



“A próxima Revisão da Constituição: ampliação das liberdades como factor de desenvolvimento”

Filomeno Eugénio Dos Santos Rodrigues

Nampula, Março de 2013



“A próxima Revisão da Constituição: ampliação das liberdades como factor de desenvolvimento”

Filomeno Eugénio Dos Santos Rodrigues

Dissertação apresentada a Departamento de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Moçambique, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: António Leão

Nampula, Março de 2013

EPÍGRAFE

Inquirido sobre a sua raça, respondeu:

- *A minha raça sou eu, João Passarinheiro.*

Convidado a explicar-se acrescentou:

- *Minha raça sou eu mesmo. A Pessoa é uma humanidade Individual. Cada Homem é uma raça senhor polícia.*

MIA COUTO, Cada Homem é uma raça, Ndjira, 2008.

RESUMO

A feitura ou a revisão de uma Constituição constituem, sem sombra de dúvidas um dos mais importantes momentos da vida democrática e constitucional de um Estado. O nível de participação e de percepção da importância do momento e das teorias, é fundamental para o Estado de Direito democrático, fazendo com que “a soberania” que “reside no povo”, seja mais do que uma declaração panfletária.

É com o propósito de “tentar” ajudar, a perceber o processo de revisão da nossa Constituição que nos propomos a escrever estas linhas, ademais acreditamos que o desenvolvimento só é possível com a plena garantia dos direitos liberdades e garantias e direitos económicos sociais e culturais. Daí começamos depois de escorrer algumas teorias sobre o desenvolvimento, passar em revista no capítulo “a revisão na Constituição”, o olhar do legislador constituinte, sobre a revisão da Constituição, que nos ajuda a perceber a “consciência jurídica do povo moçambicano” vertido no texto legal da lei fundamental. De seguida, o político precede o jurídico, daí um olhar sobre “a revisão da Constituição” onde pairam já nos debates á volta deste tema teorias várias, sobre o que deve ser vertido no texto da lei fundamental.

PALAVRAS-CHAVE:

REVISÃO DA CONSTITUIÇÃO, LIBERDADE E DESENVOLVIMENTO.

LISTA DE ABREVIATURAS:

Ac	-	Acórdão
AR	-	Assembleia da República
Art.º	-	Artigo
CC	-	Conselho Constitucional
CRA	-	Constituição da República de Angola
CRFB	-	Constituição da República Federativa do Brasil
CRM	-	Constituição da República de Moçambique
CRP	-	Constituição da República de Portugal
DF	-	Direitos Fundamentais
DUDH	-	Declaração Universal dos Direitos do Homem
EUA	-	Estados Unidos da América
FDM	-	Faculdade de Direito de Michigan
FRELIMO-	-	Frente de Libertação de Moçambique
IAGD	-	Instituto de Apoio à Governação e Desenvolvimento
LOCC	-	Lei Orgânica do Conselho Constitucional
PALOPS	-	Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa
PIB	-	Produto Interno Bruto
PR	-	Presidente da República
PSP	-	Polícia de Segurança Pública (Portugal)
SS	-	Seguintes
TC	-	Tribunal Constitucional
UC	-	Universidade da Califórnia
UCM	-	Universidade Católica de Moçambique
UM	-	Universidade do Michigan

**A PRÓXIMA REVISÃO DA CONSTITUIÇÃO: Ampliação das
Liberdades como factor de Desenvolvimento.**

ÍNDICE:

INTRODUÇÃO10

CAPITULO I

O CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO: Desenvolvimento como liberdade.

1. O Conceito de Desenvolvimento Económico.....13
1.1 Crescimento e Desenvolvimento Económico.....13
2. O conceito de Desenvolvimento Sustentável.....15
3. O relatório BRUNDTLAND.....18
4. O desenvolvimento como liberdade: ponto de partida.....20

CAPITULO II

A REVISÃO NA ACTUAL CONSTITUIÇÃO

5. A revisão na história constitucional Moçambicana.....23
5.1 A Constituição de 1975.....23
5.2 A Constituição de 1990.....26
6. O poder Constituinte.....30
7. Vicissitudes Constitucionais.....32
7.1 Revisão da constituição como vicissitude constitucional.....34
8. O procedimento Legislativo na Constituição de 1990.....37
8.1. Procedimento ou processo legislativo?.....38
8.2 As fases do procedimento.....41
8.2.1 Definição das fases.....41
8.3 Fase da Iniciativa.....43
8.3.1 A iniciativa.....43
8.3.2 A iniciativa e o impulso legiferante.....43
8.3.3 A iniciativa pluralística.....44
8.3.4 A iniciativa reservada.....45
8.4 Fase da análise prévia.....46
8.5 Fase da apreciação e deliberação.....47
8.5.1 A apreciação47
8.5.2 A votação47
8.5.3 Quórum e maiorias de aprovação.....48

8.5.4 A competência legislativa da Assembleia.....	51
8.6 Fase da promulgação e controlo.....	51
8.6.1 A promulgação.....	52
8.6.2 O veto.....	54
8.6.2 O veto político.....	54
8.6.2 O veto Jurídico.....	55
8.7. A Lei.....	62
8.7.1 O conceito de Lei.....	62
8.7.2 O decreto-lei.....	66
8.7.3 O regime das autorizações legislativas.....	67
8.7.4 As ratificações.....	69
8.8 O referendo na Constituição.....	71
9. O procedimento de revisão da Constituição.....	71
9.1 A iniciativa.....	71
9.2 Constituições rígidas e flexíveis.....	76
9.3 Os limites da revisão da Constituição.....	78
9.3.1 Limites temporais.....	78
9.3.2 Limite orgânico.....	80
9.3.3 Limites Formais.....	81
9.3.4 Limites circunstanciais.....	85
9.3.4.1 Os Estados de excepção Constitucional, breve incursão histórica.....	87
9.3.4.2 Estados de excepção constitucional.....	88
9.3.4.3 O actual quadro constitucional.....	91
9.3.4.4 O regime dos Estados de excepção.....	91
9.3.5 Limites materiais.....	93
9.3.5.1 Classificação dos limites materiais.....	98
9.3.5.2 Dupla revisão e duplo processo de revisão.....	100
9.3.5.3 Os limites materiais do art.º 292.º.....	103
10. A revisão em algumas Constituições dos PALOPS.....	109
10.1 A Constituição Angolana.....	110
10.2 A Constituição de Cabo Verde.....	112

CAPITULO II

A REVISÃO DA ACTUAL CONSTITUIÇÃO

11. A revisão da Constituição	115
12. O Conselho Constitucional e a fiscalização da constitucionalidade.....	116
12.1. Actual configuração do Conselho Constitucional.....	117
12.2. Fiscalização abstracta.....	118
12.3. Fiscalização concreta.....	122
12.3.1. O recurso obrigatório para o Juiz.....	123
13. Os Direitos Fundamentais.....	129
13.1. Regime geral dos direitos fundamentais.....	129
13.2. Regime específico dos direitos, liberdades e garantias.....	138
13.2.1. Recurso contencioso de actos administrativos.....	153
13.3. Regime dos direitos económicos, sociais e culturais.....	158
13.3.1. Direito do Ambiente.....	164
14. Os deveres fundamentais.....	174
15. O sistema de Governo.....	178
CONCLUSÃO	191
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	194

INTRODUÇÃO

A feitura ou a revisão de uma Constituição constituem, sem sombra de dúvidas um dos mais importantes momentos da vida democrática e constitucional de um Estado. O nível de participação e de percepção da importância do momento e das teorias, é fundamental para o Estado de Direito democrático, fazendo com que “a soberania” que “reside no povo”, seja mais do que uma declaração panfletária.

É com o propósito de “tentar” ajudar, a perceber o processo de revisão da nossa Constituição que nos propomos a escrever estas linhas. Daí começamos, depois de referência algumas teorias sobre o desenvolvimento, a passar em revista no capítulo “a revisão na Constituição”, o olhar do legislador constituinte, sobre a revisão da Constituição, que nos ajuda a perceber a “consciência jurídica do povo moçambicano” vertido no texto legal da lei fundamental. De seguida, o político precede o jurídico, daí um olhar sobre “a revisão da Constituição” onde pairam já nos debates á volta deste tema teorias várias, sobre o que deve ser vertido no texto da lei fundamental.

Pretenderá o soberano, alterar a sua “consciência jurídica” ou a revisão não passará de um aprimoramento do já instituído? Haverá realmente necessidade de alterar a Constituição ou terá sido o nosso legislador constituinte infectado pela febre que assola vários países conhecido como “frenesim constitucional”? Devemos manter o nosso sistema de governo, ou experimentar um novo sistema? A estas respostas, teremos de aguardar o pronunciamento do titular da soberania, quando falar através dos seus representantes legais.

Mais do que um ponto de chegada, estas linhas propõem-se a ser um ponto de partida, para as discussões que se seguirão em torno da temática da alteração da Lei Fundamental, e para a qualidade do debate, pretendemos quiçá ingenuamente, dar a conhecer e discutir primeiro as normas que regulam o processo de revisão e só depois a revisão em si.

A nossa Constituição não pode ser só uma Constituição do presente, a “consciência jurídica colectiva” tem que saber, projectar o Moçambique do amanhã, numa perspectiva não só regional como também internacional. Por outro lado o desenvolvimento terá que ser visto também do ponto de vista jurídico da garantia dos direitos fundamentais.

Na renovação deste “pacto social” ninguém pode ficar de fora, pois a “consciência jurídica colectiva” é a soma das consciências ou o denominador comum das consciências dos moçambicanos, mais do que a consciência da maioria ou das maiorias.

Como disse YADH BEN ACHOUR, um constitucionalista tunisino: “A democracia não é nem ocidental, nem oriental, nem asiática, nem africana, ela está na constituição psíquica de todo o ser humano. A democracia é a humanidade.” Ao qual acrescentaríamos, a Constituição não tem partidos, não tem raça, não tem cor, ou clube é de todos e para todos os Moçambicanos.

O exercício do poder constituinte, é um momento de reflexão séria sobre a ideia de direito e o projecto comum para toda a sociedade moçambicana, não pode este exercício ficar á mercê de olhares parciais ou posições infundadas.

Esse exercício para ser pleno, exigiria que todos os intervenientes despissem as vestes políticas e se cobrissem de uma veste nova: a de cidadão moçambicano.

Pretendemos, quanto a este aspecto dar o nosso humilde contributo na clarificação das soluções legais, e das opções do legislador Constituinte, sempre com o objectivo de fornecer uma maior clareza interpretativa da Constituição.

CAPITULO I

O CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO: Desenvolvimento como liberdade.

1. O CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO

1.1 Crescimento e Desenvolvimento Económico

Não é pacífico entre os vários autores que abordam o tema, a definição do conceito de desenvolvimento e a sua distinção entre conceitos próximos como o crescimento económico.

Como refere GILSON BATISTA DE OLIVEIRA ¹“o debate sobre o tema é acirrado pela conceituação económica do termo desenvolvimento. Os economistas vêm surgir a necessidade de elaborar um modelo de desenvolvimento que englobe todas as variáveis económicas e sociais. Sob o prisma económico ² “desenvolvimento é, basicamente, aumento do fluxo de renda real, isto é, incremento na quantidade de bens e serviços por unidade de tempo á disposição de determinada colectividade.”

O mesmo autor resumindo as várias concepções sobre o conceito de desenvolvimento, sintetiza nos seguintes termos: ³“Sandroni, já considera desenvolvimento económico como crescimento económico (incrementos positivos no produto) acompanhado por melhorias do nível de vida dos cidadãos e por alterações estruturais na economia. Para ele, o desenvolvimento depende das características de cada país ou região. Isto é, depende do seu passado histórico, da posição e extensão geográficas, das condições demográficas, da cultura e dos recursos naturais que possuem. Milone diz que para se caracterizar o desenvolvimento económico deve-se observar ao longo do tempo a existência de variação positiva de crescimento económico, medido pelos indicadores de renda, renda per capita, PIB e PIB per capita, de redução dos níveis de pobreza, desemprego e desigualdade e melhoria dos níveis de saúde, nutrição, educação, moradia e transporte. Souza aponta a existência de duas correntes de pensamento económico sobre o tema. A primeira corrente encara o crescimento como sinónimo de desenvolvimento, enquanto na segunda crescimento é condição indispensável para o desenvolvimento, mas não é condição suficiente. Na primeira corrente estão os modelos de crescimento da tradição clássica e neoclássica, como os de Harrod e Domar. Já na segunda corrente estão os economistas de orientação crítica, formados na tradição marxista ou cepalina, que conceitua o crescimento como uma simples variação quantitativa do produto

¹ DE OLIVEIRA, Gilson Batista, *Uma discussão sobre o conceito de desenvolvimento*, REVISTA DA FAE, Curitiba, 2002, pág. 37.

² FURTADO, Celso, *Desenvolvimento e subdesenvolvimento*, Fundo de Cultura, Rio de Janeiro, 1961, pág. 115, apud DE OLIVEIRA, Gilson Batista, ob. cit. pág. 39.

³ DE OLIVEIRA, Gilson Batista, ob. cit. pág. 40.

,enquanto desenvolvimento é caracterizado por mudanças qualitativas no modo de vida das pessoas, nas instituições e estruturas produtivas.” E conclui ⁴ “o desenvolvimento deve ser encarado como um processo complexo de mudanças e transformações de ordem económica, política e principalmente, humana e social. Desenvolvimento nada mais é que o crescimento – incrementos positivos no produto e na renda – transformado para satisfazer as mais diversificadas necessidades do ser humano, tais como: saúde, educação, habitação, transporte, alimentação, lazer, dentre outras.”

De acordo com esta concepção para se atingir o desenvolvimento, á premissa do crescimento económico seria necessário acrescentar a satisfação ou efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais, tais como educação, saúde, habitação, alimentação entre outros.

⁴DE OLIVEIRA, Gilson Batista, ob. cit. pág. 40.

2. O Conceito de Desenvolvimento Sustentável

DAVID PEARCE⁵, compilou uma série de definições de desenvolvimento sustentável, que passaremos a enunciar:

- “Desenvolvimento sustentável é aqui definido como um padrão de transformações económicas estruturais e sociais (i.e., desenvolvimento) que optimizam os benefícios sociais e económicos disponíveis no presente, sem destruir o potencial de benefícios similares no futuro. O objectivo primeiro do desenvolvimento sustentável é alcançar um nível de bem-estar económico razoável e equitativamente distribuído que pode ser perpetuamente continuado por muitas gerações humanas... desenvolvimento sustentável implica usar os recursos renováveis naturais de maneira a não degradá-los ou eliminá-los, ou diminuir sua utilidade para as gerações futuras, implica usar os recursos minerais não renováveis de maneira tal que não necessariamente se destruam o acesso a eles pelas gerações futuras... desenvolvimento sustentável também implica a exaustão dos recursos energéticos não renováveis numa taxa lenta o suficiente para garantir uma alta probabilidade de transição social ordenada para as fontes de energia renovável.”⁶
- “tomamos o desenvolvimento como um vector de objectivos sociais desejáveis e seus elementos devem incluir: aumentos na renda real per capita; melhoria no status nutricional e da saúde; melhoria educacional; acesso aos recursos; uma distribuição da renda mais justa; aumentos nas liberdades básicas ... desenvolvimento sustentável é, então uma situação na qual o vector de desenvolvimento aumenta monotonicamente sobre o tempo. Sumarizamos as condições necessárias (para o desenvolvimento sustentável) como constância do estoque do capital natural. Mais estritamente, o requerimento para mudanças não negativas no estoque de recursos naturais como solo e qualidade do solo, águas e sua quantidade, biomassa e a capacidade de assimilação de resíduos no

⁵ PEARCE, David, MARKANDYA, Anil & BARBIER, Edward, *For a green economy*, 4ª Ed., The London Environmental Economics Centre for the UK Department of The Environment Earthscan Publications,

London, 1989 apud BARONI, Margaret, *Ambiguidades e deficiências do Conceito de desenvolvimento sustentável*, Revista de Administração de Empresas, São Paulo, 1992, pág. 16.

⁶ GOODLAND, Robert, LEDOC, G., *Neoclassical Economics and Principles of Sustainable Development*, Ecological Modeling, 1987, pág.38 apud BARONI, Margaret ob. cit. pág., 16. ambiente.”⁷

- “O conceito de Desenvolvimento Económico Sustentável quando aplicado ao Terceiro Mundo... diz respeito directamente à melhoria do nível de vida dos pobres, a qual pode ser medida quantitativamente em termos de aumento de alimentação, renda real, serviços educacionais e de saúde, saneamento e abastecimento de água etc., e não diz respeito somente ao crescimento económico no nível de agregação nacional. Em termos gerais, o objectivo primeiro é reduzir a pobreza absoluta do mundo pobre através de providenciar meios de vida seguros e permanentes que minimizem a exaustão de recursos, a degradação ambiental, a disrupção da cultura e a instabilidade social.”⁸
- “ A Comissão Mundial para o Desenvolvimento e o Meio Ambiente não acredita que o cenário sombrio de destruição do potencial global nacional para o desenvolvimento seja um destino inescapável. Os problemas são planetários mas não são insolúveis. Se cuidarmos da natureza, ela tomará conta de nós. A conservação chegou a um ponto do conhecimento que, se quisermos salvar parte do sistema, temos que salvar o sistema inteiro. Esta é a essência do que chamamos desenvolvimento sustentável. Existem várias dimensões para a sustentabilidade. Primeiramente, ela requer a eliminação da pobreza e da privação. Segundo, requer a conservação e a elevação da base de recursos. Terceiro, ela requer um conceito mais abrangente de desenvolvimento, que englobe não somente o crescimento económico, como também o desenvolvimento social e cultural. Quarto e mais importante, requer a unificação da economia e da ecologia nos níveis de tomada de decisão.”⁹
- “a incorporação da dimensão ambiental nas estratégias e projectos de crescimento económico não é condição suficiente nem para o desenvolvimento sustentável nem para a melhoria das condições de vida dos pobres e desprovidos. O conceito de desenvolvimento sustentável envolve condições de melhoria de vida para as populações, do ponto de vista social e económico. Em oposição às estratégias de crescimento insustentável – por

⁷ PEARCE, David, MARKANDYA, Anil & BARBIER, Edward, ob.cit.,pág., 88., sublinhado nosso.

⁸ Idem.

⁹ BARONI, Margaret ob.cit. pág., 18 excertos do discurso da Ex-primeira Ministra norueguesa, Gro Harlem Brundtland, Sir Peter Scott Lecture, Bristol 8 de Outubro de 1986.

razões morais e ambientais -, o paradigma alternativo terá que satisfazer as necessidades básicas de todos e não só das minorias, em todos os lugares e não somente nos pólos de crescimento, como um processo contínuo contra a expansão e contracção das economias de mercado contemporâneas. Estratégias de desenvolvimento sustentável – servindo a todos, todo o tempo, sem destruir ou exaurir os recursos existentes e produzir riscos e consequências ambientais insuportáveis – terão que ser caracterizadas pela viabilização económica, equidade social, sustentabilidade, aceitabilidade estética... para tratar com estes problemas (ambientais) e ao mesmo tempo fornecer condições para o desenvolvimento sustentável – será necessária mobilização de toda a sociedade para definir um estilo elevado de vida com padrões de consumo e produção de acordo com as necessidades básicas e estratégicas de prioridade determinada através de processos democráticos pelos actores sociais.”¹⁰

Vistas em resumo algumas perspectivas sobre o conceito de desenvolvimento e desenvolvimento sustentável atentaremos sobre algumas delas, antes de fazer a opção pelo conceito de desenvolvimento que orientará o nosso estudo.

¹⁰RATTNER, Henrique, *Sustainable Development – Trends and perspectives*, FEA/USP, 1991 (versão preliminar) *apud* B ARONI, Margaret ob.cit. pág., 19.

3. O Relatório BRUNDTLAND

O relatório Brundtland, “Nosso Futuro Comum” aponta uma série de medidas que deverão ser tomadas para a garantia do desenvolvimento sustentável. Assim ¹¹ devem ser tomadas as seguintes medidas:

- Limitação do crescimento populacional;
- Garantia de recursos básicos (água, alimentos, energia) a longo prazo;
- Preservação da biodiversidade e dos ecossistemas;
- Diminuição do consumo de energia e desenvolvimento de tecnologias com uso de fontes energéticas renováveis;
- Aumento da produção industrial nos países não industrializados com base em tecnologias ecologicamente adaptadas;
- Controle da urbanização desordenada e integração entre campo e cidades menores;
- Atendimento das necessidades básicas (saúde, escola, moradia)
- Adopção da estratégia de desenvolvimento sustentável pelas organizações de desenvolvimento (órgãos e instituições internacionais de financiamento);
- Protecção dos ecossistemas supra-nacionais como a Antártica, oceanos, etc.;
- Implantação de um programa de desenvolvimento sustentável pela ONU;
- Uso de novos materiais de construção;
- Reestruturação da distribuição de zonas residenciais e industriais;
- Aproveitamento e consumo de fontes alternativas de energia, como a solar, a eólica e a geotérmica;
- Reciclagem de materiais reaproveitáveis;
- Consumo racional de água e de alimentos
- Redução do uso de produtos químicos prejudiciais á saúde na produção de alimentos.

¹¹ Vide: <http://marcouniversal.com.br/upload/RELATORIOBRUNDTLAND.pdf> acesso em 13/04/2012

Uma das críticas apontadas ao conceito de desenvolvimento sustentável, trazidas pelo relatório da comissão é o facto de apontar á relação intergeracional sem olhar para os problemas actuais entre as presentes gerações. Contudo o próprio Relatório afirma que ¹² “mesmo a noção estreita de sustentabilidade física implica uma preocupação com a equidade social entre gerações, uma preocupação que deve logicamente, ser estendida para dentro de cada geração.”

Também a¹³ “Declaração de Política de 2002 da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável é construído sobre três pilares interdependentes e mutuamente sustentadores – desenvolvimento económico, desenvolvimento social e protecção ambiental. Esse paradigma reconhece a complexidade e o inter-relacionamento de questões críticas como pobreza, desperdício, degradação ambiental, decadência urbana, crescimento populacional, igualdade de género, saúde, conflito e violação aos direitos humanos.”

¹²BARONI, Margaret, ob. cit. pág., 23.

¹³ Vide: <http://marcouniversal.com.br/upload/RELATORIOBRUNDTLAND.pdf> acesso em 13/04/2012

4. O Desenvolvimento como Liberdade. Ponto de Partida.

Das definições analisadas supra, podemos denotar que a questão da satisfação ou efectivação dos direitos tem sido associado á questão do desenvolvimento, como parte integrante do conceito, mas poucos são os autores que lhe associam a satisfação dos direitos, liberdade e garantias ou direitos da primeira geração.

Um dos autores pioneiros nesta associação ou neste casamento entre desenvolvimento e liberdade é o Economista AMARTYA SEN.¹⁴

No seu prefácio, refere que:¹⁵

« We live in world of unprecedented opulence, of a kind that would have been hard even to imagine a century or two ago. There have also been remarkable changes beyond the economic sphere. The twentieth century has established democratic and participatory governance as the preeminent model of political organization. Concepts of human rights and political liberty are now very much a part of the prevailing rhetoric. People live much longer, on the average, than ever before. Also, the different regions of the globe are now more closely linked than they ever been. This is so not only in the fields of trade, commerce and communication, but also in terms of interactive ideas and ideals.

And yet we also live in a world with remarkable deprivation, destitution and oppression. There are many new problems as well as old ones, including persistence of poverty and unfulfilled elementary needs, occurrence of famines and widespread hunger, violation of elementary political freedoms as well as of basic liberties, extensive neglect of the interests and agency of women, and worsening threats to our environment and to the sustainable of our economic and social lives. Many of these deprivations can be observed, in one form or another, in rich countries as well as poor ones.

Overcoming these problems is a central part of the exercise of development. We have to recognize, it is argued here, the role of freedoms of different kinds in countering these afflictions. Indeed, individual agency that we individually have is inescapably qualified and constrained by the social, political and economic opportunities that are available to us. There is a deep complementarity between individual agency and social arrangements. It is important to give simultaneous recognition to the centrality of individual freedom and to the force of social influences on the extent and reach of individual freedom. (...) Expansion of freedom is viewed in this approach, both as the primary end and as the principal means of development.»

¹⁴ Sobre o seu livro *DEVELOPMENT AS FREEDOM*, Koffi Annan, antigo Secretário Geral Das Nações Unidas, disse “the world’s poor and dispossessed could have no more articulate or insightful a champion among economists than Amartya Sen. By showing that the quality of our lives should be measured not by our wealth but by our freedom, his writings have revolutionized the theory and practice of development.”

¹⁵ SEN, Amartya, *Development as freedom*, Oxford University Press, 2001, pág., xi.

Este estudo tenciona olhar para a constituição vigente, propondo alterações tanto a nível do regime de revisão como da inclusão de novos direitos ou fortalecimento de direitos já consagrados, com o objectivo de potenciar o desenvolvimento, que do nosso ponto de vista não está dissociado da garantia e efectivação tanto dos direitos, liberdades e garantias como dos direitos económicos, sociais e culturais.

Como observa AMARTYA SEN ¹⁶ “it is not surprising that no famine has ever taken place in the history of the world in a functioning democracy – be it economically rich (as in contemporary Western Europe or North America) or relatively poor (as in post independence India, or Botswana, or Zimbabwe.” E conclui mais á frente ¹⁷ “the substantive freedoms include elementary capabilities like being able to avoid such deprivations as starvation, undernourishment, escapable morbidity and premature mortality, as well as the freedoms that are associated with being literate and numerate, enjoying political participation and uncensored speech and so on. In this constitutive perspective, development involves expansion of these and other basic freedoms. Development, in this view, is the process of expanding human freedoms, and the assessment of development has to be informed by this consideration.”

Olharemos nesta perspectiva a revisão da Constituição como uma oportunidade de sedimentar os direitos, melhorar a sua eficácia e garantia, e introduzir novos direitos e garantias com o objectivo de se alcançar o almejado desenvolvimento.

¹⁶ SEN, Amartya, *Development as freedom*, Oxford University Press, 2001, pág., 36.

¹⁷ Idem.

CAPITULO II
A REVISÃO NA ACTUAL CONSTITUIÇÃO

5. A Revisão na história Constitucional Moçambicana

5.1 A Constituição de 1975

Com a independência marca-se o início da até aqui, breve história constitucional Moçambicana. Com preocupações perante o libertar das amarras do colonialismo, afirma o art.º 1.º da Constituição de 1975 que “a República Popular de Moçambique, fruto da resistência secular e da luta heróica e vitoriosa do povo Moçambicano, sob a direcção da FRELIMO, contra a dominação colonial portuguesa e o imperialismo, é um Estado independente e democrático”.

A Constituição de 1975 fica marcada por um forte monismo tendo como traço fundamental “a total subordinação da sociedade civil ao Estado e este ao partido FRELIMO”.

A Assembleia popular é convocada e presidida pelo Presidente da República (art.º 42.º) que em caso de morte, renúncia ou incapacidade permanente (...) as suas funções serão imediatamente assumidas pelo Comité Central da FRELIMO, que deverá designar, no mais curto prazo possível, o novo Presidente da República (art.º 52).

No que concerne á revisão a Constituição de 1975 reservou no capítulo V um único artigo (o art.º 70.º) prescrevendo que “até á criação da Assembleia com poderes constituintes, a modificação da Constituição compete ao Comité Central¹⁸ da FRELIMO.

Fica de leve no ar que haveria uma preferência pela criação de uma Assembleia com poderes constituintes ao invés da própria Assembleia Popular assumir poderes de revisão.

A primeira alteração da Constituição consistiu no acrescento da letra (R) ao art.º 69.º que estipulava que “a delimitar este conjunto está uma roda dentada, simbolizando a classe operária e a indústria, factor dinamizador da nossa economia.” Passando a estipular que “a delimitar este conjunto está uma roda dentada, simbolizando a classe operária e a indústria, factor dinamizador da nossa economia”.

A segunda alteração aprovada na 8ª Reunião do Comité Central da FRELIMO e publicada no Boletim da República n.º 42, Iª Série, de 10 de Abril de 1976, definiu a Assembleia Provincial como o mais alto órgão de Estado na Província.

Note-se que á luz da Constituição “a Assembleia Provincial legislará em matérias de exclusivo interesse provincial e participará nas decisões que digam respeito á Província.

¹⁸ A própria Constituição é aprovada pelo Comité Central da Frente de Libertação de Moçambique aos 20 de Junho de 1975 e entra em vigor às zero horas do dia 25 de Junho de 1975.

Será do ponto de vista jurídico institucional interessante ver o desenvolvimento que a figura das Assembleias Provinciais terá no actual quadro Constitucional.

A 2ª Sessão do Comité Central da FRELIMO aprova a alteração ao art.º 38.º que tinha a seguinte redacção: “A Assembleia Popular tem um máximo de duzentos e dez membros; a Assembleia Popular só pode deliberar achando-se presente a maioria dos seus membros; as deliberações da Assembleia são tomadas por maioria absoluta de votos dos membros presentes”. Passa assim a ter a seguinte redacção ¹⁹ “o número de membros da Assembleia Popular será fixado em lei Eleitoral; a Assembleia Popular só pode deliberar achando-se presente a maioria dos seus membros; as deliberações da Assembleia Popular são tomadas por maioria absoluta de votos dos membros presentes”

Enfim a Lei 11/78 de 15 de Agosto²⁰ vem trazer alterações assinaláveis que passamos a descrever. É interessante a introdução da Lei que denuncia o pensamento do legislador acerca da revisão dizendo que “a Constituição, Lei Fundamental da República Popular de Moçambique, consagra as principais conquistas da nossa Revolução, ao mesmo tempo que define os objectivos a alcançar pelo Povo Moçambicano. Como programa que é, a Constituição deve acompanhar o avanço do processo de edificação da nova sociedade. O povo moçambicano, dirigido pela FRELIMO, seu partido de Vanguarda, é o agente principal de transformação da nossa sociedade, na construção das bases material e ideológica para a passagem ao Socialismo.”²¹

A Lei 11/78 de 15 de Agosto no seu art.º 44.º b) diz que compete á Assembleia Popular proceder á alteração da Constituição, facto que é enaltecido na justificativa da lei dizendo que “ao atribuir á Assembleia Popular a tarefa de rever a Constituição, o Comité Central da FRELIMO demonstrou, uma vez mais, a clareza com que o Partido dinamiza e acompanha o processo de construção da nova sociedade”

Outra das alterações foi a aprovação do Preâmbulo um elemento interpretativo fundamental na busca da ideia de Direito plasmada na Constituição, que consistia no discurso de proclamação da independência²².

¹⁹ Publicada no Boletim da República n.º 100, Iª Série, Suplemento, de 30 de Agosto de 1977.

²⁰ Publicada no Boletim da República n.º 97, Iª Série, de 15 de Agosto de 1978.

²¹ Para uma perspectiva sobre a influência do marxismo – leninismo veja-se INSTITUTO DE APOIO À GOVERNAÇÃO E DESENVOLVIMENTO, *Evolução Constitucional da Pátria Amada*, Ciedima, Maputo, 2009.

²² Idem, pág. 24.

O art.º 4.º vem estipular como objectivos fundamentais:

- A eliminação das estruturas de opressão e exploração coloniais e tradicionais e da mentalidade que lhes está subjacente;
- A extensão e o reforço do poder popular democrático;
- A edificação de uma economia independente e a promoção do progresso cultural e social;
- A defesa e consolidação da independência e unidade nacional;
- A edificação da democracia popular e a construção das bases material e ideológica da sociedade socialista;
- O estabelecimento e desenvolvimento de relações de amizade e cooperação com outros povos e Estados;
- O prosseguimento da luta contra o colonialismo e o imperialismo;

No que concerne á organização judiciária o art.º 69.º veio determinar que “na República Popular de Moçambique a função judicial é exercida através do Tribunal Popular Supremo e os demais tribunais determinados na lei, subordinando-se á Assembleia Popular”. Estabeleceu o art.º 73.º que “no exercício das funções os juízes são independentes e apenas devem obediência á lei”.

Seguiu-se em 1982 a aprovação da Resolução n.º 11/82 de 1 de Setembro, que altera o emblema da República Popular de Moçambique, definido no art.º 76.º da Constituição, publicado no Boletim da República, Iª Série, Suplemento de 1 de Setembro de 1982.

Em 1984 a Lei 1/84 de 27 de Abril vem trazer nova redacção ao art.º 77.º que definia as cores da bandeira nacional e aquilo que representam.

Publicado no Boletim da República n.º 30.º, Iª Série, 4º Suplemento de 25 de Julho de 1986, a lei 4/86 de 25 de Julho faz algumas alterações Constituição, realça-se aquilo que diz na justificativa “a 5ª Sessão do Comité Central do partido FRELIMO, de 30 de Junho a 8 de Julho de 1986, analisou profundamente a situação política, militar, económica e social do País tendo concluído sobre a necessidade de capacitar os órgãos do Estado para assegurar

uma actividade permanente e eficaz das Assembleias do Povo e do Governo. Neste contexto a 5ª Sessão do Comité Central concluiu que devem ser criados os cargos de Presidente da Assembleia Popular e de Primeiro-Ministro (...) A institucionalização das funções de Presidente da Assembleia Popular e de Primeiro-Ministro reflectem o crescimento do nosso Estado de democracia popular e será factor dinamizador do funcionamento dos órgãos do Estado e de desenvolvimento da sociedade moçambicana.”

5.2 - A Constituição de 1990

Conforme referido pelo GDI²³ “as transformações operadas pela reforma constitucional de 1990²⁴ são profundas e, em alguns pontos radicais. A estruturação organizativa dos poderes do Estado em torno do princípio de separação dos poderes é significativo desta tendência, mas elas têm, também, uma dimensão simbólica. Por um lado, a República Popular de Moçambique, não é mais “*Popular*”, ela transforma-se, “*simplesmente*”, em República de Moçambique, por outro lado a hierarquia dos órgãos de soberania é modificada em proveito do Presidente da República o que constitui, pelo menos, ao mesmo tempo, um índice e manifestação objectiva do sistema Presidencialista. A rotura terminológica pretende reflectir, também, as transformações de fundo do regime político”.

No que concerne á Revisão da Constituição estipulava o art.º 198.º que: “1. As iniciativas de alteração da Constituição são propostas pelo Presidente da República ou por um terço, pelo menos, dos deputados da Assembleia da República. 2. As propostas de alteração devem ser depositadas na Assembleia da República noventa dias antes do início do debate.”.

Por sua vez o art.º 199.º estipulava que “Quando as propostas de revisão impliquem alteração fundamental dos direitos dos cidadãos e da organização dos poderes públicos, a proposta de revisão adoptada pela Assembleia da República é submetida a debate público e levada a referendo.” O n.º 2.º do mesmo art.º dizia que “os resultados do referendo e o texto constitucional aprovado são adoptados pela Assembleia da República sob a forma de lei constitucional e mandados publicar pelo Presidente da República”. Por fim o n.º 3 asseverava “nos restantes casos a alteração da Constituição é aprovada por maioria de dois terços dos deputados da Assembleia da República.”

Várias dúvidas podem-se-nos colocar acerca da interpretação deste art.º, nomeadamente: o que é uma *alteração fundamental* dos direitos dos cidadãos e da organização dos poderes públicos? Os requisitos são cumulativos? Se houver uma alteração fundamental dos direitos dos cidadãos que não impliquem uma alteração da organização dos poderes públicos, estaria ou não sujeita a referendo?

²³ INSTITUTO DE APOIO Á GOVERNAÇÃO E DESENVOLVIMENTO, *Evolução*, ob. cit. pág. 34.

²⁴ Para uma breve análise á Constituição de 1990 veja-se SIMANGO, Américo, *Introdução á Constituição Moçambicana*, AAFDL, Lisboa, 1999.

Do nosso ponto de vista apesar de o legislador utilizar o “e” ao invés do “ou” quis salvaguardar como limites esses dois assuntos *per si* de contrário seria muito difícil cumular esses dois requisitos. Esta parece ser também a posição de JORGE BACELAR GOUVEIA²⁵ quando diz que “o regime mais rígido – que apelidaríamos de “revisão maior” da Constituição – implica que se pretenda inserir no texto constitucional alterações de teor substancial, quer no sistema de direitos fundamentais, quer no sistema político.

Na delimitação do conceito de alteração fundamental o mesmo refere que²⁶ “para que se tratasse de uma revisão constitucional submetida ao esquema mais agravado do referendo nacional, haveria a necessidade de modificar os vectores fundamentais que caracterizam o Direito Constitucional Moçambicano, de que damos a seguinte exemplificação:

- Na *forma institucional* de governo, mudar de República para monarquia;
- Na *forma política de governo*, mudar de democracia para ditadura;
- *Nos direitos fundamentais*, mudar de uma concepção personalista, fundada na pessoa humana, para uma concepção fascista ou marxista;”

Contudo muitas dúvidas poderão ainda ser colocadas: seria uma alteração fundamental a mudança para um sistema de governo parlamentar? A instituição da pena de morte não seria uma alteração fundamental dos direitos dos cidadãos?

Parece-nos evidente que o segundo exemplo caberia no conceito de alteração fundamental, quanto ao primeiro exemplo já não seria assim.

Essas dificuldades são reconhecidas por JORGE BACELAR GOUVEIA²⁷ quando diz que “o actual regime da revisão da Constituição assenta em três dificuldades fundamentais: a imprecisão dos seus preceitos, a inconveniência da realização do referendo e a escassa rigidez do respectivo procedimento. A imprecisão do regime é bem visível na dificuldade de destringar entre a revisão maior e a revisão menor, á qual se associam assinaláveis diferenças práticas, ou seja, escolher entre a mera aprovação de dois terços e a sujeição a referendo nacional.”

Aprovada pela Assembleia Popular, aos 2 de Novembro de 1990 a Constituição entra em vigor no dia 30 de Novembro tendo sido alterada pela primeira vez em 1992, pela Lei 11/92 de 8 de Outubro, publicada no Boletim da República n.º 41, 1ª Série, que acrescentou

²⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Reflexões sobre a próxima revisão da Constituição Moçambicana de 1990*, Minerva Central, Maputo, 1999, pág. 11.

²⁶ Idem, pág. 11.

²⁷ Ibidem, pág. 49.

um n.º 3 ao art.º 204 da Constituição estipulando que “o disposto no artigo 198, n.º 2, só será aplicável após a realização das próximas eleições presidenciais e legislativas.”

Por sua vez a lei n.º 12/92 de 9 de Outubro veio alterar os artigos 30, 107, 118, 134 e 202. O art.º 30 passa a dispor que “o povo moçambicano exerce o poder político através do sufrágio universal, directo, igual, secreto e periódico para a escolha dos seus representantes, por referendo sobre as grandes questões nacionais e pela permanente participação democrática dos cidadãos na vida da Nação.

Os artigos 118.º e 134.º falam da eleição por sufrágio do Presidente e da Assembleia da República respectivamente, enquanto o art.º 202.º estipulava que “até a entrada em funcionamento do Conselho Constitucional, as suas competências são exercidas pelo Tribunal Supremo.

A alteração constitucional feita pela Lei 9/96 de 22 de Novembro fez a introdução de princípios e disposições sobre o poder local no texto da Lei Fundamental.

Por fim a Lei 9/98 de 14 de Dezembro publicado no Boletim da República n.º 49, Iª Série, veio alterar os artigos 107.º e 181.º

Na introdução a lei supra referida dizia que “o mandato dos órgãos de soberania eleitos nas eleições gerais de 1994 termina em 1999, devendo nesse ano, em observância da Constituição, ter lugar as eleições gerais para o cargo de Presidente da República e para Deputados á Assembleia. O processo de revisão da Constituição em curso visa definir o quadro constitucional á luz do qual serão eleitos os órgãos de soberania. Contudo este processo só conhecerá o seu termo ao longo do próprio ano eleitoral.”

Estipulava o art.º 107 que “1. O sufrágio universal, directo, igual, secreto, pessoal e periódico constitui a regra geral de designação dos titulares dos órgãos electivos da soberania e do poder local. 2. O apuramento dos resultados das eleições obedece ao sistema de representação proporcional. 3. A supervisão do recenseamento e dos actos eleitorais cabe a um órgão independente, cuja composição, organização, funcionamento e competências são fixadas por lei. 4. O processo eleitoral é regulado por lei.

A Resolução 22/2000 veio a criar a Comissão *Ad-Hoc* para a Revisão da Constituição, publicada no Boletim da República n.º 49, Iª Série de 6 de Dezembro de 2000, dando mais tarde lugar á Constituição de 2004 actualmente em vigor, e que será objecto deste estudo.

6. O Poder Constituinte

O poder Constituinte pode ser visto como o poder de fazer, poder de decretar ou poder de substituir uma Constituição.

Não é pacífica na doutrina constitucionalista a relação deste poder constituinte originário, com o poder constituinte derivado. São várias as posições²⁸ gizadas a volta desta relação: para uns “o poder constituinte é permanente e, sendo permanente, intrespassável e inabsorvível pelo poder de revisão.” Outros consideram que com “com o culminar do processo constituinte, **extingue-se** o poder constituinte e emerge o poder de revisão, cuja competência de criação promana da própria Constituição²⁹”. Para outros o poder constituinte suspende-se com a emanação da Constituição.

Como refere GOMES CANOTILHO³⁰ “a ideia de superioridade do poder constituinte não pode terminar na ideia de *Constituição ideal*, alheia ao seu «plebiscito quotidiano», á alteração dos mecanismos constitucionais derivados das mutações políticas e sociais e indiferente ao próprio «sismógrafo» das revoluções”.

EMILIO KAFFT KOSTA³¹ diz que “o poder constituinte consiste numa força dirigida a **criar** uma Constituição. E a dita criação (conducente, portanto, á caracterização da força em presença como poder constituinte) não se esgota ou circunscreve a uma criação *ex novo* da Constituição (aquilo a que eu chamaria **poder constituinte ab initio**). Trata-se de uma realidade que abrange ou pode abranger, outrossim, certas *vicissitudes constitucionais* que ultrapassem decisivamente os respectivos quadros de referência e se encaminhem, ainda que encapotadamente, ainda que não declaradamente, na via de assunção de um novo e fundamentalmente distinto desígnio constitucional.”

Da nossa parte e considerando que através da sanção popular se poderá passar de uma Constituição material para outra (transição constitucional), não vemos grande relevância da distinção, pois por via de revisão poderemos substituir a actual Constituição.

A problemática do poder constituinte está intimamente relacionada com o conceito de soberania, nomeadamente no poder de edição do Direito na ordem interna.

²⁸ Para uma síntese das várias posições e respectivos autores veja-se KOSTA, Emílio Kaftt, *O Constitucionalismo Guineense e os limites Materiais de Revisão*, AAFDL, Lisboa, 1997, págs. 58 e ss.

²⁹ Idem, pág. 60.

³⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 1060.

³¹ KOSTA, Emílio Kaffit, ob. cit. pág. 45.

A soberania³² é “uma ideia nova que BODIN traz para a história do pensamento político, precisamente numa altura – o séc. XVI – em que desponta o Estado moderno, o Estado-Nação, o Estado soberano. Não é por acaso que é no séc. XVI que surgem, pela mão de MAQUIAVEL e de BODIN respectivamente, o conceito de *Estado* e o conceito de *soberania*: é porque é justamente no séc. XVI que nasce o Estado moderno europeu, que é um Estado soberano.”

BODIN³³ definia o conceito como “poder absoluto e perpétuo de uma República” com as seguintes características: una e indivisível, própria e não delegada, suprema na ordem interna e independente na ordem internacional.

Já naquela altura BODIN aceitava limites á soberania³⁴ “*primeiro* tem de ser um governo recto, e a rectidão obriga a respeitar a moral e as leis divinas e naturais; *segundo*, o soberano só se pode ocupar do que é de interesse público, devendo respeitar a propriedade dos seus súbditos; *terceiro*, a soberania está limitada pelas leis humanas comuns a todos os povos ou seja, pelo direito internacional ou direito das gentes; *quarto*, a soberania está limitada pelas leis fundamentais do reino (“*leges imperii*”) – que são designadamente as leis sobre a sucessão do trono, sobre a inalienabilidade do património da Coroa e sobre a necessidade do consentimento dos Estados Gerais (Cortes) para a declaração da guerra ou lançamento dos impostos; e *quinto*, a soberania deve aceitar o pluralismo natural da sociedade, formadas pelos municípios, corporações, colégios profissionais, universidades, etc.”

Obviamente que nem a soberania, nem o poder constituinte são poderes absolutos existem limites, e a Constituição é muito clara acerca deste aspecto dizendo no art.º 2.º n.º 1 e 2 que “a soberania reside no povo; o povo moçambicano exerce a soberania segundo as formas fixadas na Constituição”.

JORGE MIRANDA³⁵ identifica três categorias de limites ao poder constituinte “os *limites transcendentales* são os que, antepondo-se ou impondo-se á vontade do Estado (e, em poder constituinte democrático, á vontade do povo) e demarcando a sua esfera de intervenção, provêm de imperativos de Direito natural, de valores éticos superiores, de uma consciência jurídica colectiva (conforme se entender).” O autor identifica esses limites

³² DO AMARAL, Diogo Freitas, *História das ideias políticas*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 323.

³³ BODIN, Jean, *Les six livres de la République*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 179 *apud* DO AMARAL, Diogo Freitas, *História das ideias políticas*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 323.

³⁴ Idem, pág. 327.

³⁵ MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 547. como os imediatamente conexos com a dignidade da pessoa humana.

Este limite é facilmente perceptível através das seguintes questões: pode o poder constituinte consagrar na Constituição de Moçambique uma Religião oficial para o Estado Moçambicano? Pode o poder Constituinte material estabelecer a discriminação em função da raça? As respostas não poderão deixar de ser negativas.

Por outro lado fala o autor em *limites imanes*³⁶ “ligados á configuração do Estado á luz do poder constituinte material ou á própria identidade do Estado de que cada Constituição representa apenas um momento da marcha histórica.” Assim não seria possível a anexação a outro Estado.

Por fim *limites heterónomos*³⁷ que se ligam aos compromissos internacionais validamente assumidos pelo Estado Moçambicano.

Por sua vez GOMES CANOTILHO³⁸ aponta duas espécies de limites: os princípios da justiça e os princípios do direito internacional, dizendo que:

(...) Desde logo, se o poder constituinte se destina a criar uma Constituição concebida como organização e limitação do poder, não se vê como esta “vontade de Constituição” pode deixar de condicionar a vontade do criador. Por outro lado, este criador, este sujeito constituinte, este povo ou nação, é estruturado e obedece a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerados como “vontade do povo”. Além disto, as experiências humanas vão revelando a indispensabilidade de observância de certos **princípios de justiça** que, independentemente da sua configuração (como princípios *suprapositivos* ou como princípios supra legais mas *infra-jurídicos*) são compreendidos como limites da liberdade e onipotência do poder constituinte. Acresce que um sistema jurídico interno (nacional, estadual) não pode, hoje, estar *out* da comunidade internacional. Encontra-se vinculado a **princípios de direito internacional** (princípio da independência, princípio da autodeterminação, princípio da observância dos direitos humanos).

Da nossa parte falaremos também de dois limites: um directamente relacionado com os *princípios de direito internacional* e outro a *consciência jurídica colectiva*. É a nossa consciência jurídica colectiva que nos impede de ter uma religião oficial para o Estado moçambicana mais do que qualquer norma plasmada na Constituição. Aprendemos a viver, conviver e respeitar as outras religiões criando uma diversidade *única* que não pode ser posta em causa pois a nossa consciência jurídica colectiva não nos direcciona para determinada religião. Este limite vale por si, não é imposto é um pressuposto de base para a nossa existência enquanto estado

³⁶ MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, cit. pág. 546.

³⁷ Idem, pág. 547.

³⁸ CANOTILHO, J.J, Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 81.

7. Vicissitudes Constitucionais

Antes de centrarmos a nossa atenção no procedimento de revisão da Constituição convém olhar para o conceito e os diversos tipos de vicissitudes constitucionais das quais a revisão da Constituição assume-se como a mais frequente.

Para JORGE MIRANDA³⁹ vicissitudes constitucionais são “quaisquer eventos que se projectem sobre a subsistência da Constituição ou de algumas das suas normas”.

BACELAR GOUVEIA⁴⁰ diz nos que “o conceito de *vicissitude constitucional* se relaciona intimamente com os *acontecimentos que se reflectem sobre um ordenamento jurídico-constitucional que, em determinado momento, se apresente como vigente.*”

Constituem vicissitudes constitucionais: a revisão constitucional, derrogação constitucional, transição constitucional, Revolução, ruptura não revolucionária, suspensão parcial da Constituição, costume constitucional, interpretação evolutiva da Constituição e revisão indirecta. Faremos uma breve alusão a essas vicissitudes para depois centrar o estudo na revisão da Constituição.

A revolução⁴¹ “é o fenómeno político-social (ou conjunto de fenómenos) originador de mudanças rápidas e radicais essencialmente traduzidas no plano político-social pela deslegitimação de toda uma classe governante, com a conseqüente substituição da maioria dos seus principais membros e uma transformação constitucional de vastíssimas conseqüências.”

Como refere JORGE MIRANDA⁴² “a quebra do ordenamento em vigor só se torna possível pela presença de valores, princípios e critérios que, afectando os até então reinantes, vêm, do mesmo passo, carregar de legitimidade o facto ou acto revolucionário e desencadear efeitos normativos múltiplos, extensos e susceptíveis de, por seu turno, adquirirem uma dinâmica própria. Tais valores podem não ser suficientemente *valiosos* no plano do direito natural, e a legitimidade que inspiram pode revelar-se precária; no entanto, são eles, e só eles, que justificam a viragem política e institucional e que imprimem um cunho próprio á Constituição a redigir de seguida.”

³⁹ MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, cit. pág. 565.

⁴⁰ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *O Estado de Excepção Constitucional no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1998, pág. 1417

⁴¹ CANOTILHO, J.J, Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 203.

⁴² MIRANDA, Jorge, *Teoria*., ob.cit. pág. 525.

Para EMILIO KAFFT KOSTA⁴³ “com a revolução (na vertente constitucional), dá-se o que eu chamaria **ruptura fundamental** da Constituição, **sem observância do processo constitucionalmente estabelecido e ao abrigo de uma legitimação extraconstitucional.**”

Hodiernamente temos vários exemplos de revoluções como a que aconteceu na Tunísia, no Egipto e na Líbia, onde emergirão novas Constitucionais que reflectam a nova ideia de direito desses povos, que já não se revêem no regime instituído.

Com mais ligação connosco Revolução foi a que em 1974 em Portugal deu origem ao fim do “Estado novo” e conseqüente libertação dos países africanos de expressão Portuguesa.

Ruptura não revolucionária⁴⁴ “(...) não põe em causa a validade em geral da Constituição, somente a sua validade circunstancial.”

De acordo com EMILIO KAFFT KOSTA⁴⁵ “**a ruptura não revolucionária** cinge-se á **ruptura não fundamental** da Constituição, **sem observância do processo constitucionalmente estabelecido e ao abrigo de uma legitimação extraconstitucional.**”

Enquanto a revolução constitui uma ruptura **da** ordem constitucional e ruptura não revolucionária constitui uma ruptura **na** ordem constitucional.

A suspensão da Constituição é de acordo com JORGE MIRANDA⁴⁶ “em sentido próprio (...) somente a não vigência durante certo tempo, decretada por causa de certas circunstâncias, de algumas normas constitucionais. Oferece importantíssimo interesse no domínio dos direitos, liberdades e garantias, susceptíveis de serem suspensos, mas nunca na totalidade, por imperativos de *salus publica*, com a declaração do estado de sitio, do estado de emergência ou de outras situações de excepção.”

O costume constitucional *praeter e contra legem*, a interpretação evolutiva da Constituição e a revisão indirecta, constituem as modificações tácitas que podem ocorrer numa Constituição.

Transição constitucional consiste na passagem de uma Constituição material para outra com o respeito pelas normas constitucionais enquanto derrogação constitucional constitui um desvio a um princípio ou regra da Constituição.

⁴³ KOSTA, Emílio Kaftt, ob. cit. pág. 100.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Ibidem pág. 101.

⁴⁶ MIRANDA, Jorge, *Teoria.*, ob. cit. pág. 574.

7.1 - Revisão da Constituição como vicissitude constitucional

De acordo com JORGE MIRANDA, constitui revisão⁴⁷ “modificação da Constituição expressa, parcial, de alcance geral e abstracto e, por natureza, a que traduz mais imediatamente um princípio de continuidade institucional.”

Como refere BACELAR GOUVEIA⁴⁸ “no plano funcional, a revisão constitucional também se particulariza em nome de três funções que lhe são assinaladas: (i) uma função de *adequação* do texto constitucional á realidade constitucional; (ii) uma função de *aperfeiçoamento* do texto constitucional, num sentido já técnico e não tanto político; e (iii) uma função de *garantia* da própria continuidade da ordem constitucional.”

Da nossa parte revisão significa *qualquer alteração da lei fundamental expressa, geral e abstracta, parcial ou total, neste último caso desde que não implique uma alteração da ideia de direito plasmada na Constituição.*

A revisão da lei fundamental implica um processo ou um procedimento regulado na própria Constituição.

Neste processo de revisão de acordo com JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS aplicam-se subsidiariamente as normas do procedimento legislativo. Dizem-nos esses autores⁴⁹ que “tendo unicamente como objecto regular os aspectos específicos do procedimento de revisão constitucional, carecem de ser complementados através da aplicação subsidiária da norma geral aplicável ao procedimento legislativo parlamentar que seja conforme com as normas constitucionais específicas sobre o processo de revisão.”

No nosso ordenamento podemos distinguir dois tipos de revisão. Um em que não se alteram os limites materiais sendo aí proibido o referendo de acordo com o art.º 136.º n.º 3.º alínea a) e outro em que se alteram os limites materiais e onde o referendo é obrigatório.

Ao abrigo da Constituição de 1990 BACELAR GOUVEIA fazia referência a “revisão menor” e “revisão maior”. De acordo com o autor⁵⁰ “o regime menos rígido – que poderíamos designar por “revisão menor” da Constituição – assenta na escassa importância

⁴⁷ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, pág. 113.

⁴⁸ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *O Estado de Excepção Constitucional no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1998, pág. 1437.

⁴⁹ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 905.

⁵⁰ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Reflexões sobre a próxima revisão da Constituição Moçambicana de 1990*, Minerva Central, Maputo, 1999, pág. 10 e 11.

material dessas alterações, não pondo elas em causa a estrutura fundamental da Constituição. Assim sendo, permite-se que a sua aprovação seja feita apenas pela intervenção da Assembleia da República, embora exija uma deliberação pela maioria de dois terços dos Deputados em efectividade de funções.

O regime mais rígido – que apelidaríamos de “revisão maior” da Constituição – implica que se pretenda inserir no texto constitucional alterações de teor substancial, quer no sistema de direitos fundamentais, quer no sistema político. A consequência prática dessas alterações é a necessidade de, após a intervenção parlamentar, a lei da revisão constitucional aprovada ser submetida a referendo nacional, com a participação de todos os cidadãos moçambicanos com capacidade eleitoral activa.”

Contudo temos algumas dificuldades em aceitar esta nomenclatura, pois a ser assim seria uma “revisão menor” passar do sistema de representação proporcional⁵¹ para o sistema maioritário ou a eliminação da limitação dos mandatos (sem curar se trata ou não de um limite material implícito).

Da nossa parte preferimos fazer referência a revisão com alteração dos limites materiais e revisão sem alteração dos limites materiais, daí revisão simples e complexa.

Convém referir que apesar inexistência de referendo não é sinónimo de “ausência de participação popular” pois como referiu JOSÉ TAVARES NYANLELE⁵² “o povo que vive no campo não pode ser marginalizado do debate do Anteprojecto de revisão Constitucional, pois é importante que todos os cidadãos saibam qual é a Lei Fundamental que rege o Estado em que vivem.”

Como refere BACELAR GOUVEIA⁵³:

«A revisão constitucional, no plano meramente quantitativo, acabou por se impor como a vicissitude constitucional por excelência, o que se mostra á saciedade não apenas pelos trabalhos doutrinários como pela frequência e minúcia da respectiva regulação constitucional nos textos constitucionais que se foram sucedendo até hoje. O factor que teoreticamente se tornaria decisivo para esta autonomização seria a virtualidade de a revisão constitucional se situar na difícil linha de fronteira de servir de ponte entre o passado e o futuro de cada versão constitucional, permitindo a sua actualização em função das novas necessidades colectivas, sem que isso possa concomitantemente colocar em questão os princípios estruturadores dessa mesma ordem constitucional.»

⁵¹ Apesar de constar do anteprojecto (art.º 283.º alínea e) não passou para a lei Fundamental, assim REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Assembleia da República, Anteprojecto de Revisão da Constituição, 1998, pág. 106.

⁵² NYANLELE, José Tavares, em média FAX n.º 1620 – 14/10/98 *apud* MOÇAMBIQUE, Instituto de Apoio á Governação e Desenvolvimento, *Evolução Constitucional da Pátria Amada*, CIEDIMA, Maputo, 2009.

⁵³ GOUVEIA, Jorge Bacelar, ob. cit., vol. II, pág.1403.

Antes de analisarmos o procedimento de revisão, faremos uma breve análise ao regime subsidiário do procedimento legislativo, pois as regras relativas ao procedimento legislativo serão chamadas á colação para a resolução de problemas interpretativas, não regulados pelas normas de revisão.

8. O procedimento legislativo na Constituição de 1990

Iremos proceder a uma análise breve do estatuído pelo Legislador Constituinte de 1990 no que concerne ao procedimento legislativo antes de entrarmos no regime actual.

Muitos constitucionalistas moçambicanos ainda se debatem sobre o problema de saber se a Constituição de 2004 é uma nova Constituição ou simplesmente uma alteração da Constituição de 1990.

A questão não pode ser respondida de ânimo leve nem cabe no âmbito deste estudo. Porém parece-nos que a resposta á esta questão pode ser obtida através das seguintes interrogações: foi plasmada uma nova ideia de Direito? A Constituição de 2004 constitui um novo projecto para a sociedade moçambicana? A resposta á vista desarmada não pode deixar de ser negativa, e para isto basta falar da abertura política, do pluralismo de expressão, na abertura da cena política aos partidos, que aconteceram em 1990. Contudo é criticável a forma como foi feita a revisão, com um novo preambulo.

O Preâmbulo da Constituição de 2004 fala da Constituição de 1990 para depois finalizar com a expressão **a presente Constituição** (...), parece-nos evidente que estamos perante uma nova Constituição, contudo não é o caso...

Não deixamos de reconhecer fortes semelhanças entre as duas constituições, daí faremos uma breve incursão no procedimento legislativo aos olhos do legislador Constituinte de 1990.

A CRM de 1990 abre o capítulo III do Título III relativo aos Órgãos do Estado, dizendo que a Assembleia da República é o mais alto órgão legislativo na República de Moçambique (art.º 133 n.º1 da CRM 1990). Este preceito é retomado sem quaisquer alterações pela Constituição de 2004, no seu artigo 169º n.º 1. Esta formulação não fazia qualquer sentido na Constituição de 1990, pois a Assembleia da República era o único órgão legislativo⁵⁴.

Na parte relativa às competências da Assembleia da República, o art.º 135º n.1 determinava que compete á Assembleia da República legislar sobre as questões básicas da política interna e externa do país (corresponde também sem alterações ao artigo 179º n.º1 da CRM de 2004). Só que na Constituição de 1990 o n.º2 diz que compete, **nomeadamente** á Assembleia da República (...). O que nos leva, a olhar o número 1 como uma cláusula geral com numeração exemplificativa. Contudo olhando para a Assembleia como o único órgão

⁵⁴ Assim, SIMANGO, Américo, *Introdução à Constituição Moçambicana*, AAFDL, Lisboa, 1999, pág. 80, a não ser que se entenda a expressão legislativo no sentido amplo de norma jurídica. que produzia actos legislativos, tal interpretação deixa de fazer sentido.

Em 2004 a Constituição veio clarificar, abandonando a expressão, nomeadamente e optando por estabelecer matérias de competência exclusiva.

A iniciativa de lei pertencia ao Presidente da República, às Comissões da Assembleia da República, aos deputados e ao Conselho de Ministros, art.º137º da CRM de 1990.

As regras gerais sobre as maiorias de aprovação, mantiveram-se (art.º140º nº 1 e 2 da CRM de 1990).

8.1 Procedimento ou processo legislativo?

A opção terminológica entre processo ou procedimento legislativo tem ocupado os constitucionalistas de algum tempo a esta parte, com argumentos de um lado e do outro, tendo contudo a expressão procedimento maiores raízes no nosso ordenamento tanto a nível legislativo como administrativo sendo a expressão processo reservada para a área judicial.

GERMANA DE OLIVEIRA MORAES⁵⁵ destaca a maior abrangência do termo processo “por isso e ainda por causa da opção terminológica da Constituição Federal Brasileira, antes apontada neste estudo, a expressão **processo legislativo** ora denota a ideia ampla de produção legislativa em geral, a qual compreende, para além da noção técnica de procedimento legislativo, a questão da distribuição da competência legislativa entre as unidades federadas, e a produção legislativa pelos diversos órgãos autorizados pela Constituição, ora tem também o significado restrito de procedimento legislativo, adoptado pela vigente carta política; enquanto a terminologia **procedimento legislativo** é sempre empregada, em seu sentido técnico, para designar o *modus operandi* da elaboração das leis, isto é, “como se devem fazer as leis em sentido amplo...”.

A doutrina italiana, espanhola e portuguesa tem preferido fazer referência a procedimento legislativo.

O legislador constituinte não tomou qualquer opção, ainda assim optamos pela referência a procedimento legislativo, pois além do argumento histórico acresce o facto de que a lei 17/2007 de 18 de Julho que aprova o Regimento da Assembleia da República utilizar expressamente o termo Procedimento Legislativo, no seu capítulo IX arts. 101 e segs.

⁵⁵ Cfr. GERMANA DE OLIVEIRA MORAES, *O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo brasileiro*, p.795 in Estudos de Direito Parlamentar, Lisboa 1997.

O legislador constituinte não tomou qualquer opção, ainda assim optamos pela referência a procedimento legislativo, pois além do argumento histórico acresce o facto de que a lei 17/2007 de 18 de Julho que aprova o Regimento da Assembleia da República utilizar expressamente o termo Procedimento Legislativo, no seu capítulo IX arts. 101 e segs.

Sendo assim preferimos utilizar a expressão procedimento ao invés de processo, sem descurar as críticas que se podem fazer a uma opção baseada num *interna corporis*, não podemos contudo descurar as razões históricas já enraizadas no nosso discurso e cultura jurídicas.

O procedimento legislativo é definido em GOMES CANOTILHO⁵⁶ como o conjunto de regras jurídicas (constitucional e regimentalmente definidas) disciplinadoras da actividade legiferante.

Optamos por definir o procedimento legislativo como – *um conjunto ordenado de actos que visam a feitura de uma lei*.

Ora vejamos, antes de mais é um conjunto de actos, a LA PALICE diríamos que a lei não nasce de uma só vez através de um acto único.

Por outro lado os actos são ordenados, significando que existe uma lógica interna própria entre si não representando compartimentos estanques, não pode por exemplo haver votação final global antes da votação na especialidade, promulgação antes da aprovação, etc. Os actos seguem uma lógica interna estabelecida pelo legislador constituinte.

Por fim teríamos de responder se a referência á feitura da lei excluiria ou não actos como a promulgação? Ou por outro se a promulgação faz ou não parte do procedimento legislativo? A promulgação faz parte do procedimento, o Professor JORGE MIRANDA que inicialmente defendia que não fazia parte alterou a sua posição⁵⁷ apontando três argumentos para a inclusão da promulgação no procedimento legislativo: primeiro os processos e procedimentos jurídico-constitucionais são quase sempre heterogéneos, segundo há uma dialéctica entre deliberação do parlamento e promulgação e veto, terceiro há o princípio da separação e interdependência dos poderes.

⁵⁶CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 1998, pág. 854.

⁵⁷ MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, Tomo V, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pág. 241.

Outra questão a ser resolvida pela definição escolhida seria a de saber quando é que temos uma lei, depois da aprovação ou depois da promulgação? A questão não pode ser resolvida de ânimo leve. A doutrina tem chamado ao acto depois da sua aprovação pelo Parlamento de decreto⁵⁸, o legislador constituinte preferiu no que se refere á verificação preventiva da constitucionalidade usar a expressão **diploma**, art.º246 n.º1 da Constituição. Contudo no art.º 163º nº 1, 2, 3 e 4 a Constituição fala sempre em leis antes da promulgação e do veto. Terá feito o legislador uma opção doutrinária? Não nos parece, que se assim o tenha feito. Primeiro porque se assim fosse teria harmonizado a linguagem e falaríamos em lei tanto no art.º 136º como no art.º246º, por outro lado temos a *faculté d'estatuier* e *faculté d'empêcher* desenhados por MONTESQUIEU e que corporizam em parte a separação e interdependência dos poderes (art.º134º).

⁵⁸ JORGE MIRANDA, v. *Manual*. V, cit., pág. 302.

8.2 As fases do procedimento

8.2.1 Definição das fases

A opção pela nomenclatura das fases e a definição das mesmas também não reúne consenso entre os constitucionalistas. Autores como GOMES CANOTILHO⁵⁹ falam em fase de iniciativa, fase instrutória, fase constitutiva, fase de controlo e fase da integração da eficácia.

No direito brasileiro, GERMANA DE OLIVEIRA MORAES⁶⁰ faz referência á fase introdutória, de iniciativa legislativa, fase central ou decisória, que abrange desde a discussão e votação até a sanção ou veto, e fase conclusiva, que compreende os trâmites de promulgação e publicação das leis.

Não concordamos com a inclusão do veto e da promulgação em fases diferentes, nem com inclusão da publicação que é um requisito de eficácia e não de validade das leis.

O Prof. JORGE MIRANDA⁶¹ esquematiza da seguinte forma: fase da iniciativa, fase da apreciação, fase da deliberação e fase da promulgação e controlo. O referido autor inclui na fase da fase da apreciação a apreciação interna pelas comissões parlamentares e a apreciação externa por órgãos exteriores ao parlamento, sendo que na fase da deliberação inclui a discussão e votação na generalidade, discussão e votação na especialidade e votação final global.

Para nós, melhor opção seria a de incluir quatro fases: a iniciativa, a apreciação, a deliberação e a promulgação, com uma particularidade em relação ao autor supracitado: na fase da apreciação incluiríamos tanto a apreciação pelas comissões como a discussão na generalidade e na especialidade. Assim seguiríamos *qua tale* a ordenação sistemática da Constituição, que no art.º184 n.º1 só fala da discussão, para depois no número 2 falar da votação⁶². Essa ordenação sistemática apesar de nos parecer mais consentânea com o estatuído pela Constituição, tem o inconveniente de deixar um lapso temporal entre a discussão e a votação, o que não é aconselhável, e por outro lado o art.º104.º do Regimento diz que nenhum projecto ou proposta de lei pode ser levado a debate no plenário sem análise parecer prévios da Comissão de trabalho competente.

⁵⁹ Cfr. CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional e teoria do Estado*, Coimbra, 1998, págs. 765 e segs.

⁶⁰ MORAES, Germana de Oliveira, *O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo brasileiro*, p.844 in Estudos de Direito Parlamentar, Lisboa 1997.

⁶¹ MIRANDA, Jorge, v. *Manual*. V, cit., pág. 301.

⁶²Teríamos assim uma fase de apreciação que incluiria tanto a apreciação pelas comissões como a discussão na generalidade e na especialidade, e só depois de terminada esta fase passaríamos á fase da deliberação

Portanto o legislador reconduz-nos ás fases definidas pelo Prof. JORGE MIRANDA, onde há uma fase de deliberação incluindo a discussão na generalidade e na especialidade. A terminologia das fases encerra por fim uma dificuldade, pois o Regimento fala-nos da apreciação na generalidade, art.º. 108.º e apreciação na especialidade.

Não poderemos assim falar em fase da apreciação, onde se faz a análise do projecto ou da proposta pelas comissões e órgãos externos ao Parlamento, para depois falarmos de uma fase da deliberação incluindo a discussão.

Optamos assim por definir quatro fases que consideramos estar na linha do estatuído pelo Regimento, que são:

1. - Fase da iniciativa;
2. - Fase da análise prévia;
3. - Fase da apreciação e deliberação;
4. - Fase da promulgação e controlo.

A fase da análise prévia corresponde á fase da apreciação em JORGE MIRANDA e a fase da Apreciação e deliberação corresponde á fase da deliberação.

8.3 – A fase da Iniciativa

8.3.1. A iniciativa

A iniciativa é a primeira fase do procedimento legislativo e consiste em propor a lei. Consubstancia-se portanto num projecto de lei (quando proveniente do próprio Parlamento através dos deputados, art.º173.º alínea b) da CR, das bancadas parlamentares art.º183.º n.º2 da CR e Comissões art.º101.º n.º 1 do Regimento) ou numa proposta de lei (quando provenientes do Conselho de Ministros art.º204º n.º1 alínea c) e do Presidente da República art.º101º do Regimento).

A iniciativa é dirigida á Assembleia da República, que é a Assembleia representativa de todos os cidadãos e o mais alto órgão legislativo na República de Moçambique (arts. 168.º n.º1 e 169.º n.º 1 da CR).

Da iniciativa só pode resultar um acto legislativo, que é a lei, art.º143.º n.º1.

8.3.2. A iniciativa e o impulso legiferante

O impulso legiferante é factor determinante, estimulante ou condicionante da decisão de legislar,⁶³ mas apesar disso é exterior ao procedimento. Se tivermos em conta por exemplo um impulso que resulte do informe anual do Presidente da República (art.º 159.º alínea b) que chame a atenção para uma punição mais severa aos crimes cometidos com recurso a armas de fogo, e a Assembleia resolva acolher a sugestão fazendo a revisão das medidas das penas, tal impulso não dispensa a iniciativa, sob pena de inconstitucionalidade formal por violação do procedimento na feitura da lei.

De acordo com GOMES CANOTILHO⁶⁴ na fase da iniciativa englobam-se os actos propulsivos do procedimento legiferante.

Podem ser considerados os seguintes impulsos legiferantes:

- Normas constitucionais não exequíveis por si mesmas;
- Declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, art.º245.º n.º1;
- Referendo, art.º136.º

⁶³ MIRANDA, Jorge, v. *Manual...*, V, cit., pág. 246.

⁶⁴ Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito...*, 4 Edição, cit., pág. 766.

- Informe anual do Presidente, art.º 159º alínea b);
- Programa Quinquenal do Governo, art.º198º;

Poderíamos ter incluído a inconstitucionalidade por omissão, figura que não tem consagração constitucional expressa, havendo muitas reservas quanto á sua admissibilidade no nosso ordenamento jurídico.

8.3.3. A iniciativa pluralística

A iniciativa legislativa encontra-se regulada no art.º183.º da CR, diz-se pluralística porque pertence a um conjunto de órgãos que a exercem separadamente e *per si*. A iniciativa de lei pertence:

- Aos deputados;
- Às bancadas parlamentares;
- Às comissões da Assembleia da República;
- Ao Presidente da República;
- Ao Governo.

O projecto ou proposta de lei deve conter⁶⁵ entre outros:

- a) O enunciado e a análise dos fundamentos que o justificam;
- b) O seu enquadramento legal e a sua inserção no programa de Governo;
- c) As implicações previsíveis, especialmente do ponto de vista orçamental, a serem elaboradas pelo proponente.

São remetidos ao Presidente da Assembleia da República⁶⁶, que os encaminha á comissão de trabalho competente.

A iniciativa dos Deputados e das bancadas parlamentares não podem envolver directa ou indirectamente, o aumento de despesas ou a diminuição de receitas do Estado, ou que modifique, por qualquer modo, o ano económico em curso, art.º183º n.º2 da CR.

⁶⁵ Veja-se o art.º103 n.º1 do Regimento.

⁶⁶ Cfr. Art.º102 n.º1 do Regimento.

Ao abrigo da Constituição de 1990, MACHATINE MUNGUAMBE⁶⁷ falava de uma supressão da iniciativa das comissões, “efectivamente, nas condições actuais da Constituição, organização e funcionamento da Assembleia da República, parece evidente que, em vez das suas Comissões de trabalho – órgãos auxiliares de estudo e negociação do conteúdo dos projectos e propostas de decisão a ser presentes para debate e deliberação pelo plenário, o poder de iniciativa da lei, das resoluções e moções deve passar a pertencer às Bancadas Parlamentares, por razões óbvias (...). Concordamos com a opção do legislador Constituinte em manter a iniciativa das comissões, ao invés de o atribuir só as bancadas parlamentares que são a representação dos partidos na Assembleia.

8.3.4. A iniciativa reservada

A Constituição no que toca a determinadas matérias limita a iniciativa a um único órgão, não podendo os demais sobre aquelas matérias exercer a iniciativa. É o que acontece com a matéria respeitante á organização, composição e funcionamento do Governo, art.º. 204.º n.º3 da CRM. Sobre esta matéria os órgãos provenientes do Parlamento não podem exercer a iniciativa, e percebe-se com base no princípio da separação de poderes (art.º134.º da CRM), inexistiria tal separação se os deputados, as comissões e as bancadas parlamentares pudessem exercer iniciativa no que concerne á organização e funcionamento do Governo.

Outro caso de iniciativa reservada é a iniciativa do referendo, art.º136.º n.º2 que diz que “o referendo é decidido pelo Presidente da República sob proposta da Assembleia da República, aprovada pela maioria absoluta dos seus membros e **por iniciativa de pelo menos um terço dos deputados.**

Do exposto resulta que nenhum órgão possui á luz da Constituição iniciativa plena sobre qualquer questão.

⁶⁷ MUNGUAMBE, Machatine, *O regime de funcionamento do parlamento Moçambicano*, in Estudos de Direito Parlamentar, Lisboa 1997, pág. 112.

8.4 - Fase da análise prévia

A chamada fase da análise prévia curiosamente não encontra consagração constitucional. Distingue-se uma análise interna, feita pela comissão de trabalho competente, e uma análise externa estabelecida por legislação extravagante ou pelo próprio legislador constituinte.

A análise interna é feita de acordo com o assunto em discussão por uma das seguintes comissões:

- a) Comissão dos Assuntos Constitucionais, Direitos Humanos e legalidade;
- b) Comissão do Plano e Orçamento;
- c) Comissão dos Assuntos Sociais, do Género e Ambientais;
- d) Comissão da Administração Pública, Poder Local e Comunicação Social;
- e) Comissão de Agricultura, Desenvolvimento Rural, Actividades económicas e serviços;
- f) Comissão de defesa e Ordem Pública;
- g) Comissão das Relações Internacionais;
- h) Comissão de Petições.

O art.º104º do Regimento diz que nenhum projecto ou proposta de lei pode ser levado a debate no Plenário sem análise e parecer prévios da Comissão de trabalho competente.

Os relatórios sobre qualquer proposta ou projecto de diploma legal devem, em regra conter (art.º105.º do Regimento):

- a) O enunciado e a análise dos fundamentos que o justificam;
- b) As implicações previsíveis do projecto ou da proposta a aprovar, nomeadamente do ponto de vista orçamental;
- c) As contribuições recebidas dos vários sectores da sociedade;
- d) As diferentes posições na discussão do projecto ou da proposta e sua fundamentação;
- e) O parecer da Comissão.

A análise externa pode ser determinada pelo legislador constituinte como é o caso das autarquias locais que tem que ser consultadas no que concerne á alteração das respectivas áreas, art.º 274.º n.º1 da CR ou por legislação extravagante de acordo com as questões em discussão.

8.5 - Fase da apreciação e da deliberação

Após o parecer das comissões de trabalho competentes, o projecto ou proposta de lei segue para o Plenário para discussão e votação, eis a fase da apreciação e deliberação.

8.5.1. A apreciação

A discussão das propostas e projectos de lei e de referendo compreende um debate na generalidade e outro na especialidade, art.º184.º n.º1 da CR.

A apreciação na generalidade incide sobre o conteúdo e princípios fundamentais e a sistemática do projecto ou da proposta de lei, art.º 108.º n.º1 do Regimento. Diríamos que se discute antes de mais o mérito e a oportunidade do projecto ou da proposta de lei.

Concluída a apreciação na generalidade, procede-se á votação, para passar ao debate na especialidade, art.º 108.º n.º2 do Regimento.

A apreciação na especialidade consiste na discussão artigo por artigo, alínea por alínea ou número por número, seguindo-se a votação.

8.5.2. A votação

A votação compreende uma votação na generalidade, uma votação na especialidade e uma votação final global, art.º184.º n.º 2. Se a Assembleia assim o deliberar os textos aprovados na generalidade são votados na especialidade pelas comissões, sem prejuízo do poder de avocação pelo Plenário e do voto final deste para aprovação global, art.º184.º n.º3.

Da parte final do n.º3 parece-nos claro que as comissões só votam na especialidade **se a Assembleia assim o deliberar**, o que não se compadece com art.º109.º n.º4 do Regimento que diz que a apreciação pela Comissão é concluída com a votação, após o que projecto ou proposta é enviado ao Plenário com o relatório do debate e os resultados da votação final. Fica-se na dúvida se a comissão faz a votação na especialidade sem a autorização do

Plenário. O regimento vem esclarecer a questão, quando fala da votação final global, dizendo que: depois de o texto ter sido votado favoravelmente na especialidade, o Presidente da Assembleia da República submete-o á votação definitiva, art.º114.º n.º1 do Regimento.

Podia o legislador ter aventado uma melhor ordenação sistemática e não falar da votação na especialidade, no título referente á votação final global.

Por fim temos a votação final global, que não é precedida de discussão, podendo cada Bancada Parlamentar produzir uma declaração de voto por tempo não superior a cinco minutos, art.º114.º n.º2 do Regimento.

8.5.3. Quórum e maiorias de aprovação

Entende-se por quórum o número mínimo de membros que um órgão colegial necessita para reunir e ou tomar decisões. A Assembleia só pode deliberar achando-se presentes mais de metade dos seus membros, art.º187.º n.º1 da CR (quórum deliberativo). Por outro lado o Plenário inicia os trabalhos á hora fixada, desde que esteja presente um terço dos deputados, art.º 23.º n.º1 do Regimento (quórum de funcionamento).

No que concerne á maioria de aprovação a regra geral encontra-se no art.º 187.º n.º2 que diz que as deliberações da Assembleia são tomadas por mais de metade dos votos dos deputados presentes.

O legislador constituinte para a aprovação das leis não consagrou nem a maioria absoluta, nem a maioria simples mas sim um *tertium genus*.

Ora vejamos, se tivesse estabelecido a regra da maioria absoluta a redacção teria de fazer referência a mais de metade dos deputados da Assembleia e não aos deputados presentes. Se tivesse estabelecido a maioria simples as abstenções não contariam para o apuramento da maioria, bastando haver mais votos a favor do que contra⁶⁸.

⁶⁸ Num caso concreto, se estiveram presentes 200 deputados na Assembleia, havendo a regra da maioria qualificada seriam precisos no mínimo 126 votos a favor para aprovar uma lei (tendo em conta que a Assembleia tem 250 deputados. Num caso de maioria simples com os mesmos 200 deputados bastariam 2 votos a favor, 1 contra e 197 abstenções para aprovar a lei. No caso do nosso ordenamento seriam precisos 101 votos a favor para aprovar a lei. Temos assim uma situação intermédia. A solução do legislador Constituinte dificilmente se compadece com uma polarização de partidos no Parlamento e inexistência de um partido maioritário. Diríamos que de acordo com a nossa legislação o mínimo de votos necessários para aprovar uma lei é de 64 votos a favor, considerando que a Assembleia só delibera se tiver 126 deputados presentes (mais do que a metade).

Maioria absoluta é o número de votos favoráveis necessários para aprovação de certas iniciativas legislativas, desde que superior a metade dos deputados em efectividade de funções. Maioria simples é o número de votos favoráveis, desde que superior aos votos contrários dos deputados presentes.

Regra especial é a estabelecida no art.º 187.º n.º3 que diz que as matérias referentes ao estatuto da oposição são aprovadas por maioria de dois terços. Percebe-se a *ratio* do artigo evitando a subjugação da oposição por uma maioria no parlamento. Também os art.º 299.º, 300.º n.º 2 e 302 estabelecem regras especiais.

8.5.4. A competência legislativa da Assembleia

À Assembleia da República compete legislar sobre as questões básicas da política interna e externa do país. Nenhuma matéria escapa ao poder legislativo da Assembleia como o mais alto órgão legislativo da República de Moçambique.

Nem se sequer encontramos matérias de competência concorrential, como no ordenamento jurídico português onde tanto o Governo como a Assembleia podem legislar. Daqui deriva que o conceito de decreto-lei no nosso direito é diferente do conceito de decreto-lei nesse ordenamento, pois no nosso ordenamento decretos-lei são actos legislativos, aprovados pelo Conselho de Ministros, mediante autorização da Assembleia da República art.º 143.º n.º3 da CR. Naquele ordenamento há decretos-lei autorizados e decretos-lei que não necessitam de autorização precisamente por versarem sobre matérias de competência concorrential.

O legislador constituinte determinou duas áreas de competências: uma exclusiva sobre a qual só a Assembleia pode legislar, e outra relativa na qual a Assembleia pode autorizar o Governo a legislar⁶⁹.

É da exclusiva competência da Assembleia da República:

- a) Aprovar as leis constitucionais;
- b) Aprovar a delimitação das fronteiras da República de Moçambique;
- c) Deliberar sobre a divisão territorial;
- d) Aprovar a legislação eleitoral e o regime do referendo;
- e) Aprovar e denunciar os tratados que versem sobre matérias da sua competência;
- f) Propor a realização de referendo sobre questões de interesse nacional;
- g) Sancionar a suspensão de garantias constitucionais e a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência;

⁶⁹ Perante um pedido de autorização legislativa por parte do Governo, a primeira questão a ser resolvida será o de saber se a matéria sobre a qual o Governo pretende legislar cabe ou não em alguma das matérias enunciadas no art.º 179.º n.º2 alíneas a) a v). Se couber é matéria de competência exclusiva, portanto sobre aquelas matérias não pode ser concedida autorização. Se não couber significa que é matéria de competência relativa (art.º 179.º n.º3), sobre essas matérias a Assembleia pode autorizar o Governo.

- h) Ratificar a nomeação do Presidente do tribunal Supremo, do Presidente do Conselho Constitucional, do Presidente do Tribunal Administrativo e do Vice Presidente do Tribunal Supremo,
- i) Eleger o Provedor de Justiça;
- j) Deliberar sobre o programa do Governo;
- k) Deliberar sobre os relatórios de actividades do Conselho de Ministros;
- l) Deliberar sobre as grandes opções do Plano Económico e Social e do Orçamento do Estado e os respectivos relatórios de execução;
- m) Aprovar o Orçamento de Estado;
- n) Definir a política de defesa e segurança ouvido o Conselho Nacional de Defesa e Segurança;
- o) Definir as bases da política de impostos e o sistema fiscal;
- p) Autorizar o Governo, definindo as condições gerais, a contrair ou a conceder empréstimos, a realizar outras operações de crédito, por período superior a um exercício económico e a estabelecer o limite máximo dos avales a conceder pelo Estado;
- q) Definir o estatuto dos titulares dos órgãos de soberania, das províncias e dos órgãos autárquicos;
- r) Deliberar sobre as bases gerais da organização e funcionamento da Administração Pública;
- s) Ratificar os decretos-lei;
- t) Ratificar e denunciar os tratados internacionais;
- u) Ratificar os tratados de participação de Moçambique nas organizações internacionais;
- v) Conceder amnistias e perdão de penas;

MACHATINE MUNGUAMBE,⁷⁰ faz referência a três funções constitucionalmente reservadas á Assembleia da República, a função electiva e de ratificação de nomeações, a função legislativa e a função de controlo político das actividades do Governo.

Preferimos distinguir duas funções, a função legislativa, consubstanciada nas alíneas a), b), c), d), e), m), n), o), p), q) e r) e função política as restantes alíneas.

⁷⁰ MUNGUAMBE, Machatine, *O regime de funcionamento do parlamento Moçambicano*, in Estudos de Direito Parlamentar, Lisboa 1997, pág. 95.

De *iure condendo* legislador constituinte devia separar as competências legislativas das restantes, fornecendo uma melhor ordenação sistemática e melhor apreensão dos papéis a desempenhar pelo nosso jovem Parlamento.

Seria de louvar a bem do Estado de Direito democrático a inclusão nas matérias de competência exclusiva a definição dos crimes das penas e das medidas de segurança.

8.6 - Fase da promulgação e controlo

8.6.1. A promulgação

Nesta fase do procedimento entra em cena um outro órgão de soberania, materializando a *faculté d`empêcher*⁷¹ desenhado por MONTESQUIEU.

Na promulgação o Presidente certifica-se que o acto destinado a tornar-se em lei proveio do órgão competente, seguiu o regular procedimento legislativo na sua feitura, sendo a promulgação um acto solene que certifica isso mesmo, acrescentando ás normas o cunho da intervenção de um órgão singular que reúne em si “toda” a legitimidade democrática.

Nas palavras do Prof. JORGE MIRANDA⁷² a promulgação analisa-se em três momentos: 1.º) conhecimento qualificado que o Chefe de Estado, Rei, Presidente da República, tem acerca de acto destinado a converter-se em lei (...) 2.º) qualificação ou subsunção de cada acto em concreto no tipo constitucional correspondente, (...) 3.º) declaração solene disso mesmo.

Compete ao Presidente da República promulgar e mandar publicar as leis no Boletim da República, art.º163.º n.º.1 CR. Em princípio a promulgação é livre, só há um caso na Constituição em que o Presidente é obrigado a promulgar, que é no caso de confirmação de um veto político, art.º 163.º n.º4 CR.

⁷¹ No que concerne á *faculté d`statuer e faculté d`empêcher*, mudam-se os papéis porquanto por exemplo na nomeação de figuras como o Presidente do Tribunal Supremo, Presidente do Conselho Constitucional, Presidente do Tribunal Administrativo e Vice Presidente do Tribunal Supremo, quem exerce a *faculté d`statuieré* o Presidente da República, cabendo á Assembleia da República a *faculté d`empêcher* através da ratificação das nomeações. No procedimento legislativo é o inverso a Assembleia tem a *faculté d`statuier* e o Presidente da República tem a *faculté d`empêcher*. Isso demonstra a separação e interdependência, comprovando a teoria de MONTESQUIEU que dizia que «*il faut que par la disposition des choses le pouvoir arrête le pouvoir*», ou por outras palavras, *contra o poder só o poder*.

⁷² MIRANDA, Jorge, v. *Manual*. V, cit., pág. 276.

As leis são promulgadas até trinta dias após a sua recepção, ou após a notificação do acórdão do Conselho Constitucional que se pronuncia pela não inconstitucionalidade de qualquer norma delas constantes, art.º 163.º n.º2 CR.

O legislador constituinte não estipulou qualquer sanção para o incumprimento dos prazos de promulgação pelo Presidente da República, *quid iuris* se o Presidente deixa passar os trinta dias? Não há consequências jurídicas⁷³ mas decerto há consequências políticas, pois nenhum Presidente quererá passar uma imagem de irresponsabilidade ou de entrave ao exercício das funções constitucionalmente atribuídas a um órgão de soberania. Ademais o Presidente jurou cumprir e fazer cumprir a Constituição, (art.º150.º n.º2) e é o garante da Constituição (art.º 146.º n.2).

Requerida a apreciação da constitucionalidade, interrompe-se o prazo de promulgação, art.º 246.º 3. Caso o Conselho Constitucional se pronuncie pela inexistência de inconstitucionalidade começa a correr um novo prazo de promulgação (trinta dias).

Em caso de pronúncia pela inconstitucionalidade (art.º246.º n.º5) o Presidente veta e devolve o diploma á Assembleia da República. O legislador não estipula o prazo deste veto. Não nos parece que se possa aplicar analogamente o prazo dos trinta dias pois neste caso há uma obrigação de vetar, não é necessário a reflexão que o acto de promulgação ou veto político exigem. Pode-se aplicar um prazo razoável, que não ultrapasse os cinco dias úteis.

8.6.2. O veto

O veto é a recusa, o impedimento, a fiscalização de um órgão a outro órgão, a impossibilitação de um acto produzir efeitos por acção de um órgão exterior á competência para a sua prática⁷⁴.

Como vimos supra não existe a figura do veto tácito no nosso ordenamento, portanto a falta de promulgação não equivale a veto. Não encontramos no pensamento legislativo algo que nos reconduza ao veto tácito, pois no caso de não cumprimento do prazo dos trinta dias, como pode a Assembleia voltar a reexaminar o diploma e confirmar, não há nada a reexaminar porque o Presidente não se manifestou e nem se pode falar de confirmação.

⁷³ Nem podemos dizer que o decurso do prazo equivale a veto tácito, primeiro o legislador constituinte não definiu tal figura, segundo o veto é um acto expresso e sujeito a fundamentação, art.º163.º n.º3.

⁷⁴ MIRANDA, Jorge, v. *Manual...*, V, cit., pág. 277.

O veto, de acordo com JORGE MIRANDA⁷⁵, assume diversas configurações:

- a) Quanto á *matéria* – constitucional, legislativo ou governativo, consoante incide sobre leis constitucionais, leis ordinárias ou actos políticos ou de governo.
- b) Quanto aos *fundamentos* – jurídico ou por ilegalidade *lato sensu* e político ou de mérito, consoante fundado em desconformidade com a Constituição ou a lei, ou em motivos de conveniência ou discordância política;
- c) Quanto ás *condições de exercício* – livre e obrigatório ou vinculado, conforme o órgão com competência para vetar decide livremente do seu exercício ou (mais raro) está adstrito a fazê-lo por imposição da norma constitucional ou legal;
- d) Quanto á *forma* – expresso ou tácito, conforme tem de ser manifestado por declaração de vontade ou decorre do silêncio ou da inércia com transcurso de certo prazo;
- e) Quanto á *inserção no processo* – suspensivo ou resolutivo – se o veto funciona como condição suspensiva ou resolutiva do acto;
- f) Quanto á *projectão nas relações interorgânicas* – veto simples ou directo ou veto translativo, conforme o veto compete a um só órgão (assistido ou não por outro) ou implica a articulação de dois órgãos, a um primeiro cabendo desencadear o processo relativamente a um certo acto e a outro tomar a decisão final (ou a decisão que determina o exercício final do veto);
- g) Quanto aos *efeitos* – veto relativo ou suspensivo e absoluto ou definitivo, conforme é susceptível de ser suprido por ulterior manifestação de vontade de órgão de onde emana o acto vetando ou doutro órgão; e no caso de veto relativo, ainda veto simples ou qualificado, consoante basta para o suprimento uma nova decisão ou deliberação de teor idêntico á primeira ou se exige uma decisão ou deliberação com requisitos mais severos (v.g., maioria qualificada).

No nosso ordenamento jurídico, quanto á primeira classificação não podemos falar de veto constitucional pois diz-nos o art.º295.º n.º3 que o Presidente da República não pode recusar a promulgação da lei de revisão. Portanto temos um caso de promulgação obrigatória onde não pode haver o veto do Presidente. Caso o Presidente suspeite de inconstitucionalidades da lei de revisão existe uma certa abertura da doutrina na aceitação da figura da inconstitucionalidade de leis constitucionais, considerando acima de tudo o núcleo essencial da Constituição, art.º292 da CR.

⁷⁵ Idem, pág. 277.

Não podemos falar também de veto governativo, sendo neste caso também um veto político, pois não faz sentido que haja discordâncias políticas entre o Governo e o Presidente, sendo o Presidente chefe de Governo, art.º 146.º n.º3 é um *contra sensu*. Não pode haver veto político de decretos-lei mas pode haver veto jurídico, não está pois o Presidente caso tenha dúvidas acerca da constitucionalidade de um decreto-lei impedido de solicitar a apreciação ao órgão que compete especialmente administrar a justiça, em matérias de natureza jurídico-constitucionais, art.º241.º n.º1 da CR.

Quanto ao veto tácito já vimos que não foi consagrado pelo legislador constituinte. Iremos de seguida debruçar sobre o veto político e jurídico.

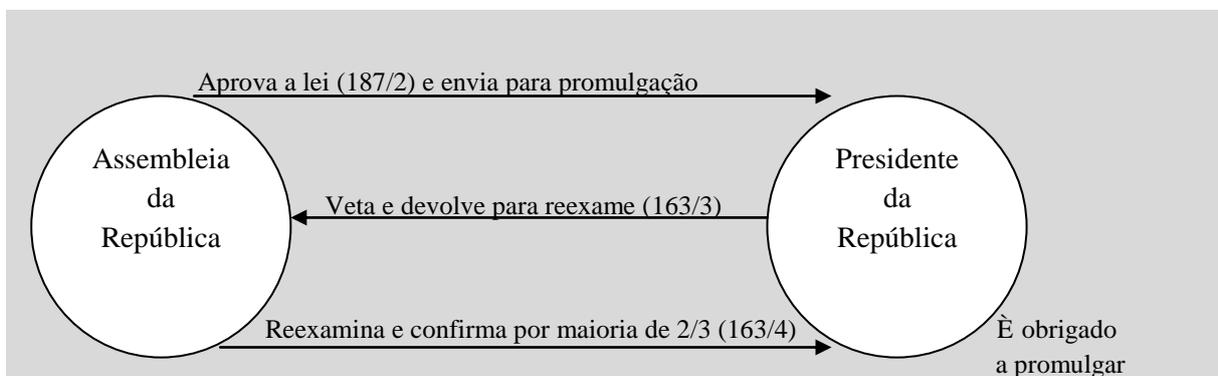
8.6.3. O veto político

O veto político encontra-se previsto no art.º 163.º nos números 2 e 3. Diz-nos o n.º 3 que o Presidente da República pode vetar a lei por mensagem fundamentada, devolvê-la para reexame pela Assembleia da República. Se a lei reexaminada for aprovada por maioria de dois terços, o Presidente da República deve promulgá-la e mandá-la publicar.

Este é constitucionalmente depois da obrigação de promulgação das alterações á Constituição, o segundo caso em que o Presidente tem a obrigação de promulgar.

Contudo essa obrigação só existe no caso de reexame e confirmação por maioria de dois terços, a nosso ver a Constituição utiliza indevidamente a expressão aprovada, pois a lei já foi aprovada com a maioria do art.º 187.º n.º2, aqui trata-se mais de uma confirmação ou seja expressão de uma vontade qualificada contrária á posição do Presidente da República no exercício do seu poder de veto. Ademais a expressão aprovada pode incutir o erro de se pensar que houve uma reformulação do diploma.

A confirmação do veto político pode ser analisada através do seguinte esquema:



1. Esquema de confirmação de veto político.

Perante o veto político a Assembleia da República poderá tomar uma das seguintes posições:

- a) Nada fazer;
- b) Confirmar o diploma (conforme o esquema 1 supra);
- c) Reformular o diploma;

Se nada fizer, termina o procedimento legislativo e “morre” o projecto ou proposta de lei.

Se confirmar o diploma por maioria de dois terços o Presidente é obrigado a promulgar.

Se reformular o diploma, na opinião do Prof. JORGE MIRANDA⁷⁶ estar-se-á diante de um novo diploma e abrir-se-á outro processo de promulgação e de eventual veto jurídico e ou político. Não concordamos com autor num aspecto:

Não concordamos que depois da reformulação possa haver um veto político, ora vejamos a reformulação serviu precisamente para acolher as preocupações do Presidente no primeiro veto político, como pode ser dado de novo este poder ao Presidente, com que efeitos, se a Assembleia já reformulou o diploma?⁷⁷

Só admitimos que possa haver um novo veto político caso a reformulação não vá de encontro aos fundamentos do primeiro veto político.

8.6.4. O veto Jurídico.

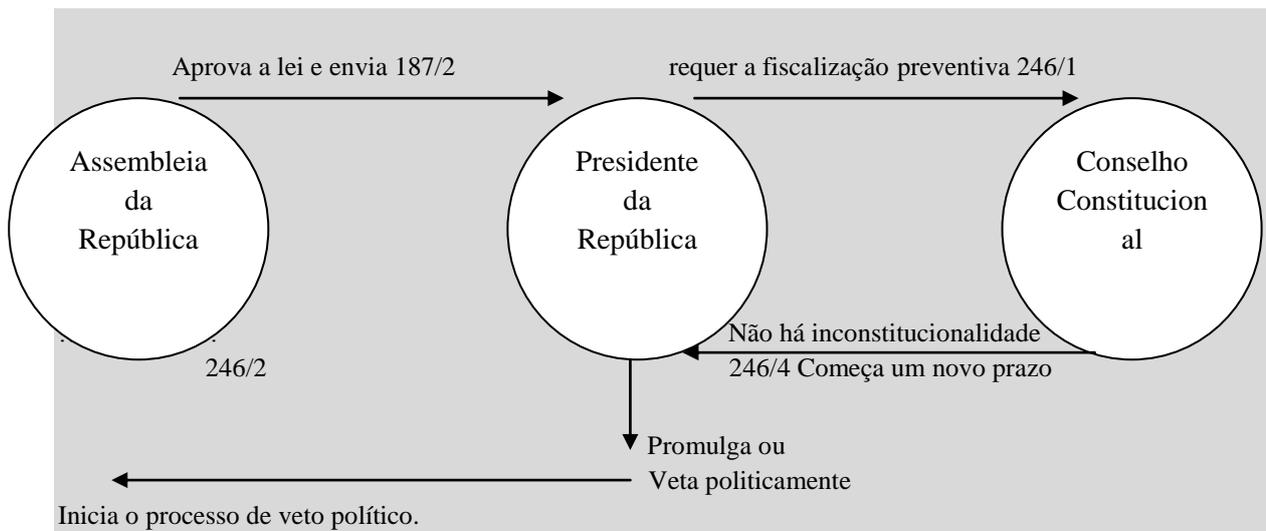
O veto jurídico ou veto por inconstitucionalidade ao contrário do veto político funda-se em razões jurídicas, razões de inconstitucionalidade, sempre que o Presidente tenha dúvidas acerca da conformidade com a Constituição de um diploma que lhe tenha sido enviado para promulgação ele **poderá**⁷⁸ (note-se que é uma faculdade concedida ao Presidente), requerer a fiscalização preventiva.

Neste tipo de veto temos a entrada do um outro órgão de soberania que é o Conselho Constitucional.

⁷⁶ MIRANDA, Jorge, v. *Manual...*, V, cit., pág. 290.

⁷⁷ É certo que de acordo com a nossa posição teremos que admitir um terceiro caso de promulgação obrigatória mas também é certo que desta feita não se trata de uma verdadeira obrigação, pois o Presidente sugeriu alterações, elas tiveram acolhimento. Permitir o veto político seria permitir um autêntico *venire contra factum proprium*.

⁷⁸ O Presidente **pode** requerer ao Conselho Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer diploma que lhe tenha sido enviado para promulgação, art.º 246.º n.º1.



2. Esquema de veto jurídico em caso de pronúncia pela inexistência de inconstitucionalidade.

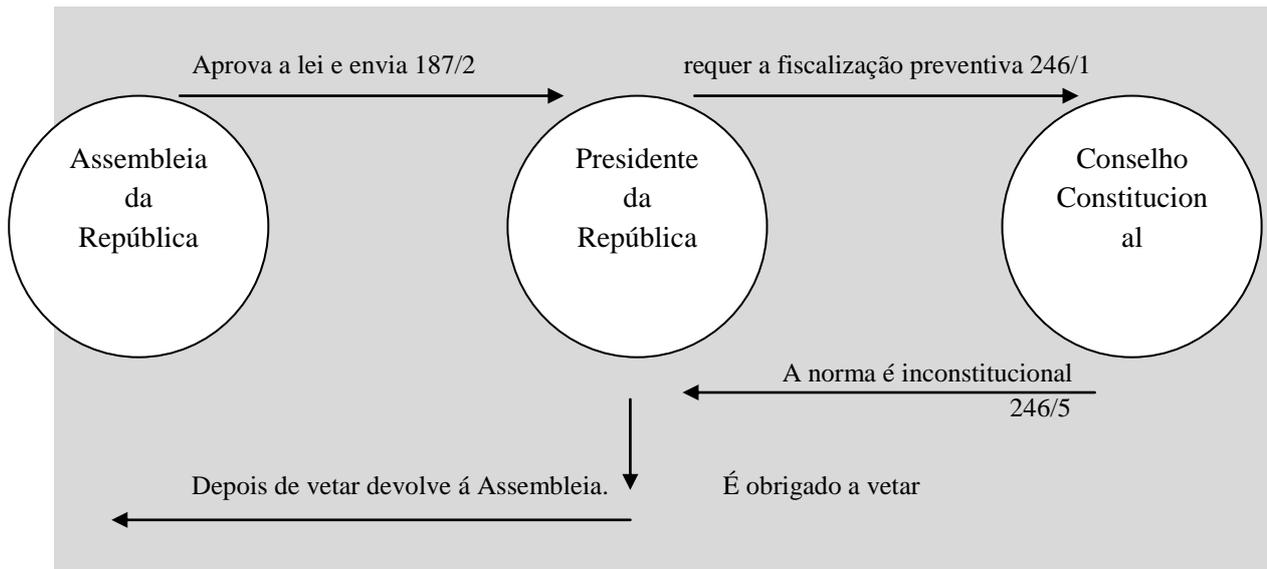
Como se pode ver pelo esquema, caso o Conselho Constitucional se pronuncie pela inexistência da inconstitucionalidade, o novo prazo de promulgação começa a correr a partir do conhecimento pelo Presidente da República da deliberação do Conselho Constitucional, art.º 246.º n.º4. O Presidente não tem portanto nenhuma obrigação, nem de vetar nem de promulgar.

O pedido de apreciação da constitucionalidade ou da legalidade dos actos normativos dos órgãos do Estado é dirigido ao Presidente do Conselho Constitucional e deve especificar, além das normas cuja apreciação se requer, as normas ou princípios constitucionais violados, art.º 48 da Lei 6/2006 de 2 de Agosto. Obviamente que o Conselho Constitucional não fica vinculado às normas ou princípios constitucionais invocados *iuri novit curia*.

Admitido o pedido, o Presidente do Conselho Constitucional notifica o órgão autor da norma para querendo, se pronunciar no prazo de cinco dias, art.º 56.º da LOCC.

A lei fundamental não estabelece nenhum prazo para a decisão do Conselho Constitucional. A distribuição é feita no prazo de um dia após o despacho de admissão do pedido, art.º 57.º n.º 1 da LOCC e o processo é imediatamente concluso ao relator, o qual tem o prazo de dez dias para elaborar o projecto de acórdão, devendo, para o efeito, ser-lhe comunicada, logo que recebida, a resposta do órgão de que emanou o diploma, art.º 57.º da LOCC.

No caso de pronúncia pela inconstitucionalidade (art.º246.º n.º5) o processo segue outros contornos.



3. Esquema de veto jurídico em caso de inconstitucionalidade.

Nesta situação o Presidente não possui qualquer alternativa, a Lei fundamental é muito clara quanto a este aspecto, se o Conselho Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade, o Presidente da República **veta e devolve** á Assembleia da República, art.º246.º n.º5.

A Assembleia da República depois de receber o diploma, tomar uma das seguintes iniciativas:

- a) Nada fazer;
- b) Expurgar a norma inconstitucional;
- c) Reformular o diploma.

Se nada fizer termina o procedimento legislativo, sem lei neste caso.

Se expurgar (retirar a norma ou as normas declaradas inconstitucionais pelo Conselho Constitucional) depois remete ao Presidente da República, que pode promulgar ou exercer o veto político.

Se reformular o diploma tudo se passa como se fosse um novo diploma, pode haver portanto uma nova apreciação preventiva da constitucionalidade ou um veto político.

Chama-se a atenção para o facto, de ao contrário da Constituição Portuguesa de 1976 a nossa Constituição não prevê a confirmação de um veto jurídico. Andou bem o legislador constituinte não permitindo um conflito entre a Assembleia e o Conselho Constitucional. Ademais se permitisse a confirmação de normas manifestamente inconstitucionais, que depois de entrar em vigor seriam sujeitas a fiscalização sucessiva, ganha-se em economia processual.

Neste aspecto note-se que o nosso Conselho Constitucional acaba por ter mais poderes de que o Tribunal Constitucional Português cujas decisões podem estar sujeitas a confirmação por uma maioria da Assembleia, ainda assim não lhe chamamos de tribunal.

No que concerne ao processo de veto jurídico, apesar de a Constituição falar em **verificação preventiva da constitucionalidade** (art.º246.º n.º1), o que o tribunal verifica é a inconstitucionalidade, e não é mera questão linguística.

Se não vejamos: só há duas decisões que podem ser tomadas pelo Conselho Constitucional: a) pronuncia pela inexistência de inconstitucionalidade – art.º 246.º n.º4 ou b) pronuncia pela inconstitucionalidade – art.º 246.º n.º5.

Portanto não pode o Conselho Constitucional declarar a constitucionalidade, primeiro: nenhuma norma pode arrogar-se de tal estatuto no ordenamento jurídico de modo a não poder ser sujeito a fiscalização sucessiva, segundo as concepções do próprio Conselho Constitucional podem mudar a ponto de uma norma sujeita a fiscalização preventiva ser declarada como não contrária á Constituição e em fiscalização sucessiva ser declarada inconstitucional.

Convém referir que depois de um veto político, o Presidente não pode requerer a fiscalização preventiva, assim JORGE MIRANDA, ⁷⁹ «pelo contrário, o exercício do veto político preclude a iniciativa de fiscalização preventiva», concordamos com o autor e com os motivos por ele aduzidos, pois não pode o Conselho Constitucional depois de um juízo político do Presidente, ser chamado a decidir pois certamente iria imiscuir-se em questões políticas, perdendo claramente a sua legitimidade e imparcialidade em prejuízo do Estado de Direito Democrático⁸⁰.

A fiscalização preventiva da constitucionalidade, é uma questão que foi clarificada e bem pelo legislador constituinte, pois apesar de admitida pelo Tribunal Supremo, com a entrada em funcionamento do Conselho Constitucional deixa-se de apreciar preventivamente a constitucionalidade, senão vejamos a deliberação nº 12/CC/2003 de 23 de Dezembro⁸¹:

«A fiscalização preventiva da constitucionalidade destina-se a antecipar (prevenir) um juízo sobre a inconstitucionalidade de normas manifestamente inconstitucionais numa fase anterior á da sua publicação e entrada em vigor, desta forma se garantindo também o respeito e a observância da Constituição.

⁷⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual*. V, cit., pág. 286.

⁸⁰ E se depois de um veto político, sobrevir uma questão jurídica de inconstitucionalidade? Vamos permitir a entrada em vigor de uma norma que porventura viola a Constituição? A nosso ver um segundo após a entrada em vigor da norma pode-se sempre requerer a fiscalização sucessiva, e com isso deixamos intocado a legitimidade do Conselho Constitucional, salvaguarda-se deste modo o regular funcionamento das instituições democráticas a bem da nossa jovem democracia.

⁸¹ CONSELHO CONSTITUCIONAL, *Deliberações e Acórdãos*, Vol. I, CFJJ, Maputo, 2007, pág. 40.

Ela não prejudica a posterior apreciação das mesmas ou de outras para efeitos de declaração de inconstitucionalidade por quem tenha competência para o fazer, e não funciona “como sucedâneo de uma fiscalização *a posteriori*, concreta ou abstracta, que pode ser feita em qualquer outro momento” (Prof. Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, Tomo II, 3ª Edição, Coimbra, 1990, pág. 464).

Resulta pacífico que a Constituição da República de Moçambique (1990) não contém referência específica á fiscalização preventiva da constitucionalidade, como aliás foi sublinhado pelo douto Acórdão do Tribunal Supremo anteriormente citado.

O tribunal Supremo, no acórdão em causa, conclui que “cabe, sem duvida, nas competências do Conselho Constitucional” a fiscalização preventiva da constitucionalidade, baseando-se exclusivamente no argumento de que “não se compreenderia que o Presidente da República a quem compete promulgar as leis (...), quando elas suscitassem dúvidas quanto á sua constitucionalidade, se visse na contingência de primeiro as ter de promulgar, para só depois vir solicitar a declaração de inconstitucionalidade das mesmas”.

Porém do que não há dúvida é que acórdão operou um salto do plano do que considera lógico ou desejável, para o plano do que a Constituição efectivamente estabelece. Com efeito, o que cabe nas competências do Conselho Constitucional deve ser demonstrado dentro do próprio texto constitucional, sob pena de se transmutarem juízos de uma perspectiva *de jure condendo* para juízos de uma perspectiva *de jure condito*, sem ser por via de revisão constitucional.

Em relação ao que está efectivamente estabelecido na Constituição, e salvo o devido respeito, faz sentido que o Presidente da República, quando se suscitarem dúvidas acerca da conformidade de uma lei ou de algumas das suas disposições com normas constitucionais, em mensagem fundamentada, a devolva para reexame pela Assembleia da República, nos termos do nº3 do artigo 124 da Constituição. Perante o que:

Ou a Assembleia da República, no seu reexame, considera existir (em) a (s) inconstitucionalidade (s) invocada (s), põe termo a essa (s) inconstitucionalidade (s) e envia de novo a Lei para promulgação;

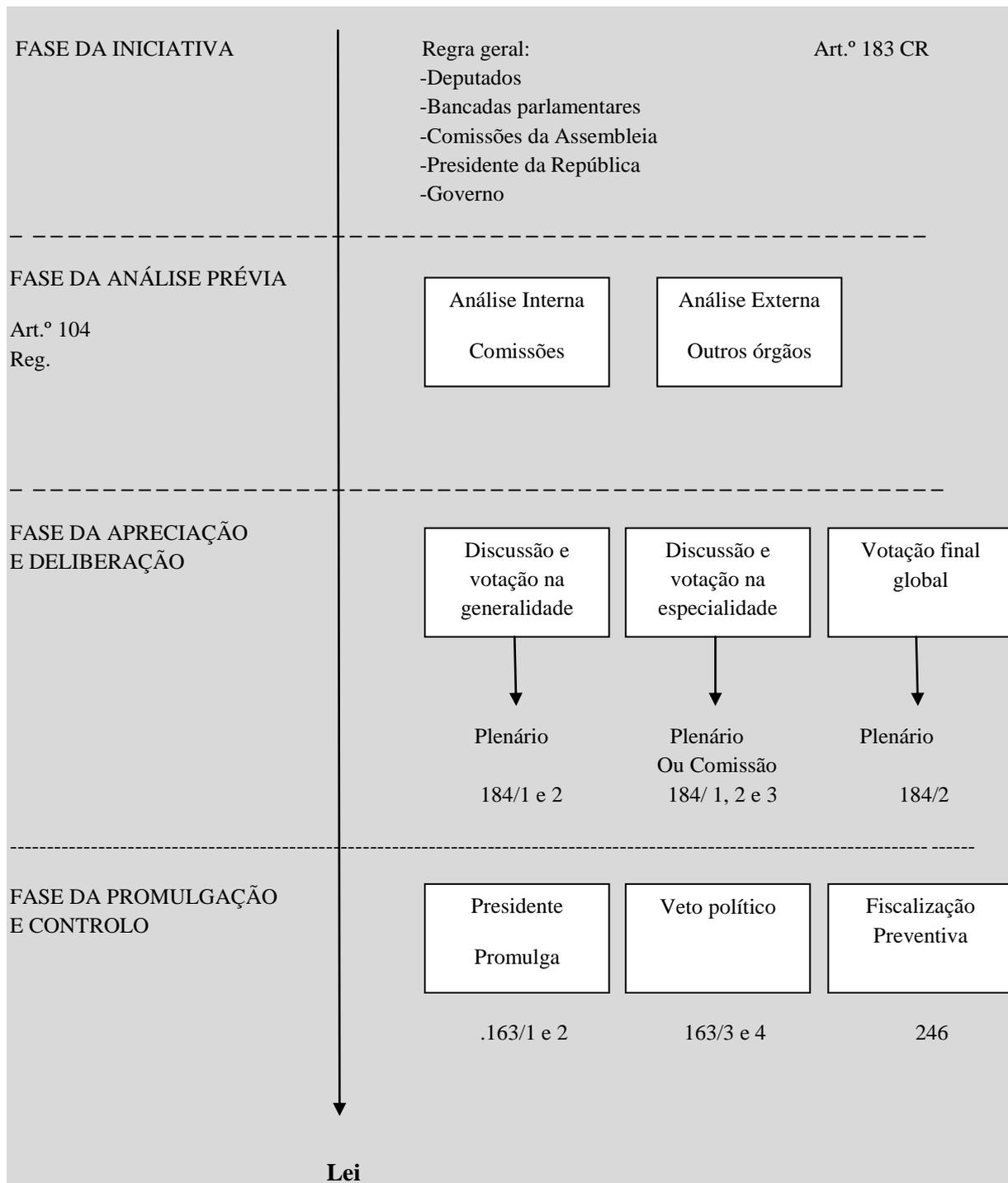
Ou a Assembleia da República não reconhece existir (em) a (s) inconstitucionalidade (s) invocada (s), aprova a lei reexaminada por maioria de dois terços, devendo então o Presidente da República promulgá-la e mandá-la publicar, em conformidade com o disposto no nº 4 do artigo 124 da Constituição.

Há neste mecanismo, pois, uma espécie de fiscalização preventiva interna de constitucionalidade que é exercida pelos dois órgãos intervenientes no processo de completude da actividade legislativa, no caso o Presidente da República e a Assembleia da República (...). Mas razão que mais claramente aponta no sentido da não admissão da fiscalização preventiva, para além da não referência a essa espécie de fiscalização no texto constitucional, resulta do facto de que se o legislador constituinte quisesse introduzir tal fiscalização, o deveria ter feito indicando expressamente o tipo ou tipos de diplomas que seriam objecto dessa fiscalização e, ainda que de forma genérica, os termos em que ela deveria ser feita, não deixando para a lei ordinária toda essa matéria. Além disso, a Constituição teria de especificar quem tem legitimidade para solicitar a fiscalização preventiva sob pena de se entender que é todo o elenco do art.º 183º que tem essa prerrogativa.

E muito menos é aceitável que a introdução da fiscalização preventiva ocorresse pela forma marginal e quase clandestina como aparece no artigo 44º da Lei nº 9/2003, de 22 de Outubro, pelo que terá de se achar outra explicação para a referência ali contida. Desprovida de suporte constitucional válido, ela não poderá, porém, legitimar que o Conselho Constitucional assumia a fiscalização preventiva da constitucionalidade como uma das atribuições que lhe são cometidas.

Salvo o respeito devido á posição do Conselho Constitucional plasmada no douto acórdão, temos algumas reservas. Primeiro, não vislumbramos como pode o CC ver na confirmação do veto político um mecanismo de fiscalização interna da constitucionalidade,

pois as razões são puramente políticas. Segundo, a administração da justiça em matérias jurídico – constitucionais, parece-nos suficiente para legitimar a emissão de um parecer prévio á entrada em vigor da norma. Terceiro sendo as instituições moçambicanas jovens deveria o CC assumir um papel de maior defesa da Constituição evitando que ela se torne nominal, com normas que não se aplicam á dinâmica da vida sócio cultural do país.



4. Esquema do procedimento legislativo.

Vimos desta forma o procedimento comum da feitura de uma lei. O Regimento faz referência a um procedimento legislativo simplificado, art.º118.ºn.º1, o procedimento legislativo simplificado consiste na possibilidade de levar á discussão e aprovação do plenário matéria de urgência e de interesse nacional, independentemente de qualquer formalidade regimental e n.º2, compete ao Presidente da República em exclusivo, solicitar que a Assembleia da República delibere nos termos do número anterior.

Ora muitas dúvidas se nos colocam este artigo em referência. Primeiro é preciso ter em conta o n.º1 *in fine* **independentemente de qualquer formalidade regimental**. Temos que fazer uma interpretação restritiva do mesmo, pois quando o regimento se limita a reproduzir as normas constitucionais, não podem ser preteridas essas formalidades sob pena de inconstitucionalidade formal.⁸²

Por outro lado, não se vislumbra a *ratio* do número 2 que atribui ao Presidente da República a competência para solicitar o tal procedimento simplificado ou urgente. Ora atribui o Regimento competências ao Presidente que a própria Constituição não atribuiu. Coloca-se a nosso ver um claro problema de inconstitucionalidade.⁸³

⁸² Não existe urgência que possa justificar a preterição das normas estabelecidas pelo legislador constituinte, nem mesmo os estados de excepção, aliás constitucionalmente reguladas.

⁸³ Sobre o problema da apreciação da constitucionalidade do regimento veja-se CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito...*, 4ª Edição, cit, pág. 753.

8.7 - A Lei

8.7.1. O Conceito de Lei.

Acompanhamos até aqui o nascimento da lei, mas achamos que não podemos continuar sem tecer algumas considerações sobre o que é que nasceu.

A lei é um conceito polissémico, o nosso legislador muitas vezes utiliza a expressão lei como acto legislativo⁸⁴.

Refere MANUEL AFONSO VAZ⁸⁵ a lei em sentido material, como norma, ou seja, como regra jurídica abstracta e geral⁸⁶, sendo que a abstracção se refere ao suposto fáctico-situacional a regular e a generalidade ao grupo-categorial de pessoas a que vá dirigida. E lei em sentido formal seria todo o acto parlamentar revestido da forma de lei, independentemente do seu conteúdo⁸⁷.

Podemos identificar uma corrente (numa discussão que também se aplica ao nosso ordenamento jurídico), que diz que não existe qualquer definição material de acto legislativo constitucionalmente estabelecida e outra que defende que da Constituição decorre um conceito material de lei, que permitirá afirmar que os regulamentos não podem ser leis em sentido material.⁸⁸

DIOGO FREITAS DO AMARAL, trata a questão da distinção entre lei e regulamento nos seguintes termos⁸⁹:

Um primeiro critério, de que partia a escola clássica francesa (Carré de Malberg), assenta na diferença entre princípios e pormenores – á lei caberia a formulação dos princípios, ao regulamento a disciplina dos pormenores. Mas o critério é vago, pois não permite traçar com rigor a distinção entre princípios e pormenores; além de que, como é bom de ver, nada impede que haja pormenores numa lei e princípios num regulamento.

Um segundo critério – inicialmente utilizado pela escola alemã de Direito Público e, entre nós, sustentado por Marcello Caetano – reconhecendo haver algumas afinidades no plano material entre regulamento e lei, considera possível distingui-los porque ao regulamento falta a novidade, que é característica da lei. Os regulamentos complementares ou de execução são,

⁸⁴ Vejamos por exemplo o art.º 257.º n.º1 da Constituição, diz que o provedor de Justiça é eleito pela Assembleia da República, por maioria de dois terços dos deputados, pelo tempo que a lei determinar, ora quando se fala em lei neste sentido fala-se em acto legislativo, pois esta matéria (determinação temporal) não cabe na competência exclusiva da Assembleia. Pode portanto ser objecto de decreto-lei, o que o Governo não pode fazer é escolher o Provedor de Justiça. Muitos exemplos semelhantes podiam ser apontados.

⁸⁵ VAZ, Manuel Afonso, *Lei e reserva de lei: a causa de lei na Constituição portuguesa de 1976*, Porto, 1996, pág.19.

⁸⁶ Uma lei é geral quando á partida for indeterminável as pessoas a que se irá aplicar por outro será abstracta quando for indeterminável também á partida as situações da vida a que se irá aplicar.

⁸⁷ VAZ, Manuel Afonso, *Lei e reserva de lei: a causa de lei na Constituição portuguesa de 1976*, Porto, 1996, pág.17.

⁸⁸ Idem, pág. 25.

⁸⁹ DO AMARAL, Diogo Freitas, *Curso de direito administrativo*, Vol.II, Coimbra, 2008, pág.167.

caracteristicamente, normas secundárias que completam ou desenvolvem leis anteriores, sem as quais não podem ser elaboradas; e os regulamentos independentes ou autónomos, embora não se destinem a regulamentar determinada lei em especial, são feitos para a “boa execução das leis” em geral, isto é, visam a “dinamização da ordem legislativa” no seu conjunto.

Mas este critério encerra também uma dificuldade – precisamente, a dos regulamentos independentes ou autónomos. Estes não pressupõem na sua base nenhuma lei, a não ser a lei de habilitação. E, ao contrário do que dizia Marcello Caetano, não se destinam á boa execução das leis já existentes, nem á dinamização da ordem legislativa. São eles próprios inovadores, criam direito; tão inovadores que, no âmbito da Administração autónoma, podem ser diferentes, e contraditórios, de município para município (é o caso, por exemplo, das posturas de trânsito). Marcello Caetano não consegue, em suma, oferecer qualquer nota material distintiva do regulamento independente face á lei.

Um terceiro critério baseia-se na identidade material entre lei e regulamento – substancialmente, os regulamentos são leis. Assim a distinção entre ambos só pode ser feita no plano formal e orgânico. Ou seja, tanto a lei como o regulamento são materialmente normas jurídicas; a diferença vem da diferente posição hierárquica dos órgãos de onde emanam e, conseqüentemente, do valor formal de uma e de outro (a lei pode revogar o regulamento; o regulamento não pode revogar a lei e, se a contrariar é ilegal).

O último critério da identidade material entre lei e regulamento, concordamos é até agora o que melhor explica as diferenças entre lei e regulamento. Contudo, não encerra por si as dificuldades. *Quid iuris* se o Governo aprova um regulamento autónomo sobre matérias da competência exclusiva da Assembleia da República? Sem um critério material não correríamos o risco de ver o Governo a intrometer-se nas competências de matéria exclusiva através de regulamentos autónomos, aproveitando a inércia da Assembleia da República? A exiguidade do alcance da nossa visão não nos deixa vislumbrar as soluções, *de iure condendo* o legislador constituinte deveria definir claramente a fronteira de delimitação entre lei e regulamento. Olhamos para o art.º 179º nº1 que diz que compete á Assembleia da República legislar sobre as questões básicas da política interna e externa do país. O que são questões básicas se mesmo que as questões que não sejam básicas ela também pode legislar ou autorizar o Governo a legislar? Parece claro que questões básicas não se referem ás matérias de competência exclusiva. Daí podemos concluir que no nosso ordenamento jurídico, é possível encontrar um critério de distinção material, tudo o que seja básico, elementar, terá que ser objecto de lei, ao regulamento caberá complementar, e não pensamos que todos os regulamentos são complementares não existindo regulamentos independentes, o que não pode é haver regulamentos *ex novo*, sem a tal intervenção básica ou elementar do legislador constituinte ou ordinário.

Numa leitura da Constituição Moçambicana de 2004, por várias vezes nos deparamos com o conceito de Lei, conceito este que o Legislador Constituinte utiliza, atribuindo-lhe três significados distintos:

- *Um sentido restrito*, onde a expressão significa necessariamente Lei da Assembleia da República. Temos como exemplo, os art.º 299.º e 300.º, que por exigirem a maioria de dois terços para a aprovação, só em sede da Assembleia da República se poderá obter tal maioria, sendo portanto estas matérias de competência exclusiva da A.R. numa clara extensão do art.º 179.º n.º 2;
- *Um sentido intermédio (formal)*, onde a expressão Lei significa necessariamente acto Legislativo (Lei da Assembleia da República ou Decreto-lei do Governo). Na maioria dos casos, é este o sentido referido pelo Legislador Constituinte. Note-se que de acordo com o art.º 179.º n.º 3 “com excepção das competências enunciadas no n.º 2 do presente artigo, a Assembleia da República pode autorizar o Governo a legislar sobre outras matérias, sob a forma de Decreto-lei.” É portanto o art.º 179.º n.º 2 que estabelece os actos que obrigatoriamente terão de revestir a forma de Lei da A.R.
- *Um sentido amplo (ou amplíssimo)* onde a expressão Lei, significa acto normativo. Por exemplo quando o art.º 36.º diz que “o homem e a mulher são iguais perante a Lei (...)”, tal conceito abrange não só os actos legislativos, como qualquer acto normativo, mal seria se a Constituição permitisse a discriminação negativa através de um Decreto (regulamento).

A Constituição utiliza a expressão Lei em variadíssimos artigos:

Art.º 5.º n.º 2; art.º 6.º n.º 2; art.º 7.º n.º 3.º; art.º 15.º n.º 3; art.º 16.º n.º 3; art.º 20.º n.º 3; art.º 26.º n.º 1 alínea b); art.º 27.º n.º 1.º alínea f) e n.º 2; art.º 30.º n.º 2; art.º 32.º n.º 1 alínea b); art.º 34.º; art.º 36.º; art.º 38.º n.º 2; art.º 39.º; art.º 42.º; art.º 46.º n.º 2; art.º 48.º n.º 6; art.º 49.º n.º 1, 2, 3 e 4; art.º 50.º n.º 3 e 4; art.º 51.º; art.º 52.º n.º 2 e 3; art.º 54.º n.º 5; art.º 56.º n.º 1 e 3; art.º 57.º; art.º 58.º n.º 1 e 2; art.º 59.º n.º 1 e 3; art.º 60.º n.º 2; art.º 63.º n.º 2 e 5; art.º 64.º n.º 1 e 2; art.º 65.º n.º 4; art.º 67.º n.º 3; art.º 68.º n.º 1 e 2; art.º 69; art.º 70; art.º 71.º n.º 2 e 3; art.º 75.º n.º 1 e 4; art.º 81.º n.º 1; art.º 82.º n.º 2; art.º 83; art.º 85.º n.º 1 e 3; art.º 86.º n.º 4; art.º 87.º n.º 1 e 2; art.º 89; art.º 92.º n.º 2 e 3; art.º 98.º n.º 2 alínea i) e n.º 3; art.º 100; art.º 113.º n.º 4; art.º 114.º n.º 3; art.º 116.º n.º 2 e 6; art.º 119.º n.º 2 e 4; art.º 127.º n.º 2, 3 e 5; art.º 130.º n.º 1, 3 e 4; art.º 132.º; art.º 134.º; art.º 135.º n.º 3 e 4; art.º 136.º n.º 7; art.º 137.º n.º 3; art.º 139.º n.º 1; art.º 140.º n.º 2; art.º 141.º n.º 2 e 4; art.º 142.º n.º 3; art.º 143.º n.º 1 e 2; art.º 144.º n.º 1 alínea a) e n.º 2; art.º 156.º n.º 1; art.º 161.º alínea e); art.º 163.º n.º 1, 2, 3 e 4; art.º 165.º n.º 3; art.º 172.º n.º 2; art.º 173.º alínea b); art.º 174.º n.º 3; art.º 176.º n.º 1 alínea c) e d) e n.º 3; art.º 177.º alínea a); art.º 178.º n.º 3; art.º 180.º n.º 1 e 4; art.º 182.º; art.º 183.º n.º 1; art.º 184.º n.º 1; art.º 193.º n.º 2 e 4; art.º 197.º n.º 2; art.º 204.º n.º 1 alínea c); art.º 205.º n.º 1; art.º 207; art.º 212.º n.º 1 e 2; art.º 213.º; 216.º n.º 3 e 4; art.º 217.º n.º 1 e 3; art.º 218.º n.º 1; art.º 221.º n.º 3 e 4; art.º 223.º n.º 3; art.º 225.º n.º 2; art.º 226.º n.º 1 e 4; art.º 227 alínea b); art.º 229.º n.º 1 e 4; art.º 231.º; art.º 232.º n.º 2; art.º 234.º n.º 2 e 3; art.º 236.º; art.º 237.º n.º 1; 238.º n.º 3; art.º 241.º n.º 2; art.º 244.º n.º 1 alínea a) e n.º 2 alínea e) e h) e n.º 3; art.º 245.º n.º 1 e 3; art.º 247.º n.º 2; art.º 249.º n.º 2; art.º 251.º n.º 2; art.º 252.º n.º 1; art.º 253.º n.º 2; art.º 254.º n.º 1; art.º 255.º n.º 2; art.º 257.º; art.º 258.º n.º 1; art.º 261.º; art.º 263.º n.º 5; art.º 264.º n.º 2; art.º 267.º n.º 2,3 e 4; art.º 270.º; art.º 273.º n.º 4; art.º 274.º; art.º 275.º n.º 1 e 5; art.º 276.º n.º 2 e 3; art.º 277.º n.º 2, 3 e 4; art.º 278.º; art.º 279.º n.º 1; art.º 280; art.º 281.º; art.º 299.º; art.º 300.º; art.º 302.º .

O Conselho Constitucional pronunciou-se no Acórdão 4/CC/2012 de 5 de Setembro, a respeito do conceito de lei referido pelo art.º 56.º n.º 3 dizendo que:

“A parte final do artigo 80 do Estatuto do Polícia consagra uma excepção quando enuncia...sem prejuízo das restrições previstas por lei». Situando-se esta excepção no domínio dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, ela deve conformar-se com o disposto no n.º 3 do artigo 56 da Constituição, segundo o qual «a lei só pode limitar os direitos, liberdades e garantias, nos casos expressamente previstos na Constituição». Neste preceito constitucional o termo lei tem, necessariamente, o significado estrito de acto legislativo emanado da Assembleia da República, de harmonia com o disposto nos artigos 143, n.ºs 1 e 2, e 182, 1ª parte, da Constituição.”

Adopta portanto o Conselho Constitucional “neste preceito constitucional” o sentido restrito de Lei, com inúmeras consequências práticas, tais como:

- 1- Com este entendimento nenhum Decreto-lei poderá limitar os direitos, liberdades e garantias, sendo inconstitucionais todos os crimes criados por Decreto-lei (ainda que autorizados);
- 2- Instrumentos como o Código da Estrada, serão inconstitucionais em todos os artigos que limitem direitos, liberdades e garantias;
- 3- A interpretação do CC ignora por completo o estabelecido no art.º 179.º n.º 2 e 3.º, pois o Legislador em nenhum momento diz que é da exclusiva competência da A.R. legislar sobre os direitos, liberdades e garantias.”

Dai considerarmos ser urgente e premente o abandono pelo Conselho Constitucional, deste “pobre” conceito de Lei, adequando-se á vontade do Legislador Constituinte e evitando o caos interpretativo na nossa ordem Jurídica.

8.7.2. O Decreto-lei.

O Governo da República de Moçambique é o Conselho de Ministros, art.º200.º da CR. O Conselho de Ministros é composto pelo Presidente da República que a ele preside, pelo Primeiro-Ministro e pelos Ministros, art.º 201.º n.º1.

Da definição e da composição do Conselho de Ministros surge uma dúvida a que nos levam as premissas do legislador. E os vice Ministros não fazendo parte do Conselho de Ministros, será que fazem parte do Governo? A nosso ver a resposta não pode deixar de ser positiva, parece-nos lógico que os vice Ministros fazem parte do Governo, a norma do artigo 200.º só pode ser interpretada no sentido que sempre que a Constituição ou legislação ordinária atribuem competências ao Governo presume-se que essas competências só podem ser exercidas em Conselho de Ministros.

Apresentado o programa que é apreciado no início da legislatura, art.º198.º n.º1, e a Assembleia delibera sobre o mesmo nos termos do art.º 179.º n.º2 alínea j)⁹⁰ onde a rejeição pode implicar a dissolução da Assembleia⁹¹.

Depois de aprovado o seu programa o Governo assume a plenitude das suas funções podendo aprovar decretos-lei mediante autorização legislativa da Assembleia da República, art.º204.º alínea d). O decreto-lei é um acto legislativo aprovado pelo Conselho de Ministros mediante autorização da Assembleia da República, art.º 143.º n.º2 e devem indicar a lei ao abrigo da qual são aprovados, art.º210.º n.º2 (é a chamada lei de habilitação).

Supra (3.5.2) falávamos da possibilidade ou não de fiscalização preventiva da constitucionalidade de um decreto-lei, apesar de diploma ser um conceito que abrange tanto a lei como o decreto-lei, o art.º246.º n.1 *in fine* diz «**que lhe tenha sido enviado para promulgação**». Ora os decretos-lei não são promulgados⁹², mas sim assinados pelo Presidente, art.º 210.º n.º3.

⁹⁰ Ao contrário do sistema Português onde o programa é apreciado mas não necessariamente votado.

⁹¹ Note-se que estamos perante uma faculdade que é atribuída ao Presidente, pois o art.º 188.º n.1 utiliza claramente a expressão “**pode**”, se bem que o n.º2 diz que o Presidente convoca novas eleições legislativas, nos termos da Constituição. Ora o número dois não pode ser aplicado sem o número um, o legislador podia ter clarificado a questão legislando da seguinte forma «Em caso de dissolução o Presidente convoca novas eleições legislativas nos termos da Constituição». Para clarificar este entendimento basta olhar para o art.º 159.º alínea f) que diz que compete ao Presidente demitir os restantes membros do Governo quando o seu programa seja rejeitado **pela segunda vez pela Assembleia da República**. Portanto fica clara que uma mesma Assembleia pode rejeitar mais do que uma vez o programa do Governo.

⁹² Os decretos-lei são assinados e mandados publicar pelo Presidente da República e os demais decretos do governo são assinados e mandados publicar pelo Primeiro-Ministro. Não somos contra o estudo de soluções de direito comparado, a sua importação requer uma reflexão séria e estrutural sob pena de criar um manto de retalhos legislativo.

Temos assim duas possibilidades de interpretação: ou entendemos que o conceito de **qualquer diploma** se reduz ao conceito de lei, ou entendemos que com essa referência o legislador quis incluir tanto as leis como os decretos-leis apesar deste, último não estar sujeito a promulgação.

Parece-nos ser esta última a melhor interpretação, aquela que salvaguarda a Constituição, ademais teríamos de admitir que o decreto-lei tem um estatuto especial em relação á lei por não poder ser objecto de controlo preventivo pelo Conselho Constitucional⁹³.

A Constituição é omissa quanto ao Governo de gestão, antes da apresentação do seu programa quinquenal, ou governo demissionário, se bem que o problema não se coloca nos mesmos moldes que nos outros sistemas, assim FREITAS DO AMARAL,⁹⁴ diferentemente se o sistema for Presidencialista⁹⁵, o problema da mudança de Governo – enquanto problema distinto da mudança de Presidente – não tem autonomia, pois consiste numa simples remodelação ministerial. Mas no caso – que por muitas vezes sucede na América Latina – de todos os ministros pedirem em bloco a sua demissão para facultar ao Presidente uma remodelação, os poderes do Governo durante a crise dependerão essencialmente da orientação do Presidente: sendo ele a fonte da existência e da autoridade do Governo, nada impede, em bom rigor, que o Governo continue a exercer a plenitude das suas competências até ser substituído, se o Presidente assim o entender.

8.7.3. O regime das autorizações legislativas

Estipula o art.º 179.º n.º3, que com a excepção das competências enunciadas no n.º 2 do presente artigo, a Assembleia da República pode autorizar o Governo a legislar sobre outras matérias, sob a forma de decreto-lei. Antes de mais teremos que fazer uma interpretação restritiva do artigo em epígrafe pois nem todas as competências enunciadas no número 2 são competências legislativas. Senão vejamos a alínea i) eleger o Provedor de Justiça, como pode haver autorização para legislar sobre um acto político que é a eleição.⁹⁶

⁹³ Afinal teríamos que também admitir que o mais alto órgão legislativo teria as suas deliberações sujeitas a controlo preventivo, e “mais baixo ou menos alto” órgão legislativo ficaria livre desse controlo.

⁹⁴ DO AMARAL, Diogo Freitas, *Governos de gestão*, Principia, Lisboa, 2002, pág.17.

⁹⁵ Para uma visão geral do sistema de governo, veja-se SIMANGO, Américo, *Introdução á Constituição Moçambicana*, AAFDL, Lisboa, 1999, pags 112 e segs.

⁹⁶ Uma coisa é o Regime Jurídico que regula os actos eleitorais esse sim passível de autorização, outra coisa bem diferente é a eleição em si, o acto de escolher mediante o voto. Outros exemplos podiam ser dados como o da alínea h) ratificar a nomeação do Presidente do Tribunal Supremo. Este é a nosso ver um aspecto a considerar na próxima revisão, distinguindo as competências legislativas da Assembleia das restantes.

As leis de autorização legislativa devem definir o objecto, o sentido, a extensão e a duração da autorização, art.º180.º n.º 1 da CR.

Existem quatro ordens de limites às autorizações, ⁹⁷ limites substanciais, limites formais, limites subjectivos e temporais.

Os limites substanciais, são os seguintes:

- a) Só pode haver autorizações legislativas, sobre as matérias que não constam do art.º179.º n.º2 (o raciocínio funciona por exclusão de partes, se não couber na matéria de competência exclusiva então pode haver autorização)
- b) A autorização incide sobre esta ou aquela matéria, não pode haver autorizações em branco, se não subverteriam a própria natureza das autorizações⁹⁸.
- c) Tem de definir o objecto e a extensão da autorização;
- d) As autorizações legislativas não podem ser utilizadas mais de uma vez, sem prejuízo da sua execução parcelada ou da respectiva prorrogação, art.º180.º n.º 2;
- e) Tem de definir o sentido da autorização⁹⁹, isto é o objectivo e o critério da disciplina legislativa a estabelecer, a condensação dos princípios ou a orientação fundamental a seguir pelo Governo.

Como limites formais, temos¹⁰⁰:

- a) a autorização tem de ser explícita, e tem de constar de uma lei de autorização, o acto autorizado tem de revestir a forma de decreto-lei (art.º210 n.º2) e tem de indicar a lei ao abrigo do qual são aprovados.

Como limites subjectivos:

- a) as autorizações caducam com o termo da legislatura ou com a dissolução da Assembleia da República (art.º180 n.º3).

⁹⁷ MIRANDA, Jorge, v. *Manual*. V, cit., pág. 312.

⁹⁸ Sobre a natureza das autorizações legislativas veja-se, JORGE MIRANDA, v. *Manual*. V, cit., pág.

⁹⁹ *Idem.*, pág. 313.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pág. 313 e SS.

Quanto a este limite, do art.º 180 n.º3, um comentário se impõe: este artigo mostra-nos que o legislador constituinte ao importar soluções legislativas de outros ordenamentos, perdeu ou perdeu-se na sua ordenação sistemática, senão vejamos: diz-nos o art.º 188º n.º1 que a Assembleia da República pode ser dissolvida caso rejeite após debate o programa do governo. E esta é a única situação possível de dissolução, ora como pode um governo sem programa apreciado e votado dirigir um pedido de autorização legislativa á Assembleia? Contra se pode argumentar, que sendo um governo de gestão pode dirigir este pedido em caso de urgência. Ora a resposta seria, qual é a urgência que justifica que o *dominus* do poder legislativo, não possa ele mesmo legislar, e ter que autorizar um governo sem programa a legislar?

Isto manifesta a desordenação sistemática a que se pode chegar, copiando soluções legislativas de outros ordenamentos ao qual se pretende acrescentar um cunho diferente no que concerne á organização política.

Pelo exposto impõe-se a nosso ver uma interpretação restritiva do art.º180.º n.º2 as autorizações só caducam com o termo da legislatura.

A Constituição é omissa no que concerne á demissão do Governo. *Quid iuris* se houver demissão do Governo, as autorizações caducam? O legislador não regula esta situação e a nosso ver bem. Aliás nem se sequer podemos com autonomia falar no nosso ordenamento jurídico de demissão do Governo, pois o Governo como um todo nunca é demitido. Senão vejamos: a própria Constituição no art.º 159 alínea f) diz que compete ao Chefe de Estado demitir os restantes membros do Governo quando o seu programa seja rejeitado pela segunda vez pela Assembleia da República. Ora mantendo-se o chefe do Governo (art.º 146 n.º2) só se pode falar de remodelação do Governo, nunca de demissão. Ou demissão de alguns membros do Governo, nunca do Governo como um todo.

Por fim existe um limite temporal, o Governo deve publicar o acto legislativo autorizado até ao último dia do prazo indicado na lei de autorização, que começa a contar-se a partir da data da publicação, art.º180 n.º4.

8.7.4 -As ratificações

Os decretos-lei aprovados pelo Conselho de Ministros no uso de autorização legislativa são considerados ratificados se, na sessão da Assembleia da República imediata a sua ratificação não for requerida por um mínimo de quinze deputados, art.º181 n.º1, temos portanto um caso de ratificação tácita.

Fala-nos o legislador em decretos-lei aprovados no uso de autorização legislativa, ora não existem outros, todos são aprovados no uso de autorização. Não se trata a nosso ver de um preciosismo linguístico, a questão é que por exemplo no ordenamento jurídico português os decretos-lei aprovados no âmbito da competência exclusiva do Governo não estão sujeitos a ratificação, (veja-se art.º169. n.º1 da CRP). É preciso rigor, na Constituição, a Moçambique o que é de Moçambique.

Sobre o regime das ratificações, diz-nos MANUEL AFONSOVAZ¹⁰¹:

A acrescer a este poder inicial, a CRP confere á AR um poder final sobre os decretos-lei autorizados que se exprime no facto de tais decretos-lei poderem «ser submetidos á apreciação da Assembleia da República, para efeitos de alteração ou de recusa de ratificação» (art.º172º, n.º1). A faculdade de a AR poder sujeitar ao mecanismo da ratificação (expressa) os decretos-lei autorizados é uma novidade da CRP que não tem tradição no constitucionalismo português nem na generalidade das constituições contemporâneas. Com efeito, o instituto da ratificação surgiu, e tem-se mantido em geral, associado á possibilidade de legislação excepcional do Executivo em matérias de reserva («em caso de urgência e necessidade pública»; «conservação da ordem pública seriamente ameaçada») legislação excepcional que a realidade constitucional impôs e que, quando formalmente constitucionalizada, se liga, também formalmente, a um apertado controlo parlamentar, expresso no instituto da ratificação(...).

É fácil de ver que este sentido de decreto-lei e da ratificação – ainda hoje dominante – se não adequa a estruturas constitucionais que, para além da legislação autorizada, consagram áreas de competência normal (concorrente ou exclusiva) ao Governo.

O único sentido útil que podemos encontrar no instituto da ratificação, no nosso ordenamento é o facto de poder ser utilizada pela oposição como mecanismo de controlo da actividade legislativa do Executivo, quando este não cumpra o estipulado na lei de autorização. Mas mesmo aí, os deputados sempre teriam o pedido de fiscalização sucessiva ao Conselho Constitucional.

A assembleia da República pode suspender no todo ou em parte a vigência do decreto-lei até a sua apreciação, art.º181 n.º2. A suspensão caduca quando até ao fim da sessão a Assembleia não se pronunciar, art.º 181 n.º3 e a recusa de ratificação implica a revogação, art.º181 n.º4.

¹⁰¹ VAZ, Manuel Afonso, *Lei...*, pág. 436 e segs.

8.8 - O referendo na Constituição

Referendo é nas palavras de JORGE MIRANDA¹⁰² a votação popular, por sufrágio individual e directo dos cidadãos, tendente a uma deliberação política (ou mais raramente, administrativa), a uma indicação, aos órgãos de governo ou de gestão ou, porventura a outros efeitos constitucional ou legalmente previsto.

Para NORBERTO BOBBIO¹⁰³ “o *referendum* é tido como principal instrumento de democracia directa, já que, por meio deste instituto, o povo, ou, mais exactamente, o corpo eleitoral, participa, por via consultiva ou deliberativa, do processo decisório.”

Portando por referendo podemos entender a votação popular, sobre questões de relevante interesse nacional. Constitui uma manifestação da democracia directa.

O referendo abrange os cidadãos eleitores recenseados no território nacional e os cidadãos residentes no estrangeiro regularmente recenseados, art.º 136º n.º1 da CRM.

A iniciativa do referendo pertence a pelo menos um terço dos deputados¹⁰⁴, art.º136º n.º 2, contudo depois da iniciativa terá que ser aprovada a proposta pela Assembleia da República e é decidida pelo Presidente da República, art.º136º n.º2 e art.º159.º alínea c).

O referendo não pode ter qualquer conteúdo, não pode haver referendo sobre as alterações á Constituição (com excepção das matérias referidas no art.º 292º n.º1), nem podem incidir sobre as matérias de competência legislativa exclusiva da Assembleia da República, art.º136 n.º3. Contudo, se as matérias referidas no n.º2 do art.º 179º forem objecto de convenção internacional podem ser submetidas a referendo, salvo se forem relativas á paz e á rectificação de fronteiras.

O referendo tem também um limite temporal, pois entre a data da convocação e da realização de eleições gerais para os órgãos de soberania não se pode convocar nem efectivar referendos, art.º 136º n.º5.

¹⁰² MIRANDA, Jorge, *Ciência Política: formas de governo*, Lisboa, 1999.

¹⁰³ BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola *et all*(org.) *Dicionário de Política*, Vol. I, 11ª Edição, Editora Unb, Brasília, 1998, pág. 1074.

¹⁰⁴ Isto significa que o referendo só pode ser proposto por iniciativa de pelo menos 84 deputados, pois sendo a Assembleia composta por 250 Deputados, um terço perfaz 83,33 o legislador utilizando a expressão pelo menos, só se considera atingido com 84 Deputados. Por outro lado a proposta é aprovada por maioria absoluta dos deputados portando a partir de 126 votos a favor.

A doutrina tem apontado vários convenientes e inconvenientes deste processo. De acordo com NORBERTO BOBBIO¹⁰⁵ “ a preparação política e a capacidade de tomar posições em face dos problemas variam também segundo o nível cultural das diversas comunidades e isso faz com que seja diverso o papel decisório do povo, porquanto uma coisa é decidir predominantemente sob a influência de mensagens emocionais ou de simpatia pelos apologistas das soluções em discussão, e muito outra escolher depois de reflectir sobre o problema (conquanto excluamos a ilusão de que um corpo eleitoral decide com pleno conhecimento dos termos da questão que lhe foi submetida).

Por sua vez PAULO BONAVIDES¹⁰⁶ aponta como vantagens do referendo “serve de anteparo á onipotência eventual das assembleias parlamentares; torna verdadeiramente legitima pelo assenso popular a obra legislativa dos parlamentos; dá ao eleitor uma arma com que sacudir o “jugo dos partidos”; faz do povo, menos aquele espectador, não raro adormecido ou indiferente ás questões públicas, do que um colaborador ativo para a solução de problemas delicados e da mais alta significação social; promove a educação dos cidadãos; bane das casas legislativas a influência perniciosa das camarilhas políticas; retira dos “bosses” o domínio que exercitam sobre o governo”.

Avança o mesmo autor como inconvenientes¹⁰⁷ “o desprestígio das câmaras legislativas, conseqüente á diminuição dos seus poderes; os índices espantosos de abstenção; a invocação do argumento de MONTESQUIEU acerca da incompetência fundamental do povo e seu despreparo para governar; a cena muda em que transforma o *referendum* pela ausência de debates; os abusos de um repetição frequente ao redor de questões mínimas, sem nenhuma importância, que acabariam provocando o enfado popular; o afrouxamento da responsabilidade dos governantes (...) o escancarar de portas á mais desenfreada demagogia; em suma, o dissídio essencial da instituição com o sistema representativo”

No meio disto tudo podemos nos questionar acerca do mérito da sujeição da alteração dos limites materiais a referendo. Contudo a resposta a nosso ver só pode ser encontrada depois de uma análise á própria revisão da Constituição.

¹⁰⁵ BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola *et all*(org.) *Dicionário de Política*, Vol. I, 11ª Edição, Editora Unb, Brasília, 1998, pág. 1075.

¹⁰⁶ BONAVIDES, Paulo, *Ciência política*, 10ª Edição Rev. Act., Malheiros Editores, São Paulo, 2000, pág. 371.

¹⁰⁷ Idem, pág. 372.

9. O Procedimento de Revisão da Constituição

9.1 - A Iniciativa

O Título XV da Constituição no seu capítulo II arts. 291.º a 296.º trata da matéria referente à Revisão da Constituição. Obviamente que estes seis artigos terão que ser conjugados com as regras referentes ao procedimento legislativo e porventura normas regimentais.

Estipula o art.º 291.º que “1. As propostas de alteração da Constituição são da iniciativa do Presidente da República ou de um terço¹⁰⁸, pelo menos, dos deputados da Assembleia da República.”¹⁰⁹

Tem sido hábito no nosso ordenamento jurídico a criação de comissões *ad hoc* para a revisão da Constituição. BACELAR GOUVEIA¹¹⁰ refere que “todas as razões que justificam a criação de comissões especializadas se encontram também presentes na criação da comissão *ad hoc* da revisão constitucional, cumprindo salientar estas duas:

- Um reduzido número de membros, para permitir um trabalho mais eficaz, resultado que é sempre difícil de atingir havendo um grande número de intervenientes;

¹⁰⁸Um terço pelo menos dos deputados, corresponde, tendo em conta que a Assembleia da República é constituída por 250 deputados (art.º170.º n.º2) a 83,33 pelo que só pode ser preenchido por no mínimo 84 deputados.

¹⁰⁹Fala-se no direito português de um primado decisório da Assembleia da República que não se verifica no nosso ordenamento. Assim OTERO, Paulo, *O acordo de revisão constitucional: significado político e jurídico*, AAFDL, Lisboa, 1997, pág. 9. «Expressando o princípio democrático-representativo e uma inerente manifestação do processo subjacente à formação originária da própria Constituição, neste preciso enquadramento se devem interpretar as regras constitucionais: a) Em primeiro lugar, bem ao contrário da Constituição de 1933, a actual Constituição, além de conferir em exclusivo à Assembleia da República a competência para proceder à sua revisão, atribui também aos deputados uma reserva absoluta de iniciativa da Revisão constitucional; b) Em segundo lugar, visando garantir uma tal exclusividade decisória da Assembleia da República, a Constituição impõe ao Presidente da República a promulgação da lei de revisão constitucional, proibindo que sobre a mesma recaia veto político e, conseqüentemente, cria para o Governo a obrigatoriedade de referendar o respectivo acto presidencial de promulgação. Deste modo, a actual Constituição, além de afastar o povo de exercer directamente o poder constituinte, reservando para a Assembleia dos seus representantes o monopólio da decisão constitucional, exclui ainda os restantes órgãos de soberania representativos de uma intervenção decisória activa no procedimento de revisão constitucional. Alicerça-se do texto da Constituição, por isso mesmo, uma ideia de primado decisório absoluto da Assembleia da República em matéria de revisão constitucional.

No mesmo sentido, MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 894 «Da leitura do título respeitante à revisão constitucional é possível extrair, como segundo elemento caracterizador do procedimento de revisão na Constituição de 1976, o **papel absolutamente central conferido à Assembleia da República e aos deputados.**»

¹¹⁰ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Reflexões...* ob. cit. pág. 7.

- Uma maior concentração de deputados especializados nas matérias de natureza jurídico-constitucional, para facultar um trabalho de maior qualidade, sendo certo que se trata de uma questão de elevada coloração técnica.

Do nosso ponto de vista a criação da comissão *ad hoc* não dispensa a aplicação do art.º 291.º n.º 1, ainda que tenha sido criada a comissão, as propostas de alteração continuam a ser da iniciativa de pelo menos 84 deputados (ou do Presidente da República), e esses podem introduzir a proposta na Assembleia da República sob pena de inconstitucionalidade.

De *iure condendo* o legislador constituinte deveria eliminar a regra de um terço permitindo a que, pequenos partidos, ou partidos que não tenham essa representatividade na Assembleia da República também possam submeter propostas de alteração da Constituição

O n.º 2 do art.º 291.º estipula que “as propostas de alteração devem ser depositadas na Assembleia da República até noventa dias antes do início do debate”. Como referem JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS¹¹¹ “a solução acolhida na Lei Fundamental pretende assegurar a cumulação de todas as iniciativas num só processo, numa regra de condensação destinada a assegurar uma ponderação concomitante e globalizante das modificações constitucionais e a garantir a unidade sistemática da Lei Fundamental.”

A nossa Constituição enfrenta um problema quase similar ao Direito português mas com contornos diferenciados, que é a questão de saber se a regra da iniciativa também se aplica á revisão extraordinária (art.º 293.º). Ou seja, quem pode desencadear o processo de assunção de poderes extraordinários? Um deputado? Ou 84 deputados? É claro que as propostas de alteração só podem ser depositadas na revisão extraordinária, quando houver uma resolução aprovada por maioria de três quartos dos deputados, mas a questão é quem tem competência para dar início a este processo?

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS¹¹² dizem que “ (...) forçoso é concluir que a competência exclusiva dos Deputados compreende a iniciativa de propor a assunção, pela Assembleia da República, de poderes de revisão extraordinária. Com efeito, atenta a razão de ser da consagração de uma reserva de iniciativa dos deputados, deve integrar-se o silêncio da Constituição no sentido de que a reserva de iniciativa dos deputados vale inclusivamente para a assunção de poderes de revisão extraordinária.”

¹¹¹MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 902.

¹¹²Idem, pág. 904

Logicamente tal conclusão não se aplica ao nosso ordenamento, pois não existe aqui a dita reserva absoluta de iniciativa dos deputados, e existe um número mínimo de deputados para se exercer a iniciativa. Contudo não podemos deixar de concluir que tanto o Presidente da República como um terço dos Deputados podem ter a iniciativa de assunção de poderes extraordinários. Numa hipótese académica, caso o Presidente decida exercer a iniciativa de assunção de poderes extraordinários, a Assembleia votará, e caso obtenha a maioria de três quartos, consideramos que estarão assumidos os poderes de revisão extraordinários da Constituição.

A iniciativa superveniente, não está dependente neste caso, da proposta de revisão aprovada pela comissão *ad hoc* e assumida formalmente pelo mínimo de um terço dos deputados, pode assumir qualquer conteúdo tendente á revisão da constituição, tendo como limite o prazo. Portanto só pode ser depositado na Assembleia até 90 dias antes do inicio do debate. A Constituição não estabelece o prazo que a antecede a anunciação do inicio do debate, contudo tem que ser um prazo razoável que permita aos deputados além de analisar a iniciativa inicial, poder sugerir novas alterações.

9.2 - Constituições rígidas e flexíveis

De acordo com JORGE MIRANDA¹¹³ “diz-se *rígida* a Constituição que, para ser revista, exige a observância de uma forma particular distinta da forma seguida para a elaboração das leis ordinárias. Diz-se *flexível* aquela em que são idêntico o processo legislativo e o processo de revisão constitucional, aquela em que a forma é a mesma para lei ordinária e para a lei de revisão constitucional.”

Para MARCELO REBELO DE SOUSA¹¹⁴ “a constituição é rígida pela existência de limites de forma ou de tempo que diferenciam o processo legislativo ordinário, ou limites quanto ás matérias insusceptíveis de revisão”. Por sua vez BACELAR GOUVEIA¹¹⁵ distingue: “três espécies de rigidez constitucional, Constituições: *flexíveis* sem limites, porque a alteração se faz como nos casos do poder legislativo normal, Constituições *rígidas* com a aposição dos limites formais, temporais e orgânicos, Constituições *hiper-rígidas* com a aposição, para além destes (limites formais, temporais e orgânicos) dos limites materiais e

¹¹³ MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 547

¹¹⁴ DE SOUSA, Marcelo Rebelo, *Direito Constitucional I: Introdução á Teoria da Constituição*, Livraria Cruz, Braga, 1979, pág. 70.

¹¹⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Reflexões...* ob. cit. pág. 51, (sublinhado nosso).

dos limites circunstanciais.” A contraposição entre constituições rígidas e constituições flexíveis remonta a JAMES BRYCE e A. V. DICEY dois jus publicistas ingleses.

Sobre esta contraposição o Prof. JORGE MIRANDA¹¹⁶ sintetiza:

«Na verdade, o critério da distinção – para BRYCE, a distinção principal a fazer entre todas as Constituições – estaria na posição ocupada pela Constituição perante as chamadas leis ordinárias. Se ela se coloca acima destas, num plano hierárquico superior, e encerra características próprias, considera-se rígida, ao invés, se encontra ao nível das restantes leis, sem um poder ou uma forma que a sustentem em especial, é flexível. Apenas as Constituições rígidas, e não também as Constituições flexíveis, são limitativas, porque ultrapassam as leis e prevalecem sobre as suas estatuições (...)

Não quer isto dizer que não seja admissível destringer a Constituição flexível das restantes leis e que na Constituição rígida tudo resida antes de mais, na noção de diversidade, de separação. Está claro que uma qualquer separação se deve descobrir e, como a forma não a fornece, vai-se procurá-la á matéria, ao conteúdo. A constituição flexível vem a denominar-se Constituição, visto que regula matéria Constitucional. Mas, ao contrário da Constituição rígida, na qual entram outros elementos, a matéria não determina uma virtualidade ou eficácia jurídica independente das normas.

Discordando desta posição conclui o autor «Perante uma Constituição flexível, não se posterga, nem á mais diluída a incidência material das suas normas sobre as leis, as quais lhes ficam logicamente subordinadas. Não obstante criadas e revogadas de qualquer forma e não obstante ser, porventura, comunicável o objecto, são inconfundíveis as funções. Há limites intrínsecos a que se sujeitam as normas e os actos jurídico-públicos, e também por isso é a Constituição, e não a lei, dentro do Estado, a norma jurídica (ou sob outro aspecto, o acto jurídico) superior; pode haver inconstitucionalidade em Constituição flexível.

De tudo o que foi dito poderemos colocar a seguinte questão: uma constituição só com limites materiais é uma constituição rígida ou flexível? Da nossa parte concordamos com o autor supra citado de que se trata ainda assim de uma constituição flexível, aliás definindo-se a Constituição em sentido material como o estatuto jurídico da comunidade política onde se verte a ideia de Direito proveniente da consciência jurídica colectiva, não podemos deixar de antever ainda que não plasmada no seu texto, limites materiais em todas as Constituições.

A Constituição de 2004 é claramente hiper-rígida, futuro que lhe tinha vaticinado BACELAR GOUVEIA¹¹⁷ quando dizia que “ora perante esta classificação, caso as alterações venham a ser aprovadas a Constituição de Moçambique passará a ser uma Constituição hiper-rígida, o que é naturalmente de aplaudir.”

Como veremos de seguida a nossa Constituição além dos limites materiais (art.º 292) estabelece limites temporais (art.º 293.º) limites formais (art.º 295) limites circunstanciais (art.º 294.º e art.º 157.º) e limites orgânicos (art.º 179.º n.º 2 alínea a)

¹¹⁶ MIRANDA, Jorge, *Teoria*, ob.cit. , pág. 580.

¹¹⁷ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Reflexões...* ob. cit. pág. 51

9.3 - Os Limites da Revisão da Constituição

9.3.1 - Limites temporais

Conforme estipula o art.º 293.º sob a epígrafe “tempo” a Constituição só pode ser revista cinco anos depois da entrada em vigor da última lei de revisão, salvo deliberação de assunção de poderes extraordinários de revisão, aprovada por maioria de três quartos dos deputados da Assembleia da República.

Daqui poderemos distinguir uma revisão ordinária e uma revisão extraordinária uma que acontece cinco anos depois da entrada em vigor da última lei de revisão e outra que acontece antes de decorrido esse prazo, mas com a agravante de ter que ser votada a resolução de assunção por maioria de três quartos dos deputados. No restante revisão ordinária e extraordinária seguem o mesmo procedimento.

Olhando para a nossa Constituição que foi alterada pela Lei 26/2007 de 16 de Novembro, promulgada na mesma data e com ordem de publicação, só pode ser revista ordinariamente a partir de 16 de Novembro de 2012. A não ser que se assumam poderes extraordinários de revisão antes desse período¹¹⁸.

Como referem JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS¹¹⁹ “ a **teleologia** que subjaz ao estabelecimento do prazo de cinco anos prende-se fundamentalmente com a preocupação em assegurar a estabilidade e a força normativa da Lei Fundamental e em evitar que a revisão constitucional seja transformada em mero instrumento de política ordinária, utilizado pelas forças partidárias no combate político quotidiano ou na resposta a questões meramente conjunturais ou não suficientemente amadurecidas.”

Contudo o legislador constituinte deixou, uma porta de saída caso durante este *período de defeso constitucional* aconteça algo que faça urgir a revisão da Constituição sem o decurso desse período.

Questionando agora o prazo estabelecido pelo legislador constituinte fica a dúvida de saber se caso haja a aprovação de uma alteração em sede de revisão extraordinária, contamos na mesma os cinco anos? Ou o prazo só serve para a revisão ordinária? Olhando para o texto

¹¹⁸ A assunção de poderes extraordinários de revisão, exige a aprovação de uma resolução, por maioria de três quartos dos deputados da Assembleia da República, o que corresponde a no mínimo 188 votos a favor (tendo em conta que três quartos vão corresponder a 187,5). Situação que, não apresenta qualquer dificuldade para o partido maioritário que tem 191 deputados. Como concluímos anteriormente essa iniciativa de assunção terá que ser proposta por no mínimo um terço dos Deputados ou pelo Presidente da República.

¹¹⁹ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *ob.cit.*, Tomo III, pág. 895.

da Constituição diz que “a Constituição só pode ser revista cinco anos depois da entrada em vigor da última lei de revisão...” portanto não distingue entre revisão ordinária e revisão extraordinária e onde o legislador não distingue não deve o interprete distinguir.

No ordenamento português que enfrentou o mesmo problema, embora já tenha sido corrigido, a solução passa pela não interrupção do prazo de revisão ordinária pela revisão extraordinária. Segundo JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS¹²⁰ “A verdade, porém, é que tem prevalecido o entendimento segundo o qual a distinção entre revisões ordinárias e revisões extraordinárias estava implícita, desde o início, no regime de revisão constitucional consagrado na Constituição de 1976. E, na terceira revisão, pretendeu-se, justamente, que a própria revisão extraordinária de 1992 não interrompesse o prazo de cinco anos para a revisão ordinária subsequente.”

Esta seria uma questão a ser resolvida na revisão constitucional que se avizinha, contudo parece-nos que a teleologia presente na revisão extraordinária não interrompe o prazo de cinco anos tendo em conta que na maioria das vezes, recorre-se a este mecanismo para questões que provoquem um elevado consenso tanto no Parlamento como na sociedade. Contudo só a prática futura poderá nos elucidar sobre por exemplo a posição do Conselho Constitucional sobre este aspecto, que por agora não passa de uma hipótese académica.

Outra questão que se coloca a respeito da revisão extraordinária é: tendo havido um determinado motivo para a alteração da Constituição, assumidos os poderes extraordinários, poderão os deputados aproveitar para alterar outras matérias? Para JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS¹²¹ “é duvidoso, porém, o fundamento constitucional para sustentar que a assunção de poderes de revisão extraordinária delimita o âmbito material da revisão. Falta desde logo, uma base literal para o referido entendimento.”

Numa hipótese académica se Moçambique decide alterar a Constituição para aderir ao Tribunal Penal Internacional, para nós é perfeitamente possível alterar outras matérias, ademais imaginemos que já estejam identificadas outras matérias a alterar, porque é que teríamos de esperar por uma revisão ordinária?

Assumidos poderes de revisão extraordinária, qual é prazo para a apresentação da primeira proposta? A Constituição não estabelece nenhum prazo e no limite poderemos considerar que esse prazo prolonga-se até ao final da legislatura. Poderemos contudo concluir que assumidos os poderes, a Assembleia terá que fixar uma data para o início do debate e tod-

¹²⁰MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *ob.cit.*, Tomo III, pág. 896.

¹²¹Idem, pág. 898.

as propostas terão que ser depositadas até noventa dias antes.

Marcado o início do debate, caso não tenham sido depositadas as propostas até noventa dias antes preclui-se a competência de revisão extraordinária.

9.3.2 Limite orgânico

De acordo com o art.º 179.º n.º 2 alínea a) “é da exclusiva competência da Assembleia da República aprovar as leis constitucionais.” Portanto só o órgão representativo de todos os cidadãos moçambicanos pode alterar a Constituição, sozinho nos casos que não estejam sujeitos ao art.º 292.º ou com a sanção do titular da soberania, no caso de alteração das matérias contidas no art.º 292.º

Caso exista uma proposta que estabeleça a alteração de matérias sobre os limites materiais, essa proposta terá que ser aprovada pela Assembleia da República antes de ir a referendo. Ora coloca-se-nos uma dúvida, a aprovação será por maioria de dois terços, conforme estipulado no art.º 295.º n.º 1, ou bastará a maioria do art.º 187.º n.º 2. Podemos sempre, dizer que a regra especial (295.º) prevalece sobre a regra geral, contudo o 295.º n.º 1 trata das alterações á Constituição, e neste não podemos falar ainda de alteração da Constituição, pois esta só se fará com a sujeição da matéria a um referendo válido e vinculativo. Contudo a nosso ver, continua a ser exigível a maioria de dois terços, pois a existência deste elevado consenso dentro da Assembleia representativa de todos os cidadãos moçambicanos justifica a sujeição da matéria a referendo, pois caso contrario poderíamos estar a sujeitar constantemente a referendo matérias que não são consensuais.

Contudo não podemos nos esquecer do art.º 136.º n.º 2 que estipula que “o referendo é decidido pelo Presidente da República sob proposta da Assembleia da República, aprovada pela maioria absoluta dos seus membros e por iniciativa de pelo menos um terço dos Deputados.

Fica claramente esclarecido que nas situações de alteração de matéria sobre os limites materiais, a maioria de aprovação da sujeição da matéria a referendo é a maioria absoluta.

No que toca á decisão do Presidente da República, verificados todos os requisitos constitucionais e legais para a efectivação do referendo, parece-nos que o PR é obrigado a convocar o referendo, fazendo-se uma interpretação restritiva do art.º 136.º n.º 2.

Tendo votado mais de metade dos eleitores inscritos o referendo á considerado válido e vinculativo, sendo que a Assembleia da República é obrigada a homologar os resultados do referendo materializando as escolhas do titular da soberania.

9.3.3 Limites Formais

De acordo com o art.º 295.º “1. As alterações da Constituição são aprovadas por maioria de dois terços¹²² dos Deputados da Assembleia da República. 2. As alterações que forem aprovadas são reunidas numa única lei de revisão. 3. O Presidente da República não pode recusar a promulgação da lei de revisão.”

Para EMILIO KAFFT KOSTA¹²³ *a ratio essendi* da imposição dos limites formais de revisão “liga-se á **supervalorização** da Constituição e dos poderes que da sua emanação e modificação decidem, em comparação com actos e poderes **menos importantes**”.

Falando acerca de limites relativos às maiorias deliberativas, GOMES CATOTILHO¹²⁴ refere que “quando se reconhece ao órgão legislativo ordinário o poder de revisão, é normal a Constituição sujeitar as deliberações deste órgão a *maiorias qualificadas*, demonstrativas de uma adesão ou consenso mais inequívoco dos representantes quanto ás alterações da Constituição.”

As alterações da Constituição são sempre aprovadas na especialidade e pelo plenário pois só aí se obterá a maioria de dois terços constitucionalmente exigida.

Diz o art.º 296.º n.º 1 que “as alterações da Constituição são inseridas no lugar próprio, mediante as substituições, as supressões e os aditamentos necessários. 2. A Constituição no seu novo texto, é publicada conjuntamente com a lei de revisão.” Fornecendo-nos as possíveis formas de alterar a Constituição por supressões, retirando um artigo ou vários artigos, por substituição, substituindo o conteúdo de artigo por outro, como aconteceu em relação ao art.º 304.º, ou por aditamentos acrescentando novos artigos ou novos números aos artigos existentes.

Para JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS¹²⁵, “a dupla exigência a que se fez referência visa, fundamentalmente **reforçar a segurança jurídica** – em particular, a clareza jurídica em torno dos princípios e das disposições constitucionais em vigor no ordenamento jurídico.”

Uma questão que se poderá colocar em relação ao 295.º n.º 2 é saber se essa “*única lei de revisão*” também está sujeita a aprovação. Não nos parece pois a Constituição é clara neste aspecto, fazendo referência a “alterações da Constituição que forem aprovadas”.

¹²² O que equivale a uma votação por no mínimo 167 votos a favor, tendo em conta que 2/3 de 250 equivale a 166,66667. Portanto só estará cumprido o requisito pelo mínimo de 167 votos a favor.

¹²³ KOSTA, Emílio Kafft, ob. cit. pág. 128.

¹²⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 1062.

¹²⁵ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, ob.cit., Tomo III, pág. 920.

No que a promulgação da Lei de revisão, a Constituição é clara em não admitir o veto político, dizendo que o Presidente não pode recusar a promulgação da lei de revisão.

A Constituição não estabelece nenhum prazo de promulgação. Estaremos portanto perante uma lacuna que terá que ser integrada com recurso ao procedimento legislativo. A nosso ver a lacuna terá que ser integrada, buscando no procedimento legislativo uma situação análoga, que seria neste caso uma situação em que o Presidente estaria obrigado a promulgar determinada Lei. Ora o único caso análogo, ou a única situação em o Presidente tem esta obrigação de promulgar é o caso do art.º 163.º n.º 4 que estabelece que “se a lei reexaminada for aprovada por maioria de dois terços, o Presidente da República deve promulgá-la e mandá-la publicar.” Como se pode verificar o caso análogo também não resolve a questão, pois não estabelece nenhum prazo para esta promulgação obrigatória.

Podemos nos socorrer do prazo geral de 30 dias do art.º 163.º n.º 2, contudo este prazo de trinta dias justifica-se pois o Presidente tem aqui, uma importante decisão a tomar, com uma opção entre três variantes:

- A promulgação;
- O Veto político,
- Requerer a fiscalização preventiva;

Ora no caso de obrigatoriedade de promulgação o Presidente não precisará destes trinta dias, pois a única preocupação será no sentido de saber se está ou não perante uma verdadeira lei de revisão.

Percebemos a diferença entre as duas situações, mas até melhor esclarecimento pelo legislador constituinte no sentido de estabelecer um prazo para a promulgação, quedamo-nos para o prazo dos trinta dias.

O direito Português¹²⁶ enfrenta um problema semelhante resolvido nos mesmos termos, mas com um prazo estipulado na situação análoga, resolvido nos seguintes termos:

«O silêncio quanto ao *prazo razoável* para a promulgação da lei de revisão, num texto constitucional que concretiza em geral os prazos procedimentais, revela a existência de uma lacuna. Não dispondo o Presidente da República de um direito geral de veto, não se vislumbra o fundamento para aplicar analogicamente o prazo de vinte dias previsto no artigo 136.º n.º1. Assim, e não sendo sustentável nem a imposição da promulgação imediata (porque então quase deixaria de se justificar a própria promulgação), nem a possibilidade de o Presidente da República a diferir (o que frustraria o poder de revisão da Assembleia) a lacuna deve ser suprida com recurso ao artigo 136.º n.º 2, segunda parte, que se reporta á outra hipótese constitucional de promulgação obrigatória (á de confirmação de leis ordinárias após veto

¹²⁶ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, ob. cit., Tomo III, pág. 911.

Político): o prazo (um prazo razoável para o Presidente promulgar o decreto de revisão) deve ser de oito dias.»

Outra questão que podemos colocar, é a de saber se o decreto de revisão está ou não sujeita a fiscalização preventiva?

Conforme o estipulado no art.º 246.º n.º 1 “O Presidente da República pode requerer ao Conselho Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer diploma que lhe tenha sido enviado para promulgação.” Nada obsta portanto a que, o Presidente da República tendo dúvidas acerca da constitucionalidade da lei de revisão, submeta a mesma á apreciação do órgão especialmente responsável pela administração da justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional.

Questão diferente é a de saber se as normas constitucionais, acrescentadas por via de revisão podem padecer do vício de inconstitucionalidade. A este respeito, sintetiza BACELAR GOUVEIA¹²⁷:

«Tal resposta foi dada pela *teoria das normas constitucionais inconstitucionais* (*verfassungswidrige Verfassungsnormen*), genialmente inventada pelo alemão OTTO BACHOF, a qual decididamente viraria a página na Ciência do Direito Constitucional do século XX. A concepção deste autor, partindo do pressuposto básico de que o Direito Constitucional se vincularia a um Direito Supra positivo ou Natural, ainda que o pudesse e devesse refranger nas suas normas, estabelece, quanto às normas constitucionais inconstitucionais, uma divisão fundamental entre a *violação da Constituição escrita*, de um lado, e *violação da Constituição não escrita*, do outro lado:

- Naquele grupo, elenca as hipóteses (i) da inconstitucionalidade de normas constitucionais ilegais, (ii) da inconstitucionalidade das leis de alteração á Constituição, (iii) da inconstitucionalidade por violação de normas constitucionais de grau superior, (iv) da inconstitucionalidade resultante da “mudança de natureza” de normas constitucionais e (v) da inconstitucionalidade por infracção de direito supra-legal positivado na lei constitucional;
- No outro grupo, é de referir (i) a inconstitucionalidade por infracção constitutivos não escritos do sentido da Constituição, (ii) a inconstitucionalidade por infracção do direito constitucional consuetudinário e (iii) a inconstitucionalidade por infracção de direito supra-legal não positivado.

Foi assim que no Direito Constitucional, em reacção ás orientações formalistas e valorativamente esvaziantes anteriormente em voga, *surgiu a ideia de vislumbrar nas normas dos textos constitucionais umas mais importantes do que outras, em reconhecimento de que não seria o Direito Positivo, mesmo no seu estalão máximo, cego a considerações metafísicas, bem ao arrepio do que pretendia o cientifismo jurídico do século XIX*. Essa sua diferença valorativa, plasmada em categorias jurídicas, daria azo a que algumas dessas normas – as que contradissem outras normas constitucionais prevaletentes – pudessem ser consideradas *normas constitucionais inconstitucionais*, com a consequência da respectiva desvalorização jurídica.»

¹²⁷ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *O Estado*, cit. Vol. II, pág. 1484.

Para GOMES CANOTILHO¹²⁸ “dada a existência de limites formais e materiais, as leis de revisão que não respeitarem esses limites serão respectivamente inconstitucionais sob o ponto de vista formal e material. Assim acontecerá por exemplo nos casos de: (a) leis de revisão que violam o processo estabelecido no art.º 285.º/1 (como seriam as leis aprovadas mediante proposta do governo ou de uma assembleia regional); (b) leis de revisão que violam os limites materiais do art.º 288.º”¹²⁹

Concordamos com a teoria das normas constitucionais inconstitucionais, principalmente as que são acrescentadas por via de revisão, pois o legislador constituinte, depois de plasmar na Constituição os seus ideais, estabelece um processo por via da qual se renovarão esses ideais, processo esse que tem que ser respeitado. Por outra via, aquilo que é considerado o *núcleo identitário da Constituição* não pode ser posto em causa, por via de revisão no exercício de um poder constituinte derivado.

Por fim resta tratar a questão da promulgação pelo Presidente da República. É praticamente consensual na Doutrina a possibilidade de o Presidente recusar a promulgação, caso não qualifique o acto como sendo um acto de revisão da Constituição. Referem JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS¹³⁰ que “a maioria da doutrina lança mão, a este propósito, da figura da inexistência jurídica, sustentando, para ultrapassar a limitação imposta pelo n.º 3 do art.º 286., que, se não há juridicamente uma lei de revisão, a interdição constitucional de recusa de promulgação não se aplica. E, antes de promulgar uma pretensa lei de revisão, o Presidente da República não pode deixar de a qualificar como lei constitucional.”

A nosso ver, sempre que o Presidente da República tenha dúvidas, acerca da inconstitucionalidade de uma lei de revisão deve requerer ao Conselho Constitucional a fiscalização preventiva. Ou seja a não qualificação de um acto como sendo de revisão constitucional, pelo Presidente da República só deve ser admitido em casos de *manifesta inconstitucionalidade* como por exemplo a aprovação de uma proposta por quem não tenha iniciativa ou, violação da regra de maioria de dois terços, ou ainda a aprovação de uma revisão no período de defeso constitucional, sem a assunção dos poderes extraordinários. Não pode este mecanismo ser usado de forma a contornar a proibição constitucional.

Esse juízo a que Presidente está sujeito poderá ficar comprometido nos casos em que é ele próprio a exercer a iniciativa, por esta e por outras razões o Presidente, não deveria

¹²⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, cit., 7ª Edição, pág. 1076.

¹²⁹ O art.º 285.º da Constituição Portuguesa trata da iniciativa reservada dos Deputados na revisão da Constituição, enquanto o art.º 288.º corresponde com poucas alterações ao nosso art.º 292.º

¹³⁰ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, ob.cit., Tomo III, pág. 913.

estar envolvido neste processo.

9.3.4 Limites Circunstanciais

Os limites circunstanciais encontram-se previstos no art.º 294.º estipulando que “na vigência do estado de sítio ou do estado de emergência não pode ser aprovada qualquer alteração da Constituição.” Por sua vez, o art.º 157.º n.º 1 diz que “durante o período de vacatura do cargo de Presidente da República a Constituição não pode ser alterada”. O art.º 155.º n.º 1 esclarece sobre os casos de vacatura estipulando que “a eleição do novo Presidente da República, por morte, incapacidade permanente, renúncia ou destituição, deve ter lugar dentro dos noventa dias subsequentes, sendo vedado ao Presidente da República interino candidatar-se ao cargo.”

Como refere BACELAR GOUVEIA¹³¹ “a justificação que subjaz a este limite é algo de clarividente: destina-se a “congelar” o poder de revisão constitucional, preferindo-se claramente a impossibilidade de o exercer a exercê-lo sem a genuína expressão da vontade livre e esclarecida dos agentes político-constitucionais envolvidos.” E depois, conclui o mesmo autor¹³² “será muito mais prudente impor os limites circunstanciais na pendência dos estados de excepção, mesmo não ocorrendo qualquer diminuição da liberdade deliberativa do órgão titular desse poder, do que nunca admiti-lo, permitindo-se uma alteração á Constituição cravejada de vícios na formação dessa vontade, com as graves consequências de só ser permitido um controlo *a posteriori*, com toda a fragilidade que lhe está subjacente.”

Note-se que a Constituição só proíbe a aprovação, portanto durante o estado de sítio pode ser exercida a iniciativa ou a promulgação.

Por outro não basta que haja os “casos de agressão efectiva ou eminente, de grave ameaça ou de perturbação da ordem constitucional ou de calamidade” é necessário que seja declarado estado de excepção conforme o procedimento previsto na Constituição. No mesmo sentido BACELAR GOUVEIA¹³³ “a relevância desta matéria é, assim, registada no plano dos vícios da formação da vontade ou no plano da deformação nos fins da revisão constitucional. Isto também implica, noutra perspectiva, que este limite apenas valha para o estado de excepção declarado, aliás o único estado de excepção constitucionalmente relevante.”

¹³¹ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *O Estado*, cit. Vol. II, pág. 965.

¹³² Idem, pág. 966.

¹³³ Ibidem, pág. 967.

Por sua vez GOMES CANOTILHO¹³⁴ assevera que “a história ensina que em certas *circunstâncias excepcionais* (estado de guerra, estado de sítio, estado de emergência) podem constituir ocasiões favoráveis á imposição de alterações constitucionais, limitando a liberdade de deliberação do órgão representativo.”

A este propósito duas dúvidas se nos colocam: primeiro a de saber quando é que podemos falar de aprovação nos casos em que alteração está sujeita a referendo; e segundo saber se em estado de guerra pode haver aprovação de alterações á Constituição.

Do nosso ponto de vista, apresentada uma proposta de alteração da Constituição que colida com os limites materiais (como por exemplo, passarmos para a eleição indirecta do Presidente da República) a aprovação do referendo, ainda não constitui “aprovação de uma alteração da Constituição” por isso, não se encontra vedado pelo limite circunstancial, o que estará proibido a nosso ver, é o referendo que definitivamente, tratar-se-á da aprovação da alteração da Constituição. Concluindo durante o estado de excepção, não pode ser realizado o referendo para a alteração da Constituição, mas a Assembleia pode aprovar a sujeição da proposta a referendo. Outras Constituições vão mais longe, proibindo qualquer acto de revisão durante os estados de excepção¹³⁵.

Quanto á segunda questão, a Constituição só fala em estado de sitio e estado de emergência, portanto fazendo uma interpretação literal poderá ocorrer a aprovação de uma alteração da Constituição em estado de guerra. No mesmo sentido BACELAR GOUVEIA¹³⁶ diz que “a delimitação do objecto da aplicação deste limite ainda faz afastar as hipóteses da respectiva aplicação ao estado de guerra, que se acasala, em certos pontos, com o estado de excepção constitucional. Para isso concorrem não só a excepcionalidade desta norma como a natureza que o estado de guerra assume, lembrando a sua configuração constitucional, só sendo relevante através da concomitante declaração do estado de sítio.”

No que concerne á vacatura do cargo do Presidente da República, estipula o art.º 6.º n.º 2 da Lei 6/2006 (Lei Orgânica do Conselho Constitucional) nas alíneas b) e c) que compete ao Conselho Constitucional declarar a incapacidade permanente e verificar a morte e a perda de mandato do Presidente da República. Portanto a proibição de revisão da Constituição só se efectiva após o pronunciamento do CC.

¹³⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, cit., 7ª Edição, pág. 1063.

¹³⁵ Assim, o art.º 289.º da Constituição Portuguesa que estipula “não pode ser praticado, nenhum acto de revisão constitucional na vigência do estado de sítio ou de emergência.

¹³⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *O Estado*, cit. Vol. II, pág. 967.

Vamos em seguida, fazer uma breve abordagem aos estados de excepção constitucional.

9.3.4.1 Os estados de Excepção Constitucional: breve incursão histórica.

Á luz da CRM¹³⁷ de 1975, competia ao Presidente da República Popular de Moçambique, á luz do art.º 48.º alínea p) a declaração do estado de sítio ou de emergência. Por sua vez, era á Assembleia popular que tinha como função “sancionar a suspensão das garantias constitucionais quando declarado o estado de sitio ou de emergência”.

Por outro lado estipulava o art.º 36.º^{2a} parte que “O Estado pune severamente todos os actos de traição, subversão, sabotagem e, em geral, os actos praticados contra os objectivos da FRELIMO e contra a ordem popular revolucionária.

Os estados constitucionais de excepção, apesar de previstos na CRM de 1975 não mereceram um maior desenvolvimento, nomeadamente acerca do regime da declaração e efeitos da suspensão das garantias.

Por sua vez na CRM de 1990, onde o Estado tem como objectivo fundamental, “a defesa e promoção dos direitos humanos e da igualdade dos cidadãos perante a lei” a matéria mereceu maior e melhor consagração constitucional¹³⁸. Ao abrigo do art.º 106.º n.º 1, “as liberdades e garantias individuais só podem ser suspensas ou limitadas **temporariamente** em virtude de declaração do estado de guerra, do estado de sítio ou do estado de emergência”. No n.º 2 dizia “a duração do estado de sítio ou do estado de emergência não pode ser superior a seis meses, devendo a sua prorrogação efectuar-se nos termos da lei”. Por fim o n.º 3 remetia para lei ordinária a regulação do regime do estado de guerra, do estado de sítio e do estado de emergência e a fixação das garantias judiciais de protecção dos direitos dos cidadãos a serem salvaguardados.

No que concerne ao regime de declaração, competia ao Presidente da República, no âmbito da defesa nacional e da ordem pública, “declarar o estado de guerra e sua cessação, o estado de sítio ou de emergência.” art.º 122.º alínea a). Por sua vez, competia á Assembleia

¹³⁷ Para uma análise da breve história jurídico-constitucional Moçambicana veja-se: MOÇAMBIQUE, Instituto de Apoio á Governação e Desenvolvimento, *Evolução Constitucional da Pátria Amada*, CIEDIMA, Maputo, 2009.

¹³⁸ Para uma breve incursão na CRM de 1990 veja-se: SIMANGO, Américo, *Introdução á Constituição Moçambicana*, AAFDL, Lisboa, 1999.

Da República “sancionar a suspensão das garantias constitucionais e a declaração do estado de sítio e de emergência” art.º 135.º alínea e). Ao Conselho Nacional de Defesa e Segurança competia: “pronunciar-se sobre o estado de guerra antes da sua declaração” e “pronunciar-se sobre a suspensão de garantias constitucionais e a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência” art.º 159.º alíneas a) e b).

A CRM de 1990 continuava no entanto a deixar de fora questões como, que direitos são suspensíveis, e em que termos.

9.3.4.2 Estados de excepção constitucional

Os estados de excepção constitucional, procuram a conciliação entre dois valores conflituantes, tal como refere BACELAR GOUVEIA¹³⁹:

«A origem patológica do estado de excepção, por alusão á normalidade institucional, lança-o depois na tortuosa e angustiante “aventura” da combinação entre dois valores que se digladiam mutuamente, com um cunho marcadamente antinómico, na concreta modelação do poder que lhe subjaz: os valores da eficiência e da normatividade. A eficiência traduz o conveniente reforço do poder de excepção, permitindo ao Estado superar as situações de crise, por este concentrar poderes e limitar liberdades fundamentais, com isso se evitando o naufrágio da ordem constitucional. A normatividade postula a sujeição do poder de excepção, a despeito dessa sua radicalidade, ao próprio Direito Constitucional que se altera, evitando o seu uso arbitrário, por ser tentador resvalar para uma situação de tirania sem retorno possível.»

Com a expressão estado de sítio¹⁴⁰ “se quer geralmente indicar um regime jurídico excepcional a que uma comunidade territorial é temporariamente sujeita, em razão de uma situação de perigo para a ordem pública, criado por determinação da autoridade estatal ao atribuir poderes extraordinários às autoridades públicas e ao estabelecer as adequadas restrições á liberdade dos cidadãos”.

Apesar de haver muitas semelhanças, o estado de guerra¹⁴¹ nem sempre provoca a

¹³⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *O Estado de Excepção Constitucional no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1998, pág. 39.

¹⁴⁰ BALDI, Carlo, “Estado de sítio” in BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola *et all* (org.) *Dicionário de Política*, Vol. I, 11ª Edição, Editora Unb, Brasília, 1998, pág. 423 a 425.

¹⁴¹ Como refere BACELAR GOUVEIA, «ainda que haja semelhanças, como acontece em matéria de pressupostos e de procedimento de decretação (porventura até mais perfeito do que o estado de excepção!), o estado de guerra não atinge o limiar do estado de excepção constitucional, pelo simples facto de não consubstanciar, nos efeitos que produz, qualquer transformação no ordenamento jurídico-constitucional. Diferentemente do que sucede com o estado de sítio ou com o estado de emergência, o estado de guerra situa-se, internamente, no âmbito do Direito Militar: são inexistentes as alterações em matéria de direitos fundamentais (...).» GOUVEIA, Jorge Bacelar, *ob. cit.* Vol. I, pág. 718.

limitação dos direitos fundamentais, tanto que pode ocorrer no território de outro estado, sem portanto colocar a questão da limitação dos direitos fundamentais.

Como refere a CRM no seu art.º 283.º “a menor gravidade dos pressupostos da declaração determina a opção pelo estado de emergência...” contudo não é inteiramente líquido que possamos reservar os pressupostos “agressão efectiva ou eminente, de grave ameaça ou de perturbação da ordem constitucional” para o estado de sítio e a “calamidade pública” para o Estado de emergência.

9.3.4.3 O actual quadro Constitucional

9.3.4.4 O Regime dos estados de excepção

Compete ao Presidente da República, ao abrigo da alínea a) do art.º 161.º “declarar a guerra e a sua cessação, o estado de sítio ou de emergência” declaração essa precedida da audição obrigatória do Conselho de Estado, art.º166.º alínea b). Compete á Assembleia da República “sancionar a suspensão de garantias constitucionais e a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência, art.º 179.º n.º2 alínea g).

Uma questão que pode colocar á partida, é se a Assembleia da República terá ou não competência para sancionar a suspensão de garantias em virtude da declaração de estado de guerra? Não nos parece que a resposta não possa ser positiva.

Tendo declarado o estado de sitio ou de emergência, o Presidente da República submete á Assembleia da República no prazo de vinte e quatro horas, a declaração com a respectiva fundamentação, para efeitos de ratificação, art.º 285.º n.º 1. O tempo de duração, não pode ultrapassar os trinta dias sendo prorrogável por iguais períodos até três, se persistirem as razões que determinaram a sua declaração, art.º 284.º.

Muitas vezes os estados de excepção, são vistos como mecanismos de salvaguarda da democracia. Constituirá verdade essa afirmação?

Esta questão não poderá ser respondida de ânimo leve. Ademais tendo em conta a própria origem do estado de sítio. Como refere GIUSEPPE VERGOTTINI¹⁴²:

«Aproximam-se da Ditadura romana, nas suas funções precípua, medidas excepcionais previstas e promulgadas pelos muitos Estados constitucionais modernos para superar um estado de emergência, interno ou externo, que não pode ser enfrentado de maneira adequada

¹⁴²VERGOTTINI, Giuseppe, “Defesa” in BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola *et all*(org.) *Dicionário de Política*, Vol. I, 11ª Edição, Editora Unb, Brasília, 1998, pág. 323.

com instrumentos constitucionais normais. Este tipo de instituição envolve, geralmente, a concentração do poder num órgão constitucional do Estado (frequentemente um órgão executivo), a extensão do poder além dos limites ordinários (por exemplo a suspensão dos direitos de liberdade dos cidadãos) e a emancipação do poder dos freios e dos controles normais.»

Concluir sem mais desenvolvimentos pela afirmativa em relação á questão supra citada seria afirmar, que a democracia salvaguarda-se com uma “*ditadura transitória*”. Pois os estados de excepção implicam ora um aumento dos poderes militares (no caso do estado de sítio) ou um aumento dos poderes civis, administrativos (em caso de estado de emergência).

Convém tentar perceber o nosso regime de suspensão do exercício dos direitos, antes da tentativa de resposta á questão colocada supra.

Estipula o art.º 72.º n.º 1 que “as liberdades e garantias individuais só podem ser suspensas ou limitadas temporariamente em virtude de declaração do estado de guerra, do estado de sítio ou do estado de emergência nos termos estabelecidos na Constituição” por sua vez diz o n.º 2 que “sempre que se verifique suspensão ou limitação de liberdades ou de garantias elas têm um carácter geral e abstracto e devem especificar a duração e a base legal em que assenta.”

O art.º 286.º assevera que “a declaração do estado de sitio ou de emergência em nenhum caso pode limitar ou suspender os direitos á vida, á integridade pessoal, á capacidade civil e á cidadania, á não retroactividade da lei penal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de religião.”

No que concerne às liberdades individuais, podem ser tomadas as seguintes medidas:

- a) Obrigação de permanência em local determinado;
- b) Detenção;
- c) Detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;
- d) Restrições relativas á inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, á prestação de informações e á liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão;
- e) Busca e apreensão em domicilio;
- f) Suspensão de liberdade de reunião e manifestação;
- g) Requisição de bens e serviços.

As detenções efectuadas terão que ser comunicadas a um parente ou pessoa de confiança do detido e este terá que ser apresentado ao juiz no prazo de dez dias (art.º 288.º)

Note-se que a opção do legislador constituinte foi a de praticamente esgotar a matéria do estado de excepção. Contudo várias dúvidas, podem surgir do texto constitucional. As restrições das liberdades individuais são taxativas ou será a numeração meramente exemplificativa? Por outras palavras, poderá por exemplo ser restringida a liberdade de associação?

A utilização da expressão “**seguintes**”, pode de certa forma denunciar o carácter exemplificativo, contudo não podemos deixar de questionar: até onde pode ir a restrição de outros direitos ou liberdades não autorizados expressamente pelo legislador constituinte? Haverão outros limites ao estado de excepção que não os enunciados, pelo legislador constituinte?

Nas palavras de BACELAR GOUVEIA¹⁴³ o Estado de Direito constitui um limite aos estados de excepção. Diz nos o autor que “assim se desenharia uma área de *reserva de Direito*, da qual nem mesmo o poder constituinte poderia dispor, porventura autorizando a sua alteração na vigência do estado de excepção. O direito á conservação da ordem jurídica, mesmo nas situações-limite do estado de excepção, tem de conviver com uma limitação material do poder público que realça a preservação das pessoas e da sociedade,”

O princípio da dignidade da pessoa humana funciona nesta situação de excepção como limite a que o poder político não pode transpor.

Centrando na questão fundamental do ensaio, é de referir que os estados de excepção, além da sua ampla previsão no texto constitucional, directamente ou indirectamente legitimadas pelo titular da soberania, do seu processo de decretação, onde também intervém órgãos legitimados pelo povo, encontra uma serie de limites incluindo limites materiais (direitos insuspeníveis) limites temporais (no limite só pode durar 120 dias, incluindo três renovações) e limites procedimentais e depois são sindicáveis as medidas mediante os tribunais. Assim sendo numa ordem constitucional democrática os estados de excepção constitucional, só podem ter como finalidade a “devolução” á sociedade, da ordem anteriormente instituída.

Como refere BACELAR GOUVEIA¹⁴⁴ “o principio democrático, salvaguardando sempre

¹⁴³ GOUVEIA, Jorge Bacelar, ob. cit., Vol. II, pág. 1465 e segs.

¹⁴⁴ Idem, pág. 1526.

aposição do povo como titular da soberania, impediria que, em democracia houvesse a tomada de medidas que não só não estivessem previstas pelo texto popularmente legitimado (só através dele sendo possível criar ou rever normas constitucionais) como servissem para diminuir a esfera jurídica dos cidadãos em face do poder político (...).”

Ou como referem JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS ¹⁴⁵ “num regime político baseado no respeito dos direitos e liberdades fundamentais, o estatuto das situações de necessidade centra-se na salvaguarda desses mesmos direitos e liberdades – se não pode deixar de admitir a sua suspensão, fá-lo na observância de precisos formalismos e com acrescidas garantias; pelo contrário, um regime totalitário ou autoritário não carecerá de recorrer a providências de suspensão, salvo no limite (porque aí em época de normalidade se vive em permanente compressão de liberdades).”

¹⁴⁵ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Edição, WoltersKluwer e Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 408.

9.3.5 Limites materiais

A problemática dos limites materiais tem sido uma das questões, que divide os constitucionalistas de algum tempo a esta parte, sendo a nosso ver bastante interessantes as posições giram a sua volta.

O art.º 292.º da Constituição, estipula:

1. As leis de revisão constitucional têm de respeitar:
 - a) A independência, a soberania e a unidade do estado;
 - b) A forma Republicana de Governo;
 - c) A separação entre as confissões religiosas e o Estado;
 - d) Os direitos, liberdades e garantias fundamentais;
 - e) O sufrágio universal, directo, secreto, pessoal, igual e periódico na designação dos titulares electivos dos órgãos de soberania das províncias¹⁴⁶ e do poder local;
 - f) O pluralismo de expressão e de organização política, incluindo partidos políticos e o direito de oposição democrática;
 - g) A separação e interdependência dos órgãos de soberania;
 - h) A fiscalização da constitucionalidade;
 - i) A independência dos juízes;
 - j) A autonomia das autarquias locais;
 - k) Os direitos dos trabalhadores e das associações sindicais;
 - l) As normas que regem a nacionalidade, não podendo ser alteradas para restringir ou retirar direitos de cidadania.
2. As alterações das matérias constantes do número anterior são obrigatoriamente sujeitas a referendo.

Os limites materiais de revisão tiveram a sua origem na primeira Constituição escrita do mundo: a Constituição dos Estados Unidos da América, que salvaguardava a forma Republicana de Governo e o direito de voto dos Estados federados.

¹⁴⁶ Esta alínea comporta uma curiosidade, que é ter sido publicada no Boletim da República sem uma vírgula entre soberania e das províncias. Todas as publicações da Constituição até hoje continuam sem a vírgula. Para esclarecer podemos fazer a seguinte questão: existe algum titular de um órgão electivo de soberania nas Províncias? A resposta não pode deixar de ser negativa, pois os únicos órgãos de soberania existentes nas províncias são os tribunais, mas estes não são electivos. Recorrendo ao art.º 135.º n.º 1 este estipula como princípio geral do sistema eleitoral “o sufrágio universal, directo, igual, secreto, pessoal e periódico constitui a regra geral de designação dos titulares dos órgãos electivos de soberania, das províncias e do poder local. Portanto aqui a vírgula foi correctamente colocada.

Para EMILIO KAFFT KOSTA¹⁴⁷ “por **limites materiais de revisão** devem entender-se as **restrições que uma Constituição impõe prospectivamente á liberdade de conformação do seu conteúdo tendo como destinatário o poder de revisão.**”

Por sua vez, BACELAR GOUVEIA¹⁴⁸ refere que “sem dúvida que, de entre os limites que se erguem á revisão constitucional, são os limites materiais os que se apresentam mais significativos na estabilização de um regime que, em certo momento histórico, se plasmou no texto constitucional.”

Faremos de seguida um breve excurso sobre a problemática dos limites materiais, onde se podem identificar três posições dominantes: aqueles que consideram insuperáveis os limites de revisão, os que consideram que não tem nenhuma validade jurídica e aqueles que consideram os limites materiais relativos, podendo ser ultrapassados por dupla revisão ou duplo processo de revisão.

A primeira tese, que considera que os limites materiais são insuperáveis, não podendo ser postos em causa utiliza dois argumentos para justificar a sua posição: primeiro a superioridade do poder constituinte sobre o poder de revisão e segundo a superioridade da Constituição material em relação á Constituição formal.

O poder de revisão que se considera poder constituinte derivado, não pode se opor às opções fundamentais do legislador constituinte orientadas pela consciência jurídica colectiva e vertidas no texto constitucional.

Na defesa desta tese, e contrapondo-se á tese que nega a relevância dos limites materiais, GOMES CANOTILHO¹⁴⁹ brilhantemente afirma:

«O verdadeiro problema – a verdadeira aporia do Estado Constitucional – levantado pelos *Limites materiais* do poder de revisão é este: será defensável vincular gerações futuras a ideias de legitimação e a projectos políticos que, provavelmente, já não serão os mesmos que pautaram o legislador constituinte? Por outras palavras que se colheram nos *Writings* de Thomas Jefferson: “uma geração de homens tem o direito de vincular outra?” Ainda noutra termos que são os do art.º 28.º da Constituição Jacobina de 1793: «*Un peuple a toujours le droit de revoir, reformer et de changer la Constitution. Une génération ne peut assujettir a ses lois les générations futures*». A resposta tem de tomar em consideração a evidência de que nenhuma constituição pode conter a vida ou parar o vento com as suas mãos. Nenhuma lei Constitucional evita o ruir dos muros dos processos históricos, e, conseqüentemente, as alterações constitucionais, se ela já perdeu a sua força normativa. Os limites do poder de revisão como poder constituído não são «limites para sempre», vinculativos de toda e qualquer manifestação do próprio poder constituinte. Em sentido absoluto, nunca a «geração» fundadora

¹⁴⁷ KOSTA, Emílio Kafft, ob. cit. Pág. 147.

¹⁴⁸ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *O estado*, ob. cit., Vol. I, pág. 596.

¹⁴⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, cit., 7ª Edição, pág. 1065.

pode vincular eternamente as gerações futuras. Esta é uma das razões justificativas de previsão, em algumas constituições, de uma *revisão total*. Caso contrário, a falta de alternativa evolutiva abriria o campo da *Revolução Jurídica*. Mas há também que assegurar a possibilidade de as constituições cumprirem a sua tarefa e esta não é compatível com a completa disponibilidade da constituição pelos órgãos de revisão, designadamente quando o órgão de revisão é o órgão legislativo ordinário. Não deve banalizar-se a sujeição da lei fundamental á disposição de maiorias parlamentares «de dois terços». Assegurar a continuidade da Constituição num processo histórico em permanente fluxo implica, necessariamente, a proibição não só de uma *revisão total* (desde que isso não seja admitido pela própria Constituição), mas também de *alterações constitucionais aniquiladoras da identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta*. Se isso acontecer é provável que se esteja perante uma nova afirmação do poder constituinte mas não perante uma manifestação do poder de revisão. Mas se é de poder constituinte originário que se trata então este tem de tornar transparentes as novas pretensões legitimatórias de desencadeamento de um novo poder constituinte e a conseqüente instauração de uma nova ordem constitucional.»

Outra tese, que se pode considerar a tese negativa, refuta a legitimidade ou a juridicidade das cláusulas de limites materiais, ancorando-se na ideia de que, nenhuma geração pode sujeitar as gerações futuras às suas leis e por outro lado¹⁵⁰ “não há diferença de raiz entre poder constituinte e poder de revisão, não passando ambos de manifestações da soberania do Estado; conseqüentemente, diferenças entre normas constitucionais originárias e normas constitucionais supervenientes não existem.”

Qual HEGEL, da luta entre a tese (teoria afirmativa da insuperabilidade dos limites materiais) e da antítese (teoria negativa, que nega a relevância dos limites materiais) nasce a síntese (que defende a relevância dos limites, mas admitem a revisão por dupla revisão ou duplo processo de revisão).

A respeito desta teoria intermédia, JORGE MIRANDA¹⁵¹ afirma “as cláusulas de limites realçam de novo a ideia de Direito, a estrutura fundamental, aquilo que identifica a Constituição em sentido formal. Mas não podem impedir futuras alterações que atinjam tais limites, porque o poder constituinte é, por definição, soberano. O que obrigam é a dois processos, em tempos sucessivos, um para eliminar o limite de revisão e o outro para substituir a norma constitucional de fundo garantida através dele, o que obrigam é a tornar patente, a darem-se as modificações que dificultam, que a Constituição em sentido material já não é a mesma.”

Esta posição vê portanto os limites materiais como declarativos e não constitutivos dos limites materiais. O que significará que ainda que não houvesse o art.º 292.º a Constituição, não deixaria de incorporar aquilo que é a ideia de Direito nela plasmada.

¹⁵⁰ KOSTA, Emílio Kafft, ob. cit. Pág. 170.

¹⁵¹ MIRANDA, Jorge, *Teoria*, ob.cit. , pág. 605.

A explicitação por parte do legislador constituinte facilita o intérprete naquilo que é a busca pelo núcleo identitário da Constituição, mas não o vincula, no sentido de se descobrirem limites não plasmados no texto (como por exemplo a integridade territorial). Por outro lado o simples facto de constarem do elenco do art.º 292.º não significa *qua tale* que se trate de uma matéria pertencente a este núcleo essencial.

Para o nosso ordenamento jurídico, não poderemos fazer a transposição e o debate nos mesmos termos que acontece noutros ordenamentos jurídicos. Isto porque o nosso art.º 292.º n.º 2 admite expressamente a revisibilidade das cláusulas de limites materiais, agravando o procedimento através da consulta popular.

Contudo, uma questão ainda se coloca acerca da admissibilidade da tese de dupla revisão ou duplo processo de revisão.

A este respeito e falando da natureza do art.º 292.º JORGE MIRANDA¹⁵² afirma que “ (...) a sua função é de garantia; que respeita a princípios e não a preceitos; que é uma norma constitucional como outra qualquer, obrigatória enquanto vigorar, mas revisível, que de resto, não é alteração (...) só por si, que afecta os limites materiais da revisão; o que os afectam é atingirem-se os princípios nucleares da Constituição; que em segundo processo de revisão, observados os requisitos constitucionais de forma, é possível modificar esses mesmos princípios, mas que então não se estará já a fazer revisão, estar-se-á a fazer uma transição constitucional e uma nova constituição material.”

Podemos tentar perceber a adesão á teoria da dupla revisão ou duplo processo de revisão através de um exemplo. Imaginemos que através de revisão a Assembleia da República, pretenda fazer com que a eleição do Presidente da República passe a ser indirecta (por exemplo, será Presidente da República o candidato da lista mais votada ás eleições legislativas, ou a escolha de um colégio eleitoral que por sua vez, escolherá o Presidente). Não podemos ir directamente ao art.º 147.º e alterá-lo passando a dispor que “o Presidente da República é eleito por sufrágio indirecto”. Isto porque estando em vigor o art.º 292.º ele estipula no seu n.º 1 que “as leis de revisão constitucional tem de respeitar: e) o sufrágio universal, directo, secreto, pessoal, igual e periódico na designação dos titulares electivos dos órgãos de soberania (...). Só poderemos mexer no art.º 147.º depois de retirar, esta protecção que ele ostenta. E isto não poderá ser, feito numa mesma lei de revisão sob pena de fraude á Constituição.

Funciona este art.º 292.º como uma espécie de escudo protector, que protege aquilo

¹⁵² MIRANDA, Jorge, *Teoria, ob.cit.*, pág. 606.

quede mais precioso, o titular da soberania quis guardar. Assim para retirar ao povo moçambicano, estes direitos, só com um novo pronunciamento do legislador constituinte, com a anuência do titular da soberania, que é o povo.

Aquilo a que hodiernamente se refere como sendo o núcleo identitário da Constituição, permanecerá até que a consciência jurídica colectiva, resolva arquitectar um novo projecto para a sociedade moçambicana, diferente do actual e que provocará a passagem desta Constituição material de 2004, para uma nova Constituição, efectivando aquilo a que a doutrina identifica como transição constitucional. Tratar-se-á neste caso, do exercício do poder constituinte originário, ainda que o seja por via de revisão, com respeito pelas normas constitucionais em vigor.

A aceitação da tese da dupla revisão, não carece no nosso ordenamento de grandes construções teóricas ou dogmática, ela decorre da simples leitura do texto constitucional e da necessidade de respeito pelas normas constitucionais. Ora respeitar o art.º 292.º é não alterar as matérias que ela protege, enquanto a alínea correspondente, vigorar no ordenamento jurídico.

E para retirar uma alínea do art.º 292.º abrindo o caminho, para que numa próxima revisão, se altere a matéria protegida, não será necessário o referendo. Nem será necessário, do nosso ponto de vista, o referendo para a eliminação do art.º 292.º n.º 2, deixando, portanto de sujeitar as alterações a referendo. A função do art.º 292.º é a garantia de um determinado conjunto de matérias identificadas, como constituindo o núcleo essencial da Constituição.

Obviamente que politicamente, não seria vista com bons olhos a retirada da obrigação de sujeitar determinadas alterações a referendo, contudo juridicamente não encontramos nenhum óbice neste tipo de alteração. Ademais não existe nenhuma norma na Constituição, que seja imune á revisão, a não ser assim teríamos que distinguir entre normas constitucionais absolutas e relativas, não estando as primeiras sujeitas a alteração. Ora do nosso ponto de vista todas as normas constitucionais possuem o mesmo valor jurídico, não podemos distinguir entre normas de primeira e normas de segunda, ainda que possamos admitir como admitimos a inconstitucionalidade de normas constitucionais supervenientes.

Da mesma forma, em caso de alteração de uma matéria protegida pelos limites materiais, antes da sujeição da matéria a referendo, a Assembleia da República terá que retirar a alínea que protege a matéria do 292.º, por maioria de 2/3 (em conformidade com a art.º 295.º n.º 1). Ou por uma questão de precaução e economia, fará esta alteração depois da convocação e validação do referendo, isto porque em caso de resposta negativa do povo em

referendo, ou em caso de ineficácia do mesmo, não mais será necessário alterar a Constituição.

Como refere JORGE MIRANDA¹⁵³ “as normas de limites expressos não são lógica e juridicamente necessárias, necessários são os limites; não são normas superiores, superiores apenas podem ser, na medida em que circunscrevem o âmbito da revisão como revisão, os princípios aos quais se reportam.”

Consideramos ser bastante complexo este processo e duvidamos da sua aplicabilidade, pois o referendo exigirá uma preparação cívica e cultural muito grande por parte da população, que será em muitos casos questionada sobre questões bastante técnicas. Sem falar dos custos económicos associados á realização do mesmo.

9.3.5.1 Classificação dos limites materiais

Várias classificações são engendradas á volta dos limites materiais, cada uma delas obviamente condicionado pelo próprio posicionamento dogmático acerca da relevância desses mesmos limites. GOMES CANOTILHO¹⁵⁴ distingue limites superiores e limites inferiores, que se encontram com base em duas questões: saber se uma lei de revisão poderá inserir na Constituição qualquer matéria e se poderão ser objecto de revisão todas as normas da Constituição. Quanto aos limites superiores, defende o autor que “existem, efectivamente, limites ao poder de revisão, pois algumas normas da Constituição não podem ser objecto de revisão.”

Distingue também **limites textuais implícitos**, deduzidos do próprio texto constitucional e **limites tácitos** imanentes numa ordem de valores pré-positiva, vinculativa da ordem constitucional concreta. Por fim considera¹⁵⁵ “**limites absolutos** de revisão todos os limites da Constituição que não podem ser superados pelo exercício de um poder de revisão; serão simples **limites relativos** aqueles limites que se destinam a condicionar o exercício do poder de revisão, mas não a impedir a modificabilidade das normas constitucionais, desde que cumpridas as condições agravadas estabelecidas por esses limites materiais.”

¹⁵³ MIRANDA, Jorge, *Teoria, ob. cit.*, pág. 612.

¹⁵⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, cit., 7ª Edição, pág. 1064.

¹⁵⁵ Idem, pág. 1067.

Por sua vez EMILIO KAFFT KOSTA¹⁵⁶ fala em:

- Limites materiais expressos e os limites materiais não expressos;
- Limites materiais autónomos e limites materiais heterónimos;
- Limites materiais de entrada e os de tangibilidade,
- Limites materiais positivos e os negativos;
- Limites materiais absolutos e limites matérias relativos;

Da nossa parte e tendo em conta as especificidades do nosso ordenamento jurídico, preferimos distinguir simplesmente, os limites expressos, limites textuais implícitos e limites tácitos. Dentro destes pode haver limites de primeiro grau e limites de segundo grau.

Os limites expressos são todos aqueles que foram exteriorizados pelo legislador constituinte e constam das alíneas do art.º 292.º, são portanto os limites que não causam dúvidas, devido á sua formulação expressa manifestam a vontade do legislador constituinte em dificultar a sua remoção exigindo a participação do titular da soberania.

Os limites textuais implícitos são os que são deduzidos a partir do próprio texto constitucional. JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS¹⁵⁷ referem que “(...) em qualquer caso, perante uma extensíssima enumeração de limites materiais, como aquela que resulta do art.º 288 (292.º no nosso ordenamento), justifica-se, antes de buscar limites implícitos de revisão, proceder a uma interpretação das diversas cláusulas de limites materiais em conformidade com o sentido com o sentido nuclear da constituição (supra). É o que pode suceder, por exemplo, com a integridade do território em relação á independência nacional ou com a irresponsabilidade dos juízes por referência á independência¹⁵⁸ dos tribunais.”

Do nosso ponto de vista são precisamente estes os limites textuais implícitos, são textuais porque são denunciados pelo texto constitucional sem grandes esforços interpretativos, decorrem da formulação textual do legislador constituinte. Como podemos garantir a independência dos juízes sem que os tribunais sejam independentes? Como podemos garantir a independência dos juízes, se os juízes não forem irresponsáveis? Como podemos garantir a independência se houver a possibilidade de alienar o nosso território?

¹⁵⁶ KOSTA, Emílio Kafft, ob. cit. pág. 150.

¹⁵⁷ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, ob. cit., Tomo III, pág. 951, sublinhado nosso.

¹⁵⁸ Note-se que na nossa Constituição a alínea i) do 292.º protege a independência dos juízes, enquanto em Portugal a alínea fazia essa protecção, mas passou a designar ao invés de independência dos juízes a independência dos tribunais.

Como podemos garantir a fiscalização da constitucionalidade sem um órgão independente e imparcial com competências, nesta matéria?

Por sua vez os limites tácitos seriam aqueles que fazem parte do núcleo essencial da Constituição, apesar de não explicitados pelo legislador constituinte, nem podem ser deduzidos a partir das alíneas do 292.º. Como exemplo citaria o princípio da representação proporcional (art.º 135.º n.º 2), que caso não existisse provavelmente teríamos um único partido representado na Assembleia da República.

Explicaremos os limites de 1º grau e 2º grau após em seguida, depois de abordar a dupla revisão e duplo processo de revisão.

9.3.5.2 Dupla revisão e duplo processo de revisão

Sentimos a necessidade de fazer prolongar a referência feita a esta matéria, pois tem sido bastante controversa a sua abordagem.

A este respeito e fundamentando a sua rejeição, a esta teoria GOMES CANOTILHO¹⁵⁹ refere:

«A tese do **duplo processo de revisão**, conducente à *relatividade* dos limites de revisão, parece-nos de afastar. Já atrás, ao tratarmos da tipologia das normas constitucionais, tínhamos alertado para o facto de as normas de revisão serem qualificadas como normas *superconstitucionais*. Elas atestariam a superioridade do legislador constituinte e perfilam-se como o **parâmetro material de controlo especificamente referente às alterações da constituição**. E isto essencialmente porque o paradigma do nosso sistema jurídico é um *paradigma fundacional* (M. Galvão Teles): a norma fundamental é constituída como norma individual referida a determinado ou determinados actos constituintes. A sua violação, mesmo pelo legislador de revisão, deverá ser considerada como incidindo sobre a própria *garantia* da Constituição. A violação de normas constitucionais que estabelecem a imodificabilidade de outras normas constitucionais deixará de ser um acto constitucional para se situar nos limites de uma ruptura constitucional. (...) Por outro lado, a supressão dos limites de *revisão através da revisão* pode ser um indício de **fraude á Constituição** (...).

Para este autor, ao legislador constituinte no exercício deste poder derivado estaria vedado a própria alteração do 292.º não podendo por exemplo o legislador retirar uma das alíneas. Não poderia o nosso legislador, fazer com que as normas que regem a nacionalidade (onde se proíbe a sua alteração restringindo ou retirando direitos de soberania), deixem de constar do elenco do art.º 292.º, o que a nosso ver a própria alínea em si não faz muito sentido pois estaria protegido pela alínea d) do mesmo dispositivo.

¹⁵⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, cit., 7ª Edição, pág. 1067.

ADRIANO SANT'ANA PEDRO¹⁶⁰ citando o autor infra referido diz que:

«Vital Moreira prefere designar a tese em comento de “teoria da revisibilidade das cláusulas proibitivas de revisão”. Todavia, para ele, “é uma tese que se afigura teoricamente inconsistente, logicamente insustentável e juridicamente indefensável”. Em primeiro lugar, porque a norma proibitiva é dirigida pelo poder constituinte ao poder de revisão constitucional. Em segundo lugar, se o sentido da referida norma fosse apenas o de tornar necessária uma “revisão em duas voltas”, então a Constituição teria dito isto. Em terceiro lugar, porque não tem sentido admitir que o poder constituído possa reapreciar o sistema essencial de valores da Constituição, tal como foi explicitado pelo poder constituinte. Em quarto lugar, admitir a dupla revisão significa admitir que uma Constituição pode ser subvertida e transformada em outra, ou ainda substituída, através de seus próprios mecanismos, sem solução de continuidade constitucional. Conclui que “a teoria da dupla revisão não é, em última análise, mais do que um expediente para tentar legitimar e ‘constitucionalizar’ uma ruptura constitucional ‘a frio’”».

Numa perspectiva algo diferente, INGO WOLFGANG SARLET¹⁶¹ refere que:

«Mera modificação no enunciado do dispositivo não conduz, portanto, necessariamente a uma inconstitucionalidade, desde que preservado o sentido do preceito e não afetada a essência do princípio objeto da proteção. De qualquer modo, é possível comungar o entendimento de que a proteção imprimida pelas ‘cláusulas pétreas’ não implica a absoluta intangibilidade do bem constitucional protegido, pelo menos não no sentido de impedir todo e qualquer tipo de restrição. Não se pode negligenciar, neste contexto, que os direitos e garantias fundamentais (a despeito de constituírem limites materiais à reforma) podem ser objeto de restrição até mesmo pelo legislador infraconstitucional, desde que preservadas as exigências da reserva legal (quando for o caso), bem como salvaguardado o núcleo essencial do direito restringido e observados os ditames da proporcionalidade, de tal sorte que não nos parece aceitável a tese de que o poder reformador (ainda que sempre limitado) possa menos que o legislador ordinário.»

Do nosso ponto de vista, a aceitação da tese de dupla revisão, ao contrário do que parece é aquela que respeita os limites materiais e não força o poder constituinte originário de se impor sempre que se queiram fazer reformas estruturais ou materializar no texto constitucional as alterações que possam ocorrer a nível da consciência jurídica colectiva.

Respeitar os limites materiais é não proceder a qualquer alteração da matéria protegida enquanto vigorar a protecção, contudo não pode esta protecção petrificar o exercício do poder de revisão.

¹⁶⁰ PEDRO, Adriano Sant’ana, *Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas*, disponível em www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/.../31955-37391-1-PB.pdf acesso em 30/09/2011.

¹⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang, *Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. N. 1. jan-jun 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 669.

Até aqui tomamos a dupla revisão e o duplo processo de revisão como conceitos sinónimos, contudo a dupla revisão deve ser reservada para as alterações de limites materiais, que não provoquem uma transição constitucional, porque alterados limites de 2º grau, cuja alteração não provoca a passagem de uma constituição material para outra. Como exemplo poderemos citar a alínea l) do art.º 292.º, caso se alterem as normas, restringindo alguns direitos de cidadania, não implicará a passagem para outra constituição material.

Admitir limites de 2º grau é admitir que nem tudo o está plasmado no art.º 292.º corresponde ao núcleo identitário de direito, manifestação da consciência jurídica colectiva. Há limites que apesar de assumirem essa qualidade atribuída pelo *dominus* do poder constituinte, a sua importância não é de tal sorte a provocar, a passagem de uma constituição material para outra. Não carregam no seu ADN a importância tal, que faça com que o núcleo identitário deixe de ser aquele plasmado na Lei fundamental.

Por sua vez, existem limites que se alterados implicam necessariamente a passagem de uma constituição material para outra, porque vertida na lei fundamental estará uma nova consciência jurídica colectiva, um novo projecto para a sociedade moçambicana. Seria assim se passássemos de uma República para uma Monarquia, ou se deixássemos de ser um Estado unitário passando a adoptar o federalismo.

Estaremos neste caso, perante a alteração dos limites materiais de 1º grau, esses sim denunciadores da ideia de direito vertida no texto constitucional.

Outra questão a nosso ver, bastante pertinente a nosso ver, é a de saber se para a alteração do art.º 292 retirando qualquer das alíneas ou o próprio n.º 2 será ou não necessário um referendo?

De tudo o que temos tido, o art.º 292.º como todos os restantes artigos da Constituição é revisível, não vale por si, protege um conjunto de matérias, mas não é ela mesma protegida. Não é uma super-norma constitucional dentro da ordem constitucional, como qualquer norma constitucional está sujeita a alterações. É claro que do ponto vista político, pode não ser visto com bons olhos o “*afastamento*” do povo do exercício deste poder constituinte derivado, mas quem o faz é o representante do povo, por ele devidamente mandatado, para o efeito. Ademais caso se defenda a irreversibilidade do 292.º este poderia sempre ser alterado pelo poder constituinte originário, porquê não deixar este poder se manifestar numa linha de continuidade respeitando-se o plasmado na constituição? Tudo visto o art.º 292.º pode ser alterado.

9.3.5.3 Os limites materiais do art.º 292.º.

Vamos de seguida analisar algumas das alíneas do art.º 292.º começando pela alínea d) que protege os direitos, liberdades e garantias.

É um clássico na doutrina constitucionalista a diferença entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos sociais e culturais. A este respeito refere VIEIRA DE ANDRADE¹⁶²:

«Os direitos de defesa ou direitos de impedir caracterizam-se por implicarem, da parte do Estado, um *dever de abstenção*: abstenção de agir e, por isso, dever de não-interferência ou de não intromissão, no que toca às liberdades propriamente ditas, em que se resguarda um espaço de autodeterminação individual; abstenção de prejudicar e, então, dever de respeito, relativamente aos bens, designadamente pessoais (vida, honra, bom nome, intimidade), que são atributos da dignidade humana individual.

Os direitos a prestações, ao contrário, impõem ao Estado o *dever de agir*, quer seja para protecção dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais contra a actividade (excepcionalmente a omissão) de terceiros, quer seja para promover ou garantir as condições materiais ou jurídicas de gozo efectivo dos direitos fundamentais.»

Vamos tratar da possibilidade de alteração da matéria referente aos direitos, liberdades e garantias em sede de revisão. Tratam-se dos direitos imediatamente conexos com a dignidade da pessoa humana, por isso protegidos quer em sede de revisão quer mediante um regime material bastante rígido que se impõe ao legislador ordinário. Ora reza o art.º 56.º da CRM (princípios gerais) que:

1. Os direitos e liberdades individuais são directamente aplicáveis, vinculam as entidades públicas e privadas, são garantidos pelo Estado e devem ser exercidos no quadro da constituição e das leis.
2. O exercício dos direitos e liberdades pode ser limitado em razão da salvaguarda de outros direitos ou interesses protegidos pela constituição.
3. A lei só pode limitar os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição.
4. As restrições legais dos direitos e das liberdades devem revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo.

Muitas dúvidas se nos colocam a respeito, da interpretação destes princípios gerais nomeadamente: a de saber se o n.º 2 consagra ou não o principio da proporcionalidade? O le-

¹⁶² DE ANDRADE, José Carlos Vieira, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1998, pág., 192

gislador ordinário na restrição dos direitos, liberdades e garantias é ou obrigado a salvaguardar o núcleo essencial dos direitos? Aos direitos fundamentais em sentido formal fora do capítulo referente aos direitos, liberdades e garantias (como é o caso dos direitos dos administrados do art.º 253.º) e aos direitos fundamentais em sentido material (admitidos pelo art.º 42.º) aplica-se ou não o regime material previsto no art.º 56.º? Ao direito de antena (que não é um direito individual) aplica-se ou não o regime material? Enfim são questões, que não cabem no âmbito deste estudo.

Da nossa parte, partiremos de uma questão para perceber o regime jurídico estabelecido em sede de revisão constitucional. Caso se pretenda limitar em sede de revisão um direito, liberdade e garantia (como por exemplo a liberdade de expressão é necessário recorrer ao referendo?

A este respeito encontramos duas grandes posições: para uns a alínea d) do art.º 292.º protege todos e cada dos direitos liberdades e garantias enquanto para outros ela protege o sistema dos direitos liberdades e garantias.

A este respeito JORGE BACELAR GOUVEIA¹⁶³ refere:

«Segundo os termos por que a CRP define os direitos, liberdades e garantias, é de observar que a protecção concedida atinge, por um lado, os direitos enquanto posições jurídicas substantivas e as regras de regime que constitucionalmente sobre os mesmos se consagram e, por outro lado, não apenas uma visão global da protecção de certos bens considerados fundamentais, mas todos e cada um dos tipos de direitos fundamentais consagrados. Sendo a cláusula de consagração de limites materiais de revisão constitucional uma norma que, não reproduzindo qualquer regulação constitucional, opera remissivamente para o lugar onde esse regime se encontra situado, naturalmente que traduz essa regulamentação constitucional, com todas as suas condicionantes, cada uma delas expressamente recebida.»

Numa outra perspectiva JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS¹⁶⁴ dizem que “do que se trata é tão-somente de sublinhar que, sem prejuízo da referida ressalva, as leis de revisão têm tão-somente de respeitar o conteúdo essencial do sistema de direitos, liberdades e garantias, consagrado constitucionalmente, podendo nesta perspectiva, desconstitucionalizar alguns direitos, liberdades e garantias de carácter não absoluto ou diminuir o seu elenco ou afectar o conteúdo essencial de alguns deles, desde que não fique prejudicado o sistema global.”

Se tomarmos como exemplo o art.º 68.º n.º 3 e imaginando que quiséssemos restringir ainda mais a inviolabilidade do domicílio, permitindo a entrada no domicílio durante a noite dos acusados de terrorismo, a opção pela primeira teoria exigiria um referendo pelo contrário a segunda teoria diria - nos que esta alteração não afecta o sistema global dos direitos liberda-

¹⁶³ GOUVEIA, Jorge Bacelar, ob. cit., Vol. I, pág. 600.

¹⁶⁴ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, ob. cit., Tomo III, pág. 940.

des e garantias.

A nosso ver e tendo em conta a obrigatoriedade de referendo no nosso sistema, só estaria afectada a alínea d) caso houvesse uma alteração que colocasse em causa o sistema global dos direitos, liberdades e garantias.

Por outro lado temos uma dificuldade: será que poderemos utilizar a parte final da alínea l) para buscar uma solução interpretativa para todo o art.º 292.º ou para a alínea d)? A parte final diz “não podendo ser alterados para restringir ou retirar direitos”. A opção afirmativa significaria que não poderíamos restringir em sede de revisão um direito, liberdade e garantia nem retirar do elenco constitucional um direito, liberdade e garantia. A opção é tentadora, mas nada no texto constitucional denuncia essa via interpretativa. A nosso ver, mais do que defender direitos em concreto, o legislador constituinte quis e quer a protecção da dignidade da pessoa humana. E em muitos casos retirar um artigo do elenco constitucional implicará necessariamente uma “agressão” a esta dignidade. Retirar a liberdade de expressão é ferir a dignidade da pessoa humana, é um artigo que por si só coloca em causa todo o sistema dos direitos, liberdades e garantias.

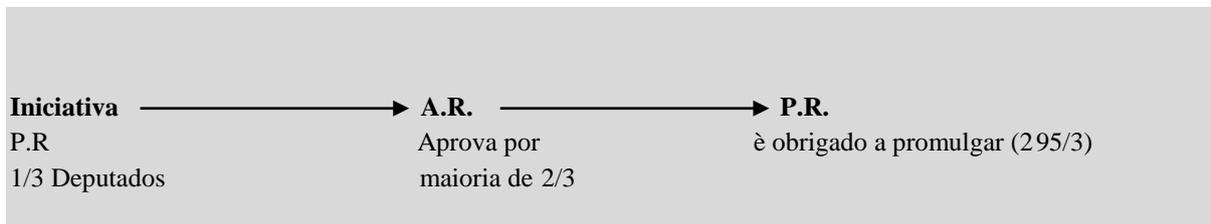
Como é referido por JOSÈ CASALTA NABAIS¹⁶⁵:

«Limite material esse que, acrescente-se, abarca, em nosso entender, duas exigências: uma dirigida ao conteúdo de cada direito, liberdade ou garantia fundamental, que se exprime na intangibilidade do seu conteúdo essencial por parte do legislador da revisão constitucional, o qual assim e *a contrario* pode intervir em tais direitos, concretizando-os, condicionando-os, regulamentando-os ou mesmo restringindo-os, nos mesmos termos em que neles pode intervir o legislador ordinário; outra orientada para o regime geral (arts. 35 e ss) e para o regime específico (art.º 56.º) dos direitos, liberdades e garantias, regimes esses que não poderão ser postos em causa pelo legislador da revisão constitucional. O que não significa, acentue-se, que tais preceitos constitucionais sejam absolutamente inalteráveis, pois que eles podem ser modificados conquanto que tal modificação não implique uma descaracterização ou uma verdadeira subversão da armadura constitucional de protecção do individuo, que esses regimes traduzem.»

Nesta matéria como em várias outras, infelizmente não nos podemos socorrer da jurisprudência constitucional, que pouco tem sido chamada, para a resolução de questões desta natureza, também devido ao facto de ser um “verdadeiro” tribunal, dependente dos pedidos que se lhe submetem.

¹⁶⁵ CASALTA NABAIS, José, *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, Coimbra, 1998, pág. 175, sublinhados nossos.

De tudo o que dissemos, podemos resumir o procedimento de revisão da constituição de 2004 em dois esquemas. Um caso de revisão simples, sem a alteração de limites materiais e portanto sem o recurso ao referendo. E um outro caso em que podemos designar de revisão complexa, com alteração de limites materiais e obrigação de sujeição a referendo.



6. Esquema de revisão simples.

<p>Iniciativa P.R. 1/3 dos Deputados Sobre alterações das matérias Do art.º 292.º</p>		
<p>Assembleia da República Decisão de sujeitar ou não A referendo</p>	<p>A.R. Art.º 136/2</p>	<p>obtem a maioria – segue para referendo não obtêm a maioria - termina o processo</p>
<p>Referendo</p>	<p>Consulta popular Art.º 136/6 (votam mais de metade)</p>	<p>Válido e vinculativo – Estão aprovadas as alterações á Constituição.</p>
	<p>Consulta popular Art.º 136/6 (votam menos de metade)</p>	<p>Inválido e não vinculativo – não estão aprovadas as alterações á Constituição.</p>
<p>1ª Revisão</p>	<p>A.R. retira a alínea do 292.º e retira o art.º 293.º</p>	
<p>2ª Revisão</p>	<p>A.R. introduz as alterações aprovadas na Constituição.</p>	

7. Esquema de revisão complexa, com alteração de limites materiais.

Várias questões se podem colocar, a respeito deste esquema proposto. Primeiro, na retirada da alínea do art.º 292, correspondente á alteração que se pretende efectuar, qual será a maioria a ser exigida, para esta alteração? A segunda revisão necessita de aprovação pela Assembleia da República?

No que toca á primeira revisão, já justificamos que a sua razão de ser se deve á expressão utilizada pelo legislador constituinte que “as leis de revisão constitucional têm de respeitar”, ora esta norma constitucional, enquanto vigorar no ordenamento jurídico, terá que ser respeitada. Contudo sendo uma norma jurídica ela é revisível, como qualquer outra norma. Para a retirada da alínea a princípio trata-se de uma revisão da Constituição efectuada por supressão, expressão utilizada pelo art.º 296.º, portanto seria de exigir a maioria de dois terços para a remoção da alínea. *Quid iuris* no entanto se para a remoção da alínea, não se obtenha a maioria dos terços? Do nosso ponto de vista a retirada da alínea não está sujeita a aprovação, e isto porque como determina o art.º n.º 6 “o referendo só é considerado *válido e vinculativo* se nele votarem mais de metade dos eleitores inscritos no recenseamento”. Sendo vinculativo a aprovação da alteração da Constituição pelo titular da soberania não pode ficar dependente de uma qualquer maioria parlamentar, aliás sendo válido e vinculativo a Assembleia da República não mais terá que fazer senão executar a determinação do povo que decidiu em referendo. Literalmente o art.º 295.º n.º 3 é aplicável, contudo esta trata-se de uma alteração secundária, facilitadora da concretização da vontade popular, e isto só vale nas situações em que é precedido de referendo, pois caso não tenha havido um referendo a retirada de uma alínea do art.º 292.º exige a aprovação pela maioria de dois terços.

As mesmas conclusões se podem aplicar em relação á segunda Revisão, onde a Assembleia não terá nenhum papel decisório, introduzindo meramente a proposta votada em referendo na Constituição.

Como se pode ver o procedimento de revisão da constituição quando implique a alteração dos limites materiais, torna-se num processo bastante complexo, onde o próprio legislador constituinte não soube expressar da melhor maneira, o seu pensamento, quedando o intérprete e aplicador numa teia de dificuldades. Partiu-se de um conjunto de normas de revisão, com origem na CRP mas acrescentou-se um número dois ao art.º 292.º que vêm desencadear uma série de problemas, pois retira o poder decisório da Assembleia. Não que, não existam países que submetam a revisão das suas Constituições a referendo, contudo necessário é, definir um quadro constitucional claro de distinção entre os dois tipos de revisão, solucionando muitos dos problemas que como se pode ver, enfrenta a Constituição.

Digamos que as próprias normas de revisão terão que ser revistas, pois a não ser assim, tornarão bastante complicadas as tarefas dos intérpretes e aplicadores do direito constitucional.

Outra dúvida que se pode colocar é a de saber se a Assembleia da República pode retirar uma alínea do 292.º e numa outra revisão provocar uma transição constitucional? Portanto aparece uma proposta inicial de simplesmente retirar a alínea desacompanhada de uma proposta de alteração do conteúdo por ela protegido. Neste caso só podemos identificar a situação como fraude á Constituição, evitando-se o recurso ao escrutínio popular, provocando assim uma verdadeira ruptura não revolucionária porque feita ao arrepio da letra e do espírito das normas de revisão.

10. A revisão em algumas Constituições dos PALOPS

Pretendemos agora olhar para as normas de revisão estabelecidas em alguns países dos PALOPS, e reflectir sobre o modo como os respectivos legisladores constituintes tratam a matéria de revisão da Constituição.

Como é referido por JORGE BACELAR GOUVEIA¹⁶⁶, “(...) Depois de um período em que esses cinco Estados passaram por experiências jusconstitucionais marxistas-leninistas, mais ou menos ortodoxas, nascidas na sequência da descolonização, entrou-se recentemente numa segunda fase, com novas Constituições ou com Constituições substancialmente revistas, todas elas marcadas pelo novo Direito Constitucional Português”. Isto é notório, com a Constituição de 2004¹⁶⁷ que se aproxima bastante da Constituição Portuguesa de 1976 com diferenças mais acentuadas relativamente ao sistema de Governo.

Nas palavras do autor supra citado¹⁶⁸:

«A revisão constitucional, fundamentando-se na necessidade que qualquer Constituição – assim como qualquer acto jurídico normativo – sente de adequar-se permanentemente às condições político-sociais do tempo em que é aplicada, designa as modificações que lhe são introduzidas, mantendo-a, porém, no que tem de essencial, fenómeno que pode justificar a verificação de três diferentes espécies consoante o regime jurídico que a rege, teorização que se deve a MARCELO REBELODE SOUSA: flexível quando revisível nos termos admitidos para qualquer lei ordinária; rígida se estipula um procedimento especial, mais gravoso se comparado com o procedimento legislativo ordinário, com limites formais, orgânicos e temporais; hiperrígida sempre que àqueles limites acresçam limites circunstanciais e materiais. (...) ¹⁶⁹ a revisão constitucional assume uma importância jurídico-constitucional assinalável, sendo-lhe reservadas normas expressas direccionadas ao estabelecimento de limites ao exercício do correspondente poder.»

As regras sobre a alteração das Constituições como veremos de seguida são muito parecidas, tendo somente ligeiras alterações. Em primeiro lugar vamos olhar para o Direito Constitucional Angolano cuja Constituição foi recentemente aprovada e em seguida a de Cabo Verde.

¹⁶⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *As Constituições dos Estados Lusófonos*, Notícias Editorial, 2ª Edição revista, Lisboa, 2000, pág. 11.

¹⁶⁷ Chamamos Constituição de 2004 por comodidade, pois na verdade não se trate de uma nova Constituição, mas sim de uma revisão da Constituição de 1990.

¹⁶⁸ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *As Constituições...* cit. pág. 16.

¹⁶⁹ Da nossa parte, todas as Constituições possuem limites materiais, possuem um núcleo identitário que se alterado provoca a passagem para uma nova constituição material.

10.1 A Constituição Angolana

Promulgada a 5 de Fevereiro de 2010 e publicada no Diário da República, I Série, n.º 23 de 5 de Fevereiro de 2010 a nova Constituição Angolana segue no essencial as normas de revisão oriundas do direito português, portanto com fortes semelhanças com as nossas normas de revisão. A Constituição Angolana ocupa o capítulo II do Título VII coma revisão arts. 233.º a 237.º

A iniciativa de Revisão compete ao Presidente da República ou a 1/3 dos Deputados á Assembleia Nacional em efectividade de funções (art.º 133.º) em tudo semelhante às nossas regras sobre a iniciativa.

O art.º 234.º estipula “1. As alterações são aprovadas por maioria de 2/3 dos deputados em efectividade de funções. 2. O Presidente da República não pode recusar a promulgação da lei de revisão constitucional, sem prejuízo de poder requerer a sua fiscalização preventiva pelo Tribunal Constitucional. 3. As alterações que forem aprovadas são reunidas numa única lei de revisão. 4. A Constituição, no seu novo texto, é publicada conjuntamente com a lei de revisão. Em tudo semelhantes ás nossas regras, contudo com a clarificação da possibilidade de fiscalização preventiva, que no nosso caso decorre do art.º 246.º

Os limites temporais (art.º 235.º da CRA) também são iguais deferindo a maioria exigida para a assunção de poderes extraordinários, que é igual á maioria de aprovação, portanto 2/3.

Como limites materiais estipula-se (art.º 236.º CRA) “as alterações da Constituição têm de respeitar o seguinte:

- a) A dignidade da pessoa humana;
- b) A independência, integridade territorial e unidade nacional;
- c) A forma Republicana de Governo,
- d) A natureza unitária do Estado;
- e) O núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias;
- f) O Estado de direito e a democracia pluralista;
- g) A laicidade do Estado e o princípio da separação entre o Estado e as Igrejas;
- h) O sufrágio universal, directo, secreto e periódico para a designação dos titulares electivos dos órgãos de soberania e das autarquias locais;
- i) A independência dos tribunais;
- j) A separação e interdependência dos órgãos de soberania;

k) A autonomia local.

Nos limites materiais é de louvar a dignidade da pessoa humana como limite material de revisão, contudo parece haver uma sobreposição com os direitos, liberdades e garantias que visam precisamente a garantia da dignidade da pessoa humana.

Por fim como limites circunstanciais estabelece o art.º 237.º da CRA que “durante a vigência do estado de guerra, do estado de sítio ou do estado de emergência, não pode ser realizada qualquer alteração da Constituição.” Autonomiza-se aqui, o estado de guerra como limite circunstancial, o que não acontece no nosso ordenamento.

Estipula o art.º 109.º da CRA que “1. É eleito Presidente da República e Chefe do Executivo o cabeça de lista, pelo círculo nacional, do partido político ou coligação de partidos políticos mais votado no quadro das eleições gerais, realizadas ao abrigo do artigo 143.º e seguintes da Constituição. 2. O cabeça de lista é identificado, junto dos eleitores, no boletim de voto.”

Foi bastante discutido o art.º 109.º da CRA no sentido de se saber se trata-se ou não de uma eleição indirecta e da sua compatibilidade com o limite material da alínea h).

10.2 A Constituição de Cabo Verde

Publicada no Boletim Oficial – Suplemento, Iª Série n.º 17 de 3 de Maio de 2010 (rectificado pelo Boletim Oficial, Iª Série, n.º 28 de 26 de Julho de 2010) a Constituição de Cabo Verde também trás regras de revisão muito parecidas á Constituição Portuguesa de 1976.

O art.º 286 da CRCV estipula que “A Assembleia Nacional pode proceder á revisão ordinária da Constituição decorridos cinco anos sobre a data da publicação da última lei de revisão ordinária.” Este artigo é mais claro no que o nosso, no sentido de estabelecer claramente que havendo uma revisão extraordinária não se interrompe o prazo dos cinco anos.

A maioria para a assunção de poderes é de quatro quintos consoante o número 2 do mesmo artigo.

A iniciativa compete somente aos deputados, portanto sem a exigência de um número mínimo podendo qualquer deputado apresentar uma proposta de revisão.

Segundo o art.º 288.º n.º 1 “cada uma das alterações da Constituição deverá ser aprovada por maioria de dois terços dos Deputados em efectividade de funções.”

O art.º 290.º trata dos limites materiais, estipulando que “1. Não podem ser objecto de revisão:

- a) A independência nacional, a integridade do território nacional e a unidade do Estado;
- b) A forma Republicana de Governo;
- c) O sufrágio universal, directo, secreto e periódico para a eleição dos titulares dos órgãos de soberania e do poder local;
- d) A separação e a interdependência dos órgãos de soberania;
- e) A autonomia do poder local;
- f) A independência dos tribunais;
- g) O pluralismo de expressão e de organização política e o direito de oposição.

Por fim o n.º 2 diz que “as leis de revisão não podem, ainda, restringir ou limitar os direitos, liberdades e garantias estabelecidos na Constituição.

Destaca-se a par da Constituição Angola a integridade do território como limite expresso. Contudo a proibição em relação aos direitos, liberdades e garantias parece ser mais intenso, não admitindo a restrição, enquanto a nossa Constituição permite restrições desde que não violem o núcleo essencial dos direitos.

O Presidente também não poderá recusar a promulgação das leis de revisão (art.º 291.º). Como limite circunstancial “em tempo de guerra ou na vigência de estado de sítio ou de emergência não pode ser praticado qualquer acto de revisão da Constituição.”

Autonomiza-se o estado de guerra e vai-se mais longe proibindo qualquer acto de revisão e não só a aprovação durante o estado de guerra e estados de excepção constitucional.

Podíamos continuar a “percorrer” as regras sobre a revisão da Constituição e encontraríamos basicamente as mesmas normas para a revisão da Constituição.

CAPITULO III
A REVISÃO DA ACTUAL CONSTITUIÇÃO

11. A Revisão da Constituição

Tendo analisado em linhas gerais, a configuração constitucional da Revisão não podíamos em “época” de revisão deixar de tecer alguns comentários sobre a Revisão que se avizinha para 2013.

Várias têm sido as propostas avançadas, convergindo em três direcções: mudança do sistema de governo, reforço da independência dos juízes, “consagração” do Tribunal Constitucional.

Contudo só a última proposta mereceu até agora a “concordância” da maioria parlamentar que detém o monopólio¹⁷⁰ da revisão.

Em relação ao Conselho Constitucional mais do que uma questão formal da “nomenclatura”¹⁷¹ serão necessárias alterações, que analisaremos *infra*.

Propomos também a analisar a configuração constitucional dos Direitos Fundamentais.

¹⁷⁰ Lembre-se que apesar da criação da Comissão *Ad Hoc* para a revisão da Constituição, a iniciativa pertence ao Presidente da República e a um terço dos Deputados, portanto a oposição nem se quer pode apresentar propostas constitucionalmente válidas. O que não quer dizer é claro que se deva afastar do processo. Aliás na presente revisão devia-se conceder a iniciativa de revisão a pelo menos cinco Deputados. A iniciativa não poderá ser concedida aos grupos parlamentares, pois tratando-se da representação partidária no Parlamento o constituinte certamente quererá que a Revisão da Constituição seja um assunto *super* partidos, procurando um alargado consenso que materialize no texto formal a Ideia de direito da sociedade moçambicana.

¹⁷¹ Como refere VITALINO CANAS «a criação por textos com valor constitucional de órgãos de concentração da fiscalização da constitucionalidade é hoje quase banal. Sejam órgãos específicos de fiscalização da constitucionalidade, ou desempenhem paralelamente outras funções, denominem-se Tribunal Constitucional, Conselho Constitucional, Tribunal de Garantias Constitucionais, Supremo Tribunal Constitucional, Tribunal Superior ou de qualquer outro modo, encontramos-los hoje em todos os continentes.» CANAS, Vitalino, *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, 2ª Edição, rev., AAFDL, Lisboa, 1994, pág. 21.

12. O Conselho Constitucional e a fiscalização da Inconstitucionalidade

A Constituição de 1975 apesar de não se ter preocupado com a fiscalização judicial da Constituição, não se quedou alheia á necessidade de salvaguarda da mesma. Assim além de cometer a todos os cidadãos da República Popular de Moçambique “(...) o dever de respeitar a Constituição e as Leis(...) art.º 36.º, atribuiu ao Presidente a competência para “fazer respeitar a Constituição e assegurar o funcionamento correcto dos órgãos estatais” art.º 48.º alínea a) e no juramento estipulava o art.º 50 que “ no momento da investidura o Presidente da República presta o seguinte juramento:

Juro pela minha honra de militante da FRELIMO dedicar todas as minhas energias á defesa, promoção e consolidação das conquistas da Revolução, ao bem-estar do Povo moçambicano, fazer respeitar a Constituição e fazer justiça a todos os cidadãos.”

Por sua vez estipulava o art.º 63.º que “ o Tribunal Popular Supremo promoverá a aplicação uniforme da lei por todos os tribunais ao serviço dos interessados do povo de Moçambique, e assegurará o cumprimento da Constituição, das leis e de todas as normas legais da República Popular de Moçambique.”

Na Constituição de 1990 no capítulo VIII já aparece o Conselho Constitucional como “(...) órgão de competência especializada no domínio das questões jurídico-constitucionais.” art.º 180.º, ao qual compete “apreciar e declarar a inconstitucionalidade e a ilegalidade dos actos legislativos e normativos dos órgãos do Estado; dirimir conflitos de competência entre os órgãos de soberania, e pronunciar-se sobre a legalidade dos referendos” art.º 181.º.

No domínio específico das eleições, cabe ainda ao Conselho Constitucional:

- a) Supervisar o processo eleitoral;
- b) Verificar os requisitos legais exigidos para as candidaturas a Presidente da República;
- c) Apreciar, em última instância, as reclamações eleitorais,
- d) Validar e proclamar os resultados do processo eleitoral

Podiam solicitar a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade: o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República, o Primeiro-Ministro, e o Procurador-Geral da República, art.º 183.º.

Já o art.º 162.º estipulava que “em nenhum caso os tribunais podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição.”

Apesar de “criado” pela Constituição de 1990 só a 3 de Novembro de 2003, é que o Conselho Constitucional assume as funções que constitucionalmente lhe foram atribuídas.

12.1 - Actual configuração do Conselho Constitucional

A actual Constituição define o Conselho Constitucional como “órgão de soberania, ao qual compete especialmente administrar a justiça, em matérias de natureza jurídico-constitucional” art.º 241.º, composto por sete juízes conselheiros, designados nos seguintes termos (art.º 242.º n.º 2):

- 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 da representação proporcional;
- c) Um juiz conselheiro designado pelo Conselho Superior da Magistratura Judicial.

Os juízes Conselheiros do Conselho Constitucional são designados para um mandato de cinco anos renovável e gozam de garantia de independência, inamovibilidade, imparcialidade e irresponsabilidade.”

Muito se tem escrito acerca da “inconveniência” da nomeação do Presidente do Conselho Constitucional pelo Presidente da República. Do nosso ponto de vista melhor seria se fosse eleito de entre os pares, contudo essa nomeação não é *conditio sine qua non* para a inexistência de imparcialidade, tudo dependerá do sentido de Estado daquele que nomeia e daquele que é nomeado, da percepção das competências não como direitos mas sim um poder funcional colocado ao serviço dos interesses da Nação. Para nós fazer cumprir a Constituição é garantir que a independência e imparcialidade dos juízes do Conselho Constitucional não sejam atingidas. Como questionam JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS:¹⁷²

«Ora, pergunta-se como pode um tribunal com juízes designados desta maneira vir a sindicat os actos daqueles órgãos; como pode a *criatura* fiscalizar o *criador*; como pode um tribunal assim composto não reproduzir a composição do Parlamento ou a orientação do chefe de Estado? Essa a aporia do Tribunal Constitucional: se lhe falta a fonte de designação por órgãos representativos carece de legitimidade; se a recebe, dir-se-ia ficar desprovido de eficácia ou utilidade o exercício da sua competência.

Mas não. É justamente, por os **juízes constitucionais serem escolhidos por órgãos democraticamente legitimados** – em coerência, *por todos* quantos a Constituição preveja, correspondentes ao sistema de governo consagrado – que eles podem invalidar actos com a força de lei. É por eles, embora por via indirecta, provirem da mesma origem dos titulares de órgãos políticos que por estes conseguem fazer-se acatar.»

¹⁷² MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, ob.cit., Tomo III, pág. 252.

Ao Conselho Constitucional compete (art.º 244.º n.º1):

- a) Apreciar e declarar a inconstitucionalidade das leis e a ilegalidade dos actos normativos dos órgãos do estado;
- b) Dirimir conflitos de competências entre os órgãos de soberania;
- c) Verificar previamente a constitucionalidade dos referendos.

Cabe ainda ao Conselho Constitucional (art.º 244.º n.º2):

- a) Verificar os requisitos legais exigidos para as candidaturas a Presidente da República,
- b) Declarar a incapacidade permanente do Presidente da República;
- c) Verificar a morte e a perda de mandato do Presidente da República;
- d) Apreciar em última instância, os recursos e as reclamações eleitorais, validar e proclamar os resultados eleitorais nos termos da lei;
- e) 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;
- f) Julgar as acções de impugnação de eleições e de deliberação dos órgãos dos partidos políticos,
- g) Julgar as acções que tenham por objecto o contencioso relativo aos mandatos dos deputados;
- h) Julgar as acções que tenham por objecto as incompatibilidades previstas na Constituição e nas leis.

O número 3 do mesmo artigo estabelece uma cláusula aberta de competência dizendo que o Conselho Constitucional exerce as demais competências que lhe sejam atribuídas por lei.

12.2- Fiscalização abstracta

A fiscalização abstracta de inconstitucionalidade ou de ilegalidade é aquela que é feita independentemente da aplicação da norma ao caso concreto. Estipula o art.º 245.º n.º 1 que “o Conselho Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade das leis e a ilegalidade dos actos normativos dos órgãos do Estado, em qualquer momento da sua vigência, e o n.º 2.º estipula “podem solicitar ao Conselho Constitucional a inconstitucionalidade das leis ou a ilegalidade dos demais actos normativos dos órgãos do Estado:

- a) O Presidente da República;
- b) O Presidente da Assembleia da República;
- c) Um terço, pelo menos, dos deputados;
- d) O Primeiro-Ministro;
- e) O Procurador-Geral da República;
- f) O Provedor de Justiça;
- g) Dois mil cidadãos.

A primeira dificuldade que encontramos, em relação á fiscalização abstracta sucessiva e ao qual sugerimos a alteração, é o do momento da apreciação. A Constituição utiliza a expressão “*em qualquer momento da sua vigência*” o que afasta a possibilidade de fiscalizar normas publicadas mas que ainda não entraram em vigor. Assim sendo fica vedado o acesso ao Conselho Constitucional de uma norma publicada com “inconstitucionalidades” que produzirão efeitos que por vezes a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral poderão não resolver totalmente. A melhor redacção para o art.º em análise seria “o Conselho Constitucional aprecia e declara com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade das leis e a ilegalidade dos demais actos normativos dos órgãos do Estado, a partir da data da sua publicação¹⁷³”.

O processo de fiscalização da constitucionalidade e ilegalidade encontra consagração no título IV da lei 6/2006 de 2 de Agosto, alterado pela lei 5/2008 de 9 de Julho, a denominada Lei Orgânica do Conselho Constitucional.

Estipula o art.º 48.º n.º 1 da LOCC que “o pedido de apreciação da constitucionalidade ou da legalidade dos actos normativos dos órgãos do Estado é dirigido ao

¹⁷³MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, ob.cit., Tomo III, pág. 797, referem que «È certo que o paralelo com a fiscalização concreta, que pressupõe naturalmente que a norma seja aplicável no feito submetido a julgamento (art.º 204.º), e a afirmação do n.º 1 do artigo 282.º de que a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal poderiam ser utilizados como argumentos no sentido de que a fiscalização abstracta sucessiva só pode incidir sobre normas que entraram em vigor. Todavia, o âmbito limitado da fiscalização preventiva, o princípio da constitucionalidade (que enquanto máxima de optimização há-de privilegiar soluções que evitem ou limitem a consumação da inconstitucionalidade), a perturbação adveniente da vigência de uma norma inconstitucional (perturbação que não é totalmente eliminada pelo princípio da eficácia retroactiva da decisão de inconstitucionalidade) e a circunstância de a fiscalização abstracta sucessiva, ao contrário do controlo concreto, ser independente da existência de qualquer feito submetido a julgamento em que o problema da constitucionalidade da norma se coloque justificam que seja admissível requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, com força obrigatória geral, de uma norma publicada, mas que ainda não entrou em vigor.

Presidente do Conselho Constitucional e deve especificar, além das normas cuja apreciação se requer, as normas ou princípios constitucionais violados. Contudo como refere o art.º 52.º da mesma Lei “o Conselho Constitucional só pode declarar a inconstitucionalidade ou ilegalidade de normas cuja apreciação tenha sido requerida, mas pode fazê-lo com fundamento em violação de normas ou princípios, constitucionais ou legais, diversos daqueles cuja violação foi invocada.”¹⁷⁴»

Os pedidos de declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, podem ser apresentados a todo o tempo, art.º 62.º n.º 1 da LOCC.

O art.º 66.º da LOCC trata dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade em sede de fiscalização abstracta sucessiva. Consideramos que o mesmo artigo deve ser constitucionalizado, pois não faz sentido deixar “nas mãos” do legislador ordinário a regulação dos efeitos das decisões do Conselho Constitucional.¹⁷⁵

Estabelece o número 1 desse art.º que “a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a reprivatização das normas revogadas.” Portanto a declaração tem força de lei podendo ser oponível *erga omnes*.

GOMES CANOTILHO refere que a fórmula força obrigatória geral, costuma sintetizar recorrendo às ideias de vinculação geral e força de lei, “vinculação geral, porque as sentenças do TC declarativas da inconstitucionalidade ou da ilegalidade vinculam – mas apenas quanto á parte dispositiva das decisões e não quanto aos seus fundamentos determinantes, ou seja a

¹⁷⁴MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, ob.cit., Tomo III, pág. 727, esclarecem «o **princípio do pedido** implica para o requerente (o órgão ou a fracção de titulares de órgãos com poderes de iniciativa) o duplo ónus de especificação das normas cuja apreciação se pretende e de especificação das normas constitucionais (ou legais) violadas. Só com a determinação das normas infraconstitucionais (arguidas) e a das normas constitucionais que lhe servem de parâmetro, fica estabelecido o objecto do processo de inconstitucionalidade. Em contrapartida, porque *jura novit cúria*, assim como na fiscalização concreta o tribunal pode conhecer officiosamente (porque o objecto do processo, fixado pelas partes ou pelo Ministério Público, é o feito submetido a julgamento), também na fiscalização abstracta o Tribunal Constitucional pode fundamentar o seu juízo e a sua decisão em normas constitucionais diversas das invocadas no pedido; nem está circunscrito aos vícios arguidos ou á qualificação da desconformidade como inconstitucionalidade ou como ilegalidade.»

¹⁷⁵ Não é um caso isolado contudo a não inclusão na constituição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, assim CANAS, Vitalino, *Introdução ás decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, 2ª Edição, rev., AAFDL, Lisboa, 1994, pág. 26 onde afirma que «da mesma que as anteriores, a Constituição espanhola não se preocupa em regular exaustivamente os assuntos em análise. Embora vá mais longe do que a Lei Fundamental de Bona, prevendo, no seu art.º 164, que as sentenças que declarem a inconstitucionalidade têm eficácia geral, não faz qualquer referência ao momento a partir do qual essas sentenças começam a produzir efeitos. Acabou por ser a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional o local onde ficou resolvido o problema: o art.º 40º estabelece que as sentenças declaratórias de inconstitucionalidade não afectam o caso julgado, salvo algumas excepções (...).

ratio decidendi – todos os órgãos constitucionais, todos os tribunais e todas as autoridades administrativas; força de lei, porque as sentenças tem *valor normativo* (como as leis) para todas as pessoas físicas e colectivas (e não apenas para os poderes públicos) juridicamente afectadas nos seus direitos e obrigações pela norma constitucional.¹⁷⁶”

O órgão Legislativo fica assim impedido de reproduzir o conteúdo da normas ou normas declaradas inconstitucionais assim como os tribunais têm o dever de desaplicar a norma ou as normas declaradas inconstitucionais, lembre-se que como refere o art.º 248.º n.º 1 da Constituição “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 as outras decisões” e que (n.º2) “em caso de incumprimento dos acórdãos referidos no presente artigo, o infractor incorre no cometimento de crime de desobediência, se crime mais grave não couber.”

Ainda sobre o art.º 66.º da LOCC convém distinguir duas situações: inconstitucionalidade originária e inconstitucionalidade superveniente. No primeiro caso a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade tem efeitos *ex tunc*, retroagindo á data da entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal, associa-se-lhe portanto o vício da nulidade, tendo a declaração do Conselho Constitucional natureza meramente declarativa e provocando a reprivatização das normas revogadas.

A segunda situação ocorre quando por via de revisão constitucional, o legislador constituinte acrescenta normas e princípios que venham a determinar a inconstitucionalidade de uma ou algumas normas em vigor no ordenamento. Nesta situação a declaração de inconstitucionalidade só produz efeitos desde a entrada em vigor da norma posterior, ou seja desde a entrada em vigor da norma constitucional acrescentada por revisão

Tendo em linha de conta que as normas têm dois tipos de eficácia: a *eficácia dispositiva* que se traduz na realidade da vida regulada pela norma e *eficácia revogatória* que consiste no facto de revogar normas anteriores que regulem a mesma situação. Só no caso de inconstitucionalidade originária é posta em causa essa eficácia revogatória, pois sendo nula ou inexistente não pode produzir este efeito revogatório.

O art.º 66.º n.º 3 estipula que “Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Conselho Constitucional, quando a norma respeitar a matéria penal ou disciplinar e for de conteúdo mais favorável ao arguido.”

Portanto as razões de certeza e segurança jurídica determinaram aqui a ressalva dos

¹⁷⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, cit., 7ª Edição, pág. 1009.

Casos julgados.

Por sua vez o n.º 4 estabelece “quando a segurança jurídica, razões de equidade ou de interesse público de excepcional relevo, que deve ser fundamentado, o exigirem, pode o Conselho Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restritivo do que o previsto nos números 1 e 2 do presente artigo.”

12.3 Fiscalização Concreta

A Fiscalização concreta da constitucionalidade, decorre antes de mais do art.º 214.º da CRM que sob a epígrafe – Inconstitucionalidade, diz que “nos feitos submetidos a julgamento os tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição”. O legislador constituinte andou bem ao alargar a garantia e a defesa da Constituição transformando o juiz, num verdadeiro Juiz Constitucional.

Em contraposição, com o art.º 247.º a norma supra citada fala-nos em proibição de aplicar leis e princípios que ofendam a Constituição, obviamente tal dispositivo tem de ser interpretado em sentido amplo, no sentido de incluir não só a lei mas qualquer norma jurídica.

A garantia da Constituição ocorre não só em sede de fiscalização sucessiva, da iniciativa do Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, um terço, pelo menos, dos deputados da Assembleia da República, o Primeiro-ministro, o Procurador-Geral da República, o Provedor de Justiça, e dois mil cidadãos, art.º 245.º n.º2, mas também em sede de fiscalização concreta.

A expressão “concreta” é elucidativa da natureza do controlo, que é feita nos feitos submetidos a julgamento, em qualquer tribunal, e é oficiosa (portanto sem necessidade do pedido), materializa o brocardo latino *iuri novit cúria*.

Ao juiz deixa-se uma ampla margem, de interpretação e recusa de aplicação de uma norma, longe portanto da teorização de MONTESQUIEU, que defendia que os juizes da nação não eram mais do que “a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a sua força nem o seu rigor”, “um poder invisível e nulo”¹⁷⁷.

A fiscalização concreta encontra consagração constitucional no art.º. 247.º que distingue duas situações: uma em que é o próprio juiz que recusa a aplicação de uma norma

¹⁷⁷ Citado por, AFONSO, Orlando, *Poder Judicial: Independência in dependência*, 1ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2004, pág. 17.

com fundamento na sua inconstitucionalidade, recaindo sobre si a obrigação constitucional de remessa para o Conselho Constitucional¹⁷⁸, na outra situação, fala-se do caso de o Procurador-Geral da República ou o Ministério Público solicite a apreciação abstracta da constitucionalidade ou da legalidade de qualquer norma, cuja aplicação tenha sido recusada, com a justificação de inconstitucionalidade ou ilegalidade, por decisão judicial insusceptível de recurso.

O legislador constituinte, poderia *de iure condendo*, ter ido mais longe, no sentido de alargar a possibilidade de recurso, às partes em litígio.

12.3.1 -O recurso obrigatório para o Juiz

Cabe recurso conforme o n.º 1 do art.º 247.º da CRM dos acórdãos e outras decisões Com fundamento na inconstitucionalidade, desde que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade.

A recusa, de acordo com o Prof. JORGEMIRANDA,¹⁷⁹ não tem de ser expressa; pode ser uma recusa implícita, como ocorre quando a decisão do tribunal extrai consequências correspondentes ao julgamento da norma como inconstitucional.

De acordo com o art.º 68.º da LOCC, «para os efeitos previstos no artigo anterior, proferida a decisão judicial, o juiz da causa remete **oficiosamente** os autos, de imediato, ao Conselho Constitucional, com efeitos suspensivos».

Nas palavras de JORGE MIRANDA¹⁸⁰, o objecto do recurso é sempre a constitucionalidade (...) de uma norma, e não a constitucionalidade (...) de uma decisão judicial. Do que se cura é simplesmente, a análise pelo Conselho Constitucional da norma cuja aplicação, tenha sido recusada.

A norma referida no art.º 247.º deve ser entendida tanto do ponto de vista material, ou seja, do seu conteúdo, impondo uma regra ou padrão de conduta, como do ponto de vista orgânico, decorrente de poder normativo público, e para o qual não concorre a vontade do particular, independentemente de haver abstracção, por causa das leis-medida.

¹⁷⁸ Apesar da epígrafe do art.º 247.º falar em **Recursos** não nos parece que neste caso se trate de um verdadeiro recurso, que se aplica normalmente no caso de não concordância ou insatisfação em relação a uma decisão proferida, deste caso trata-se simplesmente, da solicitação ou reforço de uma decisão pelo órgão, responsável pela administração da justiça em matérias jurídico-constitucionais.

¹⁷⁹ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pág. 197.

¹⁸⁰ *Idem*, pág.201.

O Conselho Constitucional têm tido uma leitura do art.º 48.º da LOCC, aceitando o pedido quando seja possível aferir as normas a serem apreciadas e as normas ou princípios constitucionais violados, senão vejamos:

«No Despacho de Indicação proferido nos termos do artigo 112º e seguintes, artigo 119º e seguintes, artigo 131º, artigo 141º e artigo 142º e seguintes, todos do Decreto nº 33531 de 21 de Fevereiro de 1944 (equivalente a uma sentença judicial), o Tribunal Aduaneiro não indica com clareza e em concreto, as normas a serem apreciadas pelo Conselho Constitucional, nem as normas ou princípios violados, nos termos do n.º1 do artigo 48 da Lei Orgânica do Conselho Constitucional.

Mas da leitura do citado Despacho de Indicação e da fundamentação que acompanha o processo, infere-se, naturalmente, que o Tribunal Aduaneiro pretende ver apreciada a constitucionalidade das disposições legais que conferem aos tribunais aduaneiros competência para julgar crimes aduaneiros, nomeadamente do n.º1 do artigo 5 da Lei n.º2/2006 de 22 de Março, conjugado com Capítulo IV do Título IV da mesma Lei, por violação do n.º 6 do artigo 223 da Constituição. (...)

As questões prévias atrás referidas, não são de natureza a prejudicar o conhecimento do mérito do pedido pelo Conselho Constitucional.¹⁸¹

Como dissemos supra, o legislador constituinte podia ter ido muito mais longe, no sentido de conceder às próprias partes em litígio a possibilidade de recorrer ao Conselho Constitucional, pois a questão que se coloca, é do incumprimento por parte do Juiz da obrigação de remessa, do art.º 68 da LOCC.

A LOCC também não estabelece o prazo da remessa, á parte lesada caberá em caso de incumprimento, a nosso ver, simplesmente o exercício do direito de petição nos termos da Lei 2/96 de 4 de Janeiro. Ademais esse incumprimento, não é uma questão académica mas uma questão que acontece na prática, por desconhecimento ou inoportunidade.

Estabelece o art.º 67.º alínea b) da LOCC que devem ser remetidos obrigatoriamente para o Conselho Constitucional, os acórdãos e outras decisões com fundamento na inconstitucionalidade, quando, o Procurador-Geral da República ou o Ministério Público solicite a apreciação abstracta da constitucionalidade ou da legalidade de qualquer norma, cuja aplicação tenha sido recusada, com justificação de inconstitucionalidade ou ilegalidade, por decisão judicial insusceptível de recurso.

¹⁸¹ Acórdão n.º 6/CC/2008 de 7 de Agosto, *in Acórdãos e Deliberações do Conselho Constitucional*, Vol. III, 1ª Edição, CFJJ, Maputo, 2009, pág. 51 e segs.

A norma é também referida na LOCC, no art.º 74.º dizendo que «todas as decisões judiciais insusceptíveis de recurso em que tenha sido recusada a aplicação da norma com justificação de inconstitucionalidade ou ilegalidade são notificadas, conforme os casos, ao Procurador-Geral da República ou ao Ministério Público que pode solicitar, a todo o tempo, apreciação abstracta da constitucionalidade ou da legalidade.

A norma do art.º 74.º da LOCC, coloca algumas dúvidas de inconstitucionalidade. Primeiro enquanto a norma constitucional utiliza a expressão **devem ser obrigatoriamente remetidos para o Conselho Constitucional**, a LOCC diz que pode, solicitar **a todo o tempo** a fiscalização. Ora passamos de uma obrigação imposta pela Constituição para uma faculdade (pode), a ser exercida, a todo o tempo (sem limite de prazo).

Contudo não há nenhuma inconstitucionalidade, pois a obrigação estabelecida recai sobre o Juiz, que neste caso em última instância recusou a aplicação de uma norma com fundamento, na sua inconstitucionalidade ou ilegalidade, como esclarece o art.º68.º da LOCC.

São requisitos para o pedido de fiscalização abstracta, neste caso:

- a) Existência de uma decisão insusceptível de recurso;
- b) Recusa de aplicação de uma norma com fundamento na inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Neste caso, obtém-se a passagem de uma situação de fiscalização concreta para uma fiscalização abstracta, a grande diferença reside no facto de no primeiro caso a decisão do Conselho Constitucional faz caso julgado no processo e na segunda situação a inconstitucionalidade é declarada com força obrigatória geral.

Da contraposição com a obrigação do Juiz analisado em 2.1. podemos retirar as seguintes conclusões: primeiro, neste caso a obrigação do Juiz em última instância é dupla, no sentido de ser obrigado a remeter para o Conselho Constitucional e notificar ao Procurador-Geral ou ao Ministério Público da decisão; segundo, neste caso fala-se tanto de inconstitucionalidade e de ilegalidade enquanto na obrigação do juiz só se se fala em inconstitucionalidade.

Necessário será, fazer uma interpretação extensiva da alínea a) do art.º 47º da CRM, pois o juiz também poderá recusar a aplicação de uma norma com fundamento na ilegalidade, em primeira instância, nem se vislumbra como possa ao Juiz ser obrigado a aplicar normas que padecem de ilegalidade.

Causa estranheza o facto de se conceder ao Ministério Público a possibilidade de solicitar a fiscalização abstracta, poder funcional que é concedido às mais altas figuras do Estado (art.º245 n.º2 da CRM).

Quanto á figura do Procurador-Geral, só se deve entender a norma no sentido de ser o único caso em que ele será obrigado a pedir a fiscalização abstracta, pois esse poder de solicitar a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, decorre do art.º 245 n.º 2 alínea e)., contudo da norma não decorre essa obrigação.

O alcance da inclusão, ou da atribuição desse poder ao Procurador-Geral só pode ser, o facto de após essa declaração de inconstitucionalidade pelo Conselho Constitucional, poder fazer-se a reforma da decisão insusceptível de recurso, portanto com efeitos no caso julgado em concreto. Tem neste a possibilidade de não ressalvar o caso julgado do art.º 66.º n.º 3 da LOCC.

O processo de fiscalização concreta, começa com a recusa de aplicação de uma norma, com fundamento na sua inconstitucionalidade. Após essa recusa, o juiz *a quo*, remete officiosamente os autos, de imediato ao Conselho Constitucional, com efeitos suspensivos, art.º 68º da LOCC.

Autuado pela secretaria e registado no competente livro, o processo é distribuído no prazo de cinco dias, art.º 69.º n.º1 da LOCC. Feita a distribuição, o processo é entregue ao relator, que tem um prazo de trinta dias, para elaborar o projecto de acórdão, podendo notificar as partes se assim o entender para produzirem querendo, alegações no prazo de oito dias, arts. 69.º n.º 3 e 70 da LOCC.

Entregue o projecto do acórdão pelo relator, o processo é concluso ao Presidente do Conselho Constitucional, para inscrição em tabela na sessão a realizar no prazo de trinta dias e serão distribuídas cópias do projecto do acórdão a todos os juízes conselheiros, art.º 71.º n.º 1.

Nos processos urgentes e naqueles em que estiverem em causa direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, os prazos serão reduzidos a metade, art.º 71.º n.º 3.

A apreciação das decisões judiciais pelo Conselho Constitucional é restrita á questão da inconstitucionalidade suscitada, art.º 72.º da LOCC.

O desenho do processo de fiscalização concreta feita pelo legislador constituinte, deixa a nosso ver muito a desejar, senão vejamos: não se atribui às partes em contenda, qualquer mecanismo de controlo da obrigação **oficiosa** do juiz em remeter o processo, ao Conselho Constitucional. Por outro lado, no caso de ter havido durante o processo, dúvidas sérias acerca da inconstitucionalidade de uma norma, no caso de aplicação da mesma não

estaremos perante um caso de fiscalização concreta. A interpretação conforme á Constituição, por parte do juiz, impõem-se portanto a quaisquer dúvidas, suscitadas pelas partes ou pelo próprio Ministério Público.

Não se advoga o recurso de amparo ao jeito do Direito espanhol, mas parece-nos que no caso de normas “pretensamente” violadoras dos direitos, liberdades e garantias, poderia abrir-se uma porta á fiscalização pelo Conselho Constitucional.

Por outro, não descortinamos o estabelecimento de uma obrigação de recurso, ao próprio juiz que recusou a aplicação da norma. Em teoria, não há nenhum problema, mas na prática é preciso maturidade intelectual e sentido de justiça para cumprir a norma, ou uma eficiente fiscalização desse cumprimento por parte dos outros actores.

Se o Conselho Constitucional der provimento ao recurso, ainda que só parcialmente, os autos baixam ao tribunal de onde provieram, para reformar a decisão em conformidade com o julgamento sobre a questão da inconstitucionalidade, art.º 73.º alínea a) da LOCC.

No caso de o juízo de constitucionalidade sobre a norma a que a decisão recorrida tiver recusado aplicação se fundar em determinada interpretação da mesma norma, esta deve ser aplicada com tal interpretação no processo em causa, art.º 73.º alínea b) da LOCC.

A decisão do Conselho Constitucional faz caso julgado quanto á questão da inconstitucionalidade suscitada.

Contudo a expressão não é isenta de dúvidas, pois como refere VITALINO CANAS¹⁸², “o que já é mais grave é não se delimitar claramente o alcance máximo desses efeitos: isto é, a decisão irá repercutir-se no caso concreto a propósito do qual a questão da constitucionalidade foi suscitada, mas poderá repercutir-se em qualquer outro caso? Poderá ter, por exemplo, força de precedente, estando todos os juízes a quem posteriormente se coloque a questão da sua aplicação, obrigados a desaplica-la? (...)”

Por estas breves linhas pode-se denotar que no nosso regime de fiscalização concreta falta uma comunicação mais eficaz entre esta e a fiscalização abstracta, estabelecendo-se primeiro a obrigatoriedade de recurso para o Conselho Constitucional quando se apliquem normas anteriormente declaradas inconstitucionais em processo de fiscalização concreta. Impedindo assim que outro juiz aplique norma anteriormente julgada inconstitucional e de seguida obrigar a um recurso de inconstitucionalidade já em sede de fiscalização abstracta.

¹⁸² CANAS, Vitalino, ob. cit., pág. 26.

Contudo concordamos com JORGE MIRANDA¹⁸³ quando diz que “se o tribunal *a quo* fizer interpretação conforme com a constituição, nem por isso fica vedado o recurso para o Tribunal Constitucional, porque tal interpretação traduz a escolha de um sentido em detrimento de outro tido como inconstitucional e, portanto, nessa medida, envolve a recusa de aplicação da norma com este último sentido”.

O nosso sistema de fiscalização da constitucionalidade encontra-se fortemente ancorado no sistema Português com poucas diferenças como por exemplo a inexistência da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, e a possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional em sede de fiscalização abstracta quando se tenha recusado a aplicação da norma em três situações concretas (a tal comunicação que nos referimos supra). Duvidar de que o Conselho Constitucional é um verdadeiro tribunal, parece-nos uma questão deveras ultrapassada, o que não significa que não se possa e não se deva chamar de Tribunal Constitucional.

Outro óbice do nosso sistema é o facto de não facultar às partes em litígio a possibilidade de recurso para o Conselho Constitucional, o que seria dignificante para o próprio órgão que raramente emite um acórdão explicitando ao intérprete a suas posições em relação á interpretação da Constituição.

Como referem JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS¹⁸⁴ “mais sugestivo afigura-se o modo de ver de PETER HÄBERLE: o Tribunal Constitucional, não enquanto regulador do processo constitucional, mas sobretudo, das relações entre Estado e sociedade; enquanto **instrumento de garantia e actualização da Constituição como contrato social.**”

Outra questão que pode ser pensada, para que o nosso Conselho Constitucional seja esse instrumento de garantia e actualização da Constituição como contrato social é na não coincidência do mandato entre aqueles que nomeiam e os juízes nomeados, alargando o mandato dos juízes constitucionais para 7 ou mais anos.

¹⁸³MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pág. 202

¹⁸⁴MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *ob.cit.*, Tomo III, pág. 250.

13 - Os Direitos Fundamentais

Consideramos que em tempo de revisão, não nos podemos quedar alheios á discussão dos chamados direitos fundamentais¹⁸⁵ e a sua efectivação no nosso ordenamento jurídico. Começaremos por descortinar o próprio conceito de Direitos Fundamentais.

Para JORGE BACELAR GOUVEIA¹⁸⁶ “os direitos fundamentais correspondem ás situações jurídicas activas da pessoa integrada no Estado-comunidade, pelas quais se permite o aproveitamento dos bens protegidos, posições constantes do Direito Constitucional, numa formulação que se reparte por três elementos constitutivos:

- Um elemento subjectivo – implicando a subjectivização nas pessoas e não segundo normas organizatórias e objectivas, pessoas essas integradas na comunidade, por contraposição ao Estado-poder, que actua através dos seus agentes e titulares de órgãos;
- Um elemento material – retratando uma vantagem, não uma obrigação ou dever, relacionada com um valor ou um bem que se afigura constitucionalmente protegido;
- Um elemento formal – ancorando essa posição no Direito Constitucional com as características de supremacia e rigidez que definitivamente o individualizam no seio da ordem jurídica.”

Em JORGE MIRANDA¹⁸⁷ direitos fundamentais são “direitos ou as posições jurídicas activas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, *direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.*”

VIEIRA DE ANDRADE¹⁸⁸ realça a “importância do seu radical subjectivo. Os preceitos relativos a direitos fundamentais distinguem-se dos outros por atribuírem posições jurídicas subjectivas (universais e permanentes) a todas ou a certas categorias de indivíduos.”

Em GOMES CANOTILHO¹⁸⁹ “(...) **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente.”

¹⁸⁵ Para uma análise mais profunda veja-se INSTITUTO DE APOIO À GOVERNAÇÃO, *Proposta de Revisão Constitucional para Boa Governação*, CIEDIMA, Maputo, 2001.

¹⁸⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *O estado*, ob. cit., Vol. II, pág. 865.

¹⁸⁷ MIRANDA, Jorge, Manual IV, pág.

¹⁸⁸ DE ANDRADE, José Carlos Vieira, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1998, pág., 84.

¹⁸⁹ CORREIA, Servúlo, *Direitos Fundamentais Sumários*, AAFDL, Lisboa, 2002, pág. 72.

Por sua vez SERVULO CORREIA¹⁹⁰ partindo do conceito de “direito subjectivo de OLIVEIRA ASCENSÃO (assumido no desenvolvimento dos pensamentos de GOMES DA SILVA e DIAS MARQUES): *posição de vantagem resultante da afectação de meios jurídicos aos fins da pessoa individualmente considerada.*” Define Direitos Fundamentais como¹⁹¹ “*a posição de vantagem resultante da afectação constitucional de meios jurídicos ao fim da preservação e da valorização da dignidade da pessoa humana individualmente considerada.*”

Antes de avançar Com o nosso conceito de Direitos Fundamentais convém realçar que é de fundamental importância a sua definição, pois antes de mais a Constituição contém uma cláusula aberta de Direitos Fundamentais dizendo que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis” (art.º 42.º da CRM). Cabe pois aos intérpretes e aplicadores buscar a chamada fundamentalidade material, que vai permitir descobrir direitos fundamentais nas leis ou em outras partes da Constituição. Como refere GOMES CANOTILHO¹⁹² “(...) só a ideia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (1) a abertura da constituição a outros direitos; também fundamentais; mas não constitucionalizados, isto è, direitos materialmente mas não formalmente constitucionais (...) (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente á fundamentalidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais (Jorge Miranda).”

Para definir os direitos fundamentais partimos do conceito de direito subjectivo de MENEZES CORDEIRO¹⁹³ como “*permissão normativa específica de aproveitamento de um bem*”. Onde de acordo com o autor¹⁹⁴ “*a permissão normativa é, de facto, uma posição jurídica, mais precisamente a posição da pessoa que surge quando se lhe aplique uma norma permissiva, ou, de modo lato: é o produto da aplicação de normas permissivas, já que havendo norma há sempre, como destinatárias, pessoas*” e “*o aproveitamento de um bem significa o conteúdo concreto da permissão, isto é, a disponibilidade que, sobre ele, cabe ao titular. Aproveitá-lo equivale retirar, dele, as utilidades que, pela natureza das coisas ou pela imaginação humana, o bem possa proporcionar*”.

¹⁹⁰ CORREIA, Sérvulo, ob. cit. pág. 73.

¹⁹¹ Idem.

¹⁹² CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, cit., 7ª Edição, pág. 379.

¹⁹³ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, I, 2ª Edição, Livraria Almedina, 2000, pág. 166, onde se pode encontrar, um debate interessantíssimo á volta do conceito de direito subjectivo.

¹⁹⁴ Idem, pág. 169.

Partindo deste conceito definimos direitos fundamentais como: *permissão normativa jurídico-constitucional específica de aproveitamento da dignidade da pessoa humana*. Poderíamos incluir a preservação e valorização da dignidade da pessoa humana, mas pensamos estarem já consumidos pela expressão aproveitamento.

A partir deste conceito pensamos ser possível, “buscar” os chamados direitos fundamentais dispersos e direitos fundamentais em sentido material. E não se quer um denominador comum para a dignidade humana, de todos os homens, mas procura-se a dignidade do Homem individualmente considerado, a cada um caberá o desígnio de aproveitar a sua dignidade. E essa dignidade evita a consideração do ser humano como mero objecto do agir Estadual. Daí a importância da inserção sistemática¹⁹⁵ dos direitos fundamentais: ao abrirmos a Constituição antes de saber qual é a organização económica ou política ou social do Estado Moçambicano temos os direitos fundamentais, antes de sabermos qual o nosso sistema de governo ou que poderes tem os órgãos de soberania, temos os direitos fundamentais. Antes da organização do Estado vem o ser humano individual com os seus direitos que esse Estado terá que respeitar.

Como sublinha VIEIRA DE ANDRADE ¹⁹⁶ “a concepção do Homem como ser autónomo, livre e responsável dá conteúdo ao princípio da dignidade da pessoa humana como princípio regulativo primário dos direitos fundamentais e permite, deste modo, uma aplicação coerente dos preceitos constitucionais respectivos.”

¹⁹⁵ DE ANDRADE, José Carlos Viera, ob. cit. pág. 100 sobre a inserção sistemática refere que “a ordem de inclusão das matérias não é, de facto, casual, nem desprovida de importância, significando o reconhecimento da autonomia ética do homem individual, cujos direitos são definidos antes e fora do contexto da ordem económica, social e política em que tem necessariamente de ser exercidos (...).

¹⁹⁶ Idem, pág. 130.

13.1 Regime geral dos direitos fundamentais

O legislador constituinte no seu preâmbulo afirma que “ a presente Constituição reafirma, Desenvolve e aprofunda os princípios fundamentais do estado Moçambicano, consagra o carácter soberano do Estado de Direito Democrático, baseado no pluralismo de expressão, organização partidária e no respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos.”

No seu art.º 3.º estabelece “a República de Moçambique é um Estado de Direito, baseado no pluralismo de expressão, na organização política democrática, no respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais do Homem.” Este Estado tem de entre os seus objectivos fundamentais: a defesa e a promoção dos direitos humanos e da igualdade dos cidadãos perante a lei” art.º 11.º alínea e).

Com regime geral dos direitos fundamentais pretendemos significar um conjunto de regras e princípios que se aplicam a todos os direitos fundamentais: quer sejam direitos, liberdades e garantias quer sejam direitos económicos sociais e culturais.

A constituição abre o Título III sob a epígrafe Direitos, deveres e Liberdades Fundamentais estabelecendo o princípio da universalidade e igualdade, dizendo no seu art.º 35.º que “todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, independentemente da cor, raça, sexo, origem étnica, lugar de nascimento, religião, grau de instrução, posição social, estado civil dos pais, profissão ou opção política.”

Obviamente que teremos que separar os dois princípios, para o princípio da universalidade “todos os cidadãos gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres” e para o princípio da igualdade “todos os cidadãos são iguais perante a lei, independentemente da cor, raça, sexo, origem étnica, lugar de nascimento, religião, grau de instrução, posição social, estado civil dos pais, profissão ou opção política.”

JORGE MIRANDA¹⁹⁷ afirma “logicamente, o primeiro princípio comum aos direitos fundamentais e também aos demais direitos existentes na ordem jurídica (...) é o princípio da universalidade: todos quantos fazem parte da comunidade política fazem parte da comunidade jurídica, são titulares dos direitos e deveres aí consagrados; os direitos fundamentais têm ou podem ter por sujeitos todas as pessoas integradas na comunidade política, no povo.”

¹⁹⁷ MIRANDA, Jorge, *Manual*. cit, Tomo IV, pág. 215.

Quanto ao princípio da igualdade a sua interpretação e aplicação levanta alguns problemas, agravados pela pouca jurisprudência do Conselho Constitucional a este respeito. Antes de mais convém dizer que os critérios de discriminação aventados pelo legislador constituinte são meramente exemplificativos, pois apesar de não ter utilizado as expressões: nomeadamente ou exemplificadamente¹⁹⁸, não poderemos nos esquecer de que de acordo com o art.º 43.º “os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais são interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos direitos do Homem e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.” Ora de acordo com a DUDH no seu art.º 2.º “todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente, de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento; ou de qualquer outra situação.” Ou como refere a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, no seu art.º 2.º “toda a pessoa tem direito ao gozo dos direitos e liberdades reconhecidos e garantidos na presente Carta sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de etnia, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação.” E no seu art.º 3.º n.º 1 “todas as pessoas beneficiam de uma total igualdade perante a lei.”

E isto é assim porque “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”¹⁹⁹

O princípio da igualdade orienta-nos a: tratar de forma igual o que é igual, e de forma diferente o que é diferente, de acordo com a medida da diferença. Evidentemente que tratar o que é diferente de forma igual constitui uma violação do princípio da igualdade e por outro lado exagerar no tratamento diferenciado, também viola o princípio da igualdade.

¹⁹⁸ A questão pode-se colocar no nosso ordenamento jurídico nos seguintes termos: poderemos discriminar alguém com base na sua orientação sexual? A resposta não pode deixar de ser negativa, pois de acordo com a DUDH os critérios de discriminação avançados são meramente exemplificativos. Apesar de não constar do texto constitucional a expressão “orientação sexual” não significa está aberta a porta á discriminação. Aliás é humanamente impossível ao legislador constituinte prever todos os factores possíveis de discriminação.

¹⁹⁹ Art.º 1.º da DUDH, deste ponto de vista expressões como a que contém a Lei 8/2003 de 19 de Maio (lei dos órgãos locais do estado) no seu art.º 47.º alínea c) que diz que são competências do Chefe do posto Administrativo “promover o desenvolvimento de actividades económicas, sociais e culturais, estimulando a ocupação de todos os cidadãos capazes, priorizando as camadas mais vulneráveis”. Ora todos somos iguais em dignidade, não há cidadãos capazes e cidadãos incapazes.

Ao legislador vinculado ao princípio da igualdade fica vedado a discriminação negativa e quanto á discriminação positiva carece de um fundamento ou autorização expressa ou implícita do legislador constituinte²⁰⁰.

²⁰⁰ Interessante neste aspecto é o chamado sistema de quotas, como refere ANDRADE MESQUITA, «d) sistema de quotas. – Os chamados *sistemas de quotas absolutos ou relativos* – levantam especiais problemas em matéria de concursos. Quando as quotas assumem carácter *absoluto ou rígido*, significa que se reservam lugares para pessoas com determinadas características. No sistema *relativo ou flexível* atribuem-se vantagens às pessoas beneficiadas, sem contudo as libertar da comparação com todos os outros. Através do sistema absoluto pode estabelecer-se, por exemplo que metade dos lugares disponíveis são necessariamente preenchidos por mulheres; no sistema relativo atribuir-se-iam às mulheres pontuações bonificadas, no sentido de lhes aumentar as hipóteses de se classificarem em lugares que permitissem a sua contratação.

Em ambos os casos consagra-se uma *discriminação positiva*, beneficiando algumas pessoas (mulheres, não-brancos, jovens, idosos, deficientes, etc.) simultaneamente com *discriminação negativa* de todos os outros, que ficam com menos lugares disponíveis.

O sistema de quotas absoluto é ilícito, porque viola o princípio da igualdade. Com efeito, ao reservar lugares para pessoas com determinadas características, permite-se que alguém muito pouco qualificado seja admitido no âmbito da sua quota, deixando de fora candidatos muito mais competentes, mas que concorrem aos lugares gerais. Não há uma proporção entre a desvantagem natural do candidato, que se pretende colmatar, e o bónus atribuído.

Esta orientação – de considerar as quotas absolutas inconstitucionais – foi sufragada pelo Supremo Tribunal Federal Norte-Americano, em 1978 (Regents of the University of California v Bakke). Embora o caso não diga respeito a matéria laboral, permitiu firmar jurisprudência sobre a matéria nos EUA, válida para vários sectores do ordenamento, pelo que se descrevem os factos mais relevantes.

Bakke, cidadão branco, tentou frequentar o curso de Medicina na Universidade da Califórnia (UC), em Davis. A UC tinha uma quota, correspondente a 16% das vagas, para uma classe de pessoas consideradas desfavorecidas (negros, latinos, asiáticos e índios). O objectivo - típico do sistema de quotas – consistia em facilitar o acesso a pessoas que, em virtude de um menor domínio do inglês e de reduzidas possibilidade de acesso ao conhecimento, eram constantemente ultrapassadas pelos anglo-saxónicos, fazendo com que houvesse uma grande desproporção entre o número de pessoas dos vários grupos étnicos na população em geral e na Universidade da Califórnia.

Bakke não conseguiu colocação através do contingente geral a que concorreu, mas os seus resultados nos testes foram superiores aos de alunos que entraram na quota reservada aos desfavorecidos. Deste modo, veio a Tribunal impugnar o concurso, dizendo-se discriminado pelo facto de ser branco. A sua argumentação, no fundo, assentava num raciocínio muito simples: se fosse negro, latino, asiático ou índio tinha entrado e, portanto, ficou fora da Universidade por ser branco.

Estando em causa a aplicação de uma regra da Constituição Norte-Americana – o *princípio da igualdade* -, o caso teve recurso até ao Supremo Tribunal Federal, que deu razão ao autor, considerando a discriminação inadmissível. Devem destacar-se alguns aspectos da decisão, tomada por uma maioria de cinco votos contra quatro. Em primeiro lugar, determinou a admissão do candidato excluído (Bakke), admitindo a execução específica; em segundo lugar, julgou inconstitucional o sistema de quotas absoluto e, em terceiro lugar, abriu a porta a sistemas flexíveis de discriminação positiva.

Para o *Supreme Court*, a licitude do sistema de quotas depende da sua justificação material, através da exacta proporção entre o benefício que se atribui e a desvantagem que se pretende ultrapassar. O sistema de quotas absoluto revela-se cego ás reais diferenças entre as pessoas, permitindo, como se disse, que alguém com capacidades muito limitadas consiga classificar-se, se houver poucas pessoas a concorrer no âmbito da sua quota. (...)

No *sistema de quotas flexível*- como se disse- atribui-se uma vantagem a um grupo de pessoas, por forma a colocá-las na situação em que estariam se não fossem desfavorecidas.

É fácil ver que o sistema flexível, teoricamente justificado, enfrenta dificuldades práticas porque, para não cair na ilicitude, o bónus oferecido não pode ultrapassar a desvantagem inerente ao candidato. A

necessidade de justificar objectivamente os benefícios atribuídos a alguns grupos tem mantido, nos EUA, a polémica quanto á licitude das quotas, mesmo depois do Acórdão Bakke.

Já em 2003 o Supremo Tribunal Federal proferiu dois Acórdãos (Gratz v Bollinger e Grutter v Bollinger) que vão seguramente contribuir para moldar os esquemas discriminatórios flexíveis. Ambos os casos referem-se á Universidade do Michigan – AnnArbor (UM), a mais prestigiada Universidade deste Estado Norte-Americano.

No primeiro dos casos, a matéria de facto é essencialmente a seguinte. A Universidade do Michigan atribui aos candidatos a estudos propedêuticos universitários (*undergraduate*), que sejam de raça negra, latina ou índia, um *bónus de vinte pontos* numa escala de avaliação de cento e cinquenta. Este acréscimo permite que os candidatos beneficiários ultrapassem, com alguma facilidade, os outros. Com efeito, os vinte pontos de bonificação excedem a pontuação máxima de uma das provas obrigatórias, o exame de admissão (*school admission test*).

O Supremo Tribunal dos Estados Unidos decidiu que esta política de admissões viola o princípio da igualdade, discriminando ilicitamente em virtude da raça. Isto essencialmente porque, ao não atender às características individuais de cada candidato, a atribuição automática de vinte pontos não está moldada de forma a ultrapassar reais desigualdades que algumas pessoas apresentem, nem a satisfazer qualquer outro interesse relevante. Em suma, o Tribunal entendeu que cabia á Universidade demonstrar que as distinções raciais atendiam às diferenças individuais de cada candidato, sendo aplicadas casuisticamente, á sua medida (*narrowly tailored*), e não de forma cega, apenas de acordo com a raça. Por outro lado, o facto – alegado pela Universidade – de realização de um programa de bónus que atenda às desvantagens reais de cada candidato, visando ultrapassá-las, colocar desafios quase insuperáveis a nível organizacional, não torna lícito o esquema utilizado. Acompanhamos, sem hesitações, esta decisão.

No segundo dos casos (Grutter v Bollinger) estava em causa o sistema de admissão á Faculdade de Direito da mesma Universidade (FDM), o qual, de resto, é semelhante ao de outras Universidades, como a de Harvard. A FDM, uma das melhores dos Estados, pretende recrutar, todos os anos, “uma diversidade de alunos de várias proveniências e com diferentes experiências”, que possam “contribuir para a aprendizagem daqueles que os rodeiam”. A selecção dos candidatos faz-se através das médias do liceu e de testes de admissão, e ainda de vários outros critérios, como a qualidade do liceu de proveniência e a breve dissertação elaborada pelo candidato. A Faculdade aplica ainda regras para atingir a diversidade cultural das turmas, tentando muito especialmente que fiquem incluídos cidadãos negros, hispânicos e índios.

Barbara Gruter, cidadã branca, concorreu á FDM e não foi admitida, embora tivesse boas classificações no liceu e no exame de admissão. Veio a intentar uma acção judicial, alegando violação do princípio da igualdade, dizendo que a Universidade utiliza a raça como um critério predominante de admissão. Todavia, não se fez prova desse facto. Pelo contrário, através de uma pormenorizada análise estatística, concluiu-se que a raça não é o factor predominante na forma de admissão á Faculdade, mas apenas um dos critérios (embora importante) a ter em conta para conseguir a diversidade cultural das turmas.

O Supremo Tribunal Federal decidiu – com quatro votos de vencido –, em primeiro lugar, que o *interesse em alcançar a diversidade das turmas justifica a utilização de critérios que atendam, nomeadamente, á raça na selecção dos alunos*. Considerou que “um programa de admissão tem que ser suficientemente flexível para tomar em consideração todos os aspectos relevantes da diversidade, sem esquecer as qualificações de cada candidato”. Este sistema, aplicado de “forma flexível, não mecânica”, conduziu a que o Tribunal tivesse decidido que “a utilização de critérios raciais talhados á medida, em decisões de admissão, para realizar o interesse constitucionalmente relevante (*compelling interest*) dos benefícios educacionais decorrentes da diversidade do corpo de estudantes, não viola (1) o princípio da igualdade perante a lei, inscrito no aditamento XIV á Constituição Norte-Americana, nem (2) o Código dos Estados Unidos, Título 42, §§ 1981 e 2000d” (ambos densificam a igualdade perante a lei).

(...) A vantagem oferecida tem de se revelar *adequada e proporcional para apenas ultrapassar a situação de desfavorecimento* do candidato, colocando-o numa posição de igualdade material. Pode atribuir-se um bónus num teste de cultura geral a pessoas com poucos recursos económicos, se se provar estatisticamente que, pela menor possibilidade de acesso á cultura, estão em inferioridade perante candidatos financeiramente beneficiados.» Assim MESQUITA, José Andrade, *Direito do Trabalho*, 2ª Edição, AAFDL, Lisboa, 2004, pág. 441.

De facto não se afigura fácil determinar “o que é igual” para efeitos da aplicação das normas constitucionais. Será violador da Constituição a isenção do pagamento de taxas para crianças do sexo feminino no ensino primário? E o critério de atribuição de bolsas que pontuam os candidatos de acordo com a origem?

A resposta não poderá deixar de ter em conta os seguintes factores: (1) a discriminação negativa é sempre proibida; (2) a discriminação positiva só é permitida pela Constituição. Toda a discriminação sem um mínimo de autorização constitucional deve ter-se por inconstitucional. Senão vejamos: quando a Constituição diz no seu art.º 37.º que “os portadores de deficiência gozam plenamente dos direitos consignados na Constituição e estão sujeitos aos mesmos deveres com ressalva do exercício ou cumprimento daqueles para os quais, em razão da deficiência, se encontrem incapacitados.” Autoriza a discriminação positiva que também decorre do próprio art.º 35.º pois tratar o desigual de forma igual é violar o princípio da igualdade. Contudo há um limite, alcançada a igualdade material, toda a discriminação positiva que o supere é inconstitucional. Através de um exemplo escolar, poderemos denotar este limite, se numa Instituição de Ensino são obrigatórias duas avaliações escritas, havendo um estudante cego, não poderá realizar as avaliações escritas mas poderá ser avaliado oralmente. Permitindo duas avaliações orais, estaremos a atingir a igualdade material, se permitirmos três avaliações aí já estaremos num campo de discriminação não permitido pelo legislador Constituinte.

Não podemos também discriminar as mulheres durante séculos e não permitir que neste momento possam ter condições para ultrapassar as desigualdades reais, que enfrentam, portanto a discriminação positiva será permitida até que se atinja a igualdade material.

Sobre o princípio JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS²⁰¹ referem que:

«Neste sentido, **a igualdade é, antes de tudo, igualdade na lei**, tendo por destinatários, desde logo, os próprios órgãos de criação do Direito. Esta lei pode ser lei de revisão constitucional. Ainda que o princípio da igualdade não conste (pelo menos, directamente) do art.º 288.º, tem de reputar-se bem mais definidor e estruturante do sistema jurídico-constitucional do que alguns dos princípios aí mencionados: ele é um limite material *implícito* da revisão constitucional e a sua preterição acarretaria uma derrogação ou quebra inadmissível. Todavia, na prática, os problemas põem-se, sobretudo e constantemente, a propósito da legislação ordinária. Toda a lei ordinária deve obedecer ao princípio, tanto nas suas precipitações imediatas de igualização e diferenciação como no seu conteúdo geral. E a lei deve não tanto enquadrar-se silogisticamente nos comandos da Constituição quanto adstringir-se aos seus fins. O arbítrio, a desrazoabilidade da solução legislativa, a sua inadequação ou desproporção revelam, de forma mais flagrante, a preterição. Não esgotam o objecto do juízo a cargo do órgão de controlo. Também pode ocorrer desvio de poder legislativo por infracção do princípio da igualdade.»

²⁰¹MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, ob. cit., Tomo I, pág. 221.

Se não restam dúvidas de que, o princípio da igualdade vincula todas as entidades públicas, mais problemática é a sua aplicação entre privados²⁰². A este propósito não podemos deixar de citar o art.º 39.º da CRM que sob a epígrafe, actos contrários á unidade nacional, diz que “todos os actos visando atentar contra a unidade nacional, criar divisionismo, situações de privilégio ou discriminação com base na cor, raça, sexo, origem étnica, lugar de nascimento, religião, grau de instrução, posição social, condição física ou mental, estado civil dos pais, profissão ou opção política, são punidos nos termos da lei.”

O art.º que contém uma mensagem clara ao legislador penal, não está isento de dúvidas. Que actos? Públicos ou privados? Ou públicos e privados? Quando contratamos uma empregada discriminando com base no sexo, será este um comportamento criminalizável? E quando contratamos com base no grau de instrução?

Do nosso ponto de vista é curial interpretar restritivamente o art.º 39.º confinando-o aos actos que visem atentar contra a unidade nacional, prejudicar a harmonia social e criar divisionismo. A não ser assim, estaríamos a desconsiderar o princípio da liberdade, o que não se coaduna com a consciência jurídica vertida no texto constitucional.

Outro princípio comum a todos os direitos fundamentais é o da tutela jurisdicional. Estabelece o art.º 58.º da CRM que “a todos é reconhecido o direito de exigir, nos termos da lei, indemnização pelos prejuízos que forem causados pela violação dos seus direitos fundamentais.” E n.º 2 do mesmo art.º assevera que “o Estado é responsável pelos danos causados por actos ilegais dos agentes, no exercício das suas funções, sem prejuízo do direito de regresso nos termos da lei.”

Esta tutela estende-se a todos os direitos fundamentais, quer sejam direitos, liberdades e garantias quer sejam direitos económicos, sociais e culturais. Obviamente que a Constituição poderia fazer referência ao Estado e demais entidades públicas.

Por sua vez estabelece art.º 62.º n.º 1 que “o Estado garante o acesso dos cidadãos aos tribunais e garante aos arguidos o direito de defesa e o direito á assistência jurídica e patrocínio judiciário.” O art.º 212.º reforça esta protecção dizendo que “os tribunais têm como objectivo garantir e reforçar a legalidade como factor da estabilidade jurídica, garantir o respeito pelas leis, assegurar os direitos e liberdades dos cidadãos, assim como os interesses jurídicos dos diferentes órgãos e entidades com existência legal.”

O art.º 70.º estabelece que “o cidadão tem o direito de recorrer aos tribunais contra os

²⁰² Questão que iremos analisar *infra*, a propósito da eficácia civil dos Direitos Fundamentais.

actos que violem os seus direitos e interesses reconhecidos pela Constituição e pela Lei.”

13.2 Regime específico dos direitos, liberdades e garantias

Por direitos, liberdades e garantias entende-se os chamados direitos *negativos* que impõe ao Estado um dever de não interferência, os chamados direitos de primeira geração ou primeira dimensão ou ainda os direitos de liberdade.

Não é pacífica a distinção entre direitos e liberdades e garantias. A este respeito JORGE MIRANDA²⁰³ refere que “os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias (...) As liberdades são formas de manifestação da pessoa; as garantias pressupõem modos de estruturação do Estado, as liberdades envolvem sempre a escolha entre *o facere* e *o non facere* ou entre agir e não agir em relação aos correspondentes bens, têm sempre uma dupla face – positiva e negativa; as garantias têm sempre um conteúdo positivo, de actuação do Estado ou das próprias pessoas.”

VIERA DE ANDRADE²⁰⁴ apesar de ver os direitos, liberdades e garantias como uma unidade diz que “são «garantias», porque contêm normas de competência ou regras de acção estadual que visam *proteger* outros direitos, que constituem, para este efeito, posições primárias: os direitos - «direitos», conceito normalmente utilizado quando se refere uma posição que tem como objecto *imediato* um *bem* específico da pessoa (vida, honra, liberdade física, nome, integridade); ou os direitos «liberdades», que designam e definem espaços de decisão individual livres da interferência estadual.”

Se a vida é um direito, a proibição da pena de morte é uma garantia do direito á vida, ninguém pode se arrogar do direito á proibição da pena de morte, mas sim ao direito á vida.

Trataremos aqui, do regime específico dos direitos, liberdades e garantias onde definitivamente consideramos ser importante a palavra do constituinte, no sentido de colocar o homem individual com a sua respectiva dignidade no centro de toda a ordem jurídica, como refere ASSUNÇÃO ESTEVES²⁰⁵ “a protecção dos direitos fundamentais depende essencialmen-

²⁰³ MIRANDA, Jorge, Manual. cit, Tomo IV, pág. 95.

²⁰⁴ DE ANDRADE, José Carlos Vieira, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1998, pág., 172.

²⁰⁵ ESTEVES, Maria da Assunção, *A constitucionalização do Direito de Resistência*, AAFDL, Lisboa, 1989, pág., 157.

te do sistema constitucional em que se inserem. Mas liga-se também a um conjunto de condições económicas, sociais, política e culturais que favorecem a sua realização. Tem a ver com uma determinada concepção do homem, da sociedade e do papel do Estado no reconhecimento dos valores da dignidade e da autonomia da pessoa.”

Ou como refere VIERA DE ANDRADE ²⁰⁶ “a garantia principal dos direitos fundamentais resulta deles próprios, do seu enraizamento na consciência histórico-cultural da humanidade e da sua tradução estrutural em cada sociedade concreta.” Portanto mais do alargar o catálogo dos direitos fundamentais necessário é enraizar os direitos fundamentais na consciência do povo, contudo não deixaremos, propor melhorias ao sistema já existente.

O art.º 56.º sob a epígrafe princípios gerais diz no seu n.º 1 que “os direitos e liberdades individuais são directamente aplicáveis, vinculam as entidades públicas e privadas, são garantidos pelo Estado, e devem ser exercidos no quadro da Constituição e das leis” a fórmula ao que tudo indica provém do art.º 18.º da Constituição Portuguesa que estabelece que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”

Contudo as diferenças são por demais evidentes: primeiro, na CRM as garantias estão fora do âmbito de protecção, a Constituição só faz referência aos direitos e liberdades; segundo na CRP todos os direitos, liberdades e garantias beneficiam desse regime (incluindo para certos autores os direitos análogos) enquanto na CRM só os direitos e liberdades individuais beneficiam de protecção (direitos como o direito de antena art.º 49, não são directamente aplicáveis e podem ser limitados pelo legislador ordinário sem necessidade de autorização do legislador constituinte).

Realmente não se percebe o porquê desta posição do legislador constituinte: talvez quisesse reforçar que doutrinalmente não vê os direitos colectivos como verdadeiros direitos fundamentais, seguindo a posição de VIERA DE ANDRADE²⁰⁷ para quem direitos como o direito de antena e os referentes aos meios públicos de comunicação, não são verdadeiros direitos fundamentais pois “nenhum destes preceitos consagra posições jurídicas subjectivas individuais, nem se destina a garanti-las, nem mesmo se refere imediatamente a uma ideia de Homem e á sua dignidade: estabelecem normas de organização política ou, quando muito, definem faculdades e competências de certas entidades no quadro de opções organizatórias.”

²⁰⁶ DE ANDRADE, José Carlos Vieira, ob. cit., pág., 313.

²⁰⁷ Idem, pág. 89.

Contrariamente o Prof. JORGE MIRANDA²⁰⁸ divisa nesses direitos um radical subjectivo e um sentido último de protecção da pessoa.

Quanto ao nosso legislador constituinte se quis tomar partido nesta “contenda” agiu mal duas vezes, pois se fala em direitos e liberdades individuais admite *a contrario sensu* os direitos e liberdades colectivos, por outro lado a interpretação deve ser deixada aos intérpretes, não é tarefa do legislador. Se essa individualidade é importante, porque não elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana²⁰⁹ como princípio fundamental da República?

Com a utilização da expressão “individual” o legislador constituinte afasta a aplicação do regime dos direitos, liberdades e garantias á liberdade de imprensa, art.º 46.º que estabelece que “a liberdade de imprensa compreende nomeadamente, a liberdade de expressão e de criação dos jornalistas, o acesso ás fontes de informação, a protecção da independência e do sigilo profissional e o direito de criar jornais, publicações e outros meios de difusão.” Afasta também a aplicação do regime ao direito de antena, de resposta e de réplica política, art.º 49.º que diz que “os partidos políticos têm o direito a tempos de antena nos serviços públicos de radiodifusão e televisão, de acordo com a sua representatividade e segundo critérios fixados na lei.” Os direitos das organizações sociais art.º 78.º também não gozam da protecção constitucional do art.º 56.º.

Por outro lado há direitos, que por não haver autorização do legislador constituinte para estender o regime a direitos análogos não gozam desta protecção, assim o direito á livre escolha da profissão (art.º 84 n.º 2), o direito á greve.

Percebemos a importância da individualidade tanto é que definimos Direitos Fundamentais como *permissão normativo-constitucional específica de aproveitamento da dignidade da pessoa humana* contudo o regime dos direitos, liberdades e garantias deveria ser estendido a direitos que apesar de não se reportarem directamente a um bem da pessoa, são também instrumentos necessários ao controlo e limitação do poder do Estado.

Como refere VIERA DE ANDRADE²¹⁰ “outro elemento característico do direito subjectivo fundamental será a sua *individualidade*, ou seja, a possibilidade da sua referência a homens individuais. Em rigor, só os indivíduos poderiam ser titulares (sujeitos activos) de direitos fundamentais, pois a dignidade humana que os fundamenta só vale para as pessoas

²⁰⁸ MIRANDA, Jorge, Manual. cit, Tomo IV, pág. 81.

²⁰⁹ Assim, GDI, INSTITUTO DE APOIO Á GOVERNAÇÃO E DESENVOLVIMENTO, *Proposta de revisão constitucional para boa governação*, CIEDIMA, Maputo, 2011, pág. 215.

²¹⁰ DE ANDRADE, José Carlos Vieira, ob. cit., pág., 173.

físicas (pessoas humanas) e não para as pessoas jurídicas ou colectivas.”

O Conselho Constitucional no seu acórdão 3/CC/2011 refere que “o direito de recorrer aos tribunais, porque inserido no capítulo III do Título III da Constituição, integra, inequivocamente, a categoria de “direitos, liberdades e garantias individuais” e consequentemente, sujeita-se ao regime específico estabelecido no artigo 56 da Constituição, do qual importa destacar os seguintes princípios: (i) aplicabilidade directa dos preceitos consagradores dos direitos, liberdades e garantias; (ii) vinculatividade das entidades públicas e privadas; (iii) proibição do excesso, implícita no imperativo de se justificar a limitação daqueles direitos apenas com base na necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (iv) reserva de lei formal para limitação do exercício dos mesmos direitos; e (v) exigência de autorização constitucional expressa para a sua limitação através de lei.”

Não podemos deixar de tecer alguns comentários a esta passagem do acórdão. Apesar da epígrafe do art.º 56.º fazer referência aos direitos, liberdades e garantias individuais, o número 1 do art.º só faz referência aos direitos e liberdades individuais, se o Conselho Constitucional faz interpretação extensiva é preciso explicitar que o legislador constituinte disse menos do que aquilo que pretendia dizer, pois no número 3 do mesmo art.º já faz referência às garantias, será legítimo interpretarmos o art.º no sentido de “esquecimento” do legislador constituinte? Não nos podemos esquecer que na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.

Do Conselho Constitucional parece decorrer que a inserção no capítulo III do título III é *conditio sine qua non* para que estejamos perante direitos e liberdades individuais. A utilização da expressão “inequivocamente” não poderia a nosso ver, ter sido menos infeliz, pois como vimos supra há direitos como o direito de antena que não verdadeiros direitos fundamentais.

Por outro lado o acórdão faz alusão á “aplicabilidade directa dos preceitos consagradores dos direitos, liberdades e garantias”, utilizando a expressão que é quase semelhante ao utilizado pela Constituição Portuguesa que fala dos “preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias”. Ora a constituição Moçambicana só faz referência aos direitos e liberdades individuais. Não se trata de um preciosismo linguístico, caso o Conselho Constitucional interprete desta forma o art.º não o pode deixar implícito, além do mais *jura novit cúria*.

A próxima revisão da Constituição não poderá a nosso ver deixar de alterar o art.º 56.º n.º 1 passando a estipular: “os direitos liberdades e garantias são directamente aplicáveis, vinculam as entidades públicas e privadas, são garantidos pelo Estado, e devem ser exercidos no quadro da Constituição e das leis”. Com a expressão garantias estendemos o regime material dos direitos, liberdades e garantias por exemplo às garantias do direito vida nomeadamente a proibição de extradição por crimes a que corresponda na Lei do Estado requisitante pena de morte ou prisão perpetua, art.º 67.º n.º 3.

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS²¹¹ referem que “a ideia de aplicabilidade directa assume-se estruturalmente como um princípio e, portanto, como uma *vocação* das normas constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias, mas que não pode dispensar uma análise casuística, cujo resultado é muitas vezes diferenciado em função da tipologia das normas constitucionais, da densidade e determinabilidade do seu conteúdo, e das funções jusfundamentais que desempenhem.”

Portanto apesar de a Constituição estabelecer que os direitos e liberdades são directamente aplicáveis, só assim será se as normas que atribuam esses direitos e liberdades forem exequíveis por si mesmos. Por exemplo a objecção de consciência, não é directamente aplicável, o legislador constituinte limita-se a adiantar que a é garantido o direito á objecção de consciência nos termos da lei, o conteúdo terá que ser densificado pelo legislador ordinário.

O Conselho Constitucional no seu acórdão 3/CC/2011 refere que²¹² “o princípio da aplicabilidade directa, se bem que envolve a *eficácia imediata* dos preceitos constitucionais consagradores de direitos, liberdades e garantias, nem sempre implica a *exequibilidade imediata* desses preceitos (...)

Sobre a aplicabilidade directa GOMES CANOTILHO²¹³ elucida “os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via directa da Constituição e não através da *auctoritas interpositio* do legislador.” Por sua vez VIERA DE ANDRADE²¹⁴ diz que a aplicabilidade directa e imediata “significa a afirmação do carácter *jurídico-positivo* e não meramente programático (proclamatório) dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias.”

²¹¹ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, ob. cit., Tomo I, pág. 319.

²¹² CONSELHO CONSTITUCIONAL, Acórdão n.º 3/CC/2011, publicado no Boletim da República I Série, n.º 41, 4º Suplemento de 18 de Outubro de 2011.

²¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, cit., 7ª Edição, pág. 438.

²¹⁴ DE ANDRADE, José Carlos Vieira, ob. cit., pág., 254.

Outro princípio contido na enunciação do art.º 56.º é o da vinculação das entidades públicas. Não é um princípio fácil de entender uma vez que temos o art.º 2.º n.º 2 que diz que “o Estado subordina-se á Constituição e funda-se na legalidade” ou o art.º 38.º que diz que “os actos contrários ao estabelecido na Constituição são sujeitos á sanção nos termos da lei”. Portanto as entidades públicas estão vinculadas não só aos direitos, e liberdades individuais, mas a todas as normas da Constituição. Portanto terá que se buscar um alcance mais profundo á vinculação das entidades públicas.

A este respeito VIERA DE ANDRADE²¹⁵ diz que “a afirmação de que os preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias vinculam as entidades públicas, para não ser uma banalidade, deve ser entendida como um reforço do carácter obrigatório daqueles preceitos. Referindo a vinculação aos «agentes» públicos e não apenas á actividade, sublinha-se a existência de um *dever específico* de respeito e de promoção dos direitos fundamentais.”

Todas as entidades públicas estão vinculadas aos direitos e liberdades individuais independentemente da forma jurídica da sua actuação. Um órgão do Estado quando celebra um contrato de arrendamento despido do *ius imperii* não se pode furtar a esta obrigação. Recentemente quando se falava da adesão de Moçambique á jurisdição do Tribunal Penal Internacional, prudentemente a Presidente da Assembleia da República respondeu que seria violador da nossa Constituição nos termos em que se encontra escrita, isto é respeitar a vinculação das entidades públicas.

Nenhum órgão se pode furtar desta obrigação, seja da administração directa, indirecta ou autónoma.

Mais problemática vem a ser o princípio da vinculação das entidades privadas. Digladiam-se a este respeito duas teorias: a *teoria da eficácia mediata* e a *teoria da eficácia imediata*. Para a primeira teoria os direitos fundamentais aplicam nas relações entre privados através da transposição nas normas de direito civil feita pelo legislador. Para a segunda, os direitos fundamentais aplicam-se directamente nas relações entre os privados sem a necessidade de transposição do legislador civil.

São várias as questões que se poderão colocar a este respeito. Poderá alguém discriminar com base na cor, ou no sexo quando contrata empregados domésticos? Poderá um partido político impedir a inscrição como membro de alguém que já foi filiado noutra partido

²¹⁵ DE ANDRADE, José Carlos Vieira, ob. cit., pág., 264.

político? Enfim do confronto entre o princípio da igualdade e o princípio da iniciativa privada, qual deles prevalece?

Não se afigura fácil a resposta, sobretudo tendo em conta que na sua origem os direitos fundamentais surgem como direitos oponíveis ao Estado, exigindo deste a não interferência ou seja uma obrigação negativa. A este propósito MENEZES CORDEIRO²¹⁶ afirma que “deve ter-se presente que os direitos fundamentais, na sua efectivação, traduzem, com frequência um peso ou um sacrifício *para outrem*. Ora, tal peso deve ser distribuído *por toda sociedade*, através do Estado, não podendo concentrar-se numa *única pessoa*: isso iria, aliás, contra a própria igualdade.” Por outro lado e como referem JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS²¹⁷ “nem se compreenderiam uma sociedade e uma ordem jurídica em que o respeito da dignidade e da autonomia da pessoa fosse procurado apenas nas relações com o Estado e deixasse de o ser nas relações das pessoas entre si. Não basta limitar o poder político, é preciso também assegurar o respeito das liberdades de cada pessoa pelas demais pessoas e agentes sociais.”

Nos dias de hoje, mais do que preferir entre uma teoria e outra a solução deverá ser vista caso a caso, direito a direito. GOMES CANOTILHO²¹⁸ a este respeito, afirma que “esta eficácia, para ser compreendida com rigor, deve ter em consideração a *multifuncionalidade* ou *pluralidade de funções dos direitos fundamentais*, de forma a possibilitar soluções diferenciadas e adequadas, consoante o «referente» de direito fundamental que estiver em *causa no caso concreto*.”

Assim sendo a maioria dos direitos de participação política não são oponíveis aos particulares, mas direitos como a vida, integridade física, liberdade de expressão, inviolabilidade do domicílio e da correspondência, já poderão ser oponíveis nas relações entre os privados.

No que concerne á aplicação do princípio da igualdade, nas relações entre privados (iguais) não estão estes vinculados ao respeito do princípio da igualdade prevalecendo a autonomia privada, contudo a autonomia privada não poderá ser exercida em violação ou em prejuízo da dignidade da pessoa humana. Por outras palavras, prevalece a autonomia privada, mas esta não poderá ser usada como pretexto para ferir a dignidade da pessoa humana. Somos livres de contratar com quem quisermos, mas não podemos criar a expectativa de um negócio

²¹⁶ CORDEIRO, António Menezes, ob. cit. pág. 209.

²¹⁸ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, ob. cit., Tomo I, pág. 333.

²¹⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito*, cit., 7ª Edição, pág. 1289.

com outrem para depois desistir invocando por exemplo a cor partidária, ou a raça do outro contratante.²²⁰

A utilização da expressão “entidades privadas” não pode ser interpretada no sentido de afastamento da aplicação dos direitos e liberdades individuais nas relações entre privados (iguais), nessa relação como dissemos supra dever-se-á olhar para os interesses em jogo e para o próprio direito fundamental em causa, aplicando-se casuisticamente.

Outro princípio igualmente estabelecido pelo legislador constituinte no art.º 56.º é o princípio da proporcionalidade. Este princípio que tem levantado alguns problemas no nosso ordenamento jurídico, foi reconhecido expressamente pelo Conselho Constitucional no seu acórdão 3/CC/2011, que fala em princípio da proibição do excesso, “implícita no imperativo de se justificar a limitação daqueles direitos apenas com base na necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

O IAGD defende que o nº do art.º 56.º “está longe de traduzir a tríplice dimensão do princípio da proporcionalidade limitando-se á mera adequação da restrição ao fim almejado (preterição de um direito ou interesse em benefício de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido). Ora, o princípio da proporcionalidade deve ser entendido no seu sentido lato, ou seja na sua tríplice dimensão da adequação (idoneidade), necessidade (exigibilidade) e proporcionalidade *stricto sensu* (razoabilidade).²²¹

²²⁰ MENEZES CORDEIRO, diz que «há, pois que distinguir, sob as construções linguísticas jussubjectivantes, o sentido de certos direitos fundamentais: quando *dirijam comandos aos Estado*, não cabe, deles, extrapolar regras directas para os particulares. Nos restantes casos, os direitos fundamentais podem ser directamente atendidos, em termos civis, tanto mais que eles apenas tendem a reforçar posições já consagradas, *maxime* pelo Direito da Personalidade. Ainda aí, no entanto, com as limitações que lhes restituam o seu verdadeiro sentido normativo e designadamente:

- Com adequação axiológica;
- Com adequação funcional;

A *adequação axiológica* recorda que os direitos fundamentais não acautelam, somente, certos valores; antes o fazem por *forma adequada* ou, noutra prisma, perante *violações que considerem adequadas*. Apenas nessa dimensão eles podem surtir efeitos civis. Por exemplo, a recusa em celebrar um contrato – *máxime* de prestação de serviço ou de trabalho – pode pôr em perigo a vida ou a integridade da outra parte; mas o *direito á vida*, como fundamental que é, não exige, aqui a celebração do contrato (em principio) por não haver adequação axiológica em tal dimensão.

A *adequação funcional* obriga a atinar nas próprias violações em si: também estas podem situar-se no termo de funções estranhas ao direito fundamental considerado, quer por conflitos de deveres em que este ceda – por exemplo, o soldado na guerra pode matar e, provavelmente, deverá mesmo fazê-lo – quer por simples alheamento ou desconexão – por exemplo, a pessoa que professasse uma religião que proibisse o trabalho não poderia, legitimamente, receber sem trabalhar, em nome da liberdade de consciência. Assim CORDEIRO, Menezes, ob. cit. pág. 210.

²²¹ INSTITUTO DE APOIO Á GOVERNAÇÃO E DESENVOLVIMENTO, *Proposta.*, cit. Pág. 224.

Concordamos com a posição do IAGD é necessário clarificar²²² o texto do art.º 56.º n.º 2, mas por uma questão de certeza e segurança jurídicas. O que não concordamos é que do actual texto constitucional não se possa inferir o princípio na sua tríplice dimensão. Primeiro mais do que decorrente dos textos legais e ou constitucionais a tríplice vertente do princípio da proporcionalidade provém de desenvolvimentos doutrinários a esse respeito (assim, por exemplo em Portugal onde o art.º 18.º n.º 2 da Constituição estipula que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” não se pode daí intuir, que o princípio só consagra a vertente da necessidade, o que o comprova várias decisões do Tribunal Constitucional por exemplo no acórdão 634/93 onde o TC²²³ afirma a subdivisão do princípio em “três subprincípios: princípio da adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio adequado para prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); princípio da exigibilidade (essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato); princípio da justa medida, ou proporcionalidade em sentido estrito (não poderão adoptar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos).”

Por outro lado o art.º 283.º fala em dever de respeitar o princípio da proporcionalidade em estado de necessidade. Ora se nos estados de excepção constitucional o Estado tem de respeitar o princípio da proporcionalidade, mal seria se em estado de normalidade constitucional não tivesse esse dever. Por último e com GOMES CANOTILHO²²⁴ o princípio da proibição do excesso é “um subprincípio densificador do Estado de direito democrático”.

Na restrição dos direitos, liberdades e garantias ao legislador ordinário se exige o exercício de: primeiro seleccionar de entre as medidas possíveis, aquelas que forem idóneas a atingir o fim pretendido, uma medida é adequada quando se apresente idónea para alcançar o fim pretendido; segundo de entre as medidas idóneas o legislador deve optar por aquelas, que

²²² Assim o art.º passaria a estipular que “ a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário, proporcional e razoável para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. INSTITUTO DE APOIO Á GOVERNAÇÃO E DESENVOLVIMENTO, Proposta., cit. Pág. 285.

²²³ Disponível em www.dgsi.pt

²²⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, cit., 7ª Edição, pág. 457.

se considerem menos lesivas aos direitos, liberdades e garantias, assim a medida só é necessária se de entre as que forem idóneas para alcançar os fins pretendidos, for aquela que é menos prejudicial aos direitos, liberdades e garantias; por fim é racional (proporcionalidade *stricto sensu*) se de entre os efeitos pretendidos, for aquela que numa análise de custo benefício, for aquela que se apresente mais equilibrada.

Outro princípio também enunciado pelo art.º 56.º é o princípio da reserva de lei formal, também referido no acórdão 3/CC/2011 do Conselho Constitucional como “reserva de lei formal para a limitação do exercício dos mesmos direitos.” Infelizmente o CC não densifica o seu entendimento sobre este princípio. *Supra* já defendíamos de que no rol das competências legislativas da Assembleia da República, deverá conter um alínea no âmbito das competências exclusivas desta, para legislar sobre a matéria dos direitos, liberdades e garantias. Ora, nos termos em que se encontra a Constituição perguntamos: pode o Governo legislar com autorização da Assembleia sobre os direitos, liberdades e garantias? O que significa reserva de lei formal?

A este propósito GOMES CANOTILHO²²⁵ refere que “os direitos, liberdades e garantias só podem ser restringidos por *lei*. Articulando o art.º 18º/2 com outros preceitos da Constituição (arts. 162.º/2, 164.º e 165.º) (normas sobre a competência legislativa da Assembleia da República), a exigência da forma de lei para a restrição de direitos, liberdades e garantias (art.º 165.º/1 –c) reafirma a ideia do Parlamento como órgão “amigo” das liberdades, e da “reserva de lei do Parlamento” como instrumento privilegiado da defesa dos direitos, mesmo quando está em causa a própria restrição desses direitos.” Contudo não podendo em Moçambique o Governo legislar sem autorização da Assembleia da República, as soluções nos dois ordenamentos acabam por ser iguais, com a ressalva de, se a próxima revisão da Constituição criar um campo onde o Governo possa legislar sem autorização, acabará por levar consigo a possibilidade de legislar sobre os direitos, liberdades e garantias, caso esta não conste do rol das competências exclusivas da Assembleia da República.

Diz o art.º 56.º n.º 2 que “a lei só pode limitar os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição.” GOMES CANOTILHO²²⁶ diz que “esta **autorização de restrição** expressa tem como objectivo obrigar o legislador a procurar sempre nas normas constitucionais o *fundamento concreto* para o exercício da sua competência de restrição de direitos, liberdades e garantias visa criar *segurança jurídica* nos

²²⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, cit., 7ª Edição, pág. 453, sublinhado nosso.

²²⁶ Idem, pág. 452.

cidadãos, que poderão contar com a inexistência de medidas restritivas de direitos fora dos casos expressamente considerados pelas constitucionais como sujeitos a reserva de lei restritiva.”

A este respeito podemos distinguir duas situações: aquela em que o próprio legislador constituinte limita²²⁷ o direito e aquela em que ele remete para o legislador ordinário.

No primeiro caso podemos citar o art.º 48.º n.º 6 que estipula “o exercício dos direitos e liberdades referidos neste artigo é regulado por lei com base nos imperativos do respeito pela Constituição e pela dignidade da pessoa humana” assim a Constituição proíbe o exercício da liberdade de expressão quando esta tem como finalidade a ofensa á dignidade da pessoa humana. Também o art.º 52.º proíbe as associações armadas de tipo militar ou paramilitar e as que promovam a violência, o racismo, a xenofobia ou que prossigam fins contrários á lei, limitando assim a liberdade de associação. O art.º 77.º veda aos partidos políticos a preconização ou recurso á violência armada para alterar a ordem política e social do país.

No segundo caso a Constituição remete para o legislador ordinário, o que não significa um cheque em branco para limitar os direitos e liberdades, como veremos de seguida. O art.º 59.º diz que “na República de Moçambique, todos têm direito á segurança, e ninguém pode ser preso e submetido a julgamento senão nos termos da lei.” Lido *a contrario* nos termos da lei é possível prender e submeter a julgamento. O art.º 68.º n.º 2 diz que “a entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formalidades previstas na lei. Ora o legislador constituinte expressamente admite a limitação da inviolabilidade do domicílio, mas avança alguns critérios, se for decretada pelo Ministério Público haverá inconstitucionalidade.

Caso a caso, artigo a artigo o legislador ordinário terá de buscar a justificação constitucional, para limitar um direito, liberdade e garantia e caso a autorização exista, terá de respeitar os termos em que a limitação é proposta, pelo constituinte.

²²⁷Note-se que estamos aqui a falar, como fala o legislador constituinte em limitação e não em suspensão ou supressão. A este respeito e questionando os meus alunos sobre esta matéria, perguntava-lhes: um preso tem direito a liberdade? A resposta girava em torno de: sim mas quando acabar o cumprimento da sua pena, durante o cumprimento da pena não tem liberdade. Ora com a prisão limita-se a liberdade, não se suprime a mesma, ela passa a existir noutros moldes manifestando-se de formas diversas como o direito aos chamados na gíria de “banhos de sol”. Aliás tanto assim é, que o mau comportamento dentro das celas, normalmente é sancionado com uma limitação ainda maior do direito á liberdade (as chamadas solitárias). Obviamente que só se podem limitar direitos relativos e não os absolutos. Se pode existir mais ou menos liberdade, nunca poderá haver mais ou menos vida, a vida é um bem absoluto. A existência de uma liberdade apenas limitada é também decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana.

O art.º 56.º n.º 2.º fala em limites, mas será essa terminologia correcta? Não deveria antes falar em restrições, estipulando que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição”?

A respeito desta distinção, JORGE MIRANDA²²⁸ afirma: “a restrição tem que ver com o direito em si, com a sua extensão objectiva; o *limite* ao exercício de direitos contende com a sua manifestação, com o modo de se exteriorizar através da prática do seu titular. A restrição afecta certo direito (em geral ou quanto a certa categoria de pessoas ou situações), envolvendo a sua compressão ou, doutro prisma, a amputação de faculdades que *a priori* estariam nele compreendidas; o limite reporta-se a quaisquer direitos. A restrição funda-se em razões específicas; o limite decorre de razões ou condições de carácter geral, válidas para quaisquer direitos (a moral, a ordem pública e o bem estar numa sociedade democrática, para recordar de novo o art.º 29 da Declaração Universal).”

Como conclui o Conselho Constitucional no acórdão que vimos citando “o artigo 184 da Lei do Trabalho é materialmente inconstitucional, porque, sem autorização constitucional expressa, nos termos dos nºs 2 e 3 do artigo 56 da Constituição, limita, no domínio das relações individuais de trabalho, o direito de recorrer aos tribunais, reconhecido ao cidadão pela norma do artigo 70, conjugada com a norma constante da primeira parte do n.º 1 do artigo 62, ambos da Constituição.”

Quando o art.º 56.º n.º 4 vem dizer que “as restrições legais dos direitos e das liberdades devem revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo” só podemos concluir que o legislador constituinte utiliza as expressões, restrição e limite, como sinónimos.

Do nosso ponto de vista é necessário, na nossa ordem jurídica um maior labor doutrinário e jurisprudencial na tentativa de densificação do conceito de restrição, utilizado pelo legislador constituinte. Como se pode, ler no acórdão 3/CC/2011 na parte do relatório “em conclusão, o juiz *a quo* considera que “não carece a norma do artigo 70 da Constituição da República de Moçambique de qualquer *interpositio legislatoris* para ser aplicada ou fundamentar directa e autonomamente o recurso ao tribunal; não há fundamento constitucional para se condicionar o acesso ao tribunal á prévia realização da mediação; a norma do artigo 184 da Lei do Trabalho traduz uma condição ao exercício do direito consagrado no artigo 70 da Constituição da República de Moçambique e não propriamente uma restrição, o que não é consentâneo com a Constituição.

²²⁸ MIRANDA, Jorge, *Manual*. cit., Tomo IV, pág. 329.

Ora o que a Constituição proíbe são as restrições, e o juiz a *quo* reconhece não estarmos perante uma restrição (obviamente que o Conselho Constitucional não está adstrito á interpretação feita por este). O Conselho Constitucional de certa forma, não se quedou alheia ao problema quando diz que “às limitações legais ao acesso á jurisdição laboral, constantes do artigo 184 da Lei do Trabalho, falta o necessário amparo constitucional, face ás disposições conjugadas dos nºs 2 e 3 do artigo 56 da Constituição. Com efeito, essas limitações atingem o conteúdo juridicamente protegido do direito-garantia de acesso aos tribunais, sem qualquer autorização constitucional expressa, e nem podem ser consideradas como “*limites imanes*” ou decorrentes do próprio direito de recorrer aos tribunais.”

Deste ponto de vista é constitucional sujeitar o direito de manifestação a autorização prévia administrativa? A resposta não pode deixar de ser positiva, pois a autorização não é uma restrição do direito mas sim um condicionamento ao seu exercício.

Olhando para alguns acórdãos citados por JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS²²⁹ a propósito das restrições, podemos denotar a importância da correcta delimitação da figura das restrições, senão vejamos:

«No que toca ao **direito de queixa ao provedor de justiça dos agentes da PSP**, a exigência legal de prévia exaustão da via hierárquica da reclamação e recurso não incorpora, em rigor, uma restrição ao direito, mas tão-somente uma regulamentação do seu exercício. A faculdade de os agentes em causa “se queixarem ao Provedor não é afectada no seu conteúdo substantivo, não é reduzida ou amputada de qualquer das suas dimensões (...). O que se faz é simplesmente «condicionar» o exercício do direito do direito”, para o que não é necessário autorização constitucional expressa (Ac. n.º 103/87).

A propósito do **direito de acesso á função pública e da liberdade de profissão**, pronunciou-se ainda o Tribunal Constitucional no sentido de que “a sujeição a autorização do órgão de direcção da instituição para leccionar em estabelecimentos privados ou cooperativos, com a imposição de um limite horário de acumulação de serviço, são condicionamentos do exercício da actividade docente”. Consequentemente não havendo “qualquer tipo de restrição a um direito, liberdade e garantia (...), falta o pressuposto de aplicação do regime material consagrado no art.º 18.º”, não cabendo assim “fazer a análise da proporcionalidade da eventual restrição” (Ac. n.º 367/99)

Relativamente ao **direito de acesso aos tribunais e a outros direitos que, de alguma forma, dele dependem directamente** (direito ao reconhecimento da paternidade, direitos de defesa em processo penal, direito a uma tutela jurisdicional efectiva), é comum a afirmação segundo a qual a fixação (ou a redução) de prazos (processuais ou substantivos) se traduz apenas no estabelecimento de condições de exercício. Assim, a fixação por lei de um prazo de caducidade do direito de acção de investigação da paternidade não implica qualquer restrição de um direito, liberdade e garantia, consubstanciando, no plano estrutural, um condicionamento a que tem de obedecer o seu exercício e que, numa perspectiva material, respeita um critério de adequação e proporcionalidade (Ac. 99/88). Do mesmo modo, a norma que reduz para metade os prazos previstos no Código de Processo Penal quando se trate de crimes de imprensa “não contém nenhuma restrição, mas simplesmente uma regulamentação de um aspecto do exercício do direito de defesa em processo penal (Ac. 186/

²²⁹ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, ob. cit., Tomo I, pág. 355.

92). E na mesma linha, entendeu-se que um regime específico de prescrição dos créditos resultantes do contrato de trabalho não é inconstitucional, porquanto “o direito de acesso aos tribunais não é violado pela simples fixação de um prazo (seja de prescrição ou, antes de caducidade) para o seu exercício. Essa violação só existirá se o prazo fosse *desadequado e desproporcionado* (...) em termos de dificultar gravemente o exercício daquele direito, uma vez que, em tal caso, estar-se-ia perante uma *restrição* (...) e não face a um simples *condicionamento* ao exercício do direito” (Ac. n.º 140/94). Por fim, sustentou o Tribunal que a fixação em 15 dias do prazo de impugnação contenciosa de um tipo de actos administrativos não restringe o direito ao recurso contencioso, antes regulamentando o seu exercício. Por isso, não é necessário observar a exigência do artigo 18.º, n.º 2, relativa á existência de credencial constitucional expressa, mas apenas o princípio da proporcionalidade (Ac. 92/2001, com outras referencias jurisprudenciais)»

Como se pode ver o acórdão do Conselho Constitucional, suscita muitas duvidas e a nosso ver, só poderia ter declarado a inconstitucionalidade caso por exemplo as custas da mediação fossem de tal forma desproporcionais de evitar a dificultar depois o acesso aos tribunais. Contudo não nos poderemos esquecer, que foi uma declaração de inconstitucionalidade em processo de fiscalização concreta, com efeitos no caso julgado, portanto veremos como a questão será decidida noutro fórum.

A exigência de generalidade e abstracção²³⁰ é facilmente perceptível. Uma lei é geral quando for indeterminável á partida o número de pessoas a que irá abranger, sendo abstracta quando for indeterminável o número de casos a que irá aplicar.

Como referem JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS²³¹“ (...) **ao impor desde logo o carácter geral e abstracto das leis restritivas, o legislador constituinte quis evitar submeter a aferição da validade dessas mesmas leis às incertezas próprias do controlo dos princípios constitucionais** e às margens de tolerância que nesse domínio são concedidas ao legislador democrático.”

Outro princípio característico do regime dos direitos, liberdades e garantias é a limitação da possibilidade de suspensão nos casos de estado de sítio e de emergência. A este respeito diz o art.º 72.º que “as liberdades e garantias individuais só podem ser suspensas ou limitadas temporariamente em virtude de declaração do estado de guerra, do estado de sítio ou do estado de emergência nos termos estabelecidos na Constituição.” E o n.º 2 do mesmo art.º diz “sempre que se verifique suspensão ou limitação de liberdades ou de garantias elas têm um carácter geral e abstracto e devem especificar a duração e a base legal em que assenta.” _____

²³⁰Quando se diz por exemplo que quem matar uma pessoa está sujeito a pena de x a y, não se pode determinar quem irá matar outrem e como, em que situação irá matar, isto é pois indeterminável. A utilização de expressões como “quem” ou “todos” não reputa a norma de geral, pois se eu disser, quem estiver a presidir um partido político por mais de dez anos é obrigado a renunciar, não se trata de uma norma geral.

²³¹MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, ob. cit., Tomo I, pág. 384.

Por sua vez estipula o art.º 286.º que “a declaração do estado de sítio ou de emergência em nenhum caso pode limitar ou suspender os direitos á vida, á integridade pessoal, á capacidade civil e á cidadania, á não retroactividade da lei penal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de religião.”

Estranhamente o art.º 72.º abre a possibilidade de suspensão ou limitação dos direitos em estado de guerra, a questão não se coloca quando concomitantemente se declare o estado de sitio, contudo pensamos que o legislador constituinte foi longe demais, devendo deixar esta matéria para as normas internacionais aplicáveis a este respeito.

Aponta-se também o direito de resistência como fazendo parte do regime dos direitos liberdades e garantias, estipulado no art.º 80.º da Constituição que estipula que “o cidadão tem o direito de não acatar ordens ilegais ou que ofendam os seus direitos, liberdades e garantias.”

ASSUNÇÃO ESTEVES²³² diz que “o direito de resistência, como meio de auto-tutela dos direitos, liberdades e garantias, tem lugar, sobretudo, ao nível das relações da Administração com os particulares.”

Por sua vez, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS²³³ distinguem quanto á fonte da agressão: “a resistência a acto da autoridade pública (o *direito de resistência*, no sentido mais antigo e restrito do termo), e a resistência a agressões privadas (direito de legitima defesa ou, mais latamente, de auto tutela privada” e quanto á natureza “a resistência passiva corresponde fundamentalmente á desobediência a ordens e pode ser negativa (não fazer o que é imposto), como positiva (fazer o que é vedado, ou seja, exercer o direito ameaçado), e resistência defensiva corresponde substancialmente a repelir a agressão a direitos, quer ela venha de agentes de autoridade pública, quer de particulares.”

O nosso legislador só se preocupou com a resistência a ordens ilegais ou que ofendam os direitos, por parte das autoridades.

Por fim e para completar este regime temos a proibição de alteração da constituição, que já vimos *supra*.

Antes de falarmos dos direitos económicos, sociais e culturais, abordaremos um direito liberdade e garantia, fora do catálogo desses direitos.

²³²ESTEVES, Maria da Assunção, ob. cit., pág., 226.

²³³MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, ob. cit., Tomo I, pág. 462.

13.2.1 Recurso Contencioso de actos administrativos

A Constituição no seu art.º 249.º sob a epígrafe “princípios fundamentais” diz que “a Administração Pública serve o interesse público e na sua actuação respeita os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos” (princípio do respeito pelo direitos fundamentais), por sua vez estipula o art.º 253.º n.º 3 que “é assegurado aos cidadãos interessados o direito ao recurso contencioso fundado em ilegalidade de actos administrativos, desde que prejudiquem os seus direitos.” Eis a nosso ver, um direito, liberdade e garantia que suscita algumas questões no que concerne á sua materialização. Faremos um breve excurso, para perceber as questões que se levantam a propósito deste artigo.

Uma das principais características do sistema de administração judiciária é a *Sujeição da Administração aos Tribunais comuns*. Como refere MARCELLO CAETANO²³⁴, nenhuma autoridade pode “invocar privilégios e imunidades visto haver uma só medida de direitos para todos, uma só lei para funcionários e não funcionários, um só sistema para o Estado e para os particulares”. Por outro lado a Administração está sujeita *ao direito comum*, inexistindo um direito administrativo tal como o concebemos e por fim existe a *execução judicial das decisões administrativas* donde decorre que a administração necessita de se habilitar com um sentença no sentido de fazer executar as suas decisões (inexiste portanto aquilo que conhecemos como o privilégio da execução prévia. Como refere DIOGO FREITAS DO AMARAL²³⁵ “se um órgão da administração – seja ele central ou local – toma uma decisão desfavorável a um particular (por ex., expulsão, ordem de demolição), e se o particular não a acata voluntariamente, esse órgão não poderá por si só empregar meios coactivos (por ex., a policia) para impor o respeito da sua decisão: terá de ir a tribunal (a um tribunal comum) obter deste, segundo o *due process of law*, uma sentença que torne imperativa aquela decisão”.

Por sua vez a administração executiva caracteriza-se pela *sujeição da Administração aos tribunais administrativos* numa interpretação peculiar do princípio da separação de poderes, evitando-se que os tribunais comuns se imiscuissem no funcionamento da Administração Pública²³⁶.

²³⁴CAETANO, Marcello, *Manual de Ciência política e Direito Constitucional*, I, 6ª Edição, Coimbra, 1970, pág. 21 *apud* DO AMARAL, Diogo Freitas, *Curso de Direito Administrativo*, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, 1998, pág. 104.

²³⁵DO AMARAL, Diogo Freitas, *Curso*, ob. cit. pág. 105.

²³⁶Idem, pág. 110.

A administração sujeita-se ao Direito Administrativo e tem o *privilégio da execução prévia* que estabelece que “as decisões unilaterais da Administração Pública têm em regra força executória própria, e podem por isso mesmo ser impostas pela coacção aos particulares, sem a necessidade de qualquer intervenção prévia do poder judicial”²³⁷.

MAURICE HAURIOU²³⁸ brilhantemente sintetizou esta dicotomia dizendo que “todos os Estados modernos assumem funções administrativas, mas nem todos possuem o regime administrativo”

A Filósofa Alemã HANNAH ARENDT socorre-se de uma imagem sugestiva para descrever e distinguir o autoritarismo (uma pirâmide) a tirania (um cume suspenso sobre uma base) e o totalitarismo (uma cebola).²³⁹

A pirâmide sugere entre outras coisas que a base terá que respeitar a vértice, que as decisões são impostas verticalmente, contudo não há uma separação entre o cume e a base como acontece na tirania.

A nosso ver a mudança da administração foi um bocado fruto da alteração da própria função da Administração que passa a assumir um cariz prestativo e de apoio social que não se compadecem de todo com o autoritarismo.

Como refere MARIA JOÃO ESTORNINHO²⁴⁰ “esta diversidade de novas formas de actuação coloca também, como referi, novos tipos de problemas nas relações entre a Administração e os particulares. Em primeiro lugar, o facto de a intervenção do Estado assumir um carácter geral faz com que a via da autoridade não seja sempre utilizável (...).”

As novas tarefas assumidas pela Administração levam á crise da via da autoridade que por sua vez conduz a administração para esta fuga para o Direito privado, autoridade esta que também é corroída pela crise do acto administrativo que o autor VASCO PEREIRA DA SILVA tenta “buscar”. Refere este autor²⁴¹ que:

²³⁷DO AMARAL, Diogo Freitas, Curso, ob. cit. pág. 112.

²³⁸HAURIOU, Maurice, *Précis de droit Administratif*, pág. 1 *apud* DO AMARAL, Diogo Freitas, ob. cit. pág. 119

²³⁹ARENDT, Hannah, *O que é autoridade?* Pág., 112-113 *apud* ALEXANDRINO, José de Melo, *Reflexões sobre a ideia de Democracia totalitária*, tópicos de uma conferência proferida em 21 de Outubro de 2009, no encontro Luso-Brasileiro de Lisboa.

²⁴⁰ESTORNINHO, Maria João, *A fuga para o Direito Privado: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 94.

²⁴¹DA SILVA, Vasco Pereira, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, Coimbra, 1998, pág., 489.

«Todas estas novas tarefas a que o acto administrativo surge funcionalmente ligado têm forçosamente de encontrar uma tradução a nível conceptual, projectando-se na sua noção dogmática. De facto, perante as referidas actuações da Administração prestadora e infra-estrutural não faz sentido continuar a construir o acto administrativo de acordo com um modelo autoritário, no qual manifestamente não se encaixam. Pois trata-se agora de actuações que, pela sua própria natureza, não são em regra susceptíveis de execução coactiva (que sentido faz executar coactivamente um acto de atribuição de uma pensão de reforma, ou de um subsidio relativamente aos privados favorecidos?) ou de actos cujo conteúdo decisório foi determinado de forma concertada pela Administração e pelo particular, ou que mereçam o seu consenso (manifestado através do pedido para a pratica do acto, ou da aceitação da vantagem que ele configura) (...)»

Esta força coactiva da Administração equiparada ao poder judicial em muitos autores coloca em crise tanto o conceito de privilégio da execução prévia “totalmente inadequada, quer por designar poderes jurídicos da Administração como privilégios (dando continuidade á tradição clássica francesa de considerar os poderes da Administração como “prerrogativas exorbitantes do direito privado”) quer por ter subjacente (de novo aqui) a confusão entre a força própria das decisões administrativas e os poderes de execução forçosa da Administração”²⁴² como o conceito de acto executório²⁴³, que para VASCO PEREIRA DA SILVA é tão-somente uma expressão infeliz para designar afrancesadamente o conceito de acto recorrível.

Conclui o autor que vimos citando que²⁴⁴ “o acto administrativo de hoje não é mais uma realidade de conteúdo exclusivamente jurídico, nem a manifestação de um poder que se limita a agredir de forma “egoísta” e unilateral os direitos dos particulares, mas uma decisão de realização dos fins públicos que a administração cabe prosseguir.”

Como se sitiou o nosso legislador perante esta anunciada crise do sistema autoritário?
Antes de mais o decreto 30/2001 de 15 de Outubro, define:

- a) Acto administrativo definitivo e executório: decisão com força obrigatória e dotada de exequibilidade sobre um determinado assunto, tomada por um órgão de uma pessoa colectiva de direito público;
- e) Poder de execução forçada: capacidade legal de executar actos administrativos definitivos e executórios mesmo perante a contestação ou resistência física dos destinatários;

²⁴² Assim, DA SILVA, Vasco Pereira, ob. cit. pág., 526.

²⁴³ Idem, pág. 555.

²⁴⁴ Ibidem, pág. 569.

g) Privilégio de execução prévia: poder ou capacidade legal de executar actos administrativos definitivos e executórios, antes da decisão jurisdicional sobre o recurso interposto pelos interessados.

Mais do que um privilégio, constitui o privilégio da execução prévia uma garantia da administração segundo o mesmo diploma (art.º 16).

Por sua vez, a lei 9/2001 de 7 de Julho, no seu art.º 27.º n.º 1 diz que “só é admissível recurso de actos definitivos e executórios. O mesmo diploma legal estipula com algumas excepções que os actos de mera execução ou aplicação de actos administrativos são irrecorríveis (art.º 35.º).

Vimos que o nosso sistema administrativo continua impregnado de conceitos autoritários como o privilégio da execução prévia, execução forçada e actos definitivos executórios. Contudo em 2004 surge um elemento novo com a aprovação da Constituição, que no seu art.º 253.º n.º 3 estabelece que “é assegurado aos cidadãos interessados o direito ao recurso contencioso fundado em ilegalidade de actos administrativos, desde que prejudiquem²⁴⁵ os seus direitos”.

Quid iuris? Qualquer acto prejudicial é recorrível? Haverá portanto inconstitucionalidade da lei 9/2001 quando sujeita o recurso á definitividade horizontal e vertical e exequibilidade?

A nosso ver o direito de recurso estabelecido no art.º 253.º n.º 3 é um direito fundamental (por interpretação extensiva do art.º 42.º no sentido de não excluir os direitos fundamentais ao Título III da Constituição). Questão diversa seria saber se goza do regime material do art.º 56. A resposta não pode deixar de ser positiva, pois o mesmo estabelece como requisito a sua individualidade, não se aplicando somente aos direitos e liberdades individuais do capítulo respectivo.

²⁴⁵ Diga-se que a história repete-se á semelhança do que aconteceu em Portugal. A este respeito refere DA SILVA, Vasco Pereira, ob. cit. pág., 553, que “por outras palavras, a única forma de interpretar as leis que persistem em falar de “executoriedade”, ou de acto “executório”, que é permitida pela constituição, é a de não lhes atribuir qualquer conteúdo. Melhor seria que tais expressões não mais fossem utilizadas pelo legislador, mas tendo-o sido (e na medida em que, bem entendido, não impliquem, em si mesmas, uma limitação do âmbito constitucionalmente definido do recurso contencioso) é necessário considerar que se trata de meras “fórmulas vazias”, de designações tradicionais e “fora de moda” do acto recorrível, que tem que ser despojadas do seu sentido originário, pois, qualquer outra interpretação delas poderia ser considerada como violadora dos preceitos constitucionais (nomeadamente, do direito fundamental de recurso contencioso, contido no art.º 268.º n.º 4, tal como resulta da formulação da revisão constitucional de 1989), que afastaram expressamente a definitividade e a executoriedade do conceito de acto recorrível”

Tal como aconteceu no Direito Português o nosso legislador constitucional afastou o conceito de definitividade e executoriedade, contudo poderemos fazer uma interpretação conforme á constituição e socorreremo-nos do principio da tutela jurisdicional efectiva para garantir o recurso contencioso de qualquer acto prejudicial.

Em jeito de conclusão verifica-se uma incompatibilidade aparente (ou real) entre a limitação da recorribilidade dos actos, que assenta ou assentaram numa visão autoritária do próprio acto administrativo, que nos dias de hoje não faz muito sentido.

O próprio conceito de títulos executivos no processo civil demonstra que a execução prévia não é um privilégio exclusivo da Administração.

Por tudo isto consideramos que apesar da supremacia da Constituição, o legislador ordinário deveria “limpar” a legislação dos conceitos impregnados de autoritarismo.

O próprio conceito de dignidade da pessoa humana “âncora” interpretativa dos direitos fundamentais, não se compadece com uma visão em que o administrado é “vitima” de um poder autoritário, que se lhe impõe.

Digamos que em 2001 ano da elaboração dos principais instrumentos administrativos, já haviam estudos suficientes que pudessem evitar estes constrangimentos.

13.3 Regime dos Direitos Económicos, sociais e culturais

É um clássico na doutrina constitucionalista a distinção entre direitos de defesa e direitos a prestações. A este propósito SÉRVULO CORREIA²⁴⁶ afirma que os direitos de defesa “servem sobretudo a esfera da liberdade da pessoa humana contra as agressões do poder político. Centram-se numa *pretensão negatória* ou *pretensão de não-intervenção* (*Unterlassungsanspruch*) contra o potencial perturbador.” Por outro lado “os *direitos a prestações* têm por objecto prestações estaduais e por conteúdo pretensões á respectiva obtenção. A natureza das prestações pode ser muito diversa. Desde a efectivação de protecção contra a violação de DF por terceiros, á conformação do ordenamento (organização), procedimento e processo por modo a assegurar a sua instrumentalidade para com a efectividade de DF, á disponibilização de bens e serviços correspondentes ás necessidades económicas, culturais e sociais.”

Os direitos económicos sociais e culturais infelizmente ainda não atingiram o desenvolvimento dogmático paralelo aos direitos liberdades e garantias. JORGE MIRANDA²⁴⁷ aponta como causas “(...) a maior atenção prestada aos direitos liberdades e garantias e algumas pré-compreensões; a heterogeneidade e a novidade de muitos dos direitos económicos, sociais e culturais; a muito menor experiência jurisprudencial; e a muito menos desenvolvida elaboração dogmática.”

No nosso ordenamento e tendo em conta o solenemente afirmado pelo art.º 1.º da CRM “a República de Moçambique é um Estado independente, soberano, democrático e de justiça social” os direitos económicos sociais e culturais decididamente terão que ter um papel mais relevante, ou então passará a fórmula do art.º 1.º da Lei-mãe a ser mera declaração panfletária sem nenhum valor legal. Ora se Moçambique é um Estado de justiça social, os direitos económicos, sociais e culturais serão os instrumentos colocados nas mãos dos poderes públicos para materializar este fim (ou ser) do Estado. Ora o princípio do Estado social é (ou deverá ser) um dos princípios mais importantes na ordem jurídica. A não realização desta justiça social implicará a falência do Estado.

Por ser um Estado de justiça social, o Estado Moçambicano tem como objectivos fundamentais, (art.º 11 da CRM):

- a) a defesa da independência e da soberania;

²⁴⁶CORREIA, Sérvulo, *Direitos Fundamentais Sumários*, AAFDL, Lisboa, 2002, pág. 128.

²⁴⁷MIRANDA, Jorge, *Manual*. cit, Tomo IV, pág. 383.

- b) a consolidação da unidade nacional;
- c) a edificação de uma sociedade de justiça social e a criação do bem-estar material, espiritual e de qualidade de vida dos cidadãos;
- d) a promoção do desenvolvimento equilibrado, económico, social e regional do país;
- e) a defesa e a promoção dos direitos humanos e da igualdade dos cidadãos;
- f) o reforço da democracia, da liberdade, da estabilidade social e da harmonia social individual;
- g) a promoção de uma sociedade de pluralismo, tolerância e cultura de paz;
- h) o desenvolvimento da economia e o progresso da ciência e da técnica;
- i) a afirmação da identidade moçambicana, das suas tradições e demais valores sócio-culturais;
- j) o estabelecimento e desenvolvimento de relações de amizade e cooperação com outros povos e Estados.

A justiça social como princípio estruturante do Estado terá que impulsionar a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais e estes decididamente não podem ser vistos isoladamente.

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS²⁴⁸ afirmam “a *realização da democracia económica, social e cultural* consiste na efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais (...) bem como no cumprimento das incumbências do Estado de promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial dos mais desfavorecidos; de promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal; de eliminar progressivamente as diferenças económicas e sociais entre a cidade e o campo e entre o litoral e o interior; (...).”

A protecção dos direitos económicos, sociais e culturais, depende dos chamados pressupostos dos direitos fundamentais, para GOMES CANOTILHO²⁴⁹ “consideram-se pressupostos de direitos fundamentais a multiplicidade de factores – capacidade económica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento económico, criatividade cultural, convenções sociais, ética ou religiosa – que condicionam, de forma positiva e negativa, a existência e protecção dos direitos económicos, sociais e culturais.”

²⁴⁸MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, ob. cit., Tomo I, pág. 112.

²⁴⁹CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito*, cit. pág. 473.

A leitura a ser feita acerca dos direitos económicos, sociais e culturais não ser dissociada da organização económica, social, financeira e fiscal do título IV da Constituição arts. 96.º e seguintes. Ora se o art.º 89.º garante que “todos os cidadãos têm o direito á assistência médica e sanitária, nos termos da lei, bem como o dever de promover e defender a saúde pública” o art.º 116.º estabelece:

1. A assistência médica e sanitária aos cidadãos é organizada através de um sistema nacional de saúde que beneficie todo o povo moçambicano;
2. Para a realização dos objectivos prosseguidos pelo sistema nacional de saúde a lei fixa modalidades de exercício da assistência médica e sanitária.
3. O Estado promove a participação dos cidadãos e instituições na elevação do nível da saúde da comunidade.
4. O Estado promove a extensão da assistência médica e sanitária e a igualdade de acesso de todos os cidadãos ao gozo deste direito.
5. Compete ao Estado promover, disciplinar e controlar a produção, a comercialização e o uso de produtos químicos, biológicos, farmacêuticos e outros meios de tratamento e de diagnóstico.
6. A actividade da assistência médica e sanitária ministrada pelas colectividades e entidades privadas é exercida nos termos da lei e sujeita ao controlo do Estado.

Olhando para o direito ao trabalho, estipula o art.º 84.º que: “1. O trabalho constitui direito e dever de cada cidadão. 2. Cada cidadão tem direito á livre escolha da profissão. 3. O trabalho compulsivo é proibido, exceptuando-se o trabalho realizado no quadro da legislação penal.” Por sua vez o art.º 85.º sob a epígrafe “direito á retribuição e segurança no emprego” estipula que “1. Todo o trabalhador tem direito á justa remuneração, descanso, férias e á reforma nos termos da lei, 2. O trabalhador tem direito á protecção, segurança e higiene no trabalho, 3. O trabalhador só pode ser despedido nos casos e nos termos estabelecidos na lei.”

A nosso ver, o legislador constituinte no que concerne á segurança no emprego, disse muito menos daquilo que pretendia dizer, pois a segurança no emprego não se concretiza somente na proibição do despedimento sem justa causa, mas em várias outras proibições como o recurso excessivo aos contratos a prazo sem a devida justificação, proibição de períodos de experiência longos e desproporcionais, impõe a celebração dos contratos por tempo indeterminado como regra e os contratos a prazo como excepção.

Consideramos que na próxima revisão o art.º 85.º 3 deverá passar a ter a seguinte redacção “é assegurado ao trabalhador a segurança no emprego.”

Por outro e ainda a respeito do direito ao emprego, estipula o art.º 84.º n.º 2 que “cada cidadão tem direito á livre escolha da profissão” estamos aqui apesar da inserção sistemática perante um verdadeiro direito, liberdade e garantia ao qual a nosso ver se aplica, todo o regime material dos direitos, liberdades e garantias.

O art.º 91.º espelha bem, a concepção do legislador constituinte acerca de todos os direitos económicos, sociais e culturais. Diz este art.º que “todos os cidadãos têm direito á habitação condigna, sendo dever do Estado, de acordo com o desenvolvimento económico nacional, criar as adequadas condições institucionais, normativas e infra-estruturais.”

Nas palavras de GOMES CANOTILHO²⁵⁰ “hoje, como ontem, os direitos sociais, económicos e culturais colocam um problema incontrolável: custam dinheiro, custam muito dinheiro. Por isso, logo nos começos da década de 70, P. Häberle formula a ideia de que os direitos económicos, sociais e culturais estão sob reserva das capacidades financeiras do Estado, se e na medida em que elas consistirem em direitos a prestações financiadas pelos cofres públicos.”

Do nosso ponto de vista, a chamada “reserva do possível” ou “reserva de financiamento” não poderá ser entendida sem a obrigação de salvaguardar o “conteúdo essencial” dos direitos económicos, sociais e culturais. Ora a Constituição utiliza claramente a expressão “de acordo com o desenvolvimento” o que significará que o Estado está sempre vinculado ao cumprimento dos direitos, económicos sociais e culturais, o desenvolvimento altera a nosso ver o grau de vinculação ou melhor o modo como o Estado irá materializar esses direitos²⁵¹.

Concordamos também a doutrina que defende que uma vez concretizado um direito económico, social e cultural passa a impender sobre o Estado um dever de abstenção, assim no acórdão 39/84 do TC citado por GOMES CANOTILHO²⁵² “a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional desta deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.”

²⁵⁰ CANOTILHO, Gomes, *Estudos sobre direitos fundamentais*, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 106.

²⁵¹ Assim, o tipo de casa, o material com o qual será construído dependerá, das condições económicas mas o desenvolvimento ou a pobreza não poderá ser invocado como motivo de incumprimento.

²⁵² CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito*, cit. pág. 479.

Outro óbice encontrado na nossa Constituição é o direito á greve do art.º 87.º que estipula que “os trabalhadores têm direito a greve, sendo o seu exercício regulado por lei.” Ora não se trata aqui de um verdadeiro direito, liberdade e garantia? Do nosso ponto de vista, não restam dúvidas que não estamos perante um direito a prestação mas sim perante um direito negativo que impõe ao Estado um dever negativo de não interferência, garantindo este direito aos próprios funcionários públicos e assegurar que todos os restantes trabalhadores possam usufruir deste direito.

O art.º 88.º trata do direito á educação, estipulando que “na República de Moçambique a educação constitui direito e dever de cada cidadão” por sua vez o n.º 2 diz que “o estado promove a extensão da educação á formação profissional contínua e a igualdade de acesso de todos os cidadãos ao gozo deste direito.” Já no capítulo da organização social o art.º 113.º estipula que:

1. A República de Moçambique promove uma estratégia de educação visando a unidade nacional, a erradicação do analfabetismo, o domínio da ciência e da técnica, bem como a formação moral e cívica dos cidadãos.
2. O Estado organiza e desenvolve a educação através de um sistema nacional de educação.
3. O ensino público não é confessional.
4. O ensino ministrado pelas colectividades e outras entidades privadas é exercido nos termos da lei e sujeito ao controlo do Estado.
5. O Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas.

Já o art.º 114.º referente ao ensino superior, estipula que:

1. O acesso às instituições públicas do ensino superior deve garantir a igualdade e equidade de oportunidades e a democratização do ensino, tendo em conta as necessidades em quadros qualificados e elevação do nível educativo e científico no país.
2. As instituições públicas do ensino superior são pessoas colectivas de direito público, têm personalidade jurídica e gozam de autonomia científica, pedagógica, financeira e administrativa, sem prejuízo de adequada avaliação da qualidade do ensino, nos termos da lei.
3. O Estado reconhece e fiscaliza o ensino privado e cooperativo, nos termos da lei.

Consideramos que seria curial, que o legislador Constituinte estabelecesse pelo menos o nível primário como sendo obrigatório, aumentando gradualmente o grau de ensino obrigatório.

Para a presente revisão da constituição, a nossa proposta passa pela inserção de um artigo no capítulo dos direitos económicos, sociais e culturais de um artigo que nos mesmos termos de que o artigo 56. Explícite o regime desses direitos.

Assim o artigo poderia ter a seguinte formulação.

1. As restrições legais aos direitos económicos, sociais e culturais devem respeitar o conteúdo mínimo desses direitos.
2. Os direitos económicos, sociais e culturais estão sujeitos ao princípio do não retorno da concretização e ao princípio da adequação das prestações e dos custos.

Como afirma JORGE MIRANDA²⁵³ “*os que podem pagar, devem pagar*. E é preferível que paguem em parte (até certo limite do custo real) o serviço ou o bem, directamente por meio de taxas, e não indirectamente, mediante impostos, por três motivos: 1) porque assim tomam consciência do seu significado económico e social e das consequências de aproveitarem ou não os benefícios ou alcançarem ou não os resultados advenientes; 2) porque, em muitos casos, podem escolher entre serviços ou bens em alternativa; 3) porque mais de perto podem controlar a utilização do seu dinheiro e evitar ou atenuar o peso do aparelho burocrático.”

Sendo um estado social o Estado Moçambicano terá as preocupações dos Estados sociais referidos por BACELAR GOUVEIA²⁵⁴ como:

“- *uma preocupação de justiça distributiva*, não apenas uma justiça formal e meramente comutativa, sendo inúmeras as consequências praticas;

- *uma preocupação de bem-estar social*, pela qual o Estado passa a lutar, realizando um novo conjunto de incumbências, assim como através da categoria dos direitos fundamentais sociais;

- *uma preocupação de intervenção económica*, encarando a actividade da economia como um domínio submetido á relevância jurídico-constitucional, surgindo o conceito de Constituição económica.

Faremos em seguida um breve périplo pelo direito do ambiente.

²⁵³ MIRANDA, Jorge, *Manual*. cit, Tomo IV, pág. 396.

²⁵⁴ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 952.

13.3.1 Direito do Ambiente

A constituição de 1975 obviamente marcada pela libertação das amarras do colonialismo, não consagrou nenhuma disposição específica ao direito do ambiente, não sendo nesta altura algo que verdadeiramente preocupasse sequer os países desenvolvidos.

Contudo não poderíamos deixar de trazer alguns artigos que marcadamente denunciam, o pensamento do legislador constituinte acerca de algumas matérias relacionadas, como é a questão do desenvolvimento. Senão vejamos: o art.º 6.º determinava, “A República de Moçambique, tomando a agricultura como base e a indústria como factor dinamizador e decisivo, dirige a sua política económica no sentido da **liquidação do subdesenvolvimento** e da criação de condições para a elevação do nível de vida do povo trabalhador. Na prossecução deste objectivo o Estado baseia-se principalmente na força criadora do povo e nos **recursos económicos do País**, concedendo um apoio total á produção agrícola, promovendo o aproveitamento adequado das empresas de produção e **procedendo á exploração dos recursos naturais...**”

Por outro lado dizia o art.º 8.º “a terra e os recursos naturais situados no solo e no subsolo, nas águas territoriais e na Plataforma continental de Moçambique são propriedade do Estado. O Estado determina as condições do seu aproveitamento e do seu uso.”

Obviamente que a *democracia popular*²⁵⁵ não teve grandes preocupações com o ambiente, quedando as suas energias para libertação da exploração do homem pelo homem.

Aliás é manifesta pelos artigos *supra* referidos, que ainda não tinha eclodido a questão da protecção dos recursos naturais, que só eram vistos como “matéria-prima” do desenvolvimento e crescimento económico almejados na altura.

È a Constituição de 1990 que pela primeira vez traz a protecção do bem jurídico ambiente, estipulando no seu art.º 37.º que “o Estado promove iniciativas para garantir o equilíbrio ecológico e a conservação e preservação do meio ambiente visando a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos”. Por outro lado estipulava o art.º 36.º que “o Estado promove o conhecimento, a inventariação e a valorização dos recursos naturais e determina as condições do seu uso e aproveitamento com salvaguarda dos interesses nacionais.”

²⁵⁵ Expressão utilizada por Karl Marx, para uma visão geral sobre a história constitucional Moçambicana veja-se MOÇAMBIQUE, Instituto de Apoio á Governação e Desenvolvimento, *Evolução Constitucional da Pátria Amada*, CIEDIMA, Maputo, 2009.

Contudo é o art.º 72.º que traz pela primeira vez o direito do ambiente, como um direito fundamental com dignidade constitucional, “todo o cidadão tem o direito de viver num meio ambiente equilibrado e o dever de o defender”. Como salientam CARLOS SERRA e FERNANDO CUNHA “este instrumento significa um marco muito importante na construção da ordem juridico-ambiental moçambicana, ao ponto de se poder falar numa autêntica “Constituição Ambiental”, que assenta fundamentalmente em dois dispositivos legais: os artigos 72.º (direito ao ambiente) e 37.º (papel do Estado no domínio ambiental) ”.²⁵⁶

O direito ao ambiente surge assim á luz da constituição de 1990 como um verdadeiro bem jurídico, com uma dupla dimensão, uma subjectivista (um direito de todos os moçambicanos individualmente considerados) e outra objectivista (um direito que constitui tarefa do Estado), como salientam CARLOS SERRA e FERNANDO CUNHA²⁵⁷ “o legislador constitucional optou por um modelo híbrido de tratamento da questão ambiental...”

Nota-se uma clara influência da do Principio 1 da Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente de 1972, que estipula que “o homem tem o direito fundamental á liberdade, á igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene da obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras”.

Por sua vez o art.º 35.º n.º 2 estipulava que “constituem ainda domínio público do Estado:

- a) a zona marítima;
- b) o espaço aéreo;
- c) o património arqueológico;
- d) as zonas de protecção da natureza;
- e) o potencial hidráulico;
- f) o potencial energético;
- g) os demais bens como tal classificados por lei.”

Não se pode negar o mérito do legislador constituinte, nesta matéria de ambiente, inclusive criticado pela sua modernidade²⁵⁸ ao invés do reconhecimento do poder tradicional.

²⁵⁶ SERRA, Carlos Manuel, CUNHA, Fernando, *Manual do Direito do Ambiente*, 2ª Edição Rev. Ac., CFJJ, Maputo, 2008, pág. 123.

²⁵⁷ Idem, pág. 124.

²⁵⁸ Assim, SIMANGO, Américo, ob. cit. pág. 26.

A constitucionalização do direito, apesar de constituir um factor importante e que demonstra que o ambiente entrou definitivamente na consciência jurídica colectiva, essa constitucionalização não pode ser vista como um fim em si mesmo. É necessário além da criação de uma legislação ordinária capaz de materializar o direito garantido, uma consciencialização séria acerca da importância do respeito por este direito fundamental.

Na sequência da constitucionalização do direito ao ambiente começa a nascer toda uma legislação infraconstitucional visando proteger o mesmo, daí que em surge a Lei 20/97 de 1 de Outubro (Lei do Ambiente), o Decreto Presidencial n.º 2/94, de 21 de Dezembro (cria o Ministério para a Coordenação da Acção Ambiental – MICOA), Decreto Presidencial n.º 6/95 de 10 de Novembro (Define os objectivos e funções do Ministério para a Coordenação da acção Ambiental MICOA) entre outros.

Depois da breve caminhada pela recente história juridico-constitucional moçambicana no que concerne á protecção do ambiente, vamos analisar a questão no presente quadro juridico-constitucional.

A protecção juridico-constitucional do ambiente ganhou mais força com a entrada em vigor a 20 de Janeiro de 2005 da nova²⁵⁹ constituição, CARLOS SERRA e FERNANDO CUNHA²⁶⁰ referem que “é hoje indiscutível a elevação e correspondente autonomização no ordenamento jurídico moçambicano, do ambiente à categoria de bem jurídico fundamental, ao lado da vida, da saúde ou da propriedade. Tal opção foi consequência do reconhecimento político e jurídico da dimensão colectiva ou pública deste bem, isto é, enquanto valor ou interesse de carácter geral, que pertence á sociedade como um todo, sem contudo, descurar a não menos importante dimensão individualista do mesmo em termos de reconhecimento a todo e a qualquer cidadão de um direito fundamental ao ambiente.”

O reforço do quadro de protecção juridico-constitucional do ambiente está patente em diversos artigos da Constituição, de entre as quais o art.º 90.º Direito ao Ambiente, “1. Todo o cidadão tem o direito de viver num ambiente equilibrado e o dever de o defender. 2. O Estado e as Autarquias locais com a colaboração das associações na defesa do ambiente, adoptam políticas de defesa do ambiente e velam pela utilização racional de todos os recursos

²⁵⁹ Não cabe no âmbito deste estudo, a questão de saber se verdadeiramente se trata de uma nova constituição, ou uma mera alteração da Constituição de 1990. Apesar da Constituição de 2004 se anunciar a si mesmo como uma nova Constituição no preâmbulo, nomeadamente dizendo no segundo parágrafo “ a constituição de 1990” para depois no parágrafo seguinte dizer “a presente constituição” e no último parágrafo refere-se á “feitura da Lei Fundamental”. Contudo para muitos houve uma mera alteração da Constituição de 1990 que não pôs em causa o núcleo identitário da Constituição.

²⁶⁰ SERRA, Carlos Manuel, CUNHA, Fernando, *ob. cit.*, pág. 126.

naturais.” O art.º 117.º (ambiente e qualidade de vida) diz que “1. O Estado promove iniciativas para garantir o equilíbrio ecológico e a conservação e preservação do ambiente visando a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos. 2. Com o fim de garantir o direito ao ambiente no quadro de um desenvolvimento sustentável, o Estado adopta políticas visando, a) prevenir e controlar a poluição e a erosão; b) integrar os objectivos ambientais nas políticas sectoriais.

Por outro lado estipula o art.º 45.º que todo o individuo tem o dever de defender e conservar o ambiente. Todos os cidadãos têm pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular, compreendendo nomeadamente, o direito de promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a preservação do ambiente e o património cultural (art.º81).

É manifesto o reforço da protecção trazida pelo Legislador constituinte, contudo como referimos supra a protecção constitucional não é um fim em si mesmo, e volvidos mais de seis anos desde a entrada em vigor da Constituição, continuamos sem a lei da acção popular, sem o provedor de Justiça que poderia interceder junto dos órgãos competentes, sem a lei da Objecção de consciência, que livraria da punição a recusa dos cidadãos em levar adiante actividades poluentes.

Fará sentido autonomizar dentro do Direito Constitucional, um Direito Constitucional Ambiental? A matéria Constitucional ambiental poderá ser estudada á margem do Direito Constitucional geral?

Antes de responder convém passar em revista alguns conceitos. Para JORGE BACELAR GOUVEIA²⁶¹, o “direito constitucional é um conjunto de normas e princípios, dotados de força suprema no ordenamento jurídico positivo, que cuidam da regulação do Estado, enquanto aparelho político e enquanto comunidade de pessoas”. Por sua vez GOMES CANOTILHO²⁶² define Constituição moderna como “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”.

Portanto um pouco na linha deixada pelo art.º 16.º da Declaração dos Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, á constituição cabem dois papeis fundamentais: uma é a garantia dos direitos e outra a limitação do poder.

²⁶¹ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *O Estado*, cit. Vol. II, pág.1417.

²⁶² CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito*, cit.7ª ed., pág. 52.

Pela nossa parte definiremos Direito Constitucional Ambiental como *conjunto de normas e princípios relativos ao ambiente que pela sua feitura ocupam uma posição de supremacia no ordenamento jurídico, assegurando a protecção do ambiente como bem fundamental indispensável á afirmação da dignidade da pessoa humana*. CARLOS SERRA e FERNANDO CUNHA²⁶³ definem Constituição Ambiental como “conjunto de normas constitucionais alusivas, directa ou indirectamente, ao ambiente, consubstanciando a consagração do ambiente como bem jurídico com dignidade constitucional.

A referência hodierna ao Direito Ambiental Constitucional, é fruto da crescente importância que a problemática ambiental vem assumindo na agenda política mundial, ao qual o legislador constituinte não se quedou alheio, colocando a protecção deste bem jurídico ao nível de outros tão importantes como o direito á vida.

Com a constitucionalização do direito do ambiente, limita-se o próprio poder público pois deixa de estar na discricionariedade dos órgãos públicos a sua garantia, como refere AMÉRICO SIMANGO²⁶⁴, “a forma considerada mais eficaz de limitar o poder do Estado, desde os primórdios do constitucionalismo moderno, consiste no reconhecimento juridico-constitucional dos designados, num primeiro momento direitos do individuo (direitos naturais), posteriormente e ao longo do processo de constitucionalização, também foram conhecidos como direitos do cidadão, direitos humanos e actualmente direitos fundamentais.

Trata-se de criar um espaço de autodeterminação do indivíduo, juridicamente indisponível para o poder público, cuja garantia repousa no próprio ordenamento jurídico e especificamente no próprio regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais”.

A expressão Direito Constitucional Ambiental, tem ganho relevo inclusive entre os mais notáveis constitucionalistas. GOMES CANOTILHO²⁶⁵, fala-nos da existência de um Estado Constitucional Ecológico, dizendo “o que se pretende com estes enunciados ou fórmulas é isto: (1) o Estado Constitucional além de ser e dever ser um estado de direito democrático e social, deve ser também um Estado regido por princípios ecológicos; (2) o Estado ecológico aponta para formas novas de participação sugestivamente condensadas na expressão democracia sustentada”.

²⁶³SERRA, Carlos Manuel, CUNHA, Fernando, *ob. cit.*, pág. 123.

²⁶⁴SIMANGO, Américo, *ob. cit.*, pág. 87.

²⁶⁵CANOTILHO, J.J. Gomes, *Estado Constitucional Ecológico e Democracia sustentada*, Revista do CEDOUA n.º8, CEDOUA, Coimbra, 2001, pág. 9 *apud* SERRA, Carlos Manuel, CUNHA, Fernando, *ob. cit.*, pág. 103.

Consideramos que as questões relativas á Constituição ambiental em breve serão ultrapassadas pois hoje em dia mais do que Constituição ambiental fala-se na existência de um verdadeiro Estado Ecológico, ao qual a nossa constituição não se quedou alheia chegando a reconhecer no seu texto o princípio do desenvolvimento sustentável, como veremos mais adiante. A construção deste Estado Ecológico faz-se também através de vários princípios constitucionais, tais como o princípio do desenvolvimento sustentável, e da prevenção de danos ambientais e pela consciência do bem jurídico “ambiente”.

A noção de bem jurídico apesar de muito desenvolvida pelos penalistas²⁶⁶, refere-se a objectos, valores e princípios com dignidade constitucional, que se impõe ao próprio Estado. Nas palavras de GERMANO MARQUES DA SILVA²⁶⁷ “agora, o Estado não está vinculado pelo direito que cria, está essencialmente vinculado ao Direito que se impõe ao Estado legislador. Ora, o Direito que se impõe ao próprio Estado em todas as suas actividades, incluindo a legislativa, é o que emana da dignidade da pessoa humana, em que fundam os direitos do homem, o que implica que o Estado está obrigado a servir uma certa tábua material de valores que lhe é anterior e superior e que pode designar-se abreviadamente direito natural.”

Portanto, o primeiro destinatário das normas constitucionais relativas ao direito do ambiente é o próprio legislador, que ficará obrigado por exemplo a condenar as actividades que possam causar danos ao ambiente, tomar medidas preventivas de protecção ao ambiente, garantir que toda a legislação produzida, proteja o ambiente, etc.

O número 1 do art.º 90.º estipula que “todo o cidadão²⁶⁸ tem o direito de viver num ambiente equilibrado e o dever de o defender”

A CRFB no art.º 225.º utiliza a expressão “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial á sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e á colectividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

²⁶⁶ A ideia de bem jurídico, serve essencialmente para vincular o legislador penal aquando da definição de crimes. Ora se existe um crime de homicídio, é porque o bem jurídico vida está protegido na Constituição, se existe um crime de furto e roubo, é porque a propriedade está protegida. Assim sucessivamente, portanto não se podem criar delitos penais sem a protecção constitucional do bem jurídico respectivo, dizê-lo pode parecer uma banalidade, mas consideráramos ser importante.

²⁶⁷ DA SILVA, Germano Marques, *Direito Penal Português*, Vol. I, 2ª Edi., Ver. Editorial Verbo, Lisboa, 2001, pág. 27.

²⁶⁸ A fórmula não é muito feliz, pois cidadão é aquele que tem um vínculo jurídico perante o estado. Deveria ser mais abrangente utilizando a expressão indivíduos. Contudo parece evidente que se possa fazer uma interpretação extensiva, pois não faria sentido que os estrangeiros não tivessem a obrigação de proteger o ambiente.

Como refere PAULO LEME MACHADO²⁶⁹ “o direito ao ambiente equilibrado é de cada um, como pessoa humana, independentemente da sua nacionalidade, raça, sexo, idade, estado de saúde, profissão, renda ou residência.” (...) “cria um direito subjectivo oponível *erga omnes*, que é completado pelo direito ao exercício da acção popular.”

O direito ao ambiente protege indirectamente a vida e dignidade da pessoa humana. Nas palavras de ÀLVARO MIRRA²⁷⁰, “ninguém contesta que o quadro da destruição ambiental no mundo compromete a possibilidade de uma existência digna para a humanidade e põe em risco a própria vida humana.”

O bem jurídico ambiental, é simultaneamente pessoal e colectivo, é pessoal no que concerne á sua fruição e colectivo em tratando-se da sua conservação. Para compreendermos melhor a nossa constituição ambiental, é necessário perceber a natureza do direito ao ambiente

É um clássico na doutrina constitucionalista (e a ele já fizemos referência) a diferença entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos sociais e culturais. A este respeito refere VIEIRA DE ANDRADE²⁷¹:

Os direitos de defesa ou direitos de impedir caracterizam-se por implicarem, da parte do Estado, um *dever de abstenção*: abstenção de agir e, por isso, dever de não-interferência ou de não intromissão, no que toca ás liberdades propriamente ditas, em que se resguarda um espaço de autodeterminação individual; abstenção de prejudicar e, então, dever de respeito, relativamente aos bens, designadamente pessoais (vida, honra, bom nome, intimidade), que são atributos da dignidade humana individual.

Os direitos a prestações, ao contrário, impõem ao Estado o *dever de agir*, quer seja para protecção dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais contra a actividade (excepcionalmente a omissão) de terceiros, quer seja para promover ou garantir as condições materiais ou jurídicas de gozo efectivo dos direitos fundamentais.

Como refere JORGE MIRANDA²⁷², “enquanto reconduzíveis a direitos, liberdades e garantias ou a direitos de natureza análoga, os direitos atinentes ao ambiente são direitos de autonomia ou de defesa das pessoas perante os poderes públicos e sociais, que sobre elas se exercem ou que as condicionam. Imediatamente aplicáveis, vinculam as entidades públicas e as entidades provadas²⁷³. Perpassa aí uma estrutura negativa – embora não em incidências

²⁶⁹ LEME MACHADO, Paulo Affonso, *Direito Ambiental Brasileiro*, 19ª Edi. Ver. Act. Amp. Malheiros Editores, São Paulo, 2011, pág. 133.

²⁷⁰ MIRRA, Álvaro, *Fundamentos do Direito Ambiental no Brasil*, RT 706/7-29, São Paulo, Ed. RT, Agosto, 1994 *apud* LEME MACHADO, Paulo Affonso, ob. cit., pág. 135.

²⁷¹ DE ANDRADE, José Carlos Vieira, ob. Cit., pág., 192

²⁷² MIRANDA, Jorge, *Manual*, Tomo IV, cit., pág., 540.

²⁷³ Autores há que defendem a vinculação das entidades privadas aos direitos sociais, quanto ao núcleo essencial ligados á protecção dos direitos humanos. Assim CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito...* cit., pág. 483.

positivas – visto que eles têm por contrapartida o respeito, a abstenção, o *non facere*. O seu escopo é a *conservação* do ambiente e consiste na pretensão de cada pessoa a ter afectado *hoje*, já o ambiente em que vive e em, para tanto, obter os indispensáveis meios de garantia”.

Será o direito ao ambiente um verdadeiro direito subjectivo? Se tomarmos o conceito de direito subjectivo como *uma permissão normativa específica de aproveitamento de um bem*²⁷⁴, torna-se difícil esse enquadramento. O direito ao ambiente é um direito transindividual muitas vezes reconduzido a interesses difusos. Juridicamente não podemos dizer por exemplo que temos o direito a que alguém não polua, não temos nenhuma pretensão jurídica válida nestes termos, daí a natureza híbrida do direito ao ambiente, simultaneamente individual e colectivo.

A materialização da constituição ambiental e estipulação de um verdadeiro Estado Ecológico, não podem conseguir a sua operacionalização sem alguns princípios que orientem tanto o legislador ordinário na feitura das leis, como o intérprete na aplicação das normas e consequente defesa do comando de protecção do ambiente emitido pelo legislador constituinte.

O princípio do desenvolvimento sustentável tem sido defendido entre nós por CARLOS SERRA²⁷⁵ que assevera “um autêntico princípio fundamental do desenvolvimento sustentável, tendo presente, não apenas a importância nuclear que o desenvolvimento apresenta em face do actual estado do país, para o qual os recursos naturais representam uma base dominial essencial á promoção do bem-estar social e espiritual e qualidade de vida dos cidadãos moçambicanos, mas também a notável e destacada relevância que o legislador constitucional atribuiu á protecção do ambiente enquanto pressuposto do desenvolvimento sustentável.

O art.º 117.º n.º 2 da CRM é claro neste aspecto, referindo que “com o fim de garantir o direito ao ambiente no quadro de um **desenvolvimento sustentável**, o Estado adopta políticas visando...” por sua vez o n.º1 fala de um “equilíbrio ecológico”.

O conceito de desenvolvimento sustentável entra para o dicionário da humanidade em 1987 através da comissão *Brundtland*, fazendo-se a clara separação entre este conceito e o de crescimento económico, alicerçando-se num equilíbrio económico, social e ambiental.

²⁷⁴ O conceito é de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, já o vimos.

²⁷⁵ SERRA, Carlos Manuel, *A Inconstitucionalidade do n.º 2 do artigo 43 da Lei n.º. 14/2002, de 26 de Junho* in www.cfjj.org.mz/.../Microsoft Word - Trabalho Justica Constitucional 1 .pdf, acesso em 06/06/2011

Como refere ANA COMOANE²⁷⁶, “o novo paradigma de desenvolvimento sustentável implica, pois, a consideração de outros elementos como seja, a valorização dos aspectos ambientais, conservação, preservação e racionalidade dos recursos, como parte do processo de desenvolvimento económico, e a promoção da igualdade entre os diferentes extractos sociais, respeitando e protegendo os seus valores culturais e definindo objectivos de curto, médio e longo prazos, de modo a que o desenvolvimento beneficie não só as gerações presentes como também as vindouras.” A palavra sustentabilidade vem trazer uma nova visão acerca do desenvolvimento, que a partir de agora não se poderá fazer sem busca de um equilíbrio social e ambiental. Temos que pensar a escassez para a presente e para as futuras gerações.

O art.º 101.º n.º 2 da CRM diz que “o investimento do Estado deve desempenhar um papel impulsionador na **promoção do desenvolvimento equilibrado**”.

Por sua vez o art.º 128.º n.º 1, refere que “o Plano Económico e Social tem como objectivo orientar o desenvolvimento económico e social no sentido de um **crescimento sustentável**, reduzir os desequilíbrios regionais e eliminar progressivamente as diferenças económicas e sociais entre a cidade e o campo. Conjugados com o art.º 117.º nota-se que o legislador constituinte toma o desenvolvimento sustentável numa tríplice vertente: económica, social e ambiental.

Como refere MAURICE STRONG²⁷⁷ “a palavra sustentável é boa porque significa que suficiente é conseguir com que a economia cresça sem destruir os recursos e o ambiente dos quais o futuro depende, para manter o crescimento económico de forma que os impactos sociais e ambientais desse crescimento permaneçam em equilíbrio”.

A doutrina, principalmente a brasileira têm falado na existência do princípio da responsabilidade ambiental entre gerações, da nossa parte preferimos referir a este como um sub – princípio do desenvolvimento sustentável. A responsabilidade ambiental entre as gerações alerta-nos para uma utilização racional dos recursos existentes de modo a salvaguardar a sua utilização por gerações futuras.

De acordo com art.º 117.º n.º 2 alínea d) da CRM cabe ao Estado “garantir o aproveitamento racional dos recursos naturais com salvaguarda da sua capacidade de renovação, da estabilidade ecológica e dos direitos das gerações vindouras.”

²⁷⁶COMOANE, Ana, *Impacto da política de desenvolvimento em Turismo O caso dos PMAs, em especial Moçambique: Contingências e Estratégias*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 67.

²⁷⁷STRONG, Maurice, *Kyoto é modesto, precisamos endurecer*, O Estado de São Paulo, 16.9.2007, pág., 27 apud LEME MACHADO, Paulo Affonso, *Ob. Cit.*, pág. 161.

Ora aqui está uma prova da sua consagração no nosso ordenamento.

Nas palavras de HELMUTH SHULTZE-FIELITZ²⁷⁸ “o princípio da *responsabilidade ambiental entre gerações* refere-se a um conceito de economia que conserva o recurso sem esgotá-lo, orientando-se para uma serie de princípios. O dano ambiental das emissões e dos lançamentos de rejeitos não deve superar a absorção da parte do próprio meio ambiente. O consumo dos recursos não-renováveis deve-se limitar a um nível mínimo. Grandes riscos ambientais, que possam prejudicar outros recursos, devem ser reduzidos numa medida calculável e submetida a contrato de seguro...”

De acordo com o art.º 90.º n.º 2 da CRM “o Estado e as autarquias locais, com a colaboração das associações de defesa do ambiente, **adoptam políticas de defesa do ambiente** e velam pela utilização racional de todos os recursos naturais”. Por sua o art.º 117.º n.º 2, afirma que “com o fim de garantir o direito ao ambiente no quadro de um desenvolvimento sustentável, o Estado adopta políticas visando: a) **prevenir e controlar a poluição** e a erosão.” Este princípio é estendido aos particulares que tem o dever de defender e conservar o ambiente (art.º 45.º alínea f).

Outros princípios como poluidor – pagador não encontraram consagração expressa na constituição. Por outro lado fala-se também de um princípio da educação ambiental, art.º 117.º n.º2 c) o Estado adopta políticas visando “promover a integração dos valores do ambiente nas políticas e programas educacionais.”

²⁷⁸ SHULTZE-FIELITZ, Helmuth, La protezione dell’ambiente nel Dirritto Costituzionale Tedesco *in* Diritto Ambientale e Costituzione, a cura di Domenico Amirante, Milao, 2000, pág., 78-79 *apud* LEME MACHADO, Paulo Affonso, ob. cit., pág. 141.

14. Os Deveres Fundamentais

Apesar de considerado o tema “reconhecidamente (...) dos mais esquecidos da doutrina constitucional contemporânea”²⁷⁹ não gostaríamos de completar estas páginas, sem uma análise da perspectiva do legislador constituinte a este respeito.

Ademais a Constituição demonstrou uma atenção “especial” aos deveres, estipulando no art.º 38.º que “todos os cidadãos têm o dever de respeitar a ordem constitucional” e no art.º 44.º que estabelece sob a epígrafe “deveres para com os seus semelhantes” estabelece “todo o cidadão tem o dever de respeitar e considerar os seus semelhantes, sem discriminação de qualquer de qualquer espécie e de manter com eles relações que permitam promover, salvaguardar e reforçar o respeito, a tolerância recíproca e a solidariedade.”

Por sua vez sob a epígrafe “deveres para com a comunidade” o art.º 45.º estabelece que “todo o cidadão tem o dever de:

- a) servir a comunidade nacional, pondo ao seu serviço as suas capacidades físicas e intelectuais;
- b) trabalhar na medida das suas possibilidades e capacidades;
- c) pagar as contribuições e impostos;
- d) zelar, nas suas relações com a comunidade pela preservação dos valores culturais, pelo espírito de tolerância, de diálogo e, de uma maneira geral, contribuir para a promoção e educação cívicas;
- e) defender e promover a saúde pública;
- f) defender e conservar o ambiente;
- g) defender e conservar o bem público e comunitário.

No art.º 46.º sob a epígrafe “deveres para com o Estado” o n.º 1 estabelece “todo o cidadão tem o dever de contribuir para a defesa do país” e n.º 2 “todo o cidadão tem, ainda, o dever de cumprir as obrigações previstas na lei e de obedecer às ordens emanadas das autoridades legítimas, emitidas nos termos da Constituição e com respeito pelos seus direitos fundamentais.”

O art.º 84.º estabelece que “o trabalho constitui direito e dever de cada cidadão” e nos mesmos termos, o art.º 88.º diz que “na República de Moçambique a educação constitui direito e dever de cada cidadão” assim como o art.º 90.º n.º 1 que diz que “todo o cidadão tem

²⁷⁹ Assim, CASALTA NABAIS, José, *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, Coimbra, 1998, pág. 15.

o direito de viver num ambiente equilibrado e o dever de o defender” no corresponde á saúde, o art.º 89.º estipula “todos os cidadãos têm o direito á assistência médica e sanitária, nos termos da lei, bem como o dever de promover e defender a saúde pública.”

Por outro lado a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, também conhecida por carta de Banjul, ratificada pela Assembleia Popular, através da Resolução n.º 9/88 de 25 de Agosto, dedica o seu capítulo II da Primeira Parte aos deveres. Assim o art.º 27.º n.º 1 estabelece que “cada individuo tem deveres para com a família e a sociedade, para com o Estado e outras colectividades legalmente reconhecidas e para com a comunidade internacional” e o n.º 2 “os direitos e liberdades de cada pessoa exercem-se no respeito do direito de outrem, da segurança colectiva, da moral e do interesse comum.”

O art.º 28.º estipula que “cada individuo tem o dever de respeitar e considerar os seus semelhantes sem discriminação alguma, e de manter com eles, relações que permitam promover, salvaguardar e reforçar o respeito e a tolerância recíprocas.”

Por fim o art.º 29.º estabelece que “além disso o indivíduo tem o dever:

1. De preservar o desenvolvimento harmonioso da família e de trabalhar a favor da coesão e do respeito da mesma; de respeitar em qualquer momento os seus parentes, de os alimentar, e de os assistir em caso de necessidade.
2. De servir a comunidade nacional pondo ao seu serviço as suas capacidades físicas e intelectuais.
3. De preservar e de reforçar a solidariedade social e nacional, sobretudo quando é ameaçada.
4. De não comprometer a segurança do Estado de que é nacional ou residente.
5. De preservar e de reforçar a independência nacional, a integridade territorial da pátria e, de maneira geral contribuir para a defesa do seu país, nas condições estabelecidas pela lei.
6. De trabalhar, na medida das suas capacidades e possibilidades, e de pagar as contribuições estabelecidas pela lei para salvaguardar os interesses fundamentais da sociedade.
7. De zelar, nas relações com a sociedade, pela preservação e pelo reforço dos valores culturais africanos positivos, num espírito de tolerância, de diálogo e de concertação e, de uma maneira geral, de contribuir para a promoção da saúde moral da sociedade.
8. De contribuir com todas as suas capacidades em qualquer momento e a qualquer nível, para a promoção e a realização da Unidade Africana.”

Para ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO²⁸⁰ “o *dever* é a situação analítica passiva de base. O dever traduz a incidência de normas de conduta: impositivas ou proibitivas. A pessoa adstrita a um dever encontra-se na necessidade jurídica de praticar ou de não praticar certo facto.”

CASALTA NABAIS²⁸¹ define os deveres fundamentais como “deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do individuo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos.” E explica²⁸² “uma noção que decomposta com base num certo paralelismo com o conceito de direitos fundamentais, nos apresenta os deveres fundamentais como posições jurídicas passivas, autónomas, subjectivas, individuais, universais e permanentes e essenciais.”

Quanto aos deveres fundamentais poderemos dizer, que o legislador constituinte aderiu ao princípio da assinalagmaticidade?

A este respeito, CASALTA NABAIS²⁸³ diz que:

«Uma significativa parte da doutrina alemã fala a este propósito do princípio da assinalagmaticidade ou da assimetria. Todavia, uma tal expressão está longe de ser exacta pois a apontada simetria entre direitos e deveres fundamentais, que seria regra nos estados totalitários e excepção nos estados democráticos, na realidade não se verifica: relativamente aos estados totalitários, porque aí vigora um total primado dos deveres, que traduz na pratica a eliminação pura e simples dos direitos, ou seja, a sua conversão em *funções*; e, relativamente aos estados democráticos, porque as excepções inventariadas (os chamados direitos-deveres) ainda exprimem o primado dos direitos, já que apenas em parte do seu conteúdo se encontram identificados e absorvidos pelos (correspondentes) deveres, limitando-se estes seja a excluir a liberdade negativa (assim no caso do direito-dever de voto), seja a impor um conteúdo mínimo (como é o que se verifica relativamente ao direito-dever dos pais de manutenção e educação dos filhos.

Em suma, o princípio da repartição (correctamente entendido) e a rejeição da funcionalização dos direitos fundamentais (para além dos casos excepcionais e na estrita medida em que a mesma é de exigir) conjugam-se no sentido de afastar quer uma concepção restritiva ou atrofiada, quer uma concepção ampliativa ou hipertrofiada dos deveres fundamentais.»

Será que o legislador constituinte ao identificar o direito ao trabalho com o dever de trabalhar, não “abre a porta” á compressão do direito? Que dever é este (de educação)? Impende sobre quem? Os pais ou os filhos? Ou a sociedade?

Apesar de não ser possível, projectar a sociedade fundada simplesmente na liberdade, mas também na responsabilidade, parece-nos que neste aspecto a constituição deverá ser ree-

²⁸⁰ CORDEIRO, António Menezes, ob. cit. pág. 186.

²⁸¹ CASALTA NABAIS, José, ob. cit. pág. 64.

²⁸² Idem.

²⁸³ Ibidem, pág. 35.

scrita no sentido de se eliminar a palavra dever, no direito ao trabalho²⁸⁴ e fazer impender sobre os pais o dever de educar os filhos.

A respeito do dever de trabalhar, que também existia na Constituição Portuguesa JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS²⁸⁵ dizem que:

«A revisão constitucional de 1997 suprimiu do texto constitucional a disposição que estabelecia que “o **dever de trabalhar** é inseparável do direito ao trabalho, excepto para aqueles que sofram diminuição de capacidade por razões de idade, doença ou invalidez”. Tornou-se assim claro que o dever social e genérico de trabalhar não legitima, ao contrário do que sucede em face de outros deveres fundamentais, como o dever de pagar impostos ou o dever de defesa da Pátria, a adopção de medidas específicas compressoras da liberdade individual e, mais concretamente, da liberdade de escolha – e de exercício – de profissão ou de género de trabalho (artigo 47.º), não sendo possível ao Estado, em nome de um dever de trabalhar, impor aos particulares um trabalho obrigatório ou a realização de um certo e determinado género de trabalho ou sancionar penalmente a omissão de trabalhar. Conforme se sublinha no Ac. n.º 154/86, a liberdade de escolha de profissão “não implica apenas o direito de escolher o local e o tipo de trabalho, mas também o direito de só mediante vontade própria entrar em relação de emprego por conta de outrem.»

Quanto aos outros deveres conexos com direitos fundamentais²⁸⁶ não colocam estes problemas. Fica a sugestão da reformulação no sentido da eliminação da expressão “dever de trabalhar” nos termos acima expostos, pois não passará de uma norma panfletária.

²⁸⁴ CASALTA NABAIS, José, ob. cit. pág. 39, refere que “dos deveres associados a (ou conexos com) direitos são de afastar aqueles deveres que, em rigor, mais não são do que afirmações de valores ou interesses comunitários feitas a propósito de direitos, como é, em nossa opinião, o dever de trabalhar previsto no art.º 58, n.º 2, da nossa Constituição (com equivalente no art.º 4º, II da Constituição Italiana e no art.º 35º, nº 1 da Constituição Espanhola). Em rigor, os deveres do tipo do dever de trabalhar não se configuram como verdadeiros deveres, já que lhes falta a característica da subjectividade, constituindo antes suportes objectivos de limitação dos direitos (...)”

²⁸⁵ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, ob. cit., Tomo I, pág. 1142.

²⁸⁶ Assim o dever de proteger o ambiente, a saúde pública, dever de educação e defesa do património.

15. O sistema de governo

Na maioria dos países, as questões ligadas ao sistema e forma de governo são os que mais apaixonadamente, envolvem as pessoas tanto políticos, como o povo em si. Dedicaremos algumas linhas a esta questão, sem grandes aprofundamentos, pois apesar das vozes que se tem ouvido acerca desta questão, não nos parece que a próxima revisão da constituição a ele se refira.

Para MARCELLO CAETANO²⁸⁷ sistema de governo “(...) traduz a titularidade do poder político (a quem pertence? Quem é o titular originário?) e a estrutura dos órgãos a quem é confiado o seu exercício.”

E por sistema de governo pode-se entender com MARCELO REBELO DE SOUSA²⁸⁸ como “(...) a forma a que obedece a estruturação dos órgãos do poder político soberano do Estado, envolvendo o elenco desses órgãos, a sua composição, ou processo de designação e o estatuto dos respectivos titulares, a sua competência em geral e a sua interrelação funcional em particular, o modo de funcionamento e as formas de controlo da sua actuação.”

Para JORGE MIRANDA²⁸⁹ “os sistemas de governo se definem, antes de mais, com base num determinado enquadramento de órgãos e estes vão ser descritos e depender, antes de mais, das normas constitucionais. Em segundo lugar, mesmo quando os factores de ordem política prevalecem sobre os jurídicos, mesmo assim estes conseguem resistir com autonomia; e em momentos de crise ou de ruptura, ainda é o factor jurídico que vai agir e permitir determinadas formas de transição.”

A história jurídico-constitucional moçambicana tem reservado um papel de destaque ao órgão Presidente da República, que se mantém, até aos dias de hoje.

Na Constituição de 1975, o Presidente da República popular de Moçambique é o Presidente da Frelimo (art.º 47.º) a quem competia:

- a) Fazer respeitar a Constituição e assegurar o funcionamento correcto dos órgãos estatais;
- b) Criar ministérios e definir as suas competências:

²⁸⁷ CAETANO, Marcello, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, tomo I, 6ª Edição, rev. Act. Almedina, Coimbra, 2009, pag. 360.

²⁸⁸ DE SOUSA, Marcelo Rebelo, *O Sistema de governo Português*, 4ª Edição, ver. act. AAFDL, Lisboa, 1992, pag. 9.

²⁸⁹ MIRANDA, Jorge, *Ciência*, cit. pag. 125.

- c) Dirigir as actividades do Conselho de ministros e presidir as suas sessões;
- d) Nomear e demitir os membros do conselho de ministros;
- e) Nomear e demitir o Presidente e Vice-Presidente do tribunal popular supremo e o Procurador-Geral da República;
- f) Nomear e demitir os governadores provinciais;
- g) Nomear e demitir o governador e vice-governador do Banco de Moçambique;
- h) Nomear e demitir o comandante-geral e o vice-comandante do Corpo da Polícia de Segurança de Moçambique;
- i) Nomear e demitir o reitor da Universidade;
- j) Promulgar e fazer publicar as leis e os decreto-leis;
- k) Declarar o estado de guerra e celebrar tratados de paz sob decisão do Comité Central da Frelimo;
- l) Proclamar a mobilização geral ou parcial;
- m) Acreditar os representantes diplomáticos de outros países;
- n) Nomear e demitir os representantes diplomáticos da República popular de Moçambique noutros países;
- o) Indultar e comutar penas;
- p) Declarar o estado de sítio ou de emergência.

Por outro lado o Presidente da República convocava e presidia a Assembleia popular (art.º 42.º) a quem competia:

- a) Legislar sobre questões básicas relativas à política interna e externa;
- b) Aprovar o relatório de execução do orçamento do ano findo, o orçamento geral do estado e os planos económicos nacionais;
- c) Definir as bases da política dos impostos;
- d) Ratificar e denunciar acordos e tratados internacionais;
- e) Aprovar o relatório das actividades do governo;
- f) Ratificar os actos legislativos da Comissão Permanente da Assembleia popular;
- g) Conceder amnistias;
- h) Sancionar a suspensão das garantias constitucionais quando declarado o estado de sítio ou de emergência;
- i) Autorizar o Presidente da República Popular de Moçambique a deslocar-se ao estrangeiro.

O Conselho de Ministros (presidido pelo Presidente da República) responsável perante a Assembleia Popular (art.º 54) tinha como competência específica:

- a) Preparar o plano geral do estado e o orçamento geral do estado e executa-lo, depois de aprovados pelo Comité central da FRELIMO e pela Assembleia Popular;
- b) Preparar projectos de lei e decisões para serem submetidos á Assembleia Popular ou ao Presidente da República;
- c) Elaborar decretos-lei por delegação e no âmbito da competência atribuída pela Assembleia Popular e decretos;
- d) Dirigir e coordenar a actividade dos Ministérios e dos outros órgãos estatais dependentes do Conselho de Ministros;
- e) Garantir os direitos e liberdades dos cidadãos.

A lei 4/86 de 25 de Julho altera um bocado este estado de coisas, atribuindo ao Presidente da Assembleia Popular a presidência do órgão em questão entre outras alterações. (art.º 47).

Na Constituição de 1990, o Presidente da República aparece como “chefe de Estado, simboliza a unidade nacional, representa a Nação no plano interno e internacional e zela pelo funcionamento correcto dos órgãos do estado.” (art.º 117 n.1) “o chefe de Estado é o garante da Constituição (n.2), chefe do Governo (n.3) e Comandante-Chefe das forcas de Defesa e Segurança. (n.4)

No exercício da sua função de Chefe de Estado competia ao Presidente da Republica (art.º 120):

- a) Dirigir-se á Nação através de mensagens e comunicações;
- b) Informar anualmente a Assembleia da Republica sobre a situação geral da Nação;
- c) Decidir a realização de referendo para alteração da Constituição ou sobre questões de interesse fundamental para a Nação;
- d) Convocar eleições gerais;
- e) Dissolver a Assembleia da República uma única vez quando o programa do Governo não tenha sido aprovado;
- f) Demitir os restantes membros do Governo quando o seu programa seja rejeitado pela segunda vez pela Assembleia da República;
- g) Nomear o Presidente e Vice-Presidente do tribunal Supremo, o Presidente do Conselho Constitucional e o Presidente do tribunal Administrativo;
- h) Nomear, exonerar e demitir o Procurador-Geral e o Vice-Procurador-Geral da República;
- i) Indultar e comutar penas;
- j) Atribuir, nos termos da lei, títulos honoríficos, condecorações e distinções.

No domínio da acção governamental, competia ao Presidente da República (art.º 121.º):

- a) Convocar e presidir às sessões do Conselho de Ministros;
- b) Nomear, exonerar e demitir o Primeiro-Ministro;
- c) Criar ministérios e comissões de natureza ministerial;
- d) Nomear, exonerar e demitir:
 - os Ministros e Vice-Ministros;
 - os Governadores provinciais;
 - os Reitores e Vice-Reitores das Universidades estatais;
 - o Governador e o Vice-Governador do Banco de Moçambique;
 - os Secretários de Estado

De acordo com o art.º 136.º:

1. A Assembleia da República aprecia o programa do Governo no início de cada legislatura.
2. O Governo poderá apresentar um programa reformulado que tenha em conta as conclusões do debate.
3. Caso a Assembleia da República rejeite, após debate, o programa do governo, o Presidente da República poderá dissolver a Assembleia, convocando novas eleições gerais.

A respeito da Constituição de 1990, GOMES CANOTILHO²⁹⁰ “finalmente, a Constituição de Moçambique, de 30 de Novembro de 1990 (alterada pelas leis n. 18/82, de 1-10, e 12/92, de 4-10, e 8/96, de 22-11) consagra um regime misto fortemente ancorado na dimensão presidencialista. Aqui o Presidente da República é o chefe do executivo, tendo a coadjuvá-lo com “funções delegadas” um Primeiro-Ministro.”

A constituição atribuía, ao Conselho de Ministros, competência para (art.º153):

- a) Garantir o gozo dos direitos e liberdades pelos cidadãos;
- b) Assegurar a ordem pública e a disciplina social;
- c) Preparar projectos de lei a submeter á Assembleia da República e projectos de decisão a submeter ao Presidente da República;
- d) Preparar o Plano e o Orçamento do Estado e executá-lo após aprovação pela Assembleia da República;
- e) Promover e regulamentar a actividade económica e dos sectores sociais;

²⁹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito*, cit.7ª ed., pág. 612.

- f) Preparar a celebração de tratados internacionais e celebrar, ratificar, aderir e denunciar acordos internacionais;
- g) Dirigir a política laboral e de segurança social;
- h) Dirigir os sectores sociais do Estado, em especial a educação e a saúde;
- i) Dirigir e promover a política de habitação.

E o n.º 2 estabelecia, que compete ainda ao Conselho de Ministros:

- a) Garantir a defesa e consolidação do domínio público do Estado e do património do Estado;
- b) Dirigir e coordenar as actividades dos ministérios e outros órgãos subordinados ao Conselho de Ministros;
- c) Analisar a experiência dos órgãos executivos locais e regulamentar a sua organização e funcionamento;
- d) Garantir o funcionamento correcto e o desenvolvimento das instituições e empresas de propriedade estatal e a sua expansão de acordo com as necessidades da economia;
- e) Promover o desenvolvimento cooperativo e o apoio á produção familiar;
- f) Estimular e apoiar o exercício da iniciativa privada.

Por sua vez, o art.º 154.º estipulava que “compete ao Primeiro-Ministro, sem prejuízo de outras atribuições confiadas pelo Presidente da República e por lei, assistir e aconselhar o Presidente da República na direcção do Governo.” E o n.º 2 estipulava que competia nomeadamente ao Primeiro-Ministro:

- a) Assistir o Presidente da República na elaboração do programa do Governo;
- b) Aconselhar o Presidente da República na criação de ministérios e comissões de natureza ministerial e na nomeação de membros do Governo e outros dirigentes governamentais;
- c) Elaborar e propor o plano de trabalho do Governo ao Presidente da República;
- d) Garantir a execução das decisões dos órgãos do Estado pelos membros do Governo;
- e) Convocar e presidir a reuniões do Conselho de Ministros destinadas a tratar da implementação das políticas definidas e outras decisões;
- f) Coordenar e controlar as actividades dos ministérios e outras instituições governamentais;
- g) Supervisar o funcionamento técnico-administrativo do Conselho de Ministros.

Finalmente nas relações com a Assembleia da República, competia ao Primeiro-Ministro:

- a) Apresentar á Assembleia da República o programa do Governo, a proposta do Plano e do Orçamento;
- b) Apresentar os relatórios do Governo;
- c) Expor as posições do Governo perante a Assembleia da República.

Finalmente a Constituição de 2004, que não altera este estado de coisas, na configuração do Presidente da República diz que (art.º 146.º):

1. O Presidente da República é o Chefe do Estado, simboliza a unidade nacional, representa a Nação no plano interno e internacional e zela pelo funcionamento correcto dos órgãos do Estado.
2. O Chefe de Estado é o garante da Constituição.
3. O Presidente da República é o Chefe do Governo.
4. O Presidente da República é o Comandante-Chefe das Forças de Defesa e Segurança.

Compete ainda dissolver a Assembleia da República nos termos do art.º188.º (art.º 159.º alínea e) e demitir os restantes membros do Governo quando o seu programa seja rejeitado pela segunda vez pela Assembleia da República (art.º 159.º alínea f).

No domínio do Governo, compete ao Presidente da República (art.º 160.º):

- a) Convocar e presidir as sessões do Conselho de Ministros;
- b) Nomear, exonerar e demitir o Primeiro-Ministro;
- c) Criar ministérios e comissões de natureza ministerial;

E compete ainda, nomear, exonerar e demitir:

- a) Os Ministros e Vice-Ministros;
- b) Os Governadores Provinciais;
- c) Os Reitores e Vice-Reitores das Universidades Estatais, sob proposta dos respectivos colectivos de direcção, nos termos da lei,
- d) O Governador e o Vice-Governador do Banco de Moçambique;
- e) Os Secretários de Estado.

O art.º 188.º diz que “a Assembleia da República pode ser dissolvida, pelo Presidente da República caso rejeite, após debate, o programa de Governo.”

Feito este pequeno resumo, da evolução do sistema de Governo, podemos denotar desde 1975 uma forte concentração de poderes no Presidente da República. Do nosso ponto de vista duas soluções se podem aventar, para a revisão que se segue: (1) manutenção do sistema Presidencial com diminuição de alguns poderes do Presidente; ou (2) a passagem para um sistema de governo semipresidencial.

Da nossa parte o caminho a ser seguido, terá de ser o primeiro, com os motivos que de seguida passaremos a explicar²⁹¹.

Nas palavras de JORGE MIRANDA²⁹²“no plano jurídico-constitucional, quando se pensa em sistema de governo têm-se em mente três grandes conceitos jurídicos (para além de outros menos relevantes que poderiam ser citados):

- a) O da **separação de poderes**, no sentido de especialização orgânico-funcional, paralelamente á fiscalização ou á colaboração dos vários órgãos para a prática de actos da mesma função;
- b) O da **dependência, independência ou interdependência dos órgãos** quanto ás condições de subsistência dos seus titulares ou quanto ao modo como certo órgão vem a projectar-se na composição concreta de outro órgão (o modo, por exemplo, como determinado órgão determina ou escolhe os titulares de outro órgão ou vem a determinar a cessação das suas funções);
- c) Como conceito aí compreendido, mas que tem adquirido autonomia, o conceito de **responsabilidade política** – de responsabilidade política de um órgão ou dos titulares de um órgão perante outro órgão.”

Começaremos pela primeira questão, onde muito tem se tem criticado, os poderes do Presidente na nomeação do Presidente do Tribunal Supremo, o Presidente do Conselho Constitucional, o Presidente do Tribunal Administrativo e o Vice-Presidente do Tribunal Supremo, (art.º 159.º). Não nos podemos esquecer, que a este respeito a Assembleia da República detém um verdadeiro *pouvoir* ou *faculté d'empêcher*, quando diz que compete a este órgão “ratificar a nomeação do Presidente do Tribunal Supremo, do Presidente do Conselho Constitucional, do Presidente do Tribunal Administrativo e do Vice-Presidente do Tribunal Supremo (art.º 179.º n.º 2 alínea h). Portanto indirectamente as referidas nomeações, são sancionadas pelo titular da soberania.

Em segundo lugar, teríamos que analisar duas questões: a possibilidade de dissolução da Assembleia da República e a responsabilidade do Governo perante a Assembleia da República. Em relação á primeira questão, primeiro dizer que, a possibilidade de o Presidente da República dissolver a Assembleia, só em caso de rejeição do programa do governo, não é

²⁹¹ IAGD, *Proposta*, cit. pág. 55 e segs.

²⁹² MIRANDA, Jorge, *Ciência.*, cit. pág. 126.

uma competência que poderá ser exercida ao longo da legislatura. Contudo, não deixa de ser um elemento estranho, que inclusive leva alguns autores a classificar o nosso sistema como sendo semipresidencial²⁹³.

Do nosso ponto de vista, este art.º 188.º e 159.º e) deverão ser suprimidos, conseguindo-se em certa medida diminuir os poderes do Presidente e evitar que a Assembleia da República possa verdadeiramente exercer uma função de controlo sobre a actividade do governo, pois este artigo em caso de não coincidência entre a maioria presidencial e parlamentar fará com que a Assembleia eleita não passe de “nado morto”.

Por fim a responsabilidade política do Governo perante a Assembleia, deverá ser repensada, pois até agora ela não existe, pois em nenhuma situação a Assembleia poderá provocar a queda dos membros do Governo. A nossa proposta será a criação de moções de censura parciais dirigidas contra a actuação dos membros do Governo (excluindo obviamente o Presidente da República). A má gestão a gestão danosa dos ministros e do Primeiro-Ministro não poderá assim seguir na completa discricionariedade do Presidente da República.

Este mecanismo, a nosso ver devolverá á Assembleia da República um certa dignidade constitucional, conferindo-lhe um verdadeiro protagonismo político, enquanto representante do povo Moçambicano.

Porque não um sistema de governo semipresidencial. A LA PALICE, diríamos porque o titular da soberania não o parece querer. Contudo teremos de procurar, outras justificações.

Antes de mais, não somos de opinião que se deve introduzir o sistema semipresidencial para limitar o sistema presidencial este tem que decorrer do desenvolvimento dos órgãos e da consciência jurídica colectiva. Como refere GOMES CANOTILHO²⁹⁴ “afirmou-se que Portugal e França têm “regimes semi-presidencialistas” de modo algum significa similitude de praticas dinâmicas de funcionamento. Os autores põem justamente em relevo a influência decisiva de outros factores como o partido e sistema de partidos, os sistemas eleitorais, as relações entre a maioria e a oposição e a cultura política.” Ou como refere CRISTINA QUEIROZ²⁹⁵ “em presença de uma maioria sólida e estável, o sistema não é “semi-presidencial” como pretende MAURICE DUVERGER, mas híper-presidencial. O vencedor da contenda eleitoral domina as instituições políticas *sans dépendance et sans partage*. Eis o que tem demonstrado o “semi-presidencialismo” em

²⁹³ CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito, cit.7ª ed., pág. 612.

²⁹⁴ Idem, pág. 574.

²⁹⁵ QUEIROZ, Cristina, *O sistema político e Constitucional Português*, AAFDL, Lisboa, 1992, pág. 61.

França há cerca de trinta anos.”

Num sistema semipresidencial²⁹⁶ “a responsabilidade política do governo perante o Presidente manifesta-se, primordialmente, no poder de exoneração do Primeiro-Ministro, *independentemente de confiança parlamentar*, com a consequente cessação de funções de todos os membros do executivo. A responsabilidade política perante a Assembleia formaliza-se, essencialmente, através da aprovação de moções de rejeição do programa de governo, de censura ou de desconfiança.”

Do nosso ponto de vista dois factores serão decisivos, olhando para o actual quadro constitucional, para a instauração de um sistema semipresidencial: primeiro a devolução á Assembleia da República de poderes efectivos de controlo sobre a actuação do governo e a própria percepção da importância da Assembleia da República que decisivamente tem que “agigantar-se” e impor-se como um dos mais importantes órgãos no jogo político. Segundo, a própria figura do Primeiro-Ministro, terá que demonstrar “autonomia” e soluções capazes, no sentido de não ser visto como um alargamento dos poderes do Presidente.

A oposição terá que desempenhar também o seu papel, não se limitando a meras perguntas circunstanciadas, é necessário revitalizar as comissões de inquérito, os ministros teriam que defender individualmente as suas opções, etc.

Estas condições não estando criadas, ainda que o colocássemos na Constituição, não obteríamos certamente um sistema semipresidencial. Talvez daqui a cinco anos, a questão poderá ser colocada de forma diferente.

Outra necessidade do nosso sistema, são as chamadas comissões parlamentares de Inquérito.

As Comissões Parlamentares de inquérito, constituem “o meio privilegiado do controlo pelo Parlamento dos actos do Governo e da Administração”.²⁹⁷ Como refere o acórdão do TC n.º 195/94, de 1 de Março de 1994, “nos actuais Estados de Direito os inquéritos parlamentares realizados por comissões criadas temporalmente para o efeito constituem um importante instrumento de que o Parlamento dispõe para o desempenho das funções que lhe estão constitucionalmente atribuídas, designadamente as funções de fiscalização, do cumprimento da Constituição e das leis e de apreciação dos actos do Governo

²⁹⁶ QUEIROZ, Cristina, cit. pág. 64.

²⁹⁷ FRAGA, Carlos, *As Comissões Parlamentares de Inquérito, Estudos de Direito Parlamentar*, AAFDL, Lisboa, 1997, pág. 281

e da Administração.”²⁹⁸

Note-se que as comissões parlamentares de Inquérito inserem-se no conceito geral de controlo parlamentar. “ANTÓNIO VITORINO, na perspectiva da relação constitucionalmente estabelecida entre o Parlamento e o Governo, entende o controle como uma técnica jurídico-constitucional de garantia e fiscalização da adequação da acção governativa aos seus fins constitucionais, traduzidos na observância da própria vontade popular, pelo que o controle parlamentar se afigura como uma intermediação dos eleitores sobre os governantes e os instrumentos que constituem o controle parlamentar integram uma verdadeira função parlamentar, que consiste na “ (...) verificação da actividade do Governo e da adequação dessa actividade aos parâmetros estabelecidos quer pelo constitucional quer pelo próprio Parlamento, no quadro do exercício da função de direcção política do Estado.”²⁹⁹

Do nosso ponto de vista a Constituição deve fazer referencia ás comissões de Inquérito Parlamentar, estipulando as regras sobre a iniciativa da constituição das comissões (um quinto dos deputados, bancadas parlamentares), composição das comissões, em respeito da regra da proporcionalidade sem prejuízo da atribuição de reais poderes ás minorias parlamentares, sob pena de a maioria frustrar os objectivos das comissões, limites como o respeito pelos direitos fundamentais, Defesa e Segurança Públicas.

Como referem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA³⁰⁰ “o enquadramento contemporâneo da função de fiscalização é diferente do que era originariamente: o que releva hoje não é tanto a fiscalização do executivo pelo parlamento globalmente considerado, mas sim, principalmente, os meios e instrumentos que a oposição tem para fiscalizar o Governo, que, em regra, conta com apoio maioritário na Assembleia.”

Por sua vez EDSON AGUIAR DE VASCONCELOS, esclarece³⁰¹ “o parlamento apresenta-se como instituição geralmente polivalente, cujo desenvolvimento o torna instrumento político de soberania popular e depositário do direito e do dever de intervir, nas

²⁹⁸ Ac. TC. n.º 194/94, de 1 de Março de 1994, Diário da República, II Série, n.º 110, de 12/05/94, págs. 4583 e segs.

²⁹⁹ VITORINO, António, *Portugal, o Sistema Político e Constitucional, 1974/87*, Coord. Mário Batista, Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade de Lisboa, apud, DE VASCONCELOS, Edson Aguiar, *Controle Parlamentar – Aspectos gerais, com breve ensaio comparativo (Brasil e Portugal)*, Estudos de Direito Parlamentar, AAFDL, Lisboa, 1997, pág. 175.

³⁰⁰ CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª Edição, Coimbra, 1993 (anotação ao art.º 165.º) apud, FRAGA, Carlos, *As Comissões Parlamentares de Inquérito*, Estudos de Direito Parlamentar, AAFDL, Lisboa, 1997, pág. 294.

³⁰¹ DE VASCONCELOS, Edson Aguiar, ob. cit., pág. 171.

mais diversas formas, em todos os estágios do processo político. Nessa linha de raciocínio, a actividade parlamentar que resulta, em ordem lógica, é a de controle do Executivo, que aliás, é uma das funções primordiais do Parlamento.”

As comissões Parlamentares de Inquérito poderão desempenhar um papel importante na melhoria e qualidade da actividade governamental, aproxima o titular da soberania da governação, valoriza o papel da oposição e como refere EDSON AGUIAR DE VASCONCELOS “no que refere às Comissões Parlamentares de Inquérito, elas não se destinam apenas a investigar, mas, ao reverso, devem formular um juízo, com adopção das providencias que no caso se imponham, designadamente a remessa dos elementos apurados ás autoridades judiciárias competentes, para os efeitos julgados convenientes, que se podem mesmo traduzir na efectivação de eventual responsabilidade criminal ou financeira.”³⁰²

Por outro lado CARLOS FRAGA diz que “sendo o inquérito um procedimento, a sua realização pressupõe toda uma série de actos e diligências tendentes á descoberta e apuramento de factos através das formas probatórias pelas quais se obtém conhecimento dos factos – inquirições de pessoas, peritagens, exames locais, consulta de documentos, etc. Por lhe permitir a averiguação dos factos, a generalidade das legislações atribui ás comissões de inquérito poderes iguais ou semelhantes aos de um juiz, no âmbito do inquérito judicial.”³⁰³

No âmbito da separação de poderes, poderemos faremos referências breves a algumas experiencias.

Em países como a Hungria e a Polónia, criaram-se³⁰⁴ “órgãos de governo próprio da magistratura que se distinguem do conjunto dos países da Europa central e de leste, embora com interferência, ainda que indirecta do executivo. A Hungria aboliu a tutela directa do Ministro da Justiça sobre os tribunais através da criação de um Conselho Nacional da Magistratura (CNM) dotado de plena autonomia administrativa e financeira, tendo, por isso, a seu cargo a direcção e organização da administração dos tribunais.”

De igual forma na Polónia³⁰⁵ “o governo da magistratura judicial pertence ao Conselho Nacional da Magistratura com sede em Varsóvia, que tem por funções, entre outras examinar

³⁰² Idem, pág. 177.

³⁰³ FRAGA, Carlos, ob. cit. pág. 333.

³⁰⁴ MARTINS AFONSO, Orlando Viegas, *Poder Judicial: Independência in Dependência*, Almedina, Coimbra, 2004, pág., 131.

³⁰⁵ Idem, pág. 131.

as propostas de candidatura aos lugares vagos do Supremo Tribunal, do Alto Tribunal Administrativo, dos Tribunais de direito comum e dos Tribunais militares e submetê-las para nomeação ao Presidente da República; proceder a transferências dos magistrados; *pronunciar-se sobre projectos de modificação legislativa*; dar parecer sobre os programas de formação de estágios e sobre o conteúdo dos exames a que devem submeter-se os candidatos á judicatura, submeter á apreciação do Tribunal Constitucional disposições legais respeitantes á independência da magistratura.”

Por sua vez estipula o art.º 99.º da CRFB que “ao poder judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira. 1- Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de directrizes orçamentárias.”

O art.º 61.º atribui iniciativa de lei entre outros ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e ao Procurador-geral da República.

A separação de poderes não é um tema novo, desde a antiguidade clássica em que autores como Aristóteles tratam o tema. ARISTÓTELES³⁰⁶ dizia que “cada constituição tem três partes – aquela que delibera sobre os negócios públicos, aquela que respeita aos cargos públicos, e aquela que julga.”

Mais tarde com desenvolvimentos de LOCKE e MONTESQUIEU veio a encontrar consagração constitucional na primeira Constituição escrita.

Segundo este último autor³⁰⁷ “*Lorsque le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif se trouvent dans les mains d’une même personne ou d’un même organe souverain, il n’y a point de liberté*” e por fim “*Il n’y a point encore de liberté si la puissance de juger n’est pas séparée de la puissance législative et de l’exécutif*”

O juiz como refere o autor supra citado deve ser a boca que pronuncia as palavras da lei.

A nosso ver a autonomia financeira plena do poder judicial sairia beliscada se o poder judicial pudesse apresentar a proposta de orçamento próprio. Ora se não vejamos. O executivo é politicamente responsável perante a Assembleia o que poderá significar a queda do mesmo perante a má gestão da coisa pública. E o poder judicial obviamente não poderá estar sujeita a este tipo de responsabilidade. Em casos de gestão danosa do poder judicial *quid*

³⁰⁶ ARISTÓTELES, *A Política*, livro IV, pág. 14 apud DO AMARAL, Diogo Freitas, *História das ideias Políticas*, Vol. I, Livraria Almedina, Coimbra, 1999, pág., 125.

³⁰⁷ MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, ed. Galilimard, Paris, 1970 apud MARTINS AFONSO, Orlando Viegas, *Poder Judicial*, ob. cit, pág., 73.

iuris? Significariam estes poderes que vai haver uma parte da colecta feita ao titular da soberania (o povo) que ele mesmo não pode controlar?

Olhando para a nossa jovem democracia, não será a “promiscuidade” entre o legislativo, o executivo e o judicial precisamente um factor que retira independência ao poder judicial.

Como refere o relatório da AFRIMAP, ³⁰⁸“ (...) alguns interlocutores do sector da justiça são de opinião que todas as questões que não se relacionam com a independência e imparcialidade do julgamento, como por exemplo, as questões relativas á construção de instalações do sector da justiça (...) deveriam ser transferidas para o Governo, sem nenhum risco de ingerência nos assuntos do judiciário, á semelhança do que acontece com a formação dos magistrados.”

Mais do que oferecer respostas, devemos fazer as perguntas.

³⁰⁸MOÇAMBIQUE, *O sector da Justiça e o Estado de Direito*, Open Society Foundation, Joanesburgo, 2006, pág. 33.

CONCLUSÃO

Da análise pudemos denotar que apesar dos avanços trazidos pela Constituição em 2004, continuam a existir zonas de incerteza no que concerne ao rumo interpretativo que se seguirá na aplicação da Constituição, relativamente a matérias cruciais como os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores e relativamente ao regime procedimental a ser seguido para se proceder a uma revisão complexa, varias duvidas se colocam pelo facto de o legislador Constituinte não ter pensado nas implicações da obrigatoriedade do referendo. Assim sendo e com vista a atingir o desenvolvimento através da consolidação jurídico-constitucional dos direitos liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais propomos:

- Melhorar a arrumação sistemática dos direitos liberdades e garantias, criando um capitulo reservado aos Direitos, Liberdades e Garantias dos Trabalhadores: exs. Art.º 84/2 “cada cidadão tem direito á livre escolha da profissão” não é um direito económico, social e cultural, apesar de estar no capitulo referente aos direitos Económicos, Sociais e Culturais e art.º 87.º n.º 1, “os trabalhadores tem direito á greve” não é um direito económico, social e cultural, mas sim um direito, liberdade e garantia, portanto teriam que gozar da protecção do art. 56.º. Também os artigos como o 85.º n.º 1.º “Todo o trabalhador tem direito á justa remuneração, descanso, férias e á reforma nos termos da Lei.” devia constar deste novo capitulo, o art.º 85.º n.º 3.º que diz que “o trabalhador só pode ser despedido nos casos e nos termos estabelecidos na Lei.” Além de fazer parte deste nono capitulo deverá ser reformulado dizendo que “todo o trabalhador tem direito á segurança no emprego nos termos da Lei” numa fórmula mais abrangente pois a segurança no emprego além de proteger contra os despedimentos sem justa causa, protegem contra a precariedade do emprego. Mantendo-se a arrumação sistemática, deverá acrescentar-se um artigo, que permita a aplicação do Regime dos direitos liberdades e garantias individuais aos direitos de natureza análoga.
- Por sua vez a liberdade de Associação Sindical, art.º 86.º n.º 1 “os trabalhadores têm a liberdade de se organizarem em associações profissionais ou em sindicatos.” Trata-se mais uma vez de um direito, liberdade e garantia dos trabalhadores, que se encontra mal inserido sistematicamente, devendo fazer parte do novo capitulo a ser criado, conferindo maior protecção aos direitos dos trabalhadores, note-se que existe uma diferença fundamental entre o direito ao trabalho (este sim um verdadeiro direito

económico social e cultural) e os direitos dos trabalhadores, infelizmente o legislador Constituinte não soube (ou não quis) fazer esta distinção.

- O art.º 56.º deverá explicitar a obrigatoriedade das limitações aos direitos liberdades e garantias respeitarem o princípio da proporcionalidade.
- O art.º 66.º da LOCC trata dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade em sede de fiscalização abstracta sucessiva. Consideramos que o mesmo artigo deve ser constitucionalizado, pois não faz sentido deixar “nas mãos” do legislador ordinário a regulação dos efeitos das decisões do Conselho Constitucional. O povo deve ter acesso directo á justiça constitucional, sem intermediação do juiz da causa, caso se lhes apliquem normas inconstitucionais, assim deverá ser criado um novo artigo com a seguinte redacção:

1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas revogadas.
2. Tratando-se, porém de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor da norma posterior.
3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional, quando a norma respeitar a matéria penal ou disciplinar e for de conteúdo mais favorável ao arguido.”
4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou de interesse público de excepcional relevo, que deve ser fundamentado, o exigirem, pode o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restritivo do que o previsto nos números 1 e 2 do presente artigo.

E no âmbito da fiscalização concreta, deverá ser acrescentado um artigo com a epígrafe “efeitos da decisão no caso concreto” com a seguinte redacção:1. Na apreciação a que refere o art.º 247.º a decisão do Tribunal Constitucional tem os seguintes efeitos:

- a) Se o Tribunal Constitucional der provimento ao recurso, ainda que só parcialmente, os autos baixam ao tribunal de onde provieram, para reformar a decisão em conformidade com o julgamento sobre a questão da inconstitucionalidade;

- b) No caso de o juízo de constitucionalidade sobre a norma a que a decisão recorrida tiver recusado a aplicação se fundar em determinada interpretação da mesma norma, esta deve ser aplicada com tal interpretação no processo em causa;
 - c) Faz caso julgado no processo quanto á questão da inconstitucionalidade suscitada.
 - d) Caso a norma tenha sido declarada inconstitucional em dois casos concretos, a mesma será apreciada oficiosamente pelo Tribunal Constitucional em sede de fiscalização abstracta.
- O povo deve ter acesso directo á justiça constitucional, sem intermediação do juiz da causa, caso se lhes apliquem normas inconstitucionais. O acesso actualmente é parcial podendo 2 mil cidadãos pedir a declaração de inconstitucionalidade ao Conselho Constitucional, note-se que esta solução já foi acolhida pela Comissão Ad hoc para a revisão da Constituição.
 - Deverá ser acrescentado a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, para obrigar os órgãos competentes a emanar as normas, que a Constituição obriga.
 - No campo político, mantendo-se o sistema de Governo, é necessário pensar-se em moções de censura “parciais” dirigidas a Ministros, punindo o mau desempenho, valorizando-se assim o papel da AR como órgão de controlo do executivo, e criando por conseguinte maiores responsabilidades na defesa dos direitos;
 - No âmbito das relações entre os órgãos de soberania, é necessário eliminar a possibilidade de o PR poder dissolver a AR em caso de rejeição do Programa de governo (art.º 159 e) e 188.º. Fazendo com que a AR deixe de ser um “nado morto”, no sentido de nascer condicionado, pela submissão ao programa de um governo que depois terá que fiscalizar.
 - Por fim deverá ser criado um conjunto de regras próprias para o processo de Revisão da Constituição, quando esta alteração preveja alteração dos limites materiais, onde se deverá prever a maioria pela qual será aprovado o projecto antes da sua submissão ao referendo popular, deverá ser esclarecido que a maioria de 2/3 referido pelo art.º 295.º só se aplica nas revisões simples.
 - No art.º 136.º n.º 2 a expressão “é decidido” deverá ser substituído pela expressão “é convocado.”

Bibliografia

1. Legislação e Jurisprudência

- REPÚBLICA DE ANGOLA, Constituição da República de Angola, Diário da República Iª Série, nº 23 de 5 de Fevereiro de 2010.
- REPÚBLICA DE CABO VERDE, Constituição da República, Boletim Oficial – Suplemento, Iª Série n.º 17 de 3 de Maio de 2010 (rectificado pelo Boletim Oficial, Iª Série, n.º 28 de 26 de Julho de 2010).
- REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Constituição da República de Moçambique, Imprensa Nacional de Moçambique, Maputo, 2004.
- REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Assembleia da República, Ante-projecto de Revisão da Constituição, 1998.
- REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Conselho Constitucional, *Deliberações e Acórdãos do Conselho Constitucional*, Vol. I, CFJJ, Maputo, 2007.
- REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Conselho Constitucional, *Acórdãos e Deliberações do Conselho Constitucional*, Vol. III, 1ª Edição, CFJJ, Maputo, 2009

2. Doutrina

- AFONSO, Orlando, *Poder Judicial: Independência in dependência*, 1ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2004.
- BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola *et al*(org.) *Dicionário de Política*, Vol. I, 11ª Edição, Editora Unb, Brasília, 1998.
- BONAVIDES, Paulo, *Ciência política*, 10ª Edição Rev. Act., Malheiros Editores, São Paulo, 2000.
- CAETANO, Marcello, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, tomo I, 6ª Edição, rev.Act. Almedina, Coimbra, 2009.
- CANAS, Vitalino, *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, 2ª Edição, rev., AAFDL, Lisboa, 1994.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003.
- _____, *Direito Constitucional e teoria do Estado*, 4ª edição, Coimbra, 1998
- CASALTA NABAIS, José, *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, Coimbra, 1998.

- COMOANE, Ana, *Impacto da política de desenvolvimento em Turismo O caso dos PMAs, em especial Moçambique: Contingências e Estratégias*, Almedina, Coimbra, 2007.
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, I, 2ª Edição, Livraria Almedina, 2000.
- CORREIA, Servúlo, *Direitos Fundamentais Sumários*, AAFDL, Lisboa, 2002.
- DE SOUSA, Marcelo Rebelo, *Direito Constitucional I: Introdução á Teoria da Constituição*, Livraria Cruz, Braga, 1979.
- _____, *O Sistema de governo Português*, 4ª Edição, ver. Act. AAFDL, Lisboa, 1992.
- DE ANDRADE, José Carlos Vieira, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1998.
- DO AMARAL, Diogo Freitas, *História das ideias políticas*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1999.
- _____, *Governos de gestão*, Principia, Lisboa, 2002.
- _____, *Curso de direito administrativo*, Vol.II, 8ª reimp.,Almedina, Coimbra, 2008.
- ESTEVES, Maria da Assunção, *A constitucionalização do Direito de Resistência*, AAFDL, Lisboa, 1989.
- GERMANA DE OLIVEIRA MORAES, *O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo brasileiro*, p.795 in Estudos de Direito Parlamentar, AAFDL, Lisboa, 1997.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Reflexões sobre a próxima revisão da Constituição Moçambicana de 1990*, Minerva Central, Maputo, 1999.
- _____, *O Estado de Excepção Constitucional no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1998.
- _____, *O Estado de Excepção Constitucional no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1998.
- _____, *As Constituições dos Estados Lusófonos*, Notícias Editorial, 2ª Edição revista, Lisboa, 2000.

- _____, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009.
- INSTITUTO DE APOIO Á GOVERNAÇÃO E DESENVOLVIMENTO, *Evolução Constitucional da Pátria Amada*, CIEDIMA, Maputo, 2009.
- INSTITUTO DE APOIO Á GOVERNAÇÃO E DESENVOLVIMENTO, Proposta de revisão constitucional para boa governação, CIEDIMA, Maputo, 2011.
- KOSTA, Emílio Kafft, *O Constitucionalismo Guineense e os limites Materiais de Revisão*, AAFDL, Lisboa, 1997.
- LEME MACHADO, Paulo Affonso, *Direito Ambiental Brasileiro*, 19ª Edi. Ver. Act. Amp. Malheiros Editores, São Paulo, 2011.
- MESQUITA, José Andrade, *Direito do Trabalho*, 2ª Edição, AAFDL, Lisboa, 2004.
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Edição, WoltersKluwer e Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- _____, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, Tomo V, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- _____, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.
- _____, *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002
- _____, *Ciência Política: formas de governo*, Pedro Ferreira Artes gráficas, Lisboa, 1999.
- MOÇAMBIQUE, *O sector da Justiça e o Estado de Direito*, Open Society Foundation, Joanesburgo, 2006.
- MUNGUAMBE, Machatine, *O regime de funcionamento do parlamento Moçambicano*, in Estudos de Direito Parlamentar, AAFDL, Lisboa, 1997.
- OTERO, Paulo, *O acordo de revisão constitucional: significado político e jurídico*, AAFDL, Lisboa, 1997.
- PEDRO, Adriano Sant'ana, *Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas*, disponível em www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/.../31955-37391-1-PB.pdf acesso em 30/09/2011.
- QUEIROZ, Cristina, *O sistema político e Constitucional Português*, AAFDL, Lisboa, 1992.

- SARLET, Ingo Wolfgang, *Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. N. 1. jan-jun 2003. Belo Horizonte: DelRey, 2003.
- SERRA, Carlos Manuel, CUNHA, Fernando, *Manual do Direito do Ambiente*, 2ª Edição Rev. Ac., CFJJ, Maputo, 2008.
- SERRA, Carlos Manuel, *A Inconstitucionalidade do n.º 2 do artigo 43 da Lei n.º 14/2002, de 26 de Junho* www.cfjj.org.mz/.../Microsoft_Word_-_Trabalho_Justica_Constitucional_1_.pdf, acesso em 06/06/2011
- SIMANGO, Américo, *Introdução á Constituição Moçambicana*, AAFDL, Lisboa, 1999.
- VAZ, Manuel Afonso, *Lei e reserva de lei: a causa de lei na Constituição portuguesa de 1976*, Teses, Porto, 1996.