assim afirmar que os elementos constantes do artigo 58 da LPAC, neles incluída a irrecorribilidade do acto administrativo (em virtude da falta de definitividade e executoriedade do acto administrativo recorrido), são pressupostos processuais especiais do contencioso administrativo.

Por conseguinte, entendemos que a falta de definitividade e executoriedade do acto administrativo para além de causar o indeferimento liminar do pedido, equivale a uma excepção dilatória, nos termos do artigo 494 do CPC, obstando ao conhecimento do recurso, por força do nº 2¹³⁶, do artigo 58 da LPAC, equivalente, parcialmente, ao nº 2 do artigo 493¹³⁷ do CPC.

Não nos parece que os requisitos fixados pela LPAC, incluindo a definitividade e a executoriedade do acto administrativo, para efeitos de recurso contencioso, extravasem os limites da Constituição. Isto porque, como defendemos nas linhas anteriores, enquanto o particular estiver a percorrer a escadaria das autoridades administrativas através das diferentes garantias gratuitas com vista a obter a definitividade e a executoriedade do acto administrativo, nos casos em que estes dependem dessa escadaria, o acto administrativo ilegal recorrido não produz efeitos jurídicos, e, portanto, o direito ou interesse do particular encontra-se protegido, sendo insusceptível de lesão.

Efectivamente, o acto recorrido só será eficaz na pendência das garantias administrativas se o particular lançar inutilmente mão a elas, nomeadamente existindo já condições para a recorribilidade contenciosa do acto, ou se usar meios gratuitos impróprios, como é o caso da reclamação, que nos termos do artigo 157, nº 1, da LPA, para além de ser facultativa não suspende a eficácia do acto reclamado, em detrimento do recurso hierárquico e de outros¹³⁸ meios gratuitos, que tem efeitos suspensivos. E aqui a

131 Nos termos do artigo 47 da LPAC.

132 Por força da alínea b), do nº 1, do artigo 153 da LPAC.

133 Por inobservância do artigo 56 da LPAC.

134 Nos termos da alínea c), do nº 1, do artigo 474 do CPC, por remissão do artigo 5 da LPAC, conforme já justificado supra.

135 Estes fundamentos da rejeição liminar do recurso contencioso são basicamente os mesmos que vigoravam nos termos do artigo 51 da LPAC 2001, ora revogada.

136 «O recurso é ainda liminarmente rejeitado quando seja manifesta a verificação de circunstâncias que obstem ao seu conhecimento, nomeadamente...a irrecorribilidade do acto recorrido».

137 «As excepções dilatórias obstem a que o tribunal conheça do mérito da causa e dão lugar à absolvição da instância ou à remessa do processo para outro tribunal».

138 O recurso hierárquico impróprio, o tutelar, e o de revisão, nos termos dos artigos 172, 173 e 174 da LPA, que em regra, o regime dos seus efeitos é o do recurso hierárquico, que são incondicionalmente suspensivos, por força do nº 2 do artigo 166 desta Lei.

culpa será do próprio particular, e não do legislador. Mesmo nos casos especiais em que tal suspensão não ocorria, antes da entrada em vigor da LPAC, já ocorre, a nosso ver, por aplicação do nº 6 do artigo 3 da LPA, aplicável supletivamente aos regimes especiais quando estes reduzam as garantias do particular.

Assim, entendemos que a inclusão destes requisitos de admissibilidade do recurso contencioso na lei processual da jurisdição administrativa, embora não prevista expressamente na CRM, não constitui nenhum problema jurídico, pois, foi feita com anuência da própria Constituição e dentro dos seus limites, e visa tornar concretizável, em termos processuais, o direito ao recurso definido constitucionalmente. Por estes motivos, julgamos não haver qualquer desconformidade entre a os pressupostos legais do recurso contencioso e a Constituição.

Demonstrada a constitucionalidade da definitividade e executoriedade de actos administrativos como pressupostos do recurso contencioso estão criadas as condições para estabelecer a relação existente entre estes e os fundamentos deste meio processual.

Em nosso entendimento, a relação que existe entre uns e outros é de interdependência e complementaridade. Isto porque a definitividade e a executoriedade, enquanto requisitos de admissibilidade do recurso contencioso desempenham um papel fundamental, embora não decisivo, pois, sem a sua verificação o recurso não pode chegar na fase de apreciação de seu mérito, já que pode ser liminarmente rejeitado, nos termos das disposições conjugadas nos artigos 20, nº 2, alínea i), e 58, nº 2, alínea d), ambos da LPAC; mas, o facto de o recurso não ser liminarmente rejeitado pelo tribunal não significa, por si só, que o mesmo vá proceder, sendo necessário, para que proceda, a verificação dos fundamentos de procedibilidade: a ilegalidade do acto administrativo e a lesão de direitos ou interesses do recorrente, em virtude da ilegalidade do acto recorrido, por força do nº 3, do artigo 253, da CRM, conjugado com os artigos 34 e 44, corpo, da LPAC.

5. COMENTÁRIO DO ACÓRDÃO Nº 08/CC/2015, DE 24 DE SETEMBRO

5.1. Considerações preliminares

O comentário seguinte incide sobre o acórdão nº 08/CC/2015, de 24 de Setembro, produzido pelo Conselho Constitucional, no âmbito da fiscalização concreta da constitucionalidade das normas legais vigentes no ordenamento jurídico Moçambicano, no exercício dos poderes conferidos pelas disposições conjugadas dos artigos 244, nº 1, alínea a) e 245, nº 1, da CRM.

O acórdão recaiu sobre o processo nº 5/CC/2014, ao qual foram apensados os processos com os nºs 6/CC/2014 e 07/CC/2014, submetido à apreciação do Conselho Constitucional pelo Tribunal Fiscal da Província de Maputo (TFPM) em obediência ao disposto no artigo 214 e na alínea a) do nº 1 do artigo 247 da CRM, conjugados com os artigos 67, alínea a), e 68, da Lei¹³⁹ Orgânica do Conselho Constitucional (LOCC), em consequência da recusa da aplicação das normas dos artigos 52, da Lei do Ordenamento Jurídico Tributário¹⁴⁰ (LOJT) e 7, da Lei dos Tribunais Fiscais¹⁴¹ (LTF), respectivamente.

139 Lei nº 6/2006, de 2 de Agosto, derrogada pela Lei nº 5/2008, de 9 de Julho.

140 Lei nº 2/2006, de 22 de Março.

141 7/2004, de 21 de Janeiro.

O plano do comentário abrange, para além das presentes considerações preliminares, a estrutura e o conteúdo do acórdão, a crítica dos aspectos de forma e de conteúdo do mesmo, na óptica do comentador e, finalmente, as indispensáveis considerações finais.

5.2. Estrutura e conteúdo do acórdão

O acórdão em referência apresenta a seguinte estrutura e conteúdo:

A primeira parte, consubstanciada pelo ponto I, com o título RELATÓRIO, na qual são identificados os autos, bem assim os motivos da apensação dos processos, o objecto de apreciação e os respectivos fundamentos, conforme a seguir se desenvolve.

Relacionados com os impostos e, sob a designação de «reclamação contenciosa», os processos com os nºs 6/2014, 17/2014 e 18/2014, submetidos ao Constitucional, foram instaurados na 1ª Secção do TFPM, pela SULBRITA, Lda, na qualidade de reclamante, contra a Direcção da Área Fiscal da Matola, como reclamada.

A apensação dos processos com os nºs 6/CC/2014 e 7/CC/2014, ao processo nº 5/CC/2014, funda-se no artigo 275 do CPC, pois, os processos tem o mesmo objecto e sujeitos processuais.

Quanto ao objecto sobre que incide a intervenção do Conselho Constitucional, são, sem dúvida, as normas dos artigos 52, da LOJT e 7, da LTF, com fundamento na sua inconstitucionalidade.

No que tange aos fundamentos do pedido arrolados pelo TFPM, são os seguintes, resumidamente:

- A solução dos litígios submetidos ao tribunal fiscal depende em larga medida da aplicação da LOJT e da LTF, por ser impossível entender aqueles litígios sem o apoio destas leis.
- Por força dos nºs 1, 2 e 3 do artigo 56 da CRM, os artigos 62, 69, 70 e 253, nº 3, da lei Constitucional, que tratam do direito de acesso aos tribunais pelos cidadãos, são de aplicação directa e garantidos pelo Estado, só podendo ser limitados por lei quando a Constituição autorize expressamente, quando esteja em causa a salvaguarda de outros direitos ou interesses protegidos pela Lei fundamental, limitação que, neste caso, não se alcança.
- Os artigos 7 da LTF e 52 da LOJT, ao estabelecerem o princípio da exaustão dos meios gratuitos como condição de recorribilidade contenciosa dos actos administrativos consagram o princípio da definitividade vertical destes, ainda que sejam horizontal e materialmente definitivos, o que viola o direito fundamental de acesso aos tribunais, pois, em regra, durante a busca gratuita daquela definitividade o acto recorrido continua eficaz e lesante dos direitos e interesses do impugnante na pendência da impugnação.
- Em consonância com a CRM e a doutrina maioritária, deve considerar-se recorrível todo o acto administrativo lesivo de direitos ou interesses estabelecidos na Constituição e nas leis, ainda que não verticalmente definitivo, sempre que a lesão provocada pelo mesmo não possa ser afastada através do recurso aos meios administrativos.

E termina considerando inconstitucionais as normas dos artigos 7, da LTF, e 52, da LOJT, por condicionarem o recurso contencioso à definitividade vertical do acto administrativo, em violação dos artigos 62, 69, 70, 212 e 253, nº 3, da CRM, pelo que, por força do artigo 214 da CRM, que proíbe aos tribunais a aplicação de normas e princípios que ofendem a Constituição, decidiu não aplicá-las.

A segunda parte do acórdão, o ponto II, consiste na FUNDAMENTAÇÃO da fiscalização da constitucionalidade, ocupando-se da análise dos pressupostos processuais subjectivos e objectivos, e do próprio pedido.

Relativamente aos requisitos subjectivos do requerente, pode-se dizer que a legitimidade do TFPM para provocar a intervenção do Conselho Constitucional resulta da norma da alínea a) do nº 1 do artigo 247 da CRM, dos artigos 67, nº 1, alínea a), e 68, ambos da LOCC, que obrigam os tribunais a remeterem ao Conselho Constitucional os seus acórdãos e decisões de recusa de aplicação de normas e princípios com fundamento na sua inconstitucionalidade, em cumprimento do disposto no artigo 214 da Constituição. Ainda sobre os requisitos subjectivos, o Conselho Constitucional, tem competência para apreciar a lide, em sede da fiscalização concreta das normas, ao abrigo das disposições conjugadas dos artigos 244, nº 1, alínea a), e 247, nº 1, alínea a), ambas da CRM.

No que tange aos requisitos objectivos, estes também se verificam, pois, a questão suscitada pelo TFPM ao Conselho Constitucional é relativa ao pedido de apreciação da constitucionalidade das normas legais. Com interesse para este trabalho, as questões identificadas pelo Conselho Constitucional, e cuja resolução se impunha foram as seguintes:

- O princípio da exaustão dos meios administrativos gratuitos e a obrigação de os tribunais de jurisdição fiscal se absterem de conhecer matérias passíveis de reclamação ou recurso hierárquico, ao abrigo dos artigos 7, da LTF, e 52, da LOJT, estão conformes com o direito garantido pelo Estado aos cidadãos de recorrer aos tribunais com vista a impugnar os actos que violam os seus direitos estabelecidos na Constituição e nas leis, nos termos dos artigos 62, 69, 70 e 253, nº 3, da CRM?
- Perante um acto lesivo de direito ou interesse violado por parte da administração pública, pode o cidadão impugná-lo contenciosamente, antes de esgotar as garantias gratuitas tais como a reclamação e o recurso hierárquico necessário?

Na apreciação daquelas duas questões o Conselho Constitucional atribuiu respostas negativa e positiva, respectivamente e, conseqüentemente, acolheu o pedido extraído dos argumentos do requerente, declarando a inconstitucionalidade das normas dos artigos 7, da LTF, e 52, da LOJT, das quais as questões emanam, pelas seguintes razões, fundamentalmente:

- O recurso contencioso, especialmente previsto no artigo 253, nº 3, da CRM, é um direito constitucional, insusceptível de restrição por parte do legislador ordinário, e, actualmente, a recorribilidade do acto é aferida em função do critério da lesão dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares envolvidos com a Administração na relação jurídica administrativa.
- O novo contencioso administrativo deixou de condicionar a impugnabilidade do acto administrativo à sua definitividade e executoriedade, passando a por assento tónico na eficácia externa do

acto e sua potencialidade de lesividade. Assim, são contrárias à CRM as normas que estabelecem o princípio da exaustão, fundadas na recorribilidade dos actos definitivos e executórios, que obrigam os tribunais a se absterem de conhecer de matérias passíveis de impugnação graciosa, antes de se esgotar esta via.

A última parte do acórdão, a parte III, da DECISÃO, trata de anunciar a posição do Conselho Constitucional que, como já se disse, foi a de declarar a inconstitucionalidade material dos artigos 7 da LTF, e 52 da LOJT, por contrariarem as normas dos artigos 62, nº 1, e 70, bem como as dos nºs 2 e 3 do artigo 56, nºs 1 e 2 do artigo 212, e nº 3 do artigo 253, todos da CRM.

5.3. Crítica aos aspectos formais do acórdão

Academicamente, a crítica abrange toda a análise que se faz sobre uma determinada matéria, podendo incluir, nomeadamente, aspectos de forma e de conteúdo, positivos ou negativos, examinados na óptica do analista. É neste sentido que se vai desenvolver a crítica aqui titulada, e não na mera identificação de aspectos negativos. Nesta perspectiva, podemos dizer que a mesma já iniciou, com a análise dos aspectos do acórdão já comentados.

Daqui em diante limitar-nos-emos a emitir um juízo de valor ou de desvalor, sobretudo em relação à decisão tomada pelo Conselho Constitucional relativamente à matéria sobre cuja intervenção foi solicitada, sem apartar aspectos internos e externos ao referido acórdão.

É inegável o reconhecimento de que o presente acórdão veio engrossar o leque de outros acórdãos já produzidos no mercado jurídico interno, o que, por um lado, mostra o trabalho que tem vindo a ser desenvolvido pelo próprio Conselho Constitucional, e, por outro, enriquece a jurisprudência nacional, com maior benefício para estudantes de Direito e Juristas que, com este documento jurídico passam a contar com mais um instrumento de estudo e consulta que, certamente, os ajudará na tomada de posições no seu quotidiano jurídico, sobretudo tomando-se em conta que a divulgação da jurisprudência nacional continua escassa. É que entre nós a jurisprudência é uma fonte, ainda que mediata, do Direito, e, por isso mesmo, algo útil.

Atendendo que o Conselho Constitucional é composto por 7 Juízes Conselheiros, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 242, nº 1, da CRM, e 7, nº 1, da LOCC, e que, por força do artigo 31 desta lei o quórum do mesmo para decidir validamente é de dois terços dos membros em efectividade de funções, concluímos que o acórdão é válido, pois, nele tomaram parte seis Juízes Conselheiros. De realçar que a decisão foi tomada por consenso, pois, de outro modo teria sido acompanhada de voto de vencido, conforme dispõe os nºs 1 e 4 do artigo 33 da LOCC, respectivamente.

Importa referir que, embora não tenhamos informações suficientes sobre a data de remessa dos processos pelo TFPM ao Conselho Constitucional, temos a certeza, através dos números que foram atribuídos aos processos apreciados, de que estes deram entrada neste órgão em 2014, e tiveram o seu desfecho em Setembro de 2015, ou seja, cerca de nove meses depois, no mínimo, considerando, por hipótese, que tenham entrado naquele órgão no derradeiro dia de 2014.

Atendendo que os prazos fixados pela LOCC para a marcha destes processos – processos de fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade, cujo regime específico consta dos artigos 67 a 75 – são de 2 dias para o despacho de admissão do pedido pelo Presidente do órgão e respectiva autuação pela Secretaria (artigo 40), 5 dias para a distribuição (artigo 69/1), 30 dias para a produção do projecto do acórdão pelo relator (artigo 69/3) e 40 dias para o julgamento do recurso (artigo 71), o processo deveria ter terminado em 77 dias, pois, não temos elementos no relatório do acórdão que nos indiquem ter havido necessidade de (1) requisição de elementos necessários ou convenientes para a instrução e decisão do processo (artigo 44. nº 1), (2) notificação do requerente para suprir irregularidades (artigo 48, nº 2), (3) audição do autor da norma em 45 dias (artigo 51) e (4) notificação das partes, havendo necessidade, para, querendo, produzirem alegações em 8 dias (artigo 70), facto que teria prolongado aquele prazo para o máximo de 150 dias, considerando o prazo razoável de 10 dias a fixar pelo Juiz para a prática dos actos cuja lei não fixou prazo. Ou seja, até finais de Maio de 2015 o processo teria terminado. Mas ao invés disso, o processo só findou cerca de 4 meses depois dos tais 150 dias.

Isto nos faz levantar duas críticas negativas: (1) os prazos legais para a prática de actos processuais pelo Conselho Constitucional são muito longos, mesmo havendo pouca demanda pelos seus serviços, havendo necessidade de sua redução; (2) os tais prazos longos não são cumpridos pelo Constitucional, havendo necessidade do seu cumprimento, pois, trata-se de um órgão que pela natureza e importância das funções que exerce, deve ser exemplar no cumprimento das normas vigentes.

5.4 Crítica aos aspectos de fundo do acórdão

Conforme acabamos de concluir, o Conselho Constitucional declarou materialmente inconstitucionais as normas dos artigos 7, da LTF, e 52, da LOJT, com o fundamento de que, ao condicionarem o recurso contencioso à definitividade vertical dos actos administrativos recorríveis violam o direito fundamental de acesso aos tribunais em geral, e ao contencioso administrativo em especial, previstos nos artigos 62, nº 1, 70, 212 e 253, nº 3, todos da CRM, por, no essencial ser um pressuposto processual apertado que inibe a possibilidade de lançar mão àquele recurso para a maioria dos particulares que hajam sido lesados pela administração.

O acórdão refere ainda como fundamento que, hodiernamente, a recorribilidade do acto administrativo é aferida em função da lesão que o acto administrativo ilegal recorrido causa na esfera jurídica do particular, conforme dispõe o nº 3 do já citado artigo 253 da CRM.

Antes de iniciarmos a crítica do acórdão, comecemos por anunciar o teor das referidas normas dos artigos 52 da Lei nº 2/2006, de 22 de Março, e 7 da Lei nº 2/2004, de 21 de Janeiro:

Artigo 52

«Exaustão»

«No processo tributário vigora o princípio de exaustão dos meios administrativos gratuitos».

Artigo 7

«Princípio de exaustão dos meios gratuitos»

«Os tribunais de jurisdição fiscal devem abster-se de conhecer de matérias passíveis de reclamação ou recurso hierárquico, antes de se esgotarem estas vias».

A nossa análise crítica incidirá em duas questões suscitadas pelo acórdão: a lesão dos direitos dos particulares pelo princípio da exaustão dos meios gratuitos e a natureza «apertada» do pressuposto da definitividade vertical dos actos administrativos para efeitos de impugnação contenciosa.

5.4.1. Da lesão de direitos dos particulares pelo princípio da exaustão

A relação jurídica administrativa fiscal é disciplinada pelas leis nº 2/2004, de 21 de Janeiro, e 2/2006, de 22 de Março, as já referidas LTF e LOJT, respectivamente. Estas leis, constituem regimes jurídicos especiais em relação ao estabelecido pela lei nº 14/2011, de 10 de Agosto, Lei do procedimento administrativo, LPA, igualmente já familiar, que regula a formação da vontade da Administração Pública e estabelece as normas de defesa dos direitos e interesses dos particulares, conforme dispõe o respectivo artigo 2, relativo ao objecto da mesma.

Da introdução ao Estudo do Direito sabemos que a lei geral não revoga a lei especial, excepto se outra for a intenção inequívoca do legislador – artigo 7, nº 3, do CC. Aplicando este princípio às leis supra mencionadas concluiríamos que, fora dos casos expressamente previstos pela própria LPA, esta, como lei geral, em nenhum momento poderá revogar os preceitos da LTF e da LOJT, enquanto leis especiais.

O nº 6 do artigo 3 da LPA, relativo ao âmbito de aplicação deste diploma dispõe que «os preceitos da presente lei aplicam-se subsidiariamente a procedimentos especiais, sempre que não impliquem redução das garantias dos administrados». Da interpretação desta norma resulta, em nosso entender, que as normas procedimentais da LPA são supletivamente aplicáveis à LTF e LOJT, desde que da sua aplicação não resulte diminuição das garantias dos particulares. Ou seja, sempre que os regimes especiais do procedimento administrativo enfraqueçam a protecção dos direitos e interesses dos particulares será lícito a estes lançarem mão à LPA, a título de socorro, para reforçarem a protecção daqueles direitos e interesses.

Ora, parece-nos que, através do nº 3 do artigo 6 da LPA, o legislador preencheu a excepção prevista na parte final do nº 3 do já citado artigo 7 do CC, ao anunciar, de forma expressa, a sua intenção inequívoca de aquela norma geral da LPA revogar, caso a caso, as normas especiais do procedimento administrativo, designadamente as da LTF e da LOJT, no que às garantias dos particulares diz respeito, uma vez verificados os respectivos pressupostos.

Resta-nos agora analisar se, no que respeita às garantias dos particulares, os regimes especiais do procedimento administrativo fiscal são ou não favoráveis aos administrados, quando comparados ao regime geral da LPA, tendo como foco a lesão dos direitos ou interesses dos particulares quando esteja em causa a procura da exaustão das garantias administrativas para efeito do recurso contencioso, o que, julgamos, se afere pelos efeitos dessas garantias gratuitas.

5.4.1.1. Os regimes jurídicos da reclamação na LOJT e na LPA

O regime da reclamação estabelecido pela LOJT encontra-se plasmado nos artigos 126 a 133 deste diploma, embora lhe sejam aplicáveis as disposições gerais constantes nos artigos 120 a 125, dispendo o artigo 129 que, em regra, aquela tem efeito meramente devolutivo, pelo que, na pendência da mesma o acto recorrido produz os seus efeitos jurídicos, lesando, por conseguinte, o direito ou interesse do administrado.

De acordo com o mesmo preceito, o efeito suspensivo do acto administrativo, na pendência da reclamação, só pode ser obtido se, no momento da apresentação desta, o particular a cumular com o pedido daquele efeito e, sendo o pedido deferido, prestar garantia adequada no prazo de dez dias contados a partir da notificação do despacho que o admita.

Como facilmente se pode concluir, ainda que o particular o requeira, não obterá o efeito suspensivo do acto reclamado se a vontade da administração for contrária à sua, ou, havendo concordância de vontades, se o particular não prestar a garantia adequada, a qual nem sempre estará ao seu alcance e no prazo legal. O particular está sempre sujeito a essas vicissitudes da reclamação, pois, esta é de carácter obrigatório, por força do princípio da exaustão previsto no artigo 52, que inicia, necessariamente, com a reclamação, e do artigo 138, nº 1¹⁴², ambos da LOJT. Assim, concluímos que no regime da LOJT a reclamação é obrigatória e lesa os direitos dos particulares na pendência da mesma, por ter efeito meramente devolutivo.

Relativamente à LPA o regime da reclamação consta dos artigos 157 a 161, sendo-lhe supletivamente aplicáveis as disposições gerais dos artigos 153 a 156 do mesmo diploma legal. Nos termos do nº 1 do artigo 159 desta Lei, a reclamação também não tem efeito suspensivo, mas tem alguns aspectos relativamente benéficos quando comparados aos do regime especial da LOJT, pois, o efeito suspensivo pode ser fixado não só a requerimento do particular, como na LOJT, mas também officiosamente, pelo próprio autor do acto, desde que este considere que a execução imediata deste pode causar prejuízo irreparável ou de difícil reparação para o destinatário. Além disso, o efeito suspensivo não carece de prestação de garantia alguma.

Outrossim, nos termos do nº 4 do mesmo artigo, sendo declarado o efeito meramente devolutivo do acto reclamado, o particular tem a faculdade de solicitar de imediato a suspensão da eficácia do acto junto da jurisdição administrativa. Elimina assim, este preceito, o princípio da exaustão dos meios gratuitos, uma vez que para a impugnação contenciosa basta a decisão desfavorável sobre a reclamação do particular.

Além de mais, diferentemente do que ocorre no procedimento administrativo especial da LOJT, na LPA a reclamação tem carácter facultativo¹⁴³, o que constitui uma grande vantagem para o particular, que

142 Que dispõe que «o indeferimento total ou parcial da reclamação graciosa e a decisão da revisão officiosa ou da fixação da matéria tributável são susceptíveis de recurso para o superior hierárquico do autor do acto», fazendo entender que não há recurso hierárquico que não tenha sido antecedida de reclamação.

143 O artigo 157, nº 1, estabelece que «pode reclamar-se de qualquer acto administrativo, excepto disposição legal em contrário».

para não depender da vontade da administração na análise do prejuízo susceptível de ser provocado pelo acto administrativo (se irreparável ou de difícil reparação e, em função disso, se se deve fixar ou não o efeito suspensivo do acto), pode lançar mão, de imediato ao recurso hierárquico que, incondicionalmente, tem efeito suspensivo do acto recorrido e protege a lesão do seu direito na pendência desta garantia graciosa.

Concluindo, o regime da reclamação da LPA é vantajoso relativamente ao da LOJT, sobretudo porque, apesar de não ter efeito suspensivo, por não ser obrigatório permite que o particular abdique dele e recorra de imediato ao recurso hierárquico, cujo efeito é suspensivo.

5.4.1.2. Os regimes jurídicos dos recursos administrativos na LPA e na LOJT

Vamos agora concentrar a nossa análise comparativa aos regime dos recursos administrativos da LOJT e da LPA, começando pelo recurso hierárquico.

Na LPA o regime do recurso hierárquico consta dos artigos 162 a 171, e tem sempre efeito suspensivo, por força do nº 2 do artigo 166, constituindo o regime supletivo dos recursos hierárquico impróprio e tutelar, por força do nº 3 do artigo 172, e do nº 5 do artigo 173, respectivamente, além de que não é imperioso que seja antecedido da reclamação.

Já no procedimento administrativo especial fiscal da LOJT, ao recurso hierárquico são aplicáveis as considerações tecidas quanto à reclamação neste regime, para as quais remetemos, pois, nos termos dos nºs 2 e 3 do artigo 138 daquela lei, respectivamente, este recurso tem efeito devolutivo e é lhe aplicável o regime da reclamação previsto no artigo 129 da mesma.

Finalmente, tanto na LPA como na LOJT não se prevê a figura do recurso hierárquico necessário, mas mesmo nos casos em que tal se prevê, fora destes regimes, como no artigo 153 do RELOLE, o efeito é sempre suspensivo, pelo que o direito do particular nunca fica lesado na pendência do mesmo.

Uma vez mais, concluímos que o regime dos recursos administrativos da LPA, nomeadamente o hierárquico, oferecem mais protecção aos direitos e interesses dos particulares em relação aos da LOJT, por não ser imperioso que sejam antecedidos da reclamação e terem efeitos suspensivos, o que não acontece no regime deste último diploma.

Assim, dúvidas não restam quanto à plena protecção de direitos e interesses dos particulares pelo regime das garantias administrativas da LPA, relativamente ao da LOJT. Por isso, a coberto do nº 6 do artigo 3 da LPA, o particular poderá sempre utilizar as garantias graciosas deste regime sempre que os regimes especiais desprotejam os seus direitos ou interesses na pendência delas, e assim, lutar pela definitividade do acto administrativo para efeitos de recurso contencioso sem qualquer prejuízo.

Assim, a nosso ver não é verdade, como afirma o TFPM, secundado pelo Conselho Constitucional, que o regime pátrio das garantias administrativas lesa os direitos ou interesses dos particulares enquanto estes buscam a definitividade vertical do acto administrativo, para efeito de impugnação contenciosa, a não ser que estas garantias sejam estrategicamente mal utilizadas. Mas ai, já estamos a falar de erro estratégico de quem as utiliza.

Aliás, bem vistas as coisas, é sempre preferível optar pela utilização das garantias graciosas, nos termos já referidos, que até podem resolver o problema do particular dentro da própria administração, do que correr para a garantia contenciosa que, ao fim e ao cabo, não oferece qualquer protecção dos direitos ou interesses dos particulares na pendência dela, já que, nos termos do artigo 36 da LPAC, o recurso contencioso não tem efeito suspensivo.

5.4.2. Da definitividade vertical como pressuposto processual apertado

Conforme resulta do acórdão do Conselho Constitucional, e isto em clara referência à necessidade da definitividade vertical do acto administrativo para efeitos do recurso contencioso, de nada vale que a CRM estabeleça o direito de acesso aos tribunais se os pressupostos processuais estabelecidos por lei para esse acesso forem de tal modo «apertados» que inibam os particulares do exercício desse direito.

O acesso aos tribunais carece sempre da verificação de pressupostos processuais legais, os quais não são enunciados pela Constituição e nem por isso são tidos por inconstitucionais, pois, conforme referimos nas linhas anteriores, é a própria CRM que, no artigo 56, nº 1, refere que os direitos nela previstos são exercidos no quadro dela e das leis. É neste quadro que a LPAC fixou a definitividade do acto administrativo como um dos pressupostos processuais da jurisdição administrativa. Sinceramente, não vemos por que razão o Conselho Constitucional classifica de apertado o pressuposto processual da definitividade, que se atinge nas condições seguras acima descritas, ou seja, com plena protecção dos direitos e interesses dos particulares sobre que incide o acto recorrido, uma vez que, bem manuseado o Direito, na pendência da garantia o acto recorrido é ineficaz.

Até porque, em nossa opinião, fora dos casos da personalidade judiciária¹⁴⁴, que se atinge com o nascimento completo e com vida, e da legitimidade¹⁴⁵, que é intrínseca ao caso em si, os restantes pressupostos processuais exigidos pelo Código de Processo Civil, como lei adjectiva mãe, não são de fácil verificação. Veja-se, a título de exemplo, a capacidade judiciária que, dependendo da capacidade jurídica, leva-se 21¹⁴⁶ anos para se preenchê-la, salvo algumas excepções, nomeadamente a emancipação¹⁴⁷.

Comparado este pressuposto processual à definitividade vertical do acto administrativo quais é que é mais apertado? Será esta? Certamente que não! Por isso não nos parece razoável afirmar que a definitividade de actos administrativos para efeitos de recurso contencioso constitui pressuposto processual apertado.

5.5. Considerações finais sobre o acórdão

Em jeito de conclusão diremos que:

- O acórdão do Conselho Constitucional é formalmente válido, por ter sido produzido por um quórum suficiente.

144 Artigo 66 do CC.

145 Artigos 26 e seguintes do CPC.

146 Pois, nos termos do artigo 123 do CC, o menor carece de capacidade para o exercício de direitos.

147 Regulada nos artigos 132 a 137 do CC.

- Os prazos legais para a prática dos actos processuais pelo Conselho Constitucional são muito longos, havendo necessidade da sua diminuição, tendo em conta que a demanda pelos serviços deste órgão é reduzida, comparativamente a outros órgãos da mesma natureza. Além demais, este órgão deve começar a cumprir com os tais prazos longos, como forma de dar exemplo aos demais órgãos públicos e não só, atento à natureza e importância das suas funções.
- Os regimes jurídicos procedimentais especiais da LTF e da LOJT, por exigirem o princípio da exaustão das garantias gratuitas para efeito de recurso contencioso e, durante a busca da tal exaustão não oferecerem garantias de protecção dos direitos e interesses dos particulares, podem ser afastados pelas garantias administrativas gerais da LPAC, ao abrigo do nº 6 do artigo 3 desta lei, as quais, bem usadas, evitam a lesão daqueles direitos e interesses na pendência daquelas garantias, por tornarem o acto administrativo impugnado ineficaz.
- O princípio da exaustão dos recursos gratuitos, baseado na definitividade vertical de actos administrativos, para efeitos de recurso contencioso, não é inconstitucional, pois, não contraria o direito de acesso aos tribunais, já que pode ser preenchido sem representar prejuízo para os direitos e interesses dos particulares, devendo por isso ser mantido na ordem jurídica interna, como um verdadeiro pressuposto processual, sem qualquer aperto, quando comparado, nomeadamente, à capacidade judiciária.

CONCLUSÃO

No início do nosso trabalho lançamo-nos o desafio de analisar a conformidade ou não com a Constituição da definitividade e executoriedade como requisitos legais da impugnação de actos administrativos nos tribunais administrativos moçambicanos, tendo como referência o facto de a Lei fundamental consagrar apenas a ilegalidade e a lesividade do acto como únicos fundamentos para aquele desiderato. Cabe-nos agora anunciar as nossas conclusões:

1. Tanto a lei como a Constituição são convergentes ao considerarem a ilegalidade dos actos administrativos e o prejuízo deles decorrente como fundamentos do recurso contencioso.
2. A despeito do silêncio da lei, a definitividade do acto administrativo entre nós não é, a nosso ver, nem vertical, nem horizontal, mas sim orgânica, pois, depende do facto de ser um órgão público a pessoa que o pratica, independentemente da sua localização na hierarquia administrativa da pessoa colectiva a que pertence.
3. O princípio da exaustão das garantias gratuitas para efeitos de recurso contencioso nem sempre é aplicável para a verificação da definitividade do acto administrativo; e quando aplicável, não lesa direitos e interesses dos particulares, pois, o nosso sistema de garantias está organizado de tal sorte que enquanto se a busca o acto atacado seja ineficaz.
4. A definitividade e executoriedade de actos administrativos constituem requisitos de admissibilidade do recurso contencioso, e não de procedibilidade, como a ilegalidade e a lesividade, e como

tais, são pressupostos processuais tal como outros, exigíveis para o conhecimento judicial daquele recurso, e não são tão apertados assim, quando comparados, por exemplo, com a capacidade judiciária, como o Conselho Constitucional pretende fazer entender no seu acórdão.

5. Existe uma relação de interdependência e complementaridade entre os pressupostos processuais do recurso contencioso, nomeadamente a definitividade e executoriedade do acto administrativo – e os fundamentos do mesmo – a ilegalidade e lesividade – visto que sem aqueles o processo não pode chegar a ser apreciado na questão de mérito, mas também a verificação deles não significa automaticamente a procedibilidade do recurso contencioso.
6. A definitividade e executoriedade de actos administrativos como pressupostos legais do recurso contencioso são conformes com a Constituição.
7. O legislador processual administrativo contencioso deve alterar a denominação do chamado recurso contencioso, para a de acção de anulação ou de declaração de nulidade ou inexistência jurídica do acto administrativo objecto da acção, pois, em bom rigor, não pode haver recurso jurisdicional sem que tenha havido uma primeira definição judicial do direito, atento ao facto de serem apenas os tribunais que dizem o direito num Estado de direito como o nosso, marcado, entre outros, pelo princípio de separação de poderes.
8. Julgamos que todo o acto administrativo ilegal é lesivo para o seu destinatário, desde que o objecto sobre que recaia seja um direito ou interesse legalmente protegido. Neste sentido, parece-nos formalmente irrelevante cumular a ilegalidade do acto administrativo à lesão do direito ou interesse legalmente protegido, para efeitos de recurso contencioso, pois, esta é intrínseca à ilegalidade do acto.
9. Para efeitos de indemnização pelo Estado, decorrente da prática de actos ilegais e lesivos pelos seus funcionários e agentes, é necessário que o direito lesado seja fundamental, seja este dano factual ou potencial e independentemente da sua natureza, desde que seja suficientemente grave para merecer a tutela do direito. De outro modo, ainda que o Estado perca a lide em juízo, não haverá direito à indemnização para o vencedor.
10. Apesar de ter como um dos seus fundamentos a lesão de direitos ou interesses dos particulares decorrente do acto administrativo ilegal, o recurso contencioso é uma garantia fraca, pois, em regra, tem efeito meramente devolutivo. Consequentemente, durante a sua tramitação o direito ou interesse que com ele o particular pretende tutelar continua sendo lesado até decisão judicial final. Neste sentido, de nada vale correr para o tribunal antes de esgotar as garantias gratuitas, já que estas quando bem utilizadas e por terem efeitos suspensivos, exceptuada a reclamação, que é facultativa, garantem a protecção do direito ou interesse do particular na sua pendência. Por ser fundado sobretudo num acto administrativo lesivo, o recurso contencioso devia ter efeito suspensivo.

BIBLIOGRAFIA

Doutrina

- AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo, Volume II. Coimbra. Almedina. 2008.
- CARRILHO, J. Norberto. Colectânea de Legislação Constitucional. Maputo. Kapicua, Livros e Multimédia, Lda. 2009.
- CHAMBULE, Alfredo. As garantias dos Particulares, volume I. Imprensa Universitária. Maputo, 2002.
- CISTAC, Gilles. Direito Processual Administrativo Contencioso. Teoria e Prática. Introdução. Volume I. Escolar Editora. Maputo. 2010.
- CORREIA, Gilberto. Direito de Retenção. Lisboa. Escolar Editora. 2015.
- GOUVEIA, J. Bacelar. Manual de Direito Constitucional. Volumes I e II, 3ª edição. Revista e Actualizada. Coimbra. Almedina. 2009.
- PRATA, Ana. Dicionário Jurídico. Volume 1, 5ª edição. Coimbra. Almedina. 2013.
- Teles, Inocêncio Galvão. Introdução ao Estudo do Direito. Volume II, 10ª edição. Coimbra editora, 2001.

Artigos

- Silva, Vasco Pereira da. 'Do Velho de se Fez Novo': A Acção Administrativa Especial de Impugnação de Actos Administrativos. In Temas e Problemas de Processo Administrativo. 2ª Edição. Revista e Actualizada. Lisboa. 2011.

Legislação

- Código Civil.
- Código de Processo Civil.
- Código de Processo nos Tribunais Administrativos Portugueses
- Constituição da República Popular de Moçambique de 1975 (revogada).
- Constituição da República de Moçambique de 1990 (revogada).
- Constituição da República de Moçambique de 2004.
- Decreto 30/2001 de 15 de Outubro. Estabelece as Normas de Funcionamento dos Serviços da Administração Pública.

- Decreto-Lei nº 23:229, de 15 de Novembro de 1933, aprova a Reforma Administrativa Ultramarina, com as alterações introduzidas pelos Decretos 46901, de 14 de Março de 1966 e pelo Decreto 49118, de 11 de Julho de 1969 (revogado).
- A Lei 5/92 de 6 de Maio - Lei da Organização do Tribunal Administrativo (revogada).
- Lei 9/2001, de 7 de Julho – Lei do Processo Administrativo Contencioso (revogada).
- Lei nº 10/2001, de 7 de Julho. Define a Competência, Organização, Composição e Funcionamento dos Tribunais Aduaneiros.
- Lei nº 2/2004, de 21 de Janeiro. Lei dos Tribunais Fiscais.
- Lei nº 2/2006, de 22 de Março. Lei do Ordenamento Jurídico Tributário.
- Lei 6/2006, de 2 de Agosto – Lei Orgânica do Conselho Constitucional, com as alterações introduzidas pela Lei nº 5/2008, de 9 de Julho.
- Lei nº 7/2006, de 16 de Agosto. Estabelece o âmbito de actuação, Estatuto, Competências e o Processo de Funcionamento do Provedor de Justiça.
- Lei nº 2/97, de 18 de Fevereiro. Aprova o quadro jurídico para a implantação das autarquias locais.
- Lei 22/2007, de 1 de Agosto. Lei Orgânica do Ministério Público e Estatuto dos Magistrados do Ministério Público.
- Lei nº 26/2009, de 29 de Setembro – Aprova o Regime Relativo à Organização, Funcionamento e Processo da 3ª Secção do Tribunal Administrativo.
- Lei nº 14/2011, de 10 de Agosto – Regula a Formação da Vontade da Administração Pública e estabelece as Garantias dos Particulares.
- Lei nº 24/2013 de 1 de Novembro – Lei do Controlo da Legalidade dos Actos Administrativos e da Fiscalização da Legalidade das Receitas e Despesas Públicas.
- Lei nº 7/2014 de 28 de Fevereiro – regula os Procedimentos atinentes ao Processo Administrativo Contencioso, e revoga a lei nº 9/2001, de 7 de Julho.

Jurisprudência

- Acórdão nº 8/CC/2015, de 24 de Setembro – Conselho Constitucional.
- Acórdão nº 6/CC/2016, de 23 de Novembro – Conselho Constitucional.

O impulso contencioso dos particulares no âmbito da concessão

João José Pascoal

O impulso contencioso dos particulares no âmbito da concessão ¹

João José Pascoal ²

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. A LEGITIMIDADE; 1.1. A Legitimidade no Contencioso Administrativo moçambicano; 1.2. Os particulares como sujeitos processuais aparentemente estranhos; 1.3. A superação e a legitimidade plena; 1.3.1. A legitimidade por lesão efectiva; 1.3.2. A legitimidade por susceptibilidade de lesão; 2. A INTIMAÇÃO PARA ADOPTAR OU ABSTER-SE DE DETERMINADA CONDUTA; 2.1. Fundamento Constitucional do Impulso; 2.2. Pressupostos e Marcha Processual; 2.2.1. A Personalidade Judiciária; 2.2.2. A Capacidade Judiciária; 2.2.3. O Pedido; 2.2.4. O Exercício do direito de Contraditório; 2.3. A Natureza Provisória da Intimação; 3. A ACÇÃO PRINCIPAL; 3.1. Acção sobre Contrato de Concessão; 3.1.1. Acção sobre validade total ou parcial do contrato de concessão; 3.1.2. Acção sobre a execução do contrato de concessão; Conclusões; Bibliografia.

INTRODUÇÃO

O presente relatório marcou a primeira parte do processo de formação para obtenção do título de Mestre em Direito Judiciário, e constitui um ensaio de investigação no tema que nos propusemos a abordar no módulo de Contencioso Administrativo e Constitucional, sob regência da Professora Doutora Carla Amado Gomes (Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Investigadora do Centro de Investigação de Direito Público).

Da livre escolha, optamos pelo tema “Impulso Contencioso dos Particulares no âmbito da Concessão”, assumindo o desafio de conciliar os conteúdos inerentes ao Contencioso Administrativo moçambicano com aspectos jurídicos substantivos do Direito Administrativo, mormente no que respeita à relação administrativa. A relação jurídica administrativa tem especial relevância prática e teórica no campo do Direito Processual Administrativo Contencioso. Associam-se, pois, num só tema, matérias do Direito Ad-

¹ Relatório apresentado no módulo de Contencioso Administrativo e Constitucional, no âmbito do Curso de Direito Judiciário, ministrado pela Universidade de Lisboa.

² Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, Docente de Direito da Universidade Zambeze, Advogado inscrito na Ordem dos Advogados de Moçambique e mestrando em Direito Judiciário.

ministrativo substantivo (cruciais) e as do Direito Administrativo adjectivo com considerável relevância académica e prática.

Do ponto de vista académico, com o tema que escolhemos obvia-se o estudo do regime jurídico da legitimidade do contencioso administrativo, fundamentalmente quando há um *fumus* de ilegitimidade face à relação jurídica administrativa estabelecida através de um contrato. Na vertente prática, releva para efeitos de poder prestar contributo para um melhor esclarecimento aos diversos actores do direito (Advogados e Magistrados), e demais interessados na matéria, sobre os contornos específicos da legitimidade.

Tomamos posições sobre a natureza da Intimação a órgão da administração, a concessionário ou a particular para adoptar ou abster-se de determinada conduta, visto que noutras realidades jurídicas da mesma família que o ordenamento jurídico moçambicano a Intimação é uma acção. Estabelecemos uma comparação entre a Intimação do Contencioso Administrativo moçambicano e a Intimação do Contencioso Administrativo português, bem como entre aquele e outro meio processual acessório do Contencioso Civil (processo civil comum).

Encerramos o trabalho com a abordagem sobre a relação entre a Intimação a órgão da administração, a particular a concessionário para adoptar ou abster-se de determinada conduta com o chamado meio processual ou contencioso adequado.

1. A LEGITIMIDADE

1.1. A Legitimidade no Contencioso Administrativo moçambicano

Alguém é parte legítima num processo quando nele tiver um interesse directo, ou seja, quando for titular da relação material que no processo é discutida³. Esta ideia de legitimidade manifesta os seus traços na acepção segundo a qual a mesma consiste no pressuposto processual pelo qual se exprime a relação entre a parte no processo e o objecto deste, e portanto, a posição que a parte deve ter para que possa ocupar-se do pedido, deduzindo-o ou contradizendo-o⁴, conforme LEBRE DE FREITAS ensina.

A referência à legitimidade como um poder que permite deduzir um pedido ou contradizê-lo, em juízo, reflecte, em simultâneo, a legitimidade activa⁵ e a passiva⁶, segundo entende FERNANDES CADILHA. Citando Antunes Varela, VASCO PEREIRA DA SILVA avança que é parte legítima como autor quem tiver interesse directo em demandar, e, parte legítima como réu, quem tiver interesse directo em contradizer⁷. É,

3 Ana PRATA, Dicionário Jurídico, Vol I, 5a Edição, Almedina, Coimbra, 2013, p. 861.

4 Lebre DE FREITAS et al, Código de Processo Civil Anotado, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 51.

5 *O autor é considerado parte legítima quando alegue ser parte na relação material controvertida.* Carlos Alberto FERNANDES CADILHA, Dicionário de Contencioso Administrativo, Almedina, 2006, p. 332.

6 *Cada acção deve ser proposta contra a outra parte na relação material controvertida e, quando for o caso disso, contra as pessoas ou entidades titulares de interesses contrapostos aos do autor.* Carlos Alberto Fernandes Cadilha, op. cit. p. 351.

7 Vasco PEREIRA DA SILVA, Para um Contencioso Administrativo dos Particulares – Esboço de uma Teoria Subjectivista do Recurso Directo de Anulação, Almedina, Coimbra, 1997, p. 126.

pois, necessário que, ao sujeito que arrogue-se de legitimidade, seja conferido um direito, por lei substantiva, e que esse mesmo direito seja violado, decorrendo dessa violação uma relação controvertida entre o titular do direito e aquele que esteja dotado de legitimidade para responder pela violação.

Existem sujeitos concretos, de direito, que dispõem da prerrogativa de participar em cada processo remetido ao tribunal. Para ALFREDO CHAMBULE, a legitimidade processual é uma posição das partes em relação ao objecto do processo, posição tal que justifica que elas possam ocupar-se em juízo desse objecto⁸.

Ora, a vertente da legitimidade que aqui mais nos interessa é a activa, daí justificar-se o impulso contencioso, ou seja, o acto de deduzir pedido em juízo, entendendo-se como tal a actuação que dá início à lide. Não obstante, da legitimidade passiva retiramos a ilação de que tal como sucede na activa, há pertinência subjectiva⁹ de intervenção na lide quando o sujeito seja parte da relação material controvertida. Esta posição é defendida por Vieira de Andrade, que acrescenta dizendo que a legitimidade existe independentemente de bases de índole substantiva, ou seja, a legitimidade não depende de prerrogativas subjectivas conferidas por lei substantiva, sendo suficiente a vertente da relação material controvertida de cariz adjectiva¹⁰

Em matéria da legitimidade, no contencioso administrativo moçambicano, tem especial realce o disposto nos termos do artigo 44 da Lei nº 7/2014, de 28 de Fevereiro, que confere privilégio de impulso processual aos que se considerem titulares de direitos ou interesses legalmente protegidos que tiverem sido lesados pelo acto¹¹ recorrido, quando tenham interesse directo, pessoal e legítimo.

Ora, para que o Tribunal Administrativo possa conhecer e apreciar o acto recorrido referenciado no artigo 44, é necessário que esse mesmo acto seja recorrível. De facto, ao abrigo do artigo do artigo 33 nº 1 da Lei nº 7/2014, só é admissível o recurso de actos definitivos e executórios. Em cumprimento escrupuloso da Lei, e para os efeitos da executoriedade do acto, o sujeito dotado de legitimidade, à luz do citado artigo 44, deve esgotar o recurso gracioso que tenha corrido seus termos, em determinado órgão, até à exaustão dentro dos canais do próprio órgão.

Veja-se que no artigo 49, regulando a legitimidade passiva, o legislador volta a dar acento tónico tanto no recurso como no acto. Confere legitimidade passiva à entidade contra a qual se recorre, ou seja, o órgão que tenha praticado o acto objecto do recurso contencioso. Ainda, no artigo 50 da mesma lei, sobre a legitimidade dos contra-interessados, traz novamente o termo recurso, no sentido de viabilizar a intervenção processual de todos aqueles a quem o provimento do recurso possa afectar directamente. A primeira disposição desta lei que cuida da matéria da legitimidade, o artigo 44, (reforçada pelos textos dos artigos 49 e 50), é estanque e inadequada aos outros meios contenciosos, em detrimento de um pretenso conceito mais abrangente e que possa incorporar os outros meios contenciosos que a mesma lei regula.

Assim, resulta óbvio que o conceito legal de legitimidade que emana do artigo 44 é estanque a um meio processual que é o recurso contencioso, sendo, portanto, incompatível aos outros meios contenciosos re-

8 Alfredo CHAMBULE, *As Garantias dos Particulares*, Imprensa Universitária, Maputo, 2002, p. 132.

9 Atenção que a legitimidade não é uma qualidade pessoal das partes, mas uma certa posição delas em face da relação material. Manuel DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1979, p. 82.

10 Vieira de ANDRADE, *Justiça Administrativa, (Lições)*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 1999, p.211.

11 Certamente, acto administrativo, a considerar que o citado artigo 44 encontra-se inserto no capítulo dos recursos contenciosos cujo objecto é o acto administrativo, daí que, a legitimidade aí regulada está ao serviço da matéria deste capítulo.

gulados pela Lei dos Procedimentos atinentes ao Processo Administrativo Contencioso, mormente aqueles sobre os abordaremos nos capítulos II e III, só para citar o mínimo de exemplos.

Não estando o nosso trabalho enquadrado no âmbito da impugnação de actos administrativos¹², devemos nos socorrer de outra base legal, porque o conceito de legitimidade cuja sede legal é artigo 44 mostra-se incompatível com os meios contenciosos que não sejam efectivamente recursos, sob pena de desconstrução ou subversão de toda a lógica ínsita nos artigos 44, sufragado pelos artigos 49 e 50.

Mais abrangente às diversas situações, é o conceito de legitimidade que resulta do n.º 1 do artigo 60 da Lei n.º 14/2011, de 10 de Agosto¹³. Com efeito, têm legitimidade para iniciar um processo administrativo e para intervir nele os titulares de direitos subjectivos e ou interesses legalmente protegidos lesados pela actuação administrativa, bem como as associações e as fundações que tenham por fim a defesa desses interesses, no âmbito das decisões que no processo forem ou possam ser tomadas.

Da disposição supra citada, resulta um conceito de legitimidade que permite a intervenção, em processo administrativo, de titulares de interesses que tenham tutela legal. Isto significa que todo o sujeito cujos interesses (legais) sejam lesados ou que estejam na eminência de lesão, podem dar início a um processo administrativo, com o fim de cobrar reparação ao sujeito autor da lesão, ou, conforme as circunstâncias, fazer cessar a actuação susceptível de causar lesão.

Este conceito é chamado à colação na perspectiva de ser parte do sistema do Direito Administrativo, pelo que, pode servir de ponto de partida num ensaio de conceito de legitimidade que abarque os diferentes meios processuais regulados pela Lei 7/2014. Esta Lei segue a mesma disciplina legislativa do Código de Processo Civil, que não obstante regular varias espécies de acções, de acordo com o seu fim¹⁴, tem no artigo 26 CPC a regulação de legitimidade que serve para as diversas acções nele reguladas. Mas, com algum rigor, facilmente se chega à conclusão de que o conceito legal de legitimidade que emana da Lei 14/2011, não deve ser empregue no quadro do contencioso administrativo. Esta constatação tem o seu suporte no facto da matéria do processo administrativo ser de natureza meramente graciosa, conforme resulta dos tipos de impugnação elencados no artigo 153 da Lei 14/2011.

Pelos ventos do Direito Comparado, olhamos para a disciplina do contencioso administrativo português e do angolano, no que respeita à legitimidade. Do n.º 1 do artigo 9 do CPTA português, resulta que o autor é considerado parte legítima quando alegue¹⁵ ser parte da relação material controvertida. É um conceito que abrange os diversos meios processuais regulados no mesmo diploma legal, com a virtude do texto do n.º 2 do

12 Acto Administrativo é a conduta voluntaria de um órgão da administração que, no exercício de um poder público e para a prossecução de interesses postos por lei a seu cargo, produza efeitos jurídicos num caso concreto. Marcello CAETANO, *Fundamentos e Princípios do Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 99.

13 Ao abrigo do artigo 1, esta lei tem por objecto regular a formação da vontade da administração pública e estabelecer as normas de defesa dos interesses dos particulares. De facto, aprofunda as garantias dos particulares, e no que respeita ao seu âmbito, tem a virtude de ser aplicável aos actos praticados pelos concessionários.

14 Vide o artigo 4 CPC.

15 Esta alegação carece de prova. Aliás, o autor, ao invocar o direito de demandar, deve provar essa qualidade, pois, àquele que invocar um direito cabe fazer a prova, conforme a doutrina do n.º 1 do artigo 342º CC, com os ensinamentos de Pires DE LIMA e Antunes VARELA, *Código Civil Anotado, Volume I, 4ª Edição Revista e Actualizada Coimbra*, Coimbra Editora, 2011, p. 305. Sem a prova de que a legitimidade alegada deve fazer-se acompanhar, o autor suportará a impugnação do demandado, em sede do exercício do contraditório, e as consequências sancionatórias previstas na lei.

mesmo artigo estabelecer a legitimidade activa com efeitos para a acção popular, embora não expresse. Interessa mais a amplitude do texto normativo, servindo, inclusivamente de base para a impugnação de actos administrativos. O carácter genérico do artigo 9 do CPTA português comprova-se pela pluralidade de remissões constantes tanto do artigo 77º A do mesmo código, que adiante regula, em especial, a legitimidade em acções relativas à validade e execução dos contratos, bem como nos artigos 85º (intervenção do Ministério Público), 130º (suspensão de eficácia de normas), 146º (intervenção do Ministério Público, conclusão ao relator e aperfeiçoamento das alegações de recurso), 164º e 176º (petição de execução), todos do CPTA.

No ordenamento jurídico angolano, o Decreto-Lei nº 4-A/96, de 25 de Abril, que aprova o Regulamento do Processo Contencioso Administrativo apresenta uma pertinente regulamentação sobre a matéria da legitimidade. Decorre do artigo 1 deste diploma legal que “o processo contencioso administrativo é aplicável aos recursos e acções, ...”, como prenúncio de que as normas atinentes à sucção ordenada de formalidades previamente estabelecidas visando formar ou executar uma vontade funcional incidem tanto sobre os recursos como sobre as acções. Adivinha-se, assim, que o bloco das disposições gerais seja uniformemente adaptável àqueles meios processuais. Vejamos pois, o que efectivamente acontece com a regulamentação da legitimidade.

O artigo 2 do Decreto-Lei nº 4-A/96 estabelece que “a iniciativa processual é restrita àqueles a quem a lei confere legitimidade...”, o que nos permite ter plena convicção de que o impulso processual compreendido na iniciativa a que este diploma se refere, genericamente, é passível de menção nos diferentes meios processuais regulados pelo Contencioso Administrativo angolano. Podem dar início à acção ou ao recurso, os protagonistas das respectivas impugnações, desde que a lei lhes confira pertinente legitimidade. É, pois, o artigo 3 que regula que “têm legitimidade para demandar no processo contencioso administrativo: a) o titular do direito individual ou colectivo que tenha sido violado ou que possa vir a ser afectado pelo acto jurídico impugnado”. O legislador angolano optou por terminologias não discriminatórias aos meios processuais contenciosos.

O sujeito a quem se concede a prerrogativa da iniciativa processual, o demandante, é quem solicita da jurisdição administrativa, a adopção de uma providência concreta, pelo pedido que formula, podendo intervir através do meio que melhor lhe aprouver em face da adequação ao objecto de controvérsia. Acto jurídico é o facto voluntário que produz, em relação à vontade que exprime, os efeitos de direito¹⁶, daí que, tanto nas acções sobre contratos, na intimação para adoptar ou abster-se de determinada conduta, como no recurso contencioso administrativo, haverá, subjacente, um acto jurídico. Aliás, o próprio acto administrativo que se impugna no recurso contencioso, antes é um acto jurídico¹⁷.

16 Ana PRATA, op. cit. p. 47.

17 Marcello CAETANO, op. cit. p. 89.

1.2. Os particulares como sujeitos processuais aparentemente estranhos

Conforme oportunamente anunciamos, supra, os sujeitos activos do impulso contencioso de que nos propomos a tratar neste trabalho, são terceiros no âmbito do contrato (administrativo¹⁸) de concessão¹⁹. São sujeitos que não fazem parte da relação contratual que vincula as partes do contrato.

O Decreto n.º 8/2000, de 20 de Abril²⁰, regula uma pluralidade de concessões atinentes à energia eléctrica, nomeadamente, a concessão de comercialização, de distribuição, de produção e de transporte. Não pretendemos aqui cuidar das diversidades de concessões previstas no diploma supra citado, mas, tão-somente, demonstrar que em todas as concessões nele referenciadas, o legislador identifica claramente as partes do contrato, mencionando a Entidade Competente²¹ e a Sociedade Concessionária²². Toda a orientação legal sobre o procedimento em matéria de concessão sobre a energia eléctrica gravita em torno dos sujeitos específicos do contrato respectivo. Esta lógica coincide com a abordagem de Ana Raquel Gonçalves Moniz²³, ao mencionar, o Governo (e por vezes, Conselho de Ministros ou Administração), por um lado, e o concessionário, por outro, como sendo partes do contrato de concessão. Aliás, no que tange aos litígios que eventualmente venham a divergir as partes, o artigo 49 sugere a convenção de arbitragem²⁴ entre o cedente (entidade competente) e o concessionário, evidentemente, sem o desprimento do recurso contencioso previsto na alínea e) do n.º 3 do artigo 19 do Decreto 8/2000, o que já sugere a actuação da justiça administrativa em matéria dos contratos de concessão²⁵.

Os protagonistas do impulso contencioso cujos interesses e pertinência de intervenção processual pretendemos através do presente trabalho advogar, podem ser consumidores, beneficiários do serviço

18 Contrato Administrativo é o vínculo entre uma pessoa jurídica de direito público e outra pessoa, com o objecto de associar esta por um período e mediante retribuição ao desempenho regular de alguma atribuição de interesse público que deva prevalecer na disciplina contratual. Marcello CAETANO, op. cit. p. 183. Vide as críticas ao conceito de contrato administrativo em Diogo Freitas do Amaral, Estudos de Direito Público e Matérias Afins, Vol. II, Lisboa, Almedina, 2004, p. 342, na apreciação da dissertação de doutoramento de José Manuel Sérvulo Correia. Entre nós, é um contrato sujeito aos procedimentos do Decreto n.º 15/2010, de 24 de Maio, que aprova o Regulamento de Contratação de Empreitada de Obras Públicas, Fornecimento de Bens e Prestação de Serviços ao Estado.

19 Vide o n.º 2 do artigo 11 da Lei n.º 24/2013, de 01 de Novembro, que elenca a concessão como contrato sujeito à jurisdição administrativa. Para mais pormenores sobre o contrato de concessão, vide Pedro Gonçalves, A Concessão de Serviços Públicos, Almedina, 1999, p. 25. Ainda, Diogo Freitas do Amaral, Direito Administrativo, Lições Policopiadas, Vol. III, 1985, p. 426.

20 Este diploma legal aprova o Regulamento que estabelece as competências e os procedimentos relativos à atribuição de concessões de produção, distribuição e comercialização de energia eléctrica, bem como a sua importação e exploração. Constitui o quadro jurídico-legal que faculta a pessoas singulares e colectivas a possibilidade de explorarem o serviço público de fornecimento de energia eléctrica em regime de concessão.

21 Entidade Competente é o Conselho de Ministros, o Ministro que tutela a área de energia, órgãos locais do Estado e órgãos autárquicos a quem são atribuídas competências para atribuir concessões nos termos do respectivo Regulamento, conforme resulta do artigo 1 do Decreto 8/2000.

22 É a contraparte do contrato a quem tenha sido atribuída a concessão, devendo, por imposição legal, constituir-se sob a forma de sociedade comercial, à luz do n.º 1 do artigo 17 do Decreto 8/2000.

23 Ana Raquel Gonçalves Moniz et al, CADERNOS O DIREITO – Temas de Direito da Energia, Almedina, Lisboa, 2007, p. 41.

24 Sobre a arbitragem e a Administração Pública, vide Manuel Pereira Barrocas, Manual de Arbitragem, 2ª Edição, Almedida, Lisboa, 2013, p. 95. O n.º 3 do artigo 180 do CPTA prevê a susceptibilidade de sujeitar a impugnação de actos decorrentes da formação de contratos à arbitragem. Nesta disposição usa-se o termo “pode”, que é consentâneo com a convenção arbitral, ou seja, o recurso à arbitragem com o fim de dirimir o litígio é facultativo.

25 Os litígios emergentes do contrato de concessão enquadram-se no âmbito da competência da jurisdição administrativa, conforme resulta do n.º 2 do artigo 11 da Lei n.º 24/2013, de 01 de Novembro (Lei concernente ao melhoramento do controlo da legalidade dos actos administrativos bem como a fiscalização da legalidade das receitas públicas e revoga a Lei n.º 25/2009, de 28 de Setembro).

público confiado ao concessionário, agindo nesta qualidade, ou seja, impugnando actuações adversas ao espírito do clausulado no contrato de concessão e que implique prejuízo ou susceptibilidade de prejuízo aos seus direitos ou interesses respeitantes ao serviço prestado pelo concessionário. Podem ainda não ser consumidores, ou mesmo que o sejam, mas a sua intervenção não assente sobre quaisquer reclamações associadas a eventuais prevaricações que influenciam serviço prestado ou a ser prestado. A motivação do impulso pode ter outra dimensão de vicissitudes como razão, conforme demonstraremos adiante.

Se admitimos existirem particulares que possam imprimir o impulso contencioso sem que sejam parte do contrato de concessão, e o Decreto n° 8/2000 que nos serve de paradigma, apresenta uma estrutura normativa dedicada a traçar deveres²⁶ e vantagens para o particular que no caso concreto é a Sociedade Concessionária, importa saber de que forma a justiça administrativa trata os sujeitos que eventualmente surjam a reclamar a sua intervenção na composição de um litígio que requeira a decisão do Tribunal ou cuja resolução seja nele submetida. Há que averiguar se estes particulares, estranhos na relação contratual da concessão, encontram-se investidos de legitimidade útil e necessária para que intervenham, validamente, no processo.

Sabemos que mesmo em sede de contrato-promessa, (por exemplo), as repercussões do incumprimento se reflectem nos sujeitos da respectiva relação jurídica, e desta premissa se consolida a mesma coerência sobre os contratos definitivos de que o de concessão é parte.

Recentemente, Moçambique conheceu um litígio, certamente ainda pendente, entre o Governo e um consórcio indiano que formou a CCFB, no âmbito de um contrato de concessão da linha ferroviária Beira-Machipanda. Não obstante a falta de dados sobre este imbróglio, registre-se o exemplo da bilateralidade do litígio, certamente, por violação de cláusulas resultantes da harmonização de declarações negociais dos sujeitos mutuamente vinculados e reciprocamente obrigados.

Do Code de Justice Administrative, extraímos a disposição L551-14, que estabelece o seguinte:

“Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d’être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l’Etat dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local. Toutefois, le recours régi par la présente section n’est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l’article L. 551-1 ou à l’article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l’entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l’article L. 551-4 ou à l’article L. 551-9 et s’est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours”.

No ordenamento jurídico francês, estão investidos de legitimidade para demandar os sujeitos que tenham interesse em celebrar o contrato e que sejam susceptíveis de ser prejudicados pelo incumprimento dos requisitos inerentes ao concurso. Trata-se, com certeza, de um contencioso cuja incidência é a fase da formação do contrato, daí o próprio Code de Justice Administrative fazer referência a “obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats”. Não pretendemos desenvolver, neste trabalho, o contencioso da formação dos contratos, mas, tão-somente demonstrar

26 Vide artigo 25 do Decreto n° 8/2000.

que mesmo quando se trate da fase da formação, a susceptibilidade de lesão de interesse é vista a incidir sobre o sujeito com interesse na celebração do contrato, ou seja, aquele sujeito que pode figurar como contra-parte das entidades públicas (l'entité adjudicatrice), no contrato administrativo. Prevalece aqui a bilateralidade própria da lógica do contrato administrativo para efeitos de legitimidade útil e necessária ao impulso contencioso.

Pode-se então admitir que o processo contencioso administrativo investe de legitimidade aos sujeitos do contrato de concessão, a título circunscrito ou exclusivo? Esta questão necessita de um olhar consideravelmente ponderado sobre o conteúdo da relação jurídica administrativa. Assim, importa visitar a abordagem sobre a relação jurídica administrativa que nos é oferecida por CABRAL DE MONCADA, para daí analisar a sua relevância processual contenciosa.

Segundo o autor supra referenciado, a relação jurídica administrativa é o vínculo abstracto e geral ou individual e concreto constituído entre dois ou mais sujeitos de direito por uma norma de direito administrativo ou por um acto individual e concreto, mediante o qual cada um dos intervenientes pode exigir do outro certa conduta, positiva ou negativa²⁷. São várias as formas de constituição da relação jurídica administrativa, sendo a celebração do contrato de concessão apenas um dentre múltiplos exemplos cuja menção dispensamos de fazer. O autor avança ainda que a relação jurídica subentende a presença de direitos e deveres recíprocos das partes envolvidas em recíproca polaridade²⁸. De facto, antes mesmo de se lançar mão às cláusulas do contrato de concessão, o Decreto n° 8/2000 impõe deveres e direitos que se devem reflectir no contrato propriamente dito. Sublinhando que este tipo de relação é intersubjectiva²⁹, acentua-se a nitidez da bilateralidade entre os sujeitos da relação contratual, bem como a prerrogativa de exigência de condutas precisas entre as partes do contrato.

O aspecto mais importante da perspectiva relacional reporta-se à legitimidade activa³⁰, fazendo sentido que o impulso contencioso com o fim de demandar outrem, nasça da relação jurídica administrativa em virtude da violação dos deveres impostos tanto pela lei-quadro da concessão ou pelas cláusulas do contrato de concessão.

São legítimas as partes que têm uma proximidade especial com o objecto do processo³¹, e esta proximidade especial do objecto do processo evidencia-se pela posição do sujeito no âmbito da perspectiva substantiva que gerou o vínculo entre os respectivos sujeitos do contrato de concessão.

1.3. A superação e a legitimidade plena

Aberto o respectivo concurso com vista à contratação do concessionário interessado na produção, transporte, distribuição e comercialização de energia eléctrica, o Decreto n° 8/2000 exige, à luz da alínea e)

27 Luís S. Cabral de MONCADA, A relação jurídica administrativa – Para um novo paradigma de compreensão da actividade, da organização e do contencioso administrativo, Coimbra Editora, 2009, p. 13.

28 Ibidem, p. 12

29 Ibidem, p. 15

30 Ibidem, p. 120

31 Ibidem, p. 120

do artigo 6, que do caderno de encargos conste, além dos outros elementos elencados nas outras alíneas, os termos de referência do estudo de impacto ambiental³². O estudo de impacto ambiental deve ser conjugado com a imposição de medidas de protecção ambiental, previstas nos termos da alínea i) do n° 3 do artigo 19 do Decreto n° 8/2000. Ora, na hipótese do concorrente ignorar a exigência tanto da referência como do efectivo estudo de impacto ambiental do qual resulte a viabilidade ambiental do seu projecto, e a Entidade Competente (cedente) fizer vista grossa e contratar tal concorrente cuja actividade revele-se como um potencial perigo de dano ao ambiente, gerar-se-á a pretensão de recorrer aos meios jurisdicionais.

Pode suceder que em termos estratégicos, a instalação da rede eléctrica implique a montagem de uma central em certa povoação atravessada por um rio cujas margens sejam protegidas por árvores de eucalipto. Constatando ser demasiado dispendioso contornar e evitar ocupar o espaço em que as árvores de eucaliptos estejam enraizadas, o concessionário opta em abater um terço das árvores que protegem as margens do rio contra a erosão, violando assim as regras básicas de prevenção ambiental³³. Antevendo os efeitos desastrosos daquela desflorestação, os membros da povoação podem ter interesse em demandar o concessionário. Afinal, segundo CARLA GOMES, a protecção do ambiente ... é um dever de cada pessoa, cujo cumprimento reverte, quer a favor de si própria, quer a favor dos restantes membros da comunidade, existentes e futuros³⁴.

Em termos adjectivos, há que considerar que acima da pretendida demanda judicial com o fim de tutelar o interesse ou direito subjectivo legalmente protegido, e a favor dos membros da comunidade (Povoação), está o artigo 48 da Lei 7/2014. Ao abrigo desta disposição, os titulares da acção popular, para efeitos de interposição de recurso contencioso de actos lesivos de interesses difusos ou outros interesses públicos serão definidos por lei especial.

A inexistência da lei da acção popular representa um vazio processual no ordenamento jurídico moçambicano, e entorpece a materialização da tutela jurisdicional efectiva, subvertendo a necessária e pretensa lógica sistemática entre as disposições do artigo 81 da CRM, artigo 4 da Lei n° 7/2014 e o reconhecimento de que os particulares dispõem de direito subjectivo reactivo, face à violações de direitos ou interesses legalmente protegidos³⁵.

Não obstante a evidente denegação da justiça, conforme exemplificamos acima, por insuficiência de mecanismos legais úteis à tutela jurisdicional efectiva, não se coloca o problema da legitimidade em relação aos integrantes da Povoação. Dado que nem tudo vai mal, cumpre ponderar outras situações de pleno exercício da legitimidade.

32 Estudo de impacto ambiental é a componente do processo de avaliação do impacto ambiental que analisa técnica e cientificamente as consequências da implantação de actividades de desenvolvimento sobre o ambiente, nos termos do n° 14 do artigo 1 da Lei n° 20/97, de 01 de Outubro (Lei do Ambiente).

33 Carla Amado GOMES, Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente, Edição Digital, e-book, Lisboa, 2012, p. 223.

34 Carla Amado Gomes, op. cit. P. 30.

35 João José PASCOAL, Acção Popular – Um vazio prejudicial à protecção costeira, Jornal SALAMA, *Pensamentos e Reflexões*, p. 11, Edição n° 1, Nacala-Porto, 02 de Outubro de 2015.

O Decreto n° 8/2000 prevê no seu artigo 25 um leque de obrigações que as Sociedades Concessionárias devem observar na sua actuação. O dever que mais interesse desperta é o decorrente da alínea c) do n° 2 do artigo citado. À luz desta disposição, as sociedades concessionárias deverão diligenciar no sentido de garantir que os direitos do consumidor sejam respeitados. Esta disposição tem a virtude de consciencializar sobre a existência e necessidade de tutela de direitos do consumidor no âmbito do contrato de concessão. Isto significa que a ordem jurídica moçambicana reconhece que o beneficiário do serviço público, temporariamente atribuído às Sociedades Concessionárias, tem direitos plenos e dignos de tutela.

Por seu turno, a alínea c) do n° 2 do artigo 4 da Lei n° 22/2009, de 28 de Setembro (Lei de Defesa do Consumidor), estabelece que incumbe ao Estado e às autarquias locais tomar as medidas indispensáveis à concretização dos direitos do consumidor, designadamente, assegurar o acesso do consumidor ao direito e aos tribunais em condições apropriadas às especificações das relações e dos conflitos do consumidor. De harmonia com esta disposição, o artigo 48 do decreto n° 8/2000 põe à disposição dos consumidores, meios de resolução de conflitos. Preferimos tratá-los no plural, ainda que da disposição legal citada resulte a referência apenas ao Conselho Nacional de Electricidade (CNELEC) para dirimir conflitos entre as Sociedades Concessionárias e os Consumidores. Não sendo imperativo remeter o diferendo ao CNELEC, ou se a resolução não for do agrado do consumidor, nada obsta a que este opte (em primeira instância), ou recorra (em segunda instância), às garantias contenciosas para tutela jurisdicional efectiva dos seus interesses.

Se esta norma de cariz substantiva admite que haja oportunidade de impugnação por parte de quem não seja parte do contrato de concessão, urge, pois, aferir se a lei dos procedimentos atinentes ao processo administrativo contencioso garante tal pretensão e respectiva oportunidade de intervenção no processo, na qualidade de um sujeito processual.

No âmbito das acções sobre contratos administrativos, e concretamente nas acções sobre a execução dos contratos, a Lei n° 7/2014 confere legitimidade às pessoas colectivas ou singulares titulares ou defensoras de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos, em função dos quais as cláusulas contratuais tenham sido estabelecidas, conforme consta da alínea c) do n° 3, artigo 116. Como pessoa singular que é, daqui podemos individualizar o consumidor e melhor subsumi-lo nos termos seguintes:

- O Consumidor é titular de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos em função dos quais as cláusulas contratuais foram (também) estabelecidas.

Relativamente aos direitos subjectivos de que o consumidor é titular, Vasco Pereira da Silva ensina que os mesmos constituem poder de pôr em movimento uma acção jurisdicional. Quando se tem um direito subjectivo, tem-se uma acção jurisdicional: logo o direito subjectivo é o poder de pôr em movimento essa acção³⁶.

Da alínea c) do n° 2 do artigo 25 do Decreto n° 8/2000 resulta que as sociedades concessionárias deverão diligenciar no sentido de garantir que os direitos do consumidor sejam respeitados. Esta base legal reconhece o conjunto das normas da Lei de Defesa do Consumidor que conferem direitos ao consumidor (ressalve-se a redundância). Tais direitos constituem, simultaneamente, interesses legalmente protegidos. São condições de existência de um direito subjectivo: uma norma de permissão, um poder de exigir

36 Vasco Pereira da SILVA, op. cit. P. 82

de outrem um determinado comportamento, um interesse individual que se realiza através dessa conduta alheia e a existência de possibilidade de reacção jurisdicional para tutela desse poder³⁷. Associando a titularidade de direito subjectivo à legitimidade, ALEXANDRA LEITÃO entende que têm legitimidade (...) para intentar uma acção todos os particulares que sejam titulares de um direito subjectivo (quer se trate de um direito subjectivo típico, quer se trate de um direito subjectivo atípico, ou seja, um interesse legítimo, na terminologia adoptada pela legislação administrativa)³⁸.

A imposição de diligências a serem realizadas pelas sociedades concessionárias no sentido de garantir o respeito pelos direitos subjectivos do consumidor, forma a convicção de que as cláusulas contratuais tenham igualmente sido estabelecidas para acautelar o interesse do consumidor, ainda que este não seja parte do contrato de concessão.

Esta legitimidade tem um conteúdo que altera a aparência processualmente estranha do sujeito em referência. Na verdade, da intervenção administrativa decorrem contactos não apenas com o seu destinatário directo mas também com todo um conjunto alargado de sujeitos de direito tocados pela mesma intervenção³⁹.

Nesta linha de abordagem, Joana Catarina NETO DOS ANJOS considera que a concessão de serviços públicos não pode ser explicada se não for considerada a relação trilateral que tem subjacente: por um lado, a relação que se estabelece entre a Administração Pública (entre nós, Entidade Competente) e o concessionário (Sociedade Concessionaria) e, por outro, a relação entre o concessionário e o utente ou beneficiário do serviço (Consumidor). A autora avança ainda que uma das especialidades – e dificuldades – de compreensão do regime da concessão de serviços públicos reside precisamente no facto de existir esta “personagem que não intervém na atribuição dessa posição jurídica, mas que é a razão de ser dela: o utente, utilizador ou cliente do serviço público.”⁴⁰

Da exclusiva perspectiva da bilateralidade (a que nos referimos supra, e que se configura pela lógica dos sujeitos que na prática figuram no contrato de concessão), se passou para a perspectiva da multilateralidade⁴¹, pelo reconhecimento da legitimidade do consumidor no plano do impulso contencioso.

Ficam assim ultrapassados os indícios que formavam a aparência de não se poder incluir quem não seja parte do contrato de concessão, passando a reconhecer como assente a extensão da legitimidade processual activa... porque a ordem jurídica garante a tutela adequada dos interesses de terceiros⁴².

37 Vasco Pereira da SILVA, op. cit. p.83

38 Alexandra LEITÃO, *A Protecção Judicial de Terceiros nos Contratos da Administração Pública, I*, Coimbra, 2006, p.87.

39 Luís Cabral de MONCADA, op. cit.

40 Joana Catarina NETO DOS ANJOS, *Litígios Entre os Concessionários do Serviço Publico de Abastecimento de Agua e os Consumidores – Questão da Jurisdição Competente*, Coimbra, Centro de Estudos de Direito Publico e Regulação, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 22.

41 Luís Cabral de Moncada, op. cit. p. 126

42 *Ibidem*, p. 134.

1.3.1. A legitimidade por lesão efectiva

Em conformidade com a alínea c) do n.º 3 do artigo 116 da Lei n.º 7/2014, em acções sobre a execução dos contratos, estão revestidas de legitimidade as pessoas colectivas ou singulares titulares ou defensoras de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos, em função dos quais as cláusulas contratuais tenham sido estabelecidas. Ora, há que atender ao facto desta legitimidade ser oportuna para efeitos de alcance da tutela jurisdicional efectiva, com especial enfoque na obtenção atempada de uma decisão sobre a pretensão regularmente deduzida em juízo.

Com a pretensão submetida a juízo, o demandante terá, sempre, interesse em garantir o efeito útil da acção. De facto, a utilidade específica da acção será aferida pelo acautelamento que casuisticamente evidenciará o propósito alegado pelo autor, na sua petição, no que respeita ao estado do direito ou interesse que através da acção o autor visa salvaguardar, no momento em que submete a questão às instâncias jurisdicionais.

Em função do estado do interesse ou direito a acautelar, o autor tomará posição, mormente alegando que houve lesão efectiva, ou se há perigo de dano que deve ser afastado.

A base legal (supra citada), que confere legitimidade a terceiros (ao exemplo do consumidor que nela é subsumível, relativamente à matéria de execução dos contratos administrativos), não discrimina se o impulso processual terá lugar face aos prejuízos efectivamente ocorridos ou se o impulso será oportuno face à susceptibilidade comprovada de lesão. Formulação diferente e clarividente é a que resulta da alínea d) do n.º 2 do mesmo artigo.

Sem margens para equívocos, o legislador atribui legitimidade, em matéria da validade parcial ou total do contrato administrativo, podendo os privilegiados referenciados nesta disposição requerer uma decisão judicial que aprecie com força de caso julgado a sua pretensão. Portanto, a sua pretensão terá como fundamento, por um lado, o prejuízo que a execução do contrato tenha causado aos seus direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos, exigindo-se, pois, que a ofensa tenha efectivamente ocorrido, e por outro, o prejuízo que a execução do contrato possa previsivelmente causar aos mesmos direitos ou interesses legalmente protegidos.

No que respeita à legitimidade por lesão efectiva, ou seja, por prejuízo que tenha ocorrido ou efectivamente sido causado pela execução do contrato, nos parece pacífico estar salvaguardada na alínea c) do n.º 3. Caso contrário, perguntar-se-ia sobre a função ou utilidade jurisdicional da legitimidade aqui prevista, ou então, assumir-se-ia que esta disposição fosse “letra morta”, por despida de utilidade jurisdicional.

A legitimidade deve servir, no mínimo, para uma actuação em lide judicial, e no caso vertente, o legislador confere ao titular de direito subjectivo ou de interesse legalmente protegido e que tenha sido prejudicado, a faculdade de mover uma acção. A causa de pedir há-se de situar na esteira de um prejuízo efectivamente ocorrido.

1.3.2. A legitimidade por susceptibilidade de lesão

A eventualidade de ocorrência de prejuízo, a ser causado na execução de contrato, dá lugar à intervenção processual daquele que em caso de inércia, poderá suportar na sua esfera jurídica os efeitos lesivos. A lei nº 7/2014 admite esta situação, e acautela a necessária reacção por parte do eventual lesado ou, ainda que não venha a ser directamente lesado, como acontece com os defensores dos direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos, alheios.

Se o titular do direito subjectivo ou interesse legalmente protegido não accionar, por si próprio, os meios jurisdicionais úteis e necessários à obtenção de uma decisão judicial que atenda a uma pretensão protectora daquele direito ou interesse, este impulso contencioso pode ser realizado pelos defensores de direitos ou interesses alheios. A legitimidade para desencadear uma acção que acautele o afastamento de um prejuízo com probabilidade de acontecer é apenas conferida à luz da alínea d) do nº 2 do artigo 116.

Já assumimos, supra, que a base legal que sustenta a legitimidade do impulso do sujeito que decidimos abraçar neste trabalho, é a alínea c) do nº 3 do artigo e diploma legal citados. Esta base legal é silenciosa quanto ao poder processual dos legitimados (o titular e o defensor), a propor a acção, quando a causa de pedir se situe no campo da possibilidade previsível de prejuízo. Este silêncio pode provocar um receio do aplicador em admitir e validar a actuação dos sujeitos no sentido de apelar que o tribunal decida em fazer sustar o perigo de prejuízo.

2. A INTIMAÇÃO PARA ADOPTAR OU ABSTER-SE DE DETERMINADA CONDOTA

2.1. Fundamento Constitucional do Impulso

A Intimação para adoptar ou abster-se de determinada conduta tem sede legal nos artigos 144 e seguintes da Lei 7/2014. Como meio processual, a Intimação situa-se no capítulo VI que é referente aos Meios Processuais Acessórios, encontra-se imediatamente depois da Secção da Suspensão de Eficácia dos Actos Administrativos, cabendo à Intimação a posição específica na Secção II. Esta arrumação tem como efeito quanto ao tipo de meio contencioso a que a Intimação corresponde, atendendo ao capítulo em que se situa.

Na França, o artigo L. 521-2 do Code de Justice Administrative estabelece que:

Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures.

Através dos référés o contencioso administrativo francês permite a intimação do requerido para que conforme a sua conduta com os ditames legais que tutelam a integridade dos direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos.

No ordenamento português, a Intimação tem em vista a protecção de direitos, liberdades e garantias, e a este propósito, o artigo 109.º n.º 1 do CPTA dispõe nos termos seguintes: a intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias pode ser requerida quando a célere emissão de uma decisão de mérito que imponha à Administração a adopção de uma conduta positiva ou negativa se revele indispensável para assegurar o exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade ou garantia, por não ser possível ou suficiente, nas circunstâncias do caso, o decretamento provisório de uma providência cautelar, ...

Quanto ao fim da Intimação, Portugal dispõe de uma pluralidade, mas a disposição que a nós interessa é a supra citada visto que o seu conteúdo coincide com o do artigo 144 da Lei 7/2014, quanto ao interesse, podendo se conferir o n.º 2 do artigo 109.º do CPTA, que confere ao interessado (Consumidor, no nosso raciocínio), a adoptar providências adequadas a reprimir ou prevenir condutas do concessionário que sejam lesivas dos seus direitos. Comparativamente ao artigo 144 da Lei 7/2014, o artigo 109.º do CPTA denuncia mais proximidade de exercício de uma função útil aos preceitos constitucionais, tanto pela epígrafe, como pela parte do seu conteúdo, mormente com excertos como: liberdade e garantia.

A essência do serviço que os diversos meios processuais (de que a Intimação é parte) prestam aos valores constitucionalmente consagrados é alcançável pela harmonia de todo o sistema jurídico com a lei mãe. As normas infraconstitucionais materializam os ditames constitucionais, como passamos a demonstrar à seguir.

Citando Vasco Pereira da Silva, Sofia David sustenta que na relação entre o Direito do Contencioso Administrativo e o Direito Constitucional a justiça administrativa concretiza as opções constitucionais, por um lado, e por outro, há uma dependência administrativa do Direito Constitucional cuja realização depende da justiça administrativa. Adiante, a autora avança que a existência de um processo jurisdicionalizado destinado a garantir a tutela de posições jurídicas subjectivas, representa uma dimensão essencial dos direitos fundamentais⁴³.

Segundo Adriana Fasolo Pilati Scheleder, o direito de acção e o sistema judiciário apresentam-se como instrumentos de efectivação de todas as garantias constitucionais. Na prática, constituem a estrutura de toda pirâmide, a qual não teria a menor consistência se não houvesse mecanismos eficientes de manutenção. E esse “mecanismo eficiente de manutenção” está consubstanciado no processo, que tem “o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional⁴⁴.

À luz do artigo 70 da Constituição da República, o cidadão tem o direito de recorrer aos tribunais contra os actos que violem os seus direitos e interesses reconhecidos pela constituição e pela lei. O acesso à justiça é inegavelmente uma garantia constitucional, e por via desta garantia, os cidadãos têm direito à defesa dos direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos de que sejam titulares ou defensores, sempre que haja potencial ameaça ou prejuízo que efectivamente ocorra.

43 Sofia DAVID, Das Intimações – Considerações Sobre Uma (Nova) Tutela de Urgência no Código de Processo nos Tribunais Administrativos, Almedina, Coimbra, 2005, p.107.

44 Adriana Fasolo Pirali SCHELEDER, Significado Constitucional do Acesso à Justiça – O Mais Básico dos Direitos Humanos, Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de Novembro de 2008.

Com efeito, o processo constitui instrumento ou meio por via do qual se alcança a prerrogativa constitucional do direito ao acesso à justiça. É condição sem a qual o acesso à justiça jamais se materializaria. O processo está ao serviço do acesso à justiça, através dos mecanismos que a lei processual põe à disposição dos particulares, e em abono da tutela jurisdicional efectiva.

E segundo Ana Leonor Carvalho, o direito de acesso ao direito e à justiça pressupõe obviamente um facere por parte do Estado, já que a este compete colocar á disposição dos cidadãos os serviços, instituições e mecanismos necessários ao acesso à justiça, bem como uma intervenção legislativa conformadora⁴⁵.

2.2. Pressupostos e Marcha Processual

Instância é a relação que se estabelece entre as partes e o tribunal durante a pendência da acção. A mesma exige certas condições de existência e de validade, para além de que, como o processo contencioso, visa o proferir uma decisão com força de caso julgado ou declaração coactiva de uma pretensão proposta pelo autor, cumpre ainda referir as condições de admissibilidade denominadas pressupostos processuais.

A condição de existência de uma acção é a entrada da petição inicial na secretária, como se pode extrair do disposto no art. 267º, n.º 1 do Código de Processo Civil. As condições de admissibilidade são as condições necessárias para que, no processo declarativo, possa ser proferida uma decisão sobre o mérito da causa e para que no processo executivo, a obrigação possa ser realizada coactivamente. Estes tornam admissíveis a decisão de mérito ou das medidas executivas.

Os pressupostos processuais não se confundem com as condições de existência dum processo, pois a admissibilidade de uma sentença de mérito ou as medidas coactivas só são possíveis em processo pendente. Devem também ser distinguidas das condições de validade, porque a falta destes pressupostos não determina a invalidade do processo, mas a inadmissibilidade da pronúncia sobre o mérito ou da realização da obrigação exequenda.

Os pressupostos processuais visam assegurar a especialização do tribunal segundo a matéria em apreciação, a possibilidade ou a necessidade de as partes defenderem os seus interesses e a constituição de um objecto que possa ser apreciado pelo tribunal.

Motivos que justificam a existência dos pressupostos processuais

Garantir o adequado exercício de função jurisdicional;

Acautelar os interesses das partes.

Os pressupostos podem ser positivos ou negativos, gerais ou especiais. Os positivos são aqueles cuja verificação é indispensável para o tribunal conhecer do mérito ou do fundo da causa. Os negativos são aqueles cuja verificação é impeditiva de o tribunal conhecer do objecto do processo, como acontece com a litispendência e o caso julgado.

45 Ana Leonor da Silva Magalhães CARVALHO, A Não Denegação do Direito de Acesso à Justiça em Virtude da Insuficiência de Meios Económicos – Direito de Primeira ou Segunda Geração? (Dissertação de Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2012. p. 14.

Os pressupostos processuais são, normalmente, de conhecimento oficioso, pois só alguns necessitam de ser invocados pelas partes para o tribunal deles conhecer pois o Estado não quer que os tribunais actuem inútil ou desnecessariamente (cfr. arts. 495º e 500º do Código de Processo Civil).

Os pressupostos processuais inerentes à intimação têm sede legal no artigo 144 da Lei nº7/2014. Para que a intimação (na lógica restrita ao raciocínio deste trabalho), possa proceder, evitando-se a sua rejeição liminar e as consequências relativas às custas, é necessário que a conduta que tenha causado prejuízo ao direito subjectivo ou ao interesse legalmente protegido, decorra de contrato administrativo, que no nosso caso é especificamente o contrato de concessão. O Concessionário deve violar um dever ao qual esteja adstrito pelo vínculo contratual.

A lei exige que o particular, assumindo que seja este a impulsionar o meio contencioso, tenha fundado receio de violação do direito subjectivo ou interesse legalmente protegido e de que seja titular, tenha fundado receio de violação. Ainda, é necessário que o prejuízo em vistas de ser causado sobre o direito subjectivo ou interesse legalmente protegido, represente ofensa digna de tutela jurisdicional, vide a propósito o nº 1 do artigo 144.

A abordagem que fizemos no capítulo anterior permitiu ter assente que o meio contencioso adequado à tutela do interesse do Consumidor, é a acção sobre a execução dos contratos, nos termos do artigo 116 nº 3. Ora, a interposição da Intimação nunca deve ser feita após a apresentação de pretensão em salvaguardar o direito ou interesse através da Acção. A interposição da Intimação legalmente admissível é a realizada por antecipação ou em simultâneo com a Acção sobre Execução de Contrato, conforme estabelece o nº 2 do artigo 144.

O último pressuposto exigido é que se recorra à Intimação, exclusivamente quando seja impossível acautelar a pretensão através da Suspensão de Eficácia do Acto Administrativo.

Os pressupostos são, em conclusão, condições mínimas consideradas indispensáveis para, à partida, garantir uma decisão idónea e útil da causa.

2.2.1. A Personalidade Judiciária

Sob ponto de vista da relação jurisdicional inerente às partes, a personalidade judiciária é preponderante. Consiste na susceptibilidade de ser parte no processo, é condição necessária para poder figurar no processo ou nele assumir a qualidade casuística, em função da posição processual que em concreto assumir na estrutura da lide. Esta referência decorre do artigo 5º do Código de Processo Civil.

A Lei 7/2014 não exige, expressamente que quem pretender figurar num processo tenha primeiro a personalidade judiciária. Ainda assim, há que considerar este elemento como princípio geral do Direito Processual cuja ausência pode dar lugar à rejeição liminar, ou seja, à morte súbita do processo.

“No ordenamento jurídico português consideram-se partes principais da Intimação, do lado do autor, as pessoas singulares (portugueses, estrangeiros, e apátridas em Portugal) ou colectivas (publicas ou privadas) que requerem a Intimação. O alargamento da personalidade judiciária do lado do demandante,

incluindo “não cidadãos”, alarga o âmbito da tutela jurisdicional efectiva. Do lado do réu, detém personalidade judiciária a pessoa colectiva pública onde o órgão a quem se intima para adoptar uma conduta está inserido, ou o particular, designadamente o concessionário, conforme o artigo 109º do CPTA⁴⁶

2.2.2. A Capacidade Judiciária

O artigo 9º do Código de Processo Civil estabelece que a capacidade judiciária consiste na susceptibilidade de estar por si em juízo. Esta capacidade é aferida na base da capacidade de exercício de direitos, ou seja, aquela coincide com esta.

Para Alfredo CHAMBULE, todos os indivíduos, quer sejam maiores ou menores, quer sejam capazes, interditos ou inabilitados, quer nacionais ou estrangeiros, gozam de personalidade judiciária, podem ser partes em juízo, visto que todos eles podem ser sujeitos, como regra, de quaisquer relações jurídicas. Quanto aos menores e aos interditos, embora agindo em juízo não por si próprios, mas por intermédio dos seus representantes legais, são as verdadeiras partes quando a acção é proposta em nome deles⁴⁷.

A negligência a este pressuposto dá lugar ao indeferimento liminar, nos termos conjugados dos artigos 494º nº 1, alínea c) e 474º nº 1 alínea b), todos do Código de Processo Civil.

2.2.3. O Pedido

O artigo 3º do Código de Processo Civil prevê que o tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a acção pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes. Desta base legal pode-se retirar duas ilações. A primeira é inerente à necessidade do impulso processual pelo demandante. É a regra do dispositivo que inibe ao tribunal de se substituir às partes. Cabe a quem tenha sofrido uma ingerência na sua esfera jurídica, ao exemplo do prejuízo ao direito subjectivo ou interesse legalmente protegido, desencadear os meios processuais pertinentes.

A segunda ilação reside na necessidade de formulação do pedido. Não basta propor a acção, limitando-se a demonstrar que houve prejuízo a direito subjectivo ou interesse de que seja titular. Mesmo que comprove com uso do máximo da tipologia de meios probatórios que o Direito admite. É necessário declarar o que pretende em face da violação ou prejuízo causado pela conduta do demandado.

Ao declarar a pretensão requerida em tribunal é necessário que torná-la consentânea com a causa de pedir e com clareza, sob pena de nulidade de todo o processo por ineptidão causada por ininteligibilidade, contradição ou incompatibilidade, conforme resulta do artigo 193º CPC.

2.2.4. O Exercício do direito de Contraditório

O princípio do contraditório decorre da necessidade de contradição⁴⁸. A estrutura da norma processual – com um sujeito titular de um direito subjectivo ou de interesse legalmente protegido (autor/

46 Sofia DAVID, op. cit, p. 125.

47 Alfredo CHAMBULE, op. cit, p.121.

48 Em conformidade com o artigo 145 nº 1 da Lei 7/2014, e no mesmo sentido, o nº 1 do artigo 3º CPC, *in fine*.

requerente), de um lado, e do outro, o presumível causador do prejuízo (réu/requerido) – desencadeia a coerência bilateral da acção e impõe o respeito pelo princípio do contraditório.

Da parte final do nº 1 do artigo 3º CPC, pode-se extrair duas importantes ilações, mormente, a de que não podem ser tomadas quaisquer providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida, (sem embargo das excepções previstas na lei, como acontece nos termos do artigo 146 nº 1, pela dispensa de audição do requerido)⁴⁹, e a de que o Juiz não pode decidir quaisquer questões de facto ou de Direito, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem. Esta coerência própria das acções em geral reflecte-se em sede da Intimação, visto que antes de se pronunciar sobre a petição submetida à instância judicial, há lugar ao exercício do contraditório, nos termos do artigo 145 nº 1 da Lei 7/2014, o Relator ordena a citação do requerido para contestar.

Segundo Sofia DAVID, para as garantias de uma “prova segura” ou “suficiente”, o legislador apenas exige o cumprimento do exercício do contraditório, remetendo, depois, para o juiz o poder (e o dever) de determinar as (outras) diligências que se mostrem necessárias. Quanto ao ónus de demonstrar o preenchimento dos pressupostos de que depende a Intimação, designadamente a demonstração da sua indispensabilidade e urgência, para a salvaguarda do direito, tal ónus incumbe ao interessado⁵⁰

Pelos articulados típicos da Intimação, ou seja, petição e contestação, nota-se que no caso do requerido preterir de fazer uso da prerrogativa de impugnar⁵¹ os factos alegados pelo requerente, o que pode ter como razão a inexistência de alegações que dêem corpo à versão contrária sobre os fundamentos do pedido do requerente, permite considerar como admitidos os factos não impugnados⁵². É um evidente indício de aceitação dos factos. Aliás, decorre do artigo 146 nº 1, que a falta de oposição torna definitiva a decisão proferida quanto ao pedido, e constitui excepção à regra da natureza provisória da Intimação, sobre a qual nos pronunciaremos imediatamente a seguir.

2.3. A Natureza Provisória da Intimação

A provisoriedade da Intimação decorre da conjugação dos artigos 146 e 148, todos da Lei 7/2014. A única situação em que a decisão obtida em sede da Intimação foge à regra, tornando-se (potencialmente) definitiva, é quando o requerido/réu não exerce o sacrossanto direito do contraditório. Aqui, podemos

49 Constitui excepção à regra da lógica do princípio do contraditório, o chamado contraditório diferido, previsto nos termos do artigo 381º/B CPC. A este respeito, assinala Carlos Mondlane, Código de Processo Civil Anotado e Comentado, que aquele princípio encontra limitações nos procedimentos cautelares, pelos objectivos que através deles se pretende alcançar, pois, nem sempre, a decisão sobre a prevenção de danos irreparáveis ou de difícil reparação é compatível com a prévia audição do requerido. Na mesma senda, prevenindo que o requerido evite o efeito útil da providência cautelar, o ordenamento jurídico português, em sede do *contraditório do requerido*, estabelece, à luz do nº 1 do artigo 366º CPC, que, “*o tribunal ouve o requerido, excepto quando a audiência puser em risco sério o fim ou a eficácia da providência*”, o sublinhado é nosso, vide Rui Pinto, Notas ao Código de Processo Civil. No mesmo sentido, vide Miguel Teixeira de Sousa, Estudos sobre o novo Processo Civil, p. 230.

50 Sofia David, op. cit. p. 136.

51 Em termos gerais, e aplicáveis às providências cautelares, o exercício do contraditório por impugnação tem como base legal o artigo 487º, nº 2. Na prática, o requerido ataca directa e frontalmente os argumentos articulados pelo requerente. Apresenta um estado diferente de facto ou de direito. Na primeira situação, contradiz ou nega a existência dos factos que dão origem à providência. Na segunda, aceita os factos, porém vem dizer que esses factos não podem produzir o efeito jurídico pretendido pelo requerente. O requerido diz que está errado o tratamento jurídico a que o requerente submete os factos articulados. O que está em causa é a qualificação que o requerido dá aos factos articulados.

52 Assim nos orienta o legislador, conforme o nº 1 do artigo 490º CPC, ao regular o ónus da impugnação especificada.

considerar que a Intimação “ganha” uma natureza que não lhe é própria. Torna-se equiparável à Acção Principal, mostra-se autónoma.

Em termos práticos, a alínea a) do artigo 148 estabelece o prazo de noventa dias para a interposição do meio processual (acção principal), o que equivale a dizer que a decisão antecipatória obtida em sede da Intimação tem uma vida útil curta, visto que caduca se o autor da Intimação não interpuser a Acção principal. Esta precariedade da decisão sobre a Intimação se consolida na alínea seguinte por se mostrar dependente do sucesso da decisão sobre o meio processual (Acção principal), dado que o legislador estabelece que na eventualidade de decisão desfavorável na Acção principal há lugar à caducidade da decisão (favorável) obtida na Intimação. Pela alínea c) o legislador regula mais outra forma de caducidade da decisão obtida na Intimação quando houver extinção da instancia relativamente à Acção principal e haja inércia do autor em interpor nova acção, quando outra oportunidade a lei admite.

Não obstante a natureza provisória da decisão, Rui PINTO entende que as partes podem concordar em renunciar à propositura da acção principal, acabando por tornar a decisão provisória em título definitivo de regulação dos seus interesses⁵³. Este entendimento é perfilhado pela Maria Sofia COSTA TORRES, no sentido de que não está vedada às partes a possibilidade de fazerem um acordo no sentido de abdicar à instauração da acção principal, transformando-se por esta via a decisão provisória em definitiva composição de interesses⁵⁴.

Há a constatação na doutrina alemã de que as einstweiligen Verfügungen tendem a valer como finais, já que frequentemente as partes perdem o interesse em colocar a acção principal, pela sua duração e custos, e aceitam a decisão provisória como viável para o seu litígio, não apenas quando houve antecipação da realização do direito, mas mesmo quando apenas foi proferida uma medida de segurança ou regulação do status quo⁵⁵.

A caducidade da Intimação pela inércia quanto a interposição da acção principal pode ter outro nível de motivação que não seja a da pura negligência. A este propósito, Rui PINTO escreveu que na Alemanha as partes perdem o interesse em colocar a acção principal, pela sua duração e custos, e aceitam a decisão provisória como viável para o seu litígio, não somente quando houve antecipação da realização do direito por meio de Leistungs- e Befriedigungsverfügungen mas mesmo quando apenas foi proferida uma Sicherungs ou uma Regelungsverfügung⁵⁶.

Do profundo estudo que faz no âmbito do Direito Comparado, o mesmo autor diz que na Inglaterra os interim remedies/injunctions tornam-se, com frequência, “a única apreciação judicial do litígio substantivo na acção, porque a decisão provisória induz o requerente a abandonar a acção ou fornece-lhe uma base para um mutuo acordo ou a acção não chega a julgamento por outras razões”⁵⁷.

53 Rui PINTO, op. cit. p.32

54 Maria Sofia Costa TORRES, Providencias Cautelares – Novo Paradigma: O Problema do Regime da Inversão do Contencioso, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do 2º ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses, Coimbra, 2015

55 Rui PINTO, A Questão de Mérito na Questão Cautelar, (Tese de Doutoramento em Ciências Jurídicas – Direito Processual Civil), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa. 2007, (versão electrónica), p. 143.

56 Rui PINTO, A Questão de Mérito na Questão Cautelar, p. 246.

57 Rui PINTO, A Questão de Mérito na Questão Cautelar, 247.

3. A ACÇÃO PRINCIPAL

3.1. Acção sobre Contrato de Concessão

A referência à acção principal como denominação processual das diversas acções sobre o contrato de concessão tem razão de ser pela lógica sistemática seguida pelo nosso legislador, conforme demonstramos acima. A acção principal se enquadra perfeitamente naquilo que o legislador denomina por meio processual administrativo ou contencioso adequado, nos termos do nº 2 do artigo 144 da Lei 7/2014.

A essência da provisoriedade da Intimação tem a acção principal como causa, à excepção do que acima defendemos sobre a exclusividade legal da definitividade da decisão sobre a Intimação, bem como da doutrina e prática que fundamentam a possibilidade da decisão ser definitiva em razão da vontade dos intervenientes processuais do processo de Intimação. Esta provisoriedade cuja sede legal é o artigo 146, encontra no artigo 148 um “camarada de ideologia” que içe a bandeira do meio processual (acção principal), como condição essencial da vida útil da decisão que recaia sobre a Intimação.

A acção sobre o contrato de concessão visa dirimir litígios sobre a formação, interpretação, validade, execução dos contratos respectivos, bem como sobre a responsabilidade civil contratual, conforme resulta do artigo 115 da Lei 7/2014. Esta base legal não faz alusão expressa ao contrato de concessão, mas tão-somente ao contrato administrativo. O contrato de concessão é contrato administrativo nominado, daí que a regulação de acções sobre contratos administrativos padroniza todas as acções sobre contratos, desde que os mesmos sejam administrativos. O critério de distinção das acções que o legislador seguiu está associado com a estrita pretensão do autor, daí, interpretação, validade e execução. De acordo a natureza da pretensão, o autor há-de interpor acção porque o nível do prejuízo se situa na matéria da interpretação, num vício do contrato, vício esse cuja gravidade possa invalidar parcial ou totalmente o contrato. Ainda, a propositura da acção pode ter como fonte um acto que cause prejuízo no âmbito da execução do contrato.

3.1.1. Acção sobre validade total ou parcial do contrato de concessão

Este tipo de acção será proposta por acto cujo efeito possa provocar a invalidar total ou parcial do contrato. Na causa de pedir, pode-se encontrar argumentos que constituam violação de regras de fundo por parte do réu. O pedido terá como base e fundamento, a preterição de pressupostos contratuais inerentes às linhas da sua formação. A título exemplificativo, seria eficaz para efeitos de arguir a nulidade parcial do contrato de concessão, a violação do dever de proceder à construção, manutenção e reparação das infra-estruturas

3.1.2. Acção sobre a execução do contrato de concessão

A acção sobre a execução do contrato de concessão reporta-se à demanda que se pode impulsionar contra o responsável pela ingerência em esfera jurídica alheia, através deste meio processual contencioso (acção sobre o contrato administrativo). Esta acção em particular será proposta por actos respeitantes ao

momento da prática da actividade que constitui objecto do contrato de concessão. Podemos assumir que a actuação lesiva aos direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos coincide com o exercício da actividade para a qual o contrato de concessão tenha sido celebrado, sem o prejuízo de ser respeitante à matéria da execução do contrato sob ponto de vista das normas inerentes à execução do contrato. Em caso de incumprimento, qualquer decisão que recair sobre qualquer das acções deste capítulo não é automaticamente necessita de outro meio processual sobre o qual não nos ocupamos neste trabalho.

Conclusões

O figurino da legitimidade adoptado pelo legislador processual administrativo contencioso moçambicano não se mostra adequado à maioria dos meios contenciosos regulados pela lei 7/2014, visto que o conceito de legitimidade do artigo 44 reporta-se ao recurso contencioso, como se de um padrão de tutela jurisdicional efectiva se tratasse na justiça administrativa. Nada obsta a que se recorra ao conceito legal de legitimidade que emana da lei processual civil comum, a título supletivo, pois assim nos permite o artigo 2 da Lei 7/2014. Este exercício pode ser realizado sempre que se demonstre que o recurso à lei supletiva não ofende a essência ou natureza do Direito Processual Administrativo Contencioso⁵⁸.

A celebração de contrato de concessão configura-se bilateral, mas em termos mais minuciosos, manifesta um carácter tripartido que confere legitimidade a um terceiro que não figura na celebração do contrato. Trata-se do consumidor a quem a ordem jurídica confere prerrogativas processuais para desencadear o impulso contencioso, através do alargamento da relação jurídica administrativa.

O processo de intimação para adopção ou abstenção de certa conduta, contrariamente ao que acontece noutros ordenamentos jurídicos, ao exemplo do português, não é uma acção. É um meio processual acessório com a natureza idêntica à das providências cautelares. Na sua essência, tem carácter provisório e visa a neutralização do periculum in mora, do perigo de inutilidade da sentença final que a inevitável lentidão do processo judicial pode trazer⁵⁹. Através do processo de Intimação, pode-se obter tutela antecipatória, na medida em que o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido principal (meio processual ou contencioso adequado), desde que, haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação⁶⁰.

Os chamados meios processuais ou contenciosos adequados, anunciados nos artigos 144 n° 2, 146 e 148 da Lei 7/2014, coincidem com as acções sobre contratos administrativos previstas no artigo 115 da mesma lei. Estas acções administrativas, que no nosso caso são as acções sobre o contrato de concessão, são processos de natureza declarativa e necessitarão da acção executiva, prevista nos artigos 187 e seguintes da Lei 7/2014, em caso de incumprimento voluntário do condenado no processo declarativo.

58 Gilles Cistac, *Direito Processual Administrativo Contencioso, Teoria e Prática*, Vol. I, Introdução, Escolar Editora, Maputo, 2010, p. 32.

59 Ana GOUVEIA MARTINS, *A Tutela Cautelar no Contencioso administrativo (Em Especial, nos Procedimentos de Formação dos Contratos)*, Coimbra editora, 2005, p. 36.

60 Isabel Celeste Monteiro da FONSECA, em *PROCESSO TEMPORALMENTE JUSTO E URGÊNCIA – Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa*, Coimbra Editora, 2009, pag. 568,

Bibliografia

Doutrina

- Adriana Fasolo Pirali Scheleder, Significado Constitucional do Acesso à Justiça – O Mais Básico dos Direitos Humanos, Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.
- Ana Leonor da Silva Magalhães Carvalho, A Não Denegação do Direito de Acesso à Justiça em Virtude da Insuficiência de Meios Económicos – Direito de Primeira ou Segunda Geração?, (Dissertação de Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2012.
- Alexandra LEITÃO, A Protecção Judicial de Terceiros nos Contratos da Administração Pública, I, Coimbra, 2006.
- Alfredo CHAMBULE, As Garantias dos Particulares, Imprensa Universitária, UEM, Maputo, 2002.
- Ana GOUVEIA MARTINS, A Tutela Cautelar no Contencioso administrativo (Em Especial, nos Procedimentos de Formação dos Contratos), Coimbra editora, 2005.
- Ana Raquel GONÇALVES MONIZ at all, Temas de Direito da Energia – Cadernos de Direito nº 2, Almedina, Coimbra, 2008.
- Carla AMADO GOMES, Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente, Edição Digital, e-book, Lisboa, 2012.
- Carlos Alberto FERNANDES CADILHA, Dicionário de Contencioso Administrativo, Almedina, Coimbra, 2006.
- Carlos Mondlane, Código de Processo Civil Anotado e Comentado, Escolar Editora, Maputo, 2014.
- Diogo Freitas do Amaral, Estudos de Direito Público e Matérias Afins, Vol. II, Lisboa, Almedina, 2004.
- Diogo Freitas do Amaral, Direito Administrativo, Lições Policopiadas, Vol. III, 1985.
- Gilles CISTAC, Direito Processual Administrativo Contencioso, Vol. I, Escolar Editora, Maputo, 2010.
- Isabel Celeste MONTEIRO DA FONSECA, O Processo Temporalmente Justo e Urgência – Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa, Coimbra Editora, 2009.
- José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, Justiça Administrativa (Lições), 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 1999.
- Luís CABRAL DE MONCADA, A Relação Jurídica Administrativa – Para um novo paradigma de compreensão da actividade, da organização e do contencioso administrativo, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

- Joana Catarina NETO DOS ANJOS, Litígios Entre os Concessionários do Serviço Público de Abastecimento de Água e os Consumidores – Questão da Jurisdição Competente, Coimbra, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, www.cedipre.fd.uc.pt
- João JOSÉ PASCOAL, Acção Popular – Um vazio prejudicial à protecção costeira Jornal SALAMA, Pensamentos e Reflexões, pág 11, Edição nº 1, Nacala-Porto, 02 de Outubro de 2015.
- José LEBRE DE FREITAS et al, Código de Processo Civil Anotado, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- Marcello CAETANO, Fundamentos e Princípios do Direito Administrativo, Almedina, Coimbra, 2003.
- Manuel DE ANDRADE, Noções Elementares de Processo Civil, Coimbra Editora, Coimbra, 1979.
- Manuel Pereira Barrocas, Manual de Arbitragem, 2ª Edição, Almedida, Lisboa, 2013.
- Maria Sofia Costa Torres, Providencias Cautelares – Novo Paradigma: O Problema do Regime da Inversão do Contencioso, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do 2º ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses, Coimbra, 2015
- Miguel PRATA ROQUE, Direito Processual Administrativo Europeu – A convergência dinâmica no espaço europeu de justiça administrativa, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- Miguel TEIXEIRA DE SOUSA, Estudos sobre o novo Processo Civil, Lex, Lisboa, 1997.
- Pedro Gonçalves, A Concessão de Serviços Públicos, Almedina, 1999.
- Pires DE LIMA e Antunes VARELA, Código Civil Anotado, Volume I, 4ª Edição Revista e Actualizada Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- Rui Pinto, Notas ao Código de Processo Civil, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- Rui Pinto, A Questão de Mérito na Questão Cautelar, (Tese de Doutoramento em Ciências Jurídicas – Direito Processual Civil), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa. 2007, (versão electrónica).
- Sofia DAVID, Das Intimações – Considerações Sobre Uma (Nova) Tutela de Urgência no Código de Processo nos Tribunais Administrativos, Almedina, Coimbra, 2005.
- Vasco PEREIRA DA SILVA, Para um Contencioso Administrativo dos Particulares, Almedina, Coimbra, 2005.

Legislação Nacional

- Código de Processo Civil.
- Constituição da República de Moçambique.
- Decreto n° 15/2010, de 24 de Maio, que aprova o Regulamento de Contratação de Empreitada de Obras Públicas, Fornecimento de Bens e Prestação de Serviços ao Estado.
- Decreto 8/2000, de 20 de Abril (Regulamento das Concessões de Energia Eléctrica).
- Lei 7/2014, de 28 de Fevereiro (Procedimentos atinentes ao Processo Administrativo Contencioso).
- Lei 24/2013, de 01 de Novembro (Concernente ao melhoramento do controlo da legalidade dos actos administrativos, bem como a legalidade das receitas e despesas públicas e revoga a Lei 25/2009, de 28 de Setembro).
- Lei n° 22/2009, de 28 de Setembro (Lei de Defesa do Consumidor).

Legislação Estrangeira:

- Decreto-Lei n° 4-A/96, de 25 de Abril, que aprova o Regulamento do Processo Contencioso Administrativo de Angola.
- Código do Processo dos Tribunais Administrativos, de Portugal.
- Code de Justice Administrative, da França.

A fiscalização preventiva
da constitucionalidade:
objecto e efeitos

Pedro Alexandre Lopes Tamele

A fiscalização preventiva da constitucionalidade: objecto e efeitos

Pedro Alexandre Lopes Tamele ¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. ÂMBITO E OBJECTO; 1.1. Supremacia normativa da constituição; 1.2. Conselho Constitucional (breve caracterização); 1.3. Objecto de fiscalização preventiva: actos normativos; 1.4. Exclusão dos actos políticos, dos actos administrativos, das decisões jurisdicionais e dos actos jurídicos-privados; 1.5. A fiscalização preventiva na constituição de 1990: a Deliberação n.º 12/ Conselho Constitucional/2003 de 23 de Dezembro; 2. FISCALIZAÇÃO PREVENTIVA; 2.1. Competência; 2.2. Legitimidade; 2.3. Pressupostos processuais; 3. EFEITOS; 3.1. Decisões de inconstitucionalidade; 3.2. Veto; 3.3. Devolução para reexame; 3.4. Reexame para expurgação?; 3.5. Obrigação de promulgação e publicação da lei reexaminada?; 3.6. Nova apreciação preventiva de constitucionalidade?; 3.7. Soluções possíveis; CONCLUSÃO; BIBLIOGRAFIA.

INTRODUÇÃO

Propomo-nos analisar o tema da fiscalização preventiva da constitucionalidade das normas constitucionais e os efeitos decorrentes da pronúncia ou não da inconstitucionalidade. Trata-se de um tema que, não obstante a sua indiscutível importância prática, não tem sido alvo da particular atenção da doutrina nacional como uma das formas de garantia jurisdicional da Constituição.

As questões para as quais buscamos respostas podem enunciar-se nos seguintes termos: quando o diploma vetado é devolvido à Assembleia da República, o reexame é para expurgação? Supondo que a lei vetada é expurgada ou então confirmada por este órgão legiferante, há obrigatoriedade da sua promulgação e publicação?

Neste estágio da investigação, há que admitir que a resposta às questões levantadas possam ser positivas ou negativas. Contudo, sendo a resposta negativa, dela decorrerá imediatamente um novo problema. Com efeito, se se admitir que não há obrigação da promulgação e publicação, poderá ou não o Presidente

¹ Advogado e Docente na Universidade Zambeze na Cidade da Beira (Moçambique). Exerce advocacia há cerca de 12 anos, estando devidamente inscrito na Ordem dos Advogados de Moçambique com a Carteira Profissional n.º 496.

da República suscitar nova apreciação preventiva da constitucionalidade da lei reexaminada? Quais as soluções possíveis?

Vamos proceder ao estudo das questões acima. E, para melhor desenvolvimento do raciocínio, dividiremos esse estudo em três partes principais:

- i. *Âmbito e objecto da fiscalização preventiva da constitucionalidade;*
- ii. *A fiscalização preventiva da constitucionalidade;*
- iii. *Efeitos das decisões de inconstitucionalidade.*

Em primeiro lugar, descreveremos o âmbito e objecto da fiscalização preventiva da constitucionalidade. Em segundo lugar, ocupar-nos-emos da fiscalização preventiva da constitucionalidade. Por último, trataremos dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade.

Na maioria das temáticas a abordar colocaremos em evidência as questões que se levantam na doutrina e outras que forem pertinentes invocar, e procurar-se-á, sempre que possível, dar respostas ou apresentar as soluções que se afigurem mais ajustadas.

Utilizaremos a Constituição da República de Moçambique de 2004 (doravante CRM), a Lei Orgânica do Conselho Constitucional e o Regimento da Assembleia da República como meios para alcançar os fins que almejamos com o presente estudo.

1. ÂMBITO E OBJECTO

1.1. Supremacia normativa da Constituição e a garantia da constitucionalidade

A Constituição é a mais elevada expressão jurídica da soberania do povo e de uma nação. É o instrumento jurídico mais estável para a conservação do Estado de Direito Democrático. Daí esta realidade jurídica significar a submissão de todos os cidadãos e dos próprios titulares dos órgãos do Estado ao Direito², à lei, restaurando, em última instância, à submissão à Magna Lei.

A Grande Carta é a lei fundamental, o meio mediante o qual uma sociedade se organiza e restringe actos ou exige prestações estatais, quer prescrevendo direitos, deveres e garantias, quer conferindo o fundamento de validade de todas as leis e actos normativos³.

2 Segundo a norma do n.º 3, primeira parte, do artigo 2.º da Constituição da República de Moçambique de 2004: “ (...) o Estado subordina-se à Constituição (...)”

3 Magna Carta, em latim, é um documento de 1215 que limitou o poder dos monarcas da Inglaterra, especialmente o do rei João, que o assinou, impedindo assim o exercício do poder absoluto. Resultou de desentendimentos entre João, o Papa e os barões ingleses acerca das prerrogativas do soberano. Segundo os termos da Carta Magna, João deveria renunciar a certos direitos e respeitar determinados procedimentos legais, bem como reconhecer que a vontade do rei estaria sujeita à lei. Considera-se a Magna Carta o primeiro capítulo de um longo processo histórico que levaria ao surgimento do constitucionalismo. Cfr. Carta Magna de 1215 criou condições para liberdades e direitos civis. Disponível em: «<http://www.dw.com/pt/carta-magna-de-1215-criou-condições-para-liberdades-e-direitos-civis/a-4213323>». Consultado em 22.12.2015.

Neste contexto, e segundo explica o Prof. GOMES CANOTILHO, a constituição hodierna é “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”⁴.

Os preceitos ou normas que a integram, em razão de suas características e objectivos, acham-se num grau hierárquico supremo face a todas as demais normas jurídicas que compõem determinado ordenamento jurídico.

Desta forma, a Constituição encontra-se no ápice do sistema jurídico de qualquer nação, nela se encontrando a própria estrutura e as normas fundamentais do Estado que a acolhe.

A supremacia da Constituição é a especial característica que lhe confere predominância sobre as demais normas jurídicas, subordinando-as aos seus comandos.

É justamente tal qualidade de supremacia que atribui à determinada norma jurídica a denominação de lei constitucional ou preceito constitucional.

Sendo assim, todas as normas devem adequar-se aos parâmetros constitucionais, sob pena de resultarem inconstitucionais e não poderem pertencer ao ordenamento jurídico vigente⁵.

Isto é, o sistema jurídico que se apresenta nessa estrutura escalonada tendo em seu vértice a Constituição, deve ser coerente e racional. Qualquer conflito ou contradição que agrida o postulado da primazia da Carta Magna viola pelo menos um princípio essencial, o da Supremacia da Constituição, comprometendo assim a harmonia do ordenamento jurídico.

Desde logo, a compreensão da Constituição como lei fundamental implica o reconhecimento da supremacia na ordem jurídica, bem como a existência de mecanismos suficientes para garanti-la juridicamente contra agressões. Para assegurar tal supremacia, necessário se mostra um controlo sobre as leis e os actos normativos, o denominado controlo de constitucionalidade.

Controlar a Constituição significa impedir a eficácia de normas contrárias à Constituição e, para tanto, a defesa da Carta Maior pressupõe a existência de garantias e institutos destinados a assegurar a observância, a aplicação, a estabilidade e a conservação das suas normas.

A ideia de controlo está intimamente conexas à de rigidez constitucional, como é o caso de Moçambique (artigo 293.º da CRM)⁶. Somente em constituições rígidas, em relação às quais se entende que nenhum acto normativo delas decorrentes pode modificá-las, é possível verificar-se a superioridade da norma constitucional em face das demais normas.

O controlo de constitucionalidade é definido como o acto de submeter à verificação de compatibilidade normas de um determinado ordenamento jurídico com os comandos do parâmetro constitucional em vigor,

4 CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 2003, p. 52.

5 O n.º 4 do artigo 2.º da Constituição da República de Moçambique de 2004 consagra a prevalência das normas constitucionais sobre todas as demais normas do nosso ordenamento jurídico.

6 MACIE, Albano, *Direito do Processo Parlamentar Moçambicano*, Maputo, Escolar Editora, 2012, p. 79.

formal e materialmente, retirando do sistema jurídico (tornando nulo ou anulado) aquelas que com elas forem inconciliáveis.

Assim, o controlo de constitucionalidade caracteriza-se como a concretização e um desenvolvimento do direito constitucional, mediante a fiscalização da observância e cumprimento das normas e princípios vigentes. Tal assertiva propicia a percepção de que os actos normativos devem ser subordinados, formal, procedimental, e substancialmente, ao parâmetro constitucional.

Portanto, de nada adiantaria a existência da soberania constitucional se não fosse realizado um sistema eficiente de defesa da Constituição, para que ela prevalecesse sempre soberana diante das leis e de outros actos normativos que eventualmente a contrariasse.

Para tal, o controlo de constitucionalidade é o principal mecanismo, o meio de reacção mais eficiente nos países de Constituição rígida. Por ele é possível garantir a unidade e eliminar os factores de desarmonia, que são as leis e actos normativos que se opõem à lei fundamental, conflituando com os seus princípios e demais normas. Vale dizer ainda, com o Prof. GOMES CANOTILHO, “à ideia de controlo anda geralmente associado um pensamento negativo: o juiz ordinário controla a constitucionalidade dos actos normativos, *desaplicando* as normas eventualmente não conformes com a constituição; o Tribunal Constitucional «controla» a legitimidade constitucional, *anulando* os actos legislativos contrários à lei fundamental. Se não se pode contestar que o princípio da *judicial review* reconhece apenas aos tribunais o poder de constatar a nulidade de uma norma legal contrária à constituição e desaplica-la no caso concreto, e que o controlo concentrado abstrato é fundamentalmente uma «legislação negativa» eliminadora das normas não compatíveis com a constituição, nem por isso se pode deixar de reconhecer constituir a tarefa de controlo também uma tarefa de **concretização e desenvolvimento constitucional**”⁷.

Quais então os sistemas existentes na Teoria Constitucional para a concretização da garantia da constituição?

Existem dois: o controlo (ou fiscalização) político e o jurisdicional.

O controlo da constitucionalidade define-se pelo comportamento, positivo ou negativo, sujeito a apreciação em face da Constituição⁸.

A fiscalização política é aquela que é exercida pelos órgãos políticos, *verbi gratia* o Presidente da Assembleia da República e os Deputados da Assembleia da República (alíneas b] e c] do n.º 2 do artigo 245.º da CRM), os quais não detêm garantias de independência, caracterizando-se como preventivo e discricionário.

Em contrapartida, a fiscalização jurisdicional é exercida por órgãos detentores de garantias de independência, como o Poder Judiciário, os quais não participam na criação das leis, mas agem por força da lei e de forma definitiva e com pouca discricionariedade.

7 CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional ... ob. cit.*, p. 891.

8 MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional – Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*, Tomo VI, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

A fiscalização jurisdicional pode tanto ser difusa como concentrada; enquanto a fiscalização política é (ou tende a ser) sempre concentrada⁹.

A fiscalização difusa ocorre quando (todos) os tribunais judiciais ou comuns recebem o poder do conhecimento da inconstitucionalidade, sendo caracterizada por ser concreta, de modo predominante subjectiva e incidental, e as decisões do tribunal esgotarem-se no caso concreto, com eficácia *inter partes*.

Quanto à fiscalização concentrada compete a um só órgão (ou eventualmente a um número reduzido de órgãos) e é efectuada por via de acção ou de recurso. Esta modalidade de fiscalização é, em regra, abstracta, objectiva e principal, sendo que as decisões desta tipologia de fiscalização podem ser tanto de efeitos *erga omnes*, como (quando seja ainda concentrada e subjectiva) *inter partes*. Entretanto, no plano meramente teórico nada obsta que seja exercida por órgãos não jurisdicionais. Isto é, ela pode ser confiada quer a um órgão jurisdicional, quer a um órgão político.

No que respeita ao tempo de controlo ou à sua relação com a formação dos comportamentos ou actos, a fiscalização pode ser preventiva ou sucessiva.

É preventiva a que se exerce mediante petição do Presidente da República dirigida ao Conselho Constitucional, referente a qualquer diploma que lhe tenha sido submetido para promulgação, nos termos do artigo 54 da Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto. É sucessiva a que incide sobre leis e demais actos normativos dos órgãos do Estado, em qualquer momento da sua vigência.

Compete ao Conselho Constitucional o controlo da constitucionalidade das normas e da legalidade das leis, sendo a última jurisdição de decisão, e juízo obrigatório no julgamento de recurso de decisões de inconstitucionalidade e de ilegalidade, e, em fiscalização abstracta sucessiva, como o único órgão do poder judiciário com competência para declarar a inconstitucionalidade de actos normativos com força obrigatória geral.

Assim, cabe ao Conselho Constitucional, de modo primacial, avaliar a inconstitucionalidade das normas e a ilegalidade de leis, constituindo a sua competência central.

1.2 Conselho Constitucional: natureza e competências

O Conselho Constitucional moçambicano, pese embora não exibir a denominação de Tribunal, é um órgão de carácter jurisdicional porque exerce uma função equiparável à dos outros tribunais, ainda assim com funções específicas e com uma estrutura orgânica própria, relativa à sua composição e designação dos seus juizes, que é distinto do quadro e procedimento comum de designação dos juizes dos restantes tribunais. Aliás, a natureza jurisdicional do Conselho Constitucional é expressamente referida no n.º 1 do artigo 241.º da CRM, que o define como “órgão ao qual compete especialmente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional.”

9 A doutrina revela a existência de eventual fiscalização administrativa, a que é exercida pelos órgãos administrativos, a existir é sempre difusa. Cfr. MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito ... ob. cit.*, p.p. 55-56.

Trata-se de um órgão situado no topo da hierarquia dos tribunais, uma vez que as suas decisões são irrecorríveis para qualquer outro tribunal. Parece que a nossa Constituição, entretanto, tornou o Conselho Constitucional independente dos restantes tribunais, através da inclusão das disposições que lhe dizem respeito em Títulos diferentes dos dos tribunais que integram o poder judiciário¹⁰. No entanto, das decisões deste órgão de justiça constitucional não há recurso para qualquer outro tribunal. Daí o Conselho Constitucional puder ser considerado, ao menos sob perspectiva funcional, como situado no topo da hierarquia dos tribunais¹¹.

Além do mais, o Conselho Constitucional é o órgão que se encontra em posição mais elevada no julgamento de matérias de natureza jurídico-constitucional, podendo ser considerado o mais alto intérprete da Constituição, uma vez ser o único órgão com competência para interpretar as normas constitucionais.

Para além de avaliar e declarar a inconstitucionalidade das leis e a legalidade de actos normativos do Estado, várias outras competências são constitucionalmente atribuídas ao Conselho Constitucional, como sejam: a de verificar preventivamente a constitucionalidade dos referendos; dirimir conflitos de competência entre órgãos de soberania; verificar os requisitos legais exigidos para as candidaturas a Presidente da República; declarar a incapacidade permanente do Presidente da República; verificar a morte e perda de mandato do Presidente da República; apreciar, em último lugar, os recursos e as reclamações eleitorais; validar e proclamar os resultados eleitorais nos termos da lei; decidir, em última instância, a legalidade da constituição de partidos políticos e suas coligações, bem como apreciar a legalidade das suas denominações, siglas, símbolos e ordenar a respectiva extinção nos termos da Constituição e da lei; julgar as acções de impugnação de eleições e de deliberação dos órgãos de partidos políticos; julgar as acções que tenham por objecto o contencioso relativo ao mandato dos deputados; julgar as acções que tenham por objecto as incompatibilidades previstas na Constituição e na lei. Cabe igualmente ao Conselho Constitucional receber e fiscalizar, nos termos da lei, as declarações sobre incompatibilidades, património e rendimento dos dirigentes superiores do Estado e titulares de cargos governativos¹².

No quadro das competências nucleares do Conselho Constitucional destaca-se, em primeiro lugar, a competência para fiscalizar a constitucionalidade de normas jurídicas de forma abstracta (quer a título preventivo quer a título sucessivo) e de forma concreta – através de recursos para si submetidos das decisões dos outros tribunais que recusem a aplicação de qualquer norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo ou norma que tenha sido julgada inconstitucional pelo Conselho Constitucional. Em segundo lugar, a competência para avaliar e verificar o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais – a denominada inconstitucionalidade por omissão. E, em terceiro lugar, a competência para fiscalizar, por via abstracta ou por via concreta ou incidental, certas formas de ilegalidade de normas jurídicas¹³.

10 O Conselho Constitucional não integra a estrutura do poder judicial, como facilmente se depreende da norma do artigo 223.º (espécies de tribunais) da CRM.

11 Os acórdãos do Conselho Constitucional são insusceptíveis de recurso e prevalecem sobre outras decisões – artigo 248.º, n.º 1, *in fine*, da CRM.

12 Vide as disposições do artigo 244.º combinadas com a do n.º 3 do artigo 6 da Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto – Lei Orgânica do Conselho Constitucional.

13 Inconstitucionalidade e ilegalidade são, ambas, violações de normas jurídicas por actos do poder. Elas ocorrem sempre

Tais como “as leis de procedimento agravado (leis orgânicas bem como as normas legais aprovadas por maioria de dois terços) e leis materialmente interpostas (nomeadamente as leis-pressuposto de outras) nada têm em comum entre si, senão facto de serem erigidas a padrão se controlo da legalidade de outras leis que as desrespeitem, valendo a expressão «lei de valor reforçado» como sinónimo desse estatuto padronizador”¹⁴.

1.3. Objecto de fiscalização preventiva: actos normativos

Os actos normativos caracterizam-se pela concorrência das notas da generalidade e da abstracção. A primeira traduz-se na indeterminação dos respectivos destinatários, que não são identificados no respectivo texto, já a segunda implica que o comando não se esgote num único acto de aplicação, e seja, antes, susceptível de ser aplicado a um número indeterminado de casos¹⁵.

Ao acto geral e abstrato contrapõe-se o acto individual – que se aplica a pessoa ou pessoas determinadas – concreto – que se aplica apenas numa situação concreta determinada –, sendo estas duas perspectivas que caracterizam o conceito de acto administrativo¹⁶.

Em regra, a generalidade e a abstracção são as duas notas típicas definidoras de uma norma jurídica em sentido material, e necessários (entre outros critérios) na distinção entre regulamentos e actos administrativos. No entanto, alguns actos do poder político que contenham regras de conduta são também aceites como norma para efeitos de fiscalização da constitucionalidade, pois o conceito de norma é tomado em duplo sentido: por um lado, normas são disposições constantes de actos legislativos, qualquer que seja o seu conteúdo; e por outro, normas são as disposições de natureza geral e abstracta, qualquer que seja a sua forma¹⁷.

O artigo 143.º da CRM estabelece o seguinte:

1. *São actos legislativos as leis e os decretos-leis.*
2. *Os actos da Assembleia da República revestem a forma de leis, moções e resoluções.*
3. *Os decretos-leis são actos legislativos, aprovados pelo Conselho de ministros, mediante autorização da Assembleia da República.*

que o poder viola a Constituição, a lei, ou qualquer outra norma por si emanada e que o vincula. A distinção patente entre a inconstitucionalidade e a ilegalidade encontra-se na qualidade dos preceitos infringidos, sendo, por um lado, a violação de normas formalmente constitucionais considerada de inconstitucionalidade e, por outro, a ofensa de normas contidas em lei ordinária ou dela emanada reputada ilegalidade. Isto é, se a norma delimita pressupostos, elementos, requisitos for a Constituição, o acto reputar-se-á inconstitucional em caso de desconformidade; e se tais comportamentos forem contrários a uma lei não constitucional, estamos ante uma ilegalidade. Cfr. MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito ... op. cit.*, p.p. 22-24.

14 MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional. Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*, Tomo I, Coimbra Editora, 2002, p. 418.

15 ALMEIDA, Mário Aroso, CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, artigo 72, nota 4, Almedina, 2007, p. 435.

16 *Ibidem*, p. 435.

17 MEDEIROS, Rui, *A Decisão de Inconstitucionalidade. Os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei*, Universidade Católica Editora, 1999, p. 94.

4. *Os actos regulamentares do Governo revestem a forma de Decreto, quer quando determinados por lei regulamentar, quer no caso de regulamentos autónomos.*
5. *Os actos do Governador do Banco de Moçambique, no exercício das suas competências, revestem a forma de Aviso.*

O título do artigo acima enunciado refere ao acto normativo, para logo de seguida no seu n.º 1 aludir aos actos legislativos. Ora, percebendo a noção de acto legislativo, levantar-se-á a questão de saber o que é um acto normativo. Será que todos os actos consagrados no enunciado artigo constituem normas?

Entendemos ser pacífico que o acto normativo não só está previsto no artigo 143.º da CRM. Pois, da leitura do artigo 158.º desta lei fundamental, se conclui que *“os actos normativos do Presidente da República assumem a forma de Decreto Presidencial e as demais decisões revestem a forma de despacho e são publicados no Boletim da República.”*

Assim, pensamos que o artigo 143.º deveria trazer uma definição inequívoca de acto normativo e uma indicação igualmente perceptível dos diversos tipos de actos; não se percebendo a razão da inexistência dos preceitos emanados do Presidente da República no artigo em questão.

Segundo o n.º 1 do artigo 245.º da CRM, o Conselho Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade das leis e ilegalidade dos demais actos normativos dos órgãos do Estado, em qualquer momento da sua vigência.

Ao assumirmos que as leis são actos normativos, pela definição do artigo 143.º, teríamos actos legislativos (leis e decretos-lei); actos normativos; e ainda outros actos normativos. Deste modo, numa única estrutura, parece que teríamos primeiro os actos normativos, que englobam os actos legislativos que seriam compostos por leis e decretos-lei, e ainda outros actos normativos mesmo não se percebendo de feição que outros actos seriam estes.

No Ordenamento Constitucional Português, o objecto não é apenas composto pelas normas, mas todas as normas, independentemente da sua natureza, da sua forma, da sua fonte e da sua hierarquia. Por conseguinte, o susodito objecto abrange todos os actos jurídico-normativos vigentes no ordenamento jurídico português. Abarca, pois, os chamados actos normativos secundários e terciários, tais como regulamentos e despachos normativos.

Naquela Ordem Jurídica coloca-se igualmente a questão fundamental de saber em que consiste uma norma ou um acto normativo para efeitos do controlo da constitucionalidade.

A qualificação de norma não depende de qualquer forma (lei, regulamento) específica, mas da sua qualidade jurídica, isto é, da sua natureza material. Este requisito ou qualidade jurídico-material reconduz à ideia de norma como padrão de comportamento e norma como acto criador de regras jurídicas para a decisão de conflitos.

Por causa da caracterização material das normas como padrões e regras, excluem-se do conceito de acto normativo os actos concretos de aplicação dos mesmos – *verbi gratia* sentenças judiciais, actos administrativos, como se demonstrará na temática seguinte.

A norma, para valer como norma juridicamente vinculante, deve ser criada por um poder normativo legitimado para criar padrões de comportamento e regras de decisão de conflitos.

No quadro do conceito de norma para efeitos da sua submissão ao controlo da justiça constitucional, a jurisprudência constitucional portuguesa adoptou um conceito funcional de norma, supondo, esse conceito funcional, que a mesma norma seja oriunda de uma manifestação de autoridade pública; se encontre investida num poder de eficácia externa¹⁸.

Neste contexto, a noção de norma jurídica abarca qualquer acto do poder público que contiver uma regra de conduta para os particulares ou para a administração, sendo que este conceito formal e funcional de norma abrange somente os preceitos de natureza geral e abstracta, incluindo quaisquer normas públicas, de eficácia externa, independentemente do seu carácter geral e abstracto ou individual e concreto e, bem assim, de possuírem, nesta última situação, eficácia consumptiva (quando seja dispensável um acto de aplicação)¹⁹, a partir do momento em que se esteja ante um preceito de um acto normativo público (principalmente, lei ou regulamento), e não um acto administrativo propriamente dito, ou um acto político, ou uma decisão judicial.

Para que haja uma manifestação pública de autoridade é imperioso que o autor do acto normativo desenvolva imperiosamente a sua actividade normativa na prossecução do interesse público e, de igual modo, se posicione ante os destinatários dos seus comandos normativos numa situação de supra-ordenação.

Como facilmente se compreende, uma manifestação pública de autoridade não exige necessariamente que o autor da norma seja um órgão de uma entidade pública.

Assim posto, os actos normativos do Estado e das demais entidades públicas bem como entidades privadas, no desempenho de funções públicas, editam numa posição superior sobre terceiros normas jurídicas dotadas de eficácia externa, ficando assim preenchido dois pressupostos fundamentais à existência do sentido formal de norma jurídico-pública, para efeito do seu controlo constitucional.

A jurisprudência constitucional portuguesa admite que o Tribunal Constitucional possa igualmente conhecer as manifestações normativas decorrentes da atribuição de poderes ou funções públicas de autoridade a entes privados²⁰.

Por consequência do acima exposto, dúvidas não subsistem de que os actos normativos constituem objecto do controlo preventivo da constitucionalidade. Aliás, enuncia o n.º 1 do artigo 246.º da CRM que *“ao Presidente da República assiste a faculdade de requerer ao Conselho Constitucional a fiscalização prévia da constitucionalidade de qualquer diploma que lhe tenha sido submetido para promulgação.”*

18 Cfr., sobre esta problemática, o Acórdão n.º 156/88 de 22 de Outubro – DR, II Série, de 22 de Outubro de 1988; Acórdão n.º 179/93, de 15 de Junho – DR, II Série, de 25 de Junho de 1993; e Acórdão n.º 1058/96, de 16 de Outubro – DR, II Série, de 16 de Outubro, respectivamente.

19 CORREIA, Fernandes Alves, *Direito Constitucional. Justiça Constitucional*, Almedina, Coimbra, p. 69.

20 Cfr. Acórdão n.º 172/93 de 25 de Maio de 1995 – DR, Série II, de 24 de Maio de 1995.

Entretanto, os actos normativos objecto de fiscalização preventiva da constitucionalidade são ainda actos imperfeitos que carecem de eficácia jurídica. Pois a decisão do Conselho Constitucional sobre a constitucionalidade incide sobre projectos de actos normativos e não sobre normas que se encontram em vigor²¹.

Impõe-se então saber quais os diplomas sujeitos à promulgação pelo Presidente da República. Ou por outra, quais os diplomas normativos referidos no n.º 1 do artigo 246.º da CRM?

Pela interpretação dos comandos relativos aos actos normativos emanados dos poderes públicos, concluímos que todos os (projectos de) actos legislativos (ou leis constitucionais) da Assembleia da República são objecto do controlo preventivo da constitucionalidade. Já os decretos-leis, enquanto actos normativos do Governo, no uso de autorização legislativa concedida pelo parlamento, as designadas leis de autorização legislativa (artigos 180.º e 181.º da CRM), salvo melhor entendimento, não nos parece serem objecto de fiscalização preventiva da constitucionalidade pelos seguintes motivos: estes diplomas legais não são objecto de promulgação pelo Presidente da República, segundo dispõem as normas combinadas do n.º 3 do artigo 210.º e n.º 1 do artigo 246 da Constituição, bem assim o n.º 1 do artigo 54.º da Lei Orgânica do Conselho Constitucional – Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto²².

Aliás, não nos parece igualmente que os tratados e acordos internacionais possam estar sujeitos à verificação prévia da sua conformidade com a Lei Fundamental. Estes diplomas internacionais são pois ratificados pelas resoluções da Assembleia da República, assinados e mandados publicar pelo Presidente deste órgão legislativo²³. E, salvo melhor opinião, por não serem diplomas sujeitos à promulgação pelo Chefe do Estado, estão por isso imunes à modalidade de fiscalização preventiva da constitucionalidade.

Outra questão que julgamos pertinente tem que ver com a susceptibilidade ou não de controlo prévio das leis de revisão constitucional.

A Constituição apresenta uma contradição uma vez a alínea h) do n.º 1 do artigo 292.º consagrar a obrigatoriedade de fiscalização preventiva da constitucionalidade das leis constitucionais, por um lado. Não obstante, e por outro lado, o n.º 3 do artigo 295.º preceituar que o Presidente da República não pode recusar a promulgação da lei de revisão.

Sem nos debruçarmos com maior profundidade sobre o assunto, até porque não é o problema a que nos propusemos investigar, pensamos que o Presidente da República (em caso de dúvida acerca dos normativos referidos) deverá sempre suscitar o controlo prévio da constitucionalidade de uma lei de revisão constitucional que consagre, *verbi gratia*, a tortura ou a pena de morte. Posto que a garantia da justiça constitucional deve prevalecer e subsistir relativamente à supremacia dos órgãos de soberania.

21 CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional ... ob. cit.*, p. 901.

22 Neste sentido GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Direito Constitucional de Moçambique*, Lisboa/Maputo, 2015, p.549.

23 Somos de opinião que os tratados internacionais são celebrados pelo Presidente da República, no domínio das suas competências nas relações internacionais, e ratificados pela Assembleia da República. Já os acordos internacionais são celebrados e ratificados pelo Governo, cfr. os artigos 162.º/b, 179.º/2-t, 191.º/d e 204.º/1-g.

Além do mais, o Estado e os seus órgãos subordinam-se à Constituição – n.º 3, primeira parte, do artigo 2.º. Por esse motivo as leis constitucionais são, portanto, objecto deste tipo de fiscalização.

1.4. Exclusão dos actos políticos, dos actos administrativos, das decisões jurisdicionais e dos actos jurídico-privados

Estão igualmente arredados do controlo preventivo de constitucionalidade os actos políticos ou do Governo, enquanto actividade desenvolvida pelos órgãos do poder político do Estado com vista a realização dos objectivos que se lhes encontram constitucionalmente cometidos, a função política, do ponto de vista do Prof. MARCELO REBELO DE SOUSA, “ (...) traduz-se na definição e prossecução pelos órgãos do poder político dos interesses essenciais da colectividade, realizando, em cada momento, as opções para o efeito consideradas convenientes”²⁴.

Ou seja, actos que manifestam essencialmente “a sua eficácia e a imperatividade dos respectivos comandos no circuito interno das relações institucionais entre os órgãos do poder político, não projectando directamente as suas consequências jurídicas na esfera dos cidadãos”²⁵. Veja-se, *verbi gratia*, os decretos presidenciais de nomeação ou exoneração dos Reitores das Universidades Públicas ou do Ministro do pelouro das Finanças e todos os actos políticos de conteúdo não normativo.

O controlo possível é aquele que ocorre na Assembleia da República no quadro da competência geral de fiscalização desta relativamente aos actos dos órgãos que detém o poder público.

De igual modo, está fora do âmbito da fiscalização prévia da constitucionalidade os actos administrativos que não entrelaçam uma relação directa com a Constituição. Actos jurídico-públicos que não revestem carácter normativo. Sem contudo deixar de acentuar a admissão de fiscalização sucessiva da constitucionalidade de actos administrativos contidos em lei, situação que não tem (e nem terá) tratamento em sede do presente trabalho.

Em relação às decisões judiciais, importa referir que estamos perante a função jurisdicional do Estado que se traduz, na perspectiva do Prof. MARCELO REBELO DE SOUSA, “ (...) no julgamento de litígios, resultantes de conflitos de interesses privados, bem como a punição da violação da Constituição e das leis, através de órgãos entre si independentes, colocados numa posição de passividade e imparcialidade, e cujos titulares (os juízes) são inamovíveis e, em princípio, não podem ser sancionados pela forma como exercem a sua actividade”²⁶.

As decisões jurisdicionais em si mesmas são insusceptíveis de verificação preventiva da constitucionalidade, sendo os tribunais superiores competentes para a sua impugnação e em sede de recurso. Tal deve-se à circunstância de o ordenamento jurídico-constitucional moçambicano não prever o recurso de amparo ou queixa constitucional²⁷.

24 SOUSA, Marcelo Rebelo de, e Galvão, Sofia, *Introdução ao Estudo de Direito*, 4.ª edição, Lisboa, Publicações Europa-América, p. 30.

25 MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constit ...* ob. cit. p. 529.

26 SOUSA, Marcelo Rebelo de, e Galvão, Sofia, *Introdução ...*, ob. cit., p. 31.

27 No âmbito dos países de língua portuguesa, a Constituição de Cabo-Verde é a única a consagrar o recurso de amparo como instituto que especificamente se destina à tutela de direitos fundamentais. Cfr. III Assembleia da Conferência das Jurisdições

Estão igualmente excluídos do controlo prévio da constitucionalidade os actos jurídico-privados, aqueles que decorrem dos contratos e dos compromissos arbitrais; dos estatutos de associações, fundações, pactos sociais, regulamentos internos de pessoas colectivas privadas; e os que resultam da autonomia colectiva – contratos colectivos de trabalho²⁸.

No entanto, estão sob alçada da fiscalização de constitucionalidade (mas não na modalidade preventiva) as normas emanadas de sujeitos jurídico-privados no exercício de poderes públicos. É o que ocorre com os regulamentos emitidos por concessionários de obras ou serviços públicos.

2.5 A fiscalização preventiva na Constituição de 1990: a Deliberação n.º 12/ Conselho Constitucional/ 2003 de 23 de Dezembro

O Presidente da República é, nos termos do artigo 117.º da Constituição da República de 1990²⁹, o seu garante. Nessa qualidade, compete a este órgão de soberania participar, justamente, no sistema de fiscalização da constitucionalidade dos actos normativos, podendo requerer ao Conselho Constitucional a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, conforme consagra o artigo 183 da referida Constituição.

O Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República, o Primeiro-ministro e o Procurador-Geral da República, no contexto da fiscalização abstracta, têm legitimidade activa para suscitar o processo de declaração de inconstitucionalidade junto do Conselho Constitucional – artigo atrás indicado.

Com a revisão constitucional efectuada em 2004, o Presidente da República dedicou-se por duas vezes à iniciativa processual de fiscalização prévia da constitucionalidade das normas da Assembleia da República.

A primeira vez ocorreu no quadro do Processo n.º 1/96, quando o Presidente da República, ao abrigo das faculdades que lhe são conferidas pelos preceitos conjugados dos artigos 124.º e 183.º, alínea a), da Constituição de 1990, e no âmbito dos poderes de promulgação das leis, solicitou a verificação preventiva da constitucionalidade da famigerada Lei sobre os Feriados Nacionais nas datas de *Ide-UI-Fitre e Ide-UI-Adha*, dias de comemorações religiosas muçulmanas, aprovada pela Assembleia da República, no dia 4 de Maio de 1996; sendo que o Tribunal Supremo, que na ocasião exercia as competências do Conselho Constitucional, ao abrigo do disposto no artigo 208.º da Constituição, admitiu a fiscalização preventiva da constitucionalidade através da inconstitucionalidade material da aludida lei³⁰.

Constitucionais dos Países de Língua Oficial Portuguesa, Relatório Geral. *Jurisdição Constitucional e Protecção dos Direitos Fundamentais*, Coordenação Tribunal Constitucional de Angola, Benguela, 2014, p.p. 1-39. Disponível em: «http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfCooperacao_es_es/anexo/RelatorioCJCPLP.pdf». Consultado em 03.01.2016.

28 Em Portugal, há controvérsia sobre o controlo de constitucionalidade das convenções colectivas de trabalho. Neste sentido, as Secções do Tribunal Constitucional de Portugal adoptaram uma posição distinta sobre este tema, cfr. os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 172/93 e 214/94 – DR, II Série, de 18 de Junho de 1993 e de 19 de Julho de 1994, respectivamente. Aliás, para o Prof. Gomes Canotilho “os contratos ou acordos colectivos de trabalho têm um valor normativo pelo menos equivalente ao das portarias regulamentares (cfr. art. 57.º/4 da CRP). Como actos normativos, e na parte em que têm valor normativo, estão sujeitos ao controlo de constitucionalidade.” Cfr. CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional ... ob. cit.*, p. 937.

29 Publicada no Boletim da República n.º 44, I Série, suplemento, de 2 de Novembro de 1990.

30 NHATITIMA, Pedro Sinai, *A jurisdição constitucional moçambicana*, in AAVV, *Estudos de Direito Constitucional Moçambicano – Contributos para Reflexão*, Maputo, 2012, p.p. 44.

Na segunda vez, o Presidente da República, ao abrigo do disposto na alínea a) do artigo 183 da Constituição e na alínea a) do artigo 49 da Lei n.º 9/2003, de 22 de Outubro, solicitou ao Conselho Constitucional a verificação prévia da constitucionalidade da designada Lei de Combate à Corrupção, aprovada pela Assembleia da República, a 16 de Outubro de 2003, e que lhe foi submetida para promulgação, nos termos da disposição do artigo 24 da Constituição³¹.

Entretanto, aquele órgão de justiça constitucional declarou-se incompetente para decidir sobre o pedido de fiscalização preventiva de constitucionalidade da Lei de Combate à Corrupção, pelo facto de o texto constitucional não fazer nenhuma referência a este modo de controlo de constitucionalidade.

O Conselho Constitucional entendeu que “se o legislador constituinte quisesse introduzir a fiscalização preventiva da constitucionalidade, o deveria ter feito indicando expressamente o tipo ou tipos de diplomas que seriam objecto desse controlo e, ainda de forma genérica, os termos em que ela deveria ser feita, não deixando para a lei ordinária toda essa matéria – cfr. Deliberação n.º 12/CC/2003, de 23 de Dezembro”³².

Ademais, e de acordo com o mesmo órgão de justiça constitucional, a Constituição teria de indicar a entidade com legitimidade para requerer a verificação prévia da constitucionalidade sob pena de se perceber que é todos os sujeitos de pleno direito do artigo 183 que têm essa competência³³.

Trata-se de um raciocínio que coloca algumas dúvidas. Desde logo, sobre se a competência do Conselho Constitucional está expressa ou não na Constituição. De resto, sobre o lugar da Constituição onde legislador constituinte especificou os sujeitos com legitimidade para suscitar a fiscalização da constitucionalidade de normas. Questionando-se, nesta perspectiva, a *ratio essendi* da conclusão de que ao Presidente da República apenas compete o exercício da fiscalização sucessiva da constitucionalidade.

A Lei n.º 9/2003, de 22 de Outubro, revogada Lei Orgânica do Conselho Constitucional, pese embora conter referência expressa sobre fiscalização preventiva, não especifica a legitimidade dos órgãos na suscitação da verificação prévia da constitucionalidade, limitando-se à transcrição do conteúdo do artigo 183 da Constituição de 1990, por um lado.

Por outro lado, sendo o Presidente da República o garante da Constituição (jurou fazer respeitar a *lex suprema* – n.º 5 do artigo 125 da Constituição de 1990), não se percebe que seja negada a sua competência para assegurar o cumprimento da Constituição a título preventivo, violando-se materialmente esta *lex fundamentalis*, e colocando em causa a *ratio essendi* do sistema de governo no qual o Poder Executivo está concentrado nas mãos de uma única pessoa – o Presidente da República é Chefe do Estado e Chefe do Governo – artigo 171/1 e 3 da Constituição de 1990.

31 *Ibidem*, p. 45.

32 CONSELHO CONSTITUCIONAL, *Deliberações e Acórdãos do Conselho Constitucional*, Vol. I: 2003 a 2006, Centro de Formação Jurídica e Judiciária - Ministério da Justiça e Conselho Constitucional, Maputo, 2007, p.p. 36-42.

33 *Ibidem*, p. 42.

Não é de balde que o Tribunal Supremo, no momento da análise da Lei dos Feriados Nacionais, contrariamente à posição assumida posteriormente pelo Conselho Constitucional na Deliberação n.º 12/CC/2003, admite ser justo que o Presidente da República suscite ao Conselho Constitucional a fiscalização prévia da constitucionalidade das leis, ao abrigo da alínea a) do artigo 183.º da Constituição. Já que “não se compreenderia que o Presidente da República, a quem compete promulgar leis nos termos da consagração do n.º 1 do artigo 124.º da Constituição, quando elas suscitassem dúvidas quanto à sua constitucionalidade, se visse na possibilidade de, primeiro, promulgar para, só depois, vir a suscitar a declaração de inconstitucionalidade das mesmas”³⁴.

Somos de opinião que o argumento acima é mais aceitável, visto que a solução versada pelo Conselho Constitucional impossibilita o exercício efectivo da função legislativa (competência de promulgar e vetar as leis – n.º 1, 3 e 4 do artigo 124) e jurisdicional (intervenção na fiscalização da constitucionalidade dos actos jurídico-públicos – artigo 183) do Presidente da República consagrada pela Constituição de 1990; situação que não garantiria os equilíbrios constitucionais entre os diferentes poderes do Estado.

3. Fiscalização preventiva da constitucionalidade

A fiscalização preventiva ou controlo abstracto prévio (ou ainda controlo preventivo) é o processo de controlo da constitucionalidade e da legalidade que tem por objecto certas normas jurídicas antes de concluída a sua formação, podendo um possível juízo de inconstitucionalidade das mesmas resultar a preclusão da respectiva existência jurídica³⁵. Isto é, a norma impugnada não pode ser aplicada porque ainda não está em vigor. Trata-se pois de uma pré-norma³⁶, como se disse *supra* no ponto 2.3.

O controlo preventivo tem como finalidade ou incide sobre “certas e determinadas normas, não o diploma donde constam na totalidade. Mas este fica, por não poder ser dividido, pela natureza das coisas, suspenso até à decisão do Tribunal e à conclusão dos procedimentos subsequentes”³⁷.

Parece-nos que este modo de controlo da constitucionalidade desempenha três funções importantes e distintas:

- I. Dificultar à entrada em vigor de normas eventualmente inconstitucionais, obviando factos consumados que só mais tarde podem ser eliminados;
- II. Afastar ou reduzir as reservas de inconstitucionalidade que sobre as mesmas normas possam ser suscitadas;
- III. Evitar que a questão da inconstitucionalidade se apresente de forma mais complexa ou difícil no futuro.

34 Cfr. Deliberação n.º 12/CC/2003 p. 39.

35 MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional*, Tomo II – *O Contencioso Constitucional Português entre o Modelo Misto e a Tentação do Sistema de Reenvio*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 15.

36 MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito ... ob. cit.*, p. 303.

37 *Ibidem*, p. 310.

A fiscalização preventiva não é um procedimento que substitui a fiscalização sucessiva, já que a norma não considerada inconstitucional em sede daquele controlo poderá vir a sê-lo no quadro deste modo de controlo³⁸.

3.1. Competência

A competência para a fiscalização preventiva da constitucionalidade pertence ao Conselho Constitucional, segundo preceituam os artigos 244.º/1-alínea a) e 6/1-alínea a) da Constituição e da Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto, respectivamente, funcionando em plenário e não em secções – artigo 30/1 desta lei.

O poder de conhecimento não se vincula aos fundamentos apresentados pelo Presidente da República no requerimento que origina o procedimento de fiscalização preventiva da constitucionalidade, pois podem os fundamentos do acórdão do Conselho Constitucional incidir sobre a violação de normas ou princípios constitucionais distintos daqueles cuja violação foi suscitada (artigo 52 da Lei n.º 5/8, de 9 de Julho).

Quanto a periodicidade das sessões, o plenário reúne-se ordinariamente sempre que o Presidente do Conselho Constitucional o convocar ou então a requerimento de, pelo menos, um terço dos Juízes Conselheiros em efectividade de funções (artigo 30/2 da susodita lei).

Além do mais este órgão jurisdicional apenas se reúne quando estão presentes, no mínimo, dois terços dos Juízes Conselheiros em efectividade de funções, não se excluindo o Presidente ou seu substituto – artigo 31 da Lei Orgânica do Conselho Constitucional.

As decisões do Conselho Constitucional são aprovadas por consenso, sem prejuízo de serem proferidas pela pluralidade de votos dos seus membros presentes, sempre que o consenso não é alcançado, em conformidade com os comandos dos n.º 1 e 2 do artigo 33 da Lei Orgânica do Conselho Constitucional - Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto.

A cada um dos Juízes Conselheiros assiste o direito de um voto e, por seu turno, o Presidente dispõe de voto de qualidade, segundo a norma do n.º 3.

3.2. Legitimidade

Está constitucionalmente legitimado a requerer ao Conselho Constitucional a fiscalização abstracta preventiva de projectos de normas apenas o Presidente da República, no prazo de trinta dias após a recepção do diploma, conforme dispõem os preceitos combinados dos artigos 163.º/2, primeira parte, 246.º/1 da CRM e n.º 2 do artigo 54 da Lei Orgânica do Conselho Constitucional.

O Presidente da República tem suscitado com frequência ao Conselho Constitucional a apreciação preventiva das leis aprovadas pela Assembleia da República e submetidas à promulgação e, em muitas situações, a sua iniciativa é motivada por inquietações que lhe são transmitidas por organizações da so-

38 *Ibidem*, p.p. 306-307.

cidade civil ou por outros órgãos do Estado, como o Procurador-Geral da República, ou, ainda pela falta de consenso, entre a maioria e a minoria, sobre a constitucionalidade da lei, revelada no momento da sua discussão e aprovação na Assembleia da República³⁹.

Além disso, considerando que o Presidente da República é, por um lado, o chefe do partido maioritário na Assembleia da República, por outro, chefe do Poder Executivo, compreende-se que ele, ao requerer a apreciação preventiva da constitucionalidade, assume-se como Chefe do Estado e garante a Constituição, distanciando-se, assim, da sua filiação partidária e do Governo, órgãos por si presididos.

O exercício repetido, pelo Presidente da República, da iniciativa do controlo abstracto preventivo da constitucionalidade de leis, ratificado pela maioria parlamentar com que se identifica politicamente, é indício não só de confiança ao Conselho Constitucional como também de um ambiente apropriado de relacionamento entre os dois órgãos de soberania.

A doutrina tem debatido o sentido de determinação da natureza jurídica da liberdade de iniciativa dos órgãos de fiscalização da constitucionalidade, a propósito do uso do termo “podem” para indicar uma faculdade de exercício livre ou uma faculdade de exercício obrigatório dos órgãos com legitimidade activa para suscitar a fiscalização da constitucionalidade das normas jurídicas, *maxime* no âmbito da fiscalização abstracta⁴⁰.

Defende a doutrina dominante que se trata de uma faculdade de livre iniciativa do Presidente da República e dos órgãos com legitimidade activa para propor a fiscalização da constitucionalidade das normas, sugerindo até que o exercício livre é algo tão óbvio que surge simplesmente como pressuposto e, quando problematizado, a liberdade de iniciativa surge afirmada sem indecisões.

Para os Profs. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA “a legitimidade processual activa para desencadear a fiscalização preventiva compete exclusivamente, conforme os casos, ao Presidente da República (...) e é apenas sempre uma faculdade e não obrigação”⁴¹.

No entender do Prof. JORGE MIRANDA “a fiscalização abstracta vincula-se a um poder funcional de iniciativa, e não direito de iniciativa, porque impende sobre certos órgãos ou fracções de titulares de órgãos do poder político no âmbito do sistema político global da Constituição; porque se reconduz a uma competência, e porque é dominado exclusivamente por uma perspectiva de interesse público e objectivo (...)”⁴².

Na opinião de ANDRÉ SALGADO de MATOS, o princípio da constitucionalidade tornaria tentador considerar a competência de iniciativa como um verdadeiro dever funcional; mas ao afirmar a mera possi-

39 É usual o Presidente da República fundamentar os pedidos de fiscalização prévia da constitucionalidade com base em opiniões públicas, divergências de entendimento suscitadas na Assembleia da República, manifestações da sociedade civil e dos órgãos de comunicação social, sobre dúvidas em torno da constitucionalidade de determinadas normas da lei a promulgar. Vide, *verbi gratia*, o Acórdão n.º 27/CC/2009, de 13 de Novembro. Jurisprudência do Conselho Constitucional disponível em: «<http://www.cconstitucional.org.mz/>». Consultado em 11.01.2016.

40 CANOTILHO, J.J. Gomes, e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p.152.

41 *Ibidem*, p. 152.

42 MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito ... ob. cit.*, p. 295.

bilidade de requerimento à entidade competente por parte dos órgãos constitucionalmente legitimados para o impulso processual, a Constituição afasta esta interpretação em termos gerais, antes apontando para a natureza discricionária desta competência⁴³.

Porém, autores há (como RUI MEDEIROS) que recusam a ideia de que, em matéria de fiscalização abstracta, a faculdade de iniciativa de fiscalização da constitucionalidade é de exercício livre, sustentando, para o caso específico do Presidente da República, que este deverá sentir-se no dever de requerer a verificação prévia da constitucionalidade sempre que estiver ante leis inconstitucionais.

Parece-nos aceitável que, entre o carácter livre do exercício dessa faculdade e a obrigação, exista um espaço de intervenção em que o órgão com legitimidade processual activa (Presidente da República) para propor a fiscalização abstracta preventiva deverá agir, de modo livre ou obrigatório, casuisticamente e segundo a sua convicção, sem perder de vista o interesse público a que se encontra vinculado.

3.3. Pressupostos processuais

A identificação de normas inconstitucionais contidas em diploma legislativo compete ao Presidente da República, a fim de evitar que se introduzam no ordenamento jurídico leis inconstitucionais, ainda que não tenha formação na área do Direito.

O Presidente da República, independentemente da sua formação académica, dispõe de mecanismos institucionais que o apoiam no exercício das suas atribuições, sendo este o caso do Procurador-Geral da República, do Ministro da Justiça e o dos Assessores da Presidência da República, que o aconselham no exercício das suas funções de chefia do Governo e do Estado.

Daí o impulso processual pertencer a este órgão político, sempre que esteja convencido da inconstitucionalidade de determinados preceitos de diploma legislativo que lhe tenha sido submetido pela Assembleia da República.

Ou seja, produzida a versão final do diploma legislativo, este é submetido ao Presidente da Assembleia da República que, com a sua assinatura, o torna definitivo expedindo-o à consideração do Presidente da República, para efeitos de promulgação⁴⁴ e publicação, segundo reza o artigo 140.º da Lei n.º 17/2013, de 12 de Agosto – Regimento da Assembleia da República.

Para que o processo de fiscalização preventiva de constitucionalidade seja aberto, deve existir um pedido expresso nesse sentido formulado pelo Presidente da República, no prazo de trinta dias a contar da recepção do diploma para promulgação, e dirigido ao Presidente do Conselho Constitucional (artigo 48/1 da Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto – Lei Orgânica do Conselho Constitucional).

43 MATOS, André Salgado, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito de Lisboa, 2000, p. 132.

44 Promulgação é o acto pelo qual o Presidente da República confirma a existência da lei. Isto é, atesta que a lei emanou do órgão com competência para legislar e assegura que o processo legislativo foi regular. A falta de promulgação implica a inexistência jurídica da lei. Cfr., CONSCIÊNCIA, Eurico Heitor, *Breve Introdução ao Estudo do Direito*, 2.ª Edição Revista, Coimbra, Livraria Almedina, 2004, p.p. 39-40.

O objecto do processo deve ser fixado pela entidade que toma a iniciativa de o promover, sob pena da não admissão do pedido (artigo 49/1 da Lei n.º 5/2008, de 9 de Julho – altera algumas disposições da Lei Orgânica do Conselho Constitucional), segundo postula o princípio do dispositivo – a tramitação processual deve estar ao inteiro dispor das partes de um determinado processo⁴⁵; não obstante não haver partes nos casos dos processos de fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade.

O requerimento de fiscalização prévia deve especificar os preceitos ou princípios constitucionais violados, bem como precisar as normas cuja verificação de constitucionalidade o Presidente da República pretende - artigo 48/1 da Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto), porque não se pode conceber uma infracção da Constituição de maneira genérica e indeterminada, pelo facto da inconstitucionalidade pressupor uma relação entre certo comportamento e certa norma constitucional.

No entanto, parece que inicialmente este requisito processual era assumido de maneira diferente. Já que em sede do pedido da verificação preventiva da constitucionalidade da Lei dos Feriados Nacionais nas datas de *Ide-UI-Fitre* e *Ide-UI-Adha* (atrás enunciado), o Presidente da República veio invocar dúvidas quanto à sua constitucionalidade nos termos da disposição da alínea a) do n.º 1 do artigo 181 da Constituição de 1990, tendo solicitado que o Tribunal Supremo⁴⁶ apreciasse o referido projecto de lei, sem porém indicar a norma e, ou, princípio constitucional violado.

Por sua vez o Tribunal Supremo, ciente da não observância do dever de especificação do preceito e, ou, princípio constitucional, não se eximiu de apreciar e decidir o pedido do Presidente da República, nos termos gerais em que era solicitado.

Tratando-se de uma petição irregular, susceptível de comprometer o êxito do pedido, deveria aquele órgão de justiça constitucional ter notificado ao Presidente da República para que demonstrasse as motivações de direito que serviam de base de fundamento ao processo, ao abrigo do que dispõe a alínea c) do n.º 1 do artigo 467.º, combinado com a disposição do artigo 477.º do Código de Processo Civil.

Sem prejuízo de opinião em contrário, não estaria fora de questão a ineptidão do pedido por ininteligibilidade da causa de pedir, implicando, por consequência, o indeferimento liminar do requerimento.

Por outro lado, e pela própria natureza deste modo de controlo de constitucionalidade, não é permitida a cumulação de pedido de apreciação de inconstitucionalidade com o da ilegalidade (como ocorre no processo de fiscalização sucessiva). O objecto da fiscalização é apenas a inconstitucionalidade de normas ainda imperfeitas⁴⁷.

Pelo que a não observância dos requisitos processuais enunciados obriga a que o Presidente do Conselho Constitucional notifique o Presidente da República para, no prazo de cinco dias, suprir qualquer deficiência verificada no requerimento que desencadeia o processo de fiscalização prévia da constitucionalidade, conforme se depreende dos preceitos dos artigos 48/2 da Lei n.º 5/2008, de 9 de Julho, e 55 da Lei Orgânica do Conselho Constitucional.

45 Vide, e com bom desenvolvimento, MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito ... ob. cit.*, p.p. 299-300. Assim, o princípio dispositivo e do pedido são aplicáveis ao Direito Constitucional Processual, *mutatis mutandis*; e expressam a conformação do processo por outros órgãos que não o Conselho Constitucional.

46 Órgão jurisdicional que exercia as competências do Conselho Constitucional, antes da entrada em funcionamento deste ente de justiça constitucional.

47 CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional ... ob. cit.*, p. 1028.

4. Efeitos

4.1. Decisões de inconstitucionalidade

No que concerne às decisões no sentido de inconstitucionalidade, e no domínio do controlo abstrato, há a destacar a pronúncia de inconstitucionalidade ou então a não pronúncia da inconstitucionalidade.

Salvo opinião divergente, podemos afirmar que a decisão de inconstitucionalidade pode apresentar um carácter exclusivamente positivo, com a pronúncia da inconstitucionalidade, ou assumir uma índole de valor negativo com a não pronúncia da inconstitucionalidade.

A decisão de inconstitucionalidade goza assim de valor positivo quando o Conselho Constitucional dá provimento ao pedido que lhe é endereçado pelo Presidente da República, ou então quando ocorra inconstitucionalidade originária. E, em sentido oposto (valor negativo entenda-se), quando a norma declarada inconstitucional é desarraigada do ordenamento jurídico⁴⁸.

Quando aos efeitos, e no que à fiscalização abstracta preventiva diz respeito, pensamos que as decisões do Conselho Constitucional em que não se conclui pela inconstitucionalidade não produzem qualquer efeito que impossibilite uma ulterior apreciação da norma⁴⁹. Já a despeito das decisões de inconstitucionalidade, parece-nos que se pode falar de uma eficácia geral pese embora o seu efeito específico e imediato se dirigir ao órgão competente para promulgar ou assinar o diploma objecto do controlo, obrigando-o a vetá-lo. Enquanto, para o Prof. CARLOS BLANCO DE MORAIS “ (...), o efeito da pronúncia pela inconstitucionalidade é, em caso de ausência de expurgo do vício ou confirmação, a *preclusão da existência jurídica do acto*”⁵⁰.

4.2. Veto

Veto é uma palavra que provém do latim e que significa “proíbo”. “ (...) é o acto pelo qual o presidente da República nega a promulgação de uma lei, devolvendo-a à Assembleia legislativa; (...) ”⁵¹.

Ao Presidente da República assiste o direito de veto relativamente aos diplomas legais que lhes são expedidos pela Assembleia da República para promulgação e assinatura (artigo 163.º/3 da CRM).

O veto pode ser baseado em fundamentos de inconstitucionalidade ou em motivos políticos, o que resulta no veto por inconstitucionalidade ou veto político, respectivamente.

Estas duas modalidades de veto apresentam características completamente diferentes, já que o primeiro consiste no exercício obrigatório de fiscalização preventiva da constitucionalidade e no seguimento

48 MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito ...* ob. cit., p. 73.

49 Segundo o Prof. Jorge Miranda, “a fiscalização preventiva não é um sucedâneo da fiscalização sucessiva, nem a preclude. Uma norma não considerada inconstitucional em fiscalização preventiva poderá vir a sê-lo em fiscalização sucessiva; assim como uma norma considerada inconstitucional, mas, apesar disso, posta em vigor por força do art. 279.º, n.º 2, poderá depois não ser julgada ou não ser declarada inconstitucional.” *Ibidem*, p.p. 306-307.

50 MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constít ...* ob. cit. p. 202.

51 Dicionários Editora, *Dicionário da Língua Portuguesa 2003*, Porto, Porto Editora, 2003, p. 1716.

da pronúncia do Conselho Constitucional pela inconstitucionalidade de norma prevista em qualquer diploma emanado da Assembleia da República; e o segundo na oportunidade política facultativa, ou seja, na dependência do juízo que o Presidente da República fizer sobre a oportunidade política ou conteúdo dos diplomas do indicado órgão legislativo.

Daí o Presidente da República se encontrar impedido de vetar politicamente um diploma legislativo recorrendo a motivos de inconstitucionalidade, quando não tiver requerido ao Conselho Constitucional a fiscalização preventiva da constitucionalidade – artigo 163.º/2 da CRM. Seja, quando este órgão jurisdicional se pronuncie pela não inconstitucionalidade de qualquer norma constante do diploma vetado por inconstitucionalidade, a Constituição não impede que o Presidente da República possa exercer o veto político sobre o mesmo diploma no prazo de trinta após a recepção do acórdão (n.º 2 do artigo 163.º da CRM).

O veto político deve ser acompanhado de uma mensagem sobre os motivos da recusa da promulgação, normalmente traduzidos em pareceres produzidos pelos órgãos que o coadjuvam no exercício das suas atribuições, nomeadamente o Procurador-Geral da República, o Ministro da Justiça e o dos assessores da Presidência da República.

No caso do Presidente da República vetar politicamente uma lei proveniente do parlamento, apresentando a fundamentação que entender conveniente, este órgão legislativo, depois dos pareceres das Comissões competentes, poderá acolher os argumentos e conformar o diploma vetado nos termos definidos pelo Chefe do Estado.

Quando a Assembleia da República não está de acordo com o veto político, colhidos os pareceres das referidas Comissões, e reexaminado o documento em Plenário, aprova o diploma vetado por maioria de dois terços ou até por unanimidade, estando o Chefe do Estado obrigado a promulgá-lo e mandá-lo publicar (artigos 163.º/4 da CRM e 144.º do Regimento da Assembleia da República).

Aliás, sobre este tipo de veto vale a pena deixar registado neste local o veto presidencial exercido sobre o novel Código Penal Moçambicano.

A nova lei penal foi aprovada pelo parlamento na generalidade em Dezembro de 2013 e na especialidade em Julho de 2014, apesar de críticas da Ministra da Justiça e da Procuradora-Geral da República, da sociedade civil e da Amnistia Internacional, o Presidente da República acabou por devolvê-la aos deputados para reexame. No entanto, o parlamento (por unanimidade) aprovou o Código Penal no dia 28 de Novembro de 2014 pela segunda vez, ultrapassando o veto político exercido pelo Presidente da República, tendo-o promulgado e mandado publicar no dia 18 de Dezembro de 2014.

4.3. Devolução para reexame

Recebida a lei constitucional pelo Presidente da República, e sempre que entenda existirem disposições que atentam contra à Constituição, solicita ao Conselho Constitucional a fiscalização preventiva da constitucionalidade.

Quando o Conselho Constitucional se pronuncie pela inconstitucionalidade das normas cuja verificação prévia foi requerida, o Presidente da República deve vetar por inconstitucionalidade o diploma afectado, recusando a sua promulgação e devolvendo-o ao parlamento.

A devolução deve ser feita mediante mensagem devidamente fundamentada e deverá ser acompanhada do acórdão do Conselho Constitucional.

Nos termos regimentais e depois de recebida a lei vetada, o Presidente da Assembleia da República remete às Comissões competentes para emissão dos pareceres ou a sua harmonização segundo os termos estabelecidos no acórdão do Conselho Constitucional - artigo 141.º do Regimento da Assembleia da República, antes do seu reexame pelo Plenário.

Na hipótese do exercício do veto político pelo Presidente da República, o reexame do diploma vetado consistirá na confirmação do diploma pela Assembleia da República, sempre que não esteja convencida do fundamento do veto, o que implica a confirmação do documento e na obrigação de promulgação e publicação (artigo 144.º do Regimento da Assembleia da República).

4.4. Reexame para expurgação?

Para ultrapassar o veto de inconstitucionalidade, e depois de recebida a lei pela Assembleia da República, ocorre de seguida a votação na generalidade sobre a expurgação da norma ou normas avaliadas inconstitucionais pelo Conselho Constitucional (artigo 142.º/1 do Regimento da Assembleia da República).

Após a expurgação, e se o Plenário assim o deliberar, o documento pode voltar à Comissão dos Assuntos Constitucionais, Direitos Humanos e de Legalidade⁵² para elaboração da redacção final – artigo 142.º/2 do Regimento da Assembleia da República. Sendo posteriormente reexaminado pelo Plenário e, sem necessidade de maioria de dois terços, aprovado o texto definitivo e entregue ao Presidente da Assembleia da República que o torna definitivo com a sua assinatura, enviando-o para promulgação.

A este propósito poderá pensar-se que o reexame visa a expurgação. Quanto a nós o reexame não é para expurgação, tem como finalidade averiguar se houve ou não expurgação da norma ou normas ajuizadas inconstitucionais pelo Conselho Constitucional, já que o acto de expurgação é obrigatório, como se enunciará mais adiante.

Quer dizer, por um lado, o acto de reexaminar tem como objectivo a análise dos motivos políticos invocados pelo Presidente da República, na situação de veto político exercido por este órgão de soberania, se procedem ou não na perspectiva dos deputados da Assembleia da República. Por outro lado, o novo exame tem em vista a confirmação da expurgação incumbida à Comissão acima referida, se este procedimento conformou-se ou não com o acórdão do Conselho Constitucional.

52 As competências da Comissão dos Assuntos Constitucionais, Direitos Humanos e de Legalidade estão previstas nos termos do artigo 85.º do Regimento da Assembleia da República. Sendo que os aspectos constitucionais e legais dos projectos e das propostas de lei, bem as versões definitivas destes documentos, constituem uma das competências desta Comissão.

Ora, outra questão que julgamos pertinente consistirá em perceber o significado de expurgação. Trata-se pois de uma palavra proveniente do vocábulo expurgar, que significa purificar, eliminar as impurezas, purgar completamente, limpar; eliminar o que é prejudicial⁵³.

Pela nossa parte, o procedimento preceituado no artigo 142.º do Regimento da Assembleia da República consiste na eliminação ou na correcção da inconstitucionalidade detectada pelo Conselho Constitucional no diploma vetado. O expurgo significa assim a reformulação ou alteração do diploma. E sempre que houver expurgo existe alteração do documento, tornando-o diferente daquele que foi submetido ao controlo preventivo da constitucionalidade.

A despeito da obrigação de expurgação, ALBERTO MACIE entende que “ (...) a lei devolvida tem como fundamento o acórdão do Conselho Constitucional sobre a inconstitucionalidade de algumas disposições. Caso em que a Assembleia da República deverá expurgar, obrigatoriamente, do texto os dispositivos inconstitucionais e proceder ao reexame e, sem necessidade de maioria de dois terços, aprova a lei e manda-la para promulgação e publicação, visto que não pretenderá correr o risco de, negando expurgar os aspectos inconstitucionais, alegando aprovação por dois terços, a mesma venha, a posteriori, a ser declarada inconstitucional, através da fiscalização sucessiva”⁵⁴.

Somos em vista disso impelidos a concordar com este posicionamento, até porque de harmonia com o disposto no artigo 142.º do Regimento da Assembleia da República assim se poderá concluir, já que se trata de imposição de um comportamento positivo (e não de uma faculdade) a ser adoptado pelo Presidente da República, no quadro do dever de garantia da justiça constitucional. Além do mais, os acórdãos do Conselho Constitucional são de cumprimento obrigatório para todas as instituições e pessoas jurídicas e prevalecem sobre quaisquer outras decisões. Por isso, a expurgação constitui sim procedimento obrigatório da Assembleia da República.

4.5. Obrigação de promulgação e publicação da lei reexaminada?

Como se disse, o reexame nem sempre é consequência da expurgação das disposições consideradas inconstitucionais pelo Conselho Constitucional, há casos em que a lei é novamente examinada por causa do veto político exercido pelo Presidente da República.

Quanto à obrigação de promulgação e publicação da lei reexaminada, e no âmbito de veto político, a solução nos é trazida quer pela disposição constitucional do n.º 4 do artigo 163.º da CRM, quer pela norma do artigo 144.º do Regimento da Assembleia da República. Como dissemos, neste caso particular, constitui dever do Presidente da República promulgar o diploma reexaminado e mandá-lo publicar.

Entretanto, e quando a lei reexaminada tenha sido objecto de expurgação das normas ajuizadas inconstitucionais, haverá ou não obrigatoriedade de promulgação e publicação?

53 Dicionários Editora, *Dicionário da Língua ...* ob. cit., p. 718.

54 MACIE, Albano, *Direito do Processo ...* ob. cit., p. 78.

A solução a esta questão encontra acolhimento no texto constitucional, pois a obrigatoriedade de promulgação e publicação sucede apenas quando a lei objecto do novo exame é aprovada por maioria de dois terços dos deputados do parlamento. Isto é, em nosso entender, não há obrigação de promulgação e publicação quando o diploma legislativo é examinado *ex novo* e como resultado da expurgação de disposições inconstitucionais verificadas pelo Conselho Constitucional, no âmbito do processo de fiscalização prévia da constitucionalidade. Aliás, inferência que se pode retirar da Lei Fundamental.

Compulsado o texto constitucional não se vislumbra nenhuma disposição que obrigue o Presidente da República a promulgar e mandar publicar o diploma vetado por violações à Constituição. O mesmo se pode dizer relativamente ao Regimento da Assembleia da República.

4.6. Nova apreciação preventiva da constitucionalidade?

Dissemos que todo e qualquer expurgo equivale a uma alteração do diploma, ou seja, sempre que há expurgo existe reformulação, passando o documento em causa a ser distinto do submetido pelo Presidente da República ao Conselho Constitucional para o controlo preventivo da constitucionalidade. Neste sentido, podemos então concluir que se pode requerer novamente a apreciação preventiva da constitucionalidade do diploma alterado?

Para a doutrina maioritária portuguesa a tarefa de reformular o diploma compete ao órgão legislativo, assim os órgãos com competência a requerer o controlo preventivo da constitucionalidade podem solicitar pela segunda vez apreciação preventiva quer de novas normas, quer de normas que já existiam mas deslocadas ou transformadas no seu alcance por outras, quer ainda de normas eliminadas que não o tenham sido em toda a sua amplitude⁵⁵.

Do mesmo modo o Prof. GOMES CANOTILHO entende que, conforme os casos, “ (...) o Presidente da República e os Ministros da República têm competência para requerer a apreciação preventiva não só da norma reformulada, como de «qualquer outra norma», mesmo que não tivesse sido impugnada por inconstitucionalidade (cfr. Ac. TC 334/96).

Subjacentes a este regime estão quatro razões: (a) a norma reformulada pode continuar a ser inconstitucional; (b) a reformulação da norma pode conduzir à «contaminação de outras normas»; (c) o PR e os Ministros da República aproveitam o pedido de fiscalização preventiva da norma reformulada para suscitar a questão da inconstitucionalidade de outras normas que estão em relação com elas; (d) o decreto reformulado é um novo decreto, e, como tal, sujeito a todos os trâmites da fiscalização preventiva (...) ”⁵⁶.

4.7. Soluções possíveis

Entre nós, pensamos que as soluções possíveis podem ser distintas de acordo com a amplitude do expurgo.

Na eventualidade da eliminação da norma ou normas inconstitucionais implicar uma transformação do conteúdo ou da interpretação do diploma, a solução mais satisfatória e proveitosa consistirá na pro-

55 MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito ... ob. cit.*, p. 318.

56 CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional ... ob. cit.*, p. 1031.

babilidade desse novo diploma ser submetido a um novo processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade.

Porém, e na possibilidade do procedimento obrigatório de expurgo se afigurar simples, manifestando-se este num mero aniquilamento de um ou dois artigos, de um ou dois números ou ainda de uma ou duas alíneas ajuizadas inconstitucionais pelo Conselho Constitucional, e sempre que o diploma objecto de expurgo não se mostre na essência ser distinto do vetado, uma nova apreciação preventiva da constitucionalidade constituiria uma dupla fiscalização do mesmo documento.

CONCLUSÃO

É indubitável que a fiscalização preventiva da constitucionalidade é, a par dos outros modos de controlo da constitucionalidade, um dos aspectos fundamentais para garantir e preservar a Constituição; daí a sua consagração constitucional no nosso ordenamento jurídico, para que a Lei Fundamental seja garantida e protegida na sua plenitude.

O controlo prévio da constitucionalidade permite, aliás, a observância da Constituição, porque responde contra a sua violação, prevenindo a existência de actos normativos que a violem, formal ou materialmente. No entanto, este procedimento de garantia constitucional não está imune à crítica: há o risco de politização desta forma de fiscalização, seja por causa do curto intervalo de tempo no qual o exercício é feito, seja por motivos de falta de maturidade da escolha entre o veto por inconstitucionalidade e o veto político.

Se a Constituição é a lei que se encontra no topo da hierarquia, até porque o Estado subordina-se a ela, impõe-se por isso que toda a actividade do Presidente da República se concentre no poder (ou dever) de decidir pelo veto de inconstitucionalidade, quando tenha a convicção da existência de normas prejudiciais à Constituição; ou então, em caso de inexistência de inconstitucionalidade, livre e politicamente, a sua decisão se situe entre a promulgação ou veto político.

Em função de uma ou outra decisão, compete à Assembleia da República superar a inconstitucionalidade através da expurgação das normas consideradas ofensivas à Constituição ou, sempre que não esteja de acordo com o veto, confirmar pela maioria de dois terços o impasse do procedimento legislativo. Pelo que, e nos termos desta última hipótese, o Presidente da República está obrigado a promulgar o diploma e mandá-lo publicar.

Todo este exercício se justifica para prevenir não só a entrada em vigor na Ordem Jurídica de grosseiras inconstitucionalidades mas também para que questões jurídico-constitucionais ligadas ao respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais do Homem sejam debatidas e eventualmente acolhidas pelos feitores das leis constitucionais.

BIBLIOGRAFIA**Doutrina:**

- ALMEIDA, Mário Aroso, CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, artigo 72, nota 4, Almedina, 2007.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1991.
- CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 2003.
- CONSCIÊNCIA, Eurico Heitor, *Breve Introdução ao Estudo do Direito*, 2.ª Edição Revista, Coimbra, Livraria Almedina, 2004.
- CONSELHO CONSTITUCIONAL, *Deliberações e Acórdãos do Conselho Constitucional*, Vol. I: 2003 a 2006, Centro de Formação Jurídica e Judiciária - Ministério da Justiça e Conselho Constitucional, Maputo, 2007.
- CORREIA, Fernandes Alves, *Direito Constitucional. Justiça Constitucional*, Almedina, Coimbra, 2001.
- DICIONÁRIOS EDITORA, *Dicionário da Língua Portuguesa 2003*, Porto, Porto Editora, 2003.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Direito Constitucional de Moçambique*, Lisboa/Maputo, 2015
- MACIE, Albano, *Direito do Processo Parlamentar Moçambicano*, Maputo, Escolar Editora, 2012.
- MATOS, André Salgado, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito de Lisboa, 2000.
- MEDEIROS, Rui, *A Decisão de Inconstitucionalidade. Os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei*, Universidade Católica Editora, 1999.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional – Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*, Tomo VI, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.
- MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional. Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*, Tomo I, Coimbra Editora, 2002.
- MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional*, Tomo II – *O Contencioso Constitucional Português entre o Modelo Misto e a Tentação do Sistema de Reenvio*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- NHATITIMA, Pedro Sinai, *A jurisdição constitucional moçambicana*, in AAVV, *Estudos de Direito Constitucional Moçambicano – Contributos para Reflexão*, Maputo, 2012

- SOUSA, Marcelo Rebelo de, e Galvão, Sofia, *Introdução ao Estudo de Direito*, 4.ª edição, Lisboa, Publicações Europa-América.

Legislação:

- Constituição da República de Moçambique de 1990.
- Constituição da República de Moçambique de 2004.
- Código de Processo Civil, tornado extensivo ao ultramar pelo Decreto-Lei n.º 47 690, de 11 de Maio de 1967.
- Lei Orgânica do Conselho Constitucional revogada – Lei n.º 9/2003, de 22 de Outubro.
- Lei Orgânica do Conselho Constitucional – Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto.
- Lei n.º 5/2008, de 9 de Julho – Introduce alterações à Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto.
- Regimento da Assembleia da República de Moçambique – 17/2013, de 12 de Agosto.

Jurisprudência:

- Acórdão n.º 156/88 de 22 de Outubro – DR, II Série, de 22 de Outubro de 1988.
- Acórdão n.º 179/93, de 15 de Junho – DR, II Série, de 25 de Junho de 1993.
- Acórdão n.º 172/93 de 25 de Maio de 1995 – DR, Série II, de 24 de Maio de 1995.
- Acórdão n.º 1058/96, de 16 de Outubro – DR, II Série, de 16 de Outubro de 1996.
- Deliberação n.º 12/CC/2003, de 23 de Dezembro.
- Acórdão n.º 27/CC/2009, de 13 de Novembro.

Documentos em linha:

- III Assembleia da Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Oficial Portuguesa, Relatório Geral. *Jurisdição Constitucional e Protecção dos Direitos Fundamentais*, Coordenação Tribunal Constitucional de Angola, Benguela, 2014, p.p. 1-39. Disponível em: «http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfCooperacao_es_es/anexo/RelatorioCJCPLP.pdf».

No ano lectivo de 2015/2016 realizou-se na Faculdade de Ciências Sociais e Humanidades da Universidade Zambeze, na Beira (Moçambique) o I Curso de Mestrado em Direito Judiciário, uma iniciativa que conjugou aquela instituição, a Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane e a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, através do Instituto da Cooperação Jurídica.

Este é um livro que colige os melhores relatórios apresentados no âmbito do módulo de Justiça Administrativa e Constitucional (relatórios que obtiveram a classificação de 16 ou superior, em 20). Trata-se de cinco trabalhos que versam sobre diferentes questões abordadas durante o seminário, dois no âmbito da justiça administrativa e três no plano da justiça constitucional.