

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MOÇAMBIQUE
FACULDADE DE DIREITO

Jacques Kabeya Kazadi

HIERARQUIA DE NORMAS NO DIREITO
CONSTITUCIONAL MOÇAMBICANO: Uma Experiência
a partir do Direito Comparado

Nampula - 2021

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MOÇAMBIQUE
FACULDADE DE DIREITO

Jacques Kabeya Kazadi

HIERARQUIA DE NORMAS NO DIREITO
CONSTITUCIONAL MOÇAMBICANO: Uma Experiência
a partir do Direito Comparado

Tese Submetida à Faculdade de Direito da Universidade Católica de Moçambique como Requisito para Obtenção do Grau de Doutor em Direito: Especialidade-Direito Público.

Orientador: Professor Doutor **Hamilton Sarto Serra de Carvalho**

Nampula - 2021

DECLARAÇÃO DE AUTENTICIDADE

Eu, Jacques Kabeya Kazadi, declaro que este trabalho de Tese é o resultado da minha investigação e o texto apresentado é original e que todas as fontes usadas foram corretamente referenciadas.

Setembro de 2021

O Autor

(Jacques Kabeya Kazadi)

DEDICATÓRIA

In memoriam a

Kazadi Louis (meu pai) e a

Mabanza Madeleine (minha mãe)

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, Todo-Poderoso, Mestre do tempo e das circunstâncias, pelo seu Amor Eterno, que não cansa de derramar sua sabedoria e inteligência nas nossas vidas.

À minha estimada esposa, conquistadora da vitória, **Ana Maria Mabika**, pela compreensão, atenção, apoio, ânimo e esforços consentidos para que este estudo se tornasse uma realidade.

Às minhas filhas, **Laudacia Kazadi, Adaliah Kabeya, Giovanna Kabeya e Nadhelcias Kabeya**, pela compreensão das limitações de manifestar o amor e carinho, causadas pelas ausências devido ao processo de formação.

Agradeço o meu orientador, Professor Doutor **Hamilton Carvalho**, cuja dedicação e elegância académica constituem modelos de decência que pretendo seguir. A ele, que durante vários momentos vem orientando meus estudos com muita atenção e devoção, os meus sentimentos de gratidão e reconhecimento.

A inestimável colaboração dos professores da Universidade Nova de Lisboa: Professor Doutor Francisco Pereira Coutinho, Professora Doutora Helena Melo, Professor Catedrático Jorge Bacelar Gouveia, Professor Doutor José Cardoso Lucas, Professor Doutor Wladimir Brito, que além dos ensinamentos e sugestões me inspiraram para pesquisa na área jurídica.

Aos que colaboraram neste estudo de forma directa ou indirectamente, pelo tempo e precioso contributo concedidos.

Finalmente, gostaria de exprimir o meu profundo agradecimento a todos que embora não foram citados nominalmente em diferentes momentos deram o seu valioso contributo para a concretização do meu desejo de continuação de estudos.

A Todos, O Meu Muito Obrigado!

RESUMO

Esta tese é uma reflexão que tem por objecto “A Hierarquia de Normas no Direito Constitucional Moçambicano: Uma Experiência a partir do Direito Comparado”. Esta reflexão visa compreender como as normas jurídicas são escalonadas no sistema jurídico interno, e de que modo, por um lado, a posição das normas internacionais pode influenciar o sistema jurídico e, por outro lado, a posição das normas infra-constitucionais pode entrar em contradição com o critério hierárquico que pretende que o texto constitucional seja no cume do ordenamento jurídico. Isto reflecte-se a ideia da supremacia da Constituição que se quer que todas normas de hierarquia inferior sejam conforme com o texto constitucional. A ideia da hierarquia de normas constitucionais reside no processo do poder constituinte, a saber: a competência do poder constituinte originário e a sua influência sobre a obra que ele elabora. A multiplicidade das relações não hierárquicas de articulação entre as normas do sistema constitucional resulta de um conjunto de interações dos sistemas jurídicos contidos na Constituição. Assim sendo, cada forma de interação de normas precisa de um certo modo de articulação. Porém, a contradição entre as normas na Constituição encontra resposta através dos meios de conciliação, de derrogação e interdependência das normas que assenta sua definição nas relações de geração. A conciliação de normas nos parece relevante, tendo em conta que as relações da norma constitucional encontram a sua origem na necessidade da organização do sistema. De facto, os modos de articulação entre as normas da Constituição são destinados á garantir a efectividade do sistema constitucional. Olhando pela relatividade do princípio hierárquico, sustenta-se que o critério hierárquico é um mecanismo insatisfatório para delimitar a Constituição. Surge então que os limites são modificáveis, relativos e não podem ser considerados como uma demarcação rígida. Portanto, a insuficiência do critério decorre do princípio hierárquico que não se limite logo no processo de integração na ordem jurídica. Nestas relações com as normas legislativas a supremacia hierárquica da Constituição encontra também limites; isto explica-se pelo facto de a relação entre a Constituição e a norma legislativa aprovada ou adoptada pelo povo não pode ser percebida como uma relação de subordinação da lei á Constituição.

Palavras-chave: Hierarquia, Direito Constitucional, Norma Jurídica, Direito Comparado.

ABSTRACT

This thesis is a reflection whose object is “The Hierarchy of Norms in Mozambican Constitutional Law: An Experience from Comparative Law”. This reflection aims to understand how legal norms are scaled in the domestic legal system, and how, on the one hand, the position of International norms can influence the legal system and, on the other hand, the position of infra-constitutional norms can enter in contradiction with the hierarchical criterion that intends for the constitutional text to be at the top of the legal system. This reflects the idea of the supremacy of the Constitution that it is intended that all lower hierarchy norms conform to the constitutional text. The idea of the hierarchy of constitutional norms resides in the process of the constituent power, namely: the competence of the original constituent power and its influence on the work it elaborates. The multiplicity of non-hierarchical relations of articulation between the norms of the constitutional system results from a set of interactions between the legal systems contained in the Constitution. Therefore, each form of interaction of norms needs a certain way of articulation. However, the contradiction between the norms in the Constitution finds an answer through the means of conciliation, derogation and interdependence of the norms that base their definition on generational relations. The conciliation of norms seems relevant to us, taking into account that the relations of the constitutional norm find their origin in the need to organize the system. In fact, the modes of articulation between the Constitution’s norms are intended to guarantee the effectiveness of the constitutional system. Looking through the relativity of the hierarchical principle, it is argued that the hierarchical criterion is an unsatisfactory mechanism to delimit the Constitution. It then appears that the limits are modifiable, relative and cannot be considered as a rigid demarcation. Therefore, the insufficiency of the of the criterion stems from the hierarchical principle that is not limited immediately in the process of integration into the legal order. In these relations with legislative norms, the hierarchical supremacy of the Constitution also finds limits; this is explained by the fact that the relationship between the Constitution and the legislative norm approved or adopted by the people cannot be perceived as a relationship of subordination of the law to the Constitution.

Keyword: Hierarchy, Constitutional Law, Legal Norms, Comparative Law.

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS/ACRÓNIMOS

AAVV.: Autores vários

Ac.: Acórdão

Al.: Alínea

Apud.: Citado por

Art.: artigo

BR: Boletim da República (Publicação Oficial da República de Moçambique)

CC.: Código Civil

CC: Conselho Constitucional

CDM: Convenção sobre o Direito do Mar

CC: Código Civil

CRM: Constituição da República de Moçambique, actualizada pela Lei nº1/2008, de 12 de Junho

CRM 1990: Constituição da República de Moçambique, aprovada pela Assembleia Popular a 2 de Novembro de 1990

CRPM: Constituição da República Popular de Moçambique, aprovada pelo Comité Central da FRELIMO a 20 de Junho de 1975

CADHP: Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos

d.C: Depois de Cristo

DIP: Direito Internacional Público

DUDH: Declaração Universal dos Direitos Humanos

DUDHC: Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão

Ed.: Edição

Etc.: etcêtera

FRELIMO: Frente de Libertação de Moçambique

ONU: Organização das Nações Unidas

Idem: A mesma coisa

Ibidem.: No mesmo lugar

IDiLP.: Instituto do Direito de Língua Portuguesa

OUA: Organização da Unidade Africana

FMI: Fundo Monetário Internacional

nº.: Número

Op. cit.: (*opus citatum ou opere citato*), obra citada

p.p.: Página(s)

TEDH: Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

TIJ: Tribunal Internacional de Justiça

TPI: Tribunal Penal Internacional

UA: União Africana

Vol(s).: Volume(s)

SUMÁRIO

DECLARAÇÃO DE AUTENTICIDADE	i
DEDICATÓRIA.....	ii
AGRADECIMENTOS	iii
RESUMO	iv
ABSTRCT	v
LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS/ACRÓNIMOS	vi
I. INTRODUÇÃO	1
1.1. Delimitação do Tema.....	1
I.2. Problematização ou Contextualização do Problema.....	3
I.3. Justificativa.....	8
I.3.1. Motivação	8
I.3.2. Actualidade do Tema.....	9
I.3.3. Relevância do Tema	9
I.3.4. Importância do Tema.....	10
I.3.5. Pertinencia do Tema	10
I.4. Objectivos do Estudo.....	10
I.4.1. Objectivo Geral.....	10
I.4.2. Objectivos Específicos.....	10
1.5. Hipóteses.....	11
I.6. Estrutura ou Composição do Trabalho	12
CAPITULO I: ASPECTOS METODOLOGICOS.....	14
Breve Introdução.....	14
1.1. Tipo de Pesquisa	14
1.1.1. Quanto à abordagem	15
1.1.2. Quanto aos Objectivos	16
1.1.3. Quanto aos Procedimentos Técnicos	16
1.2. Metodo de Pesquisa	18
1.3. Instrumentos de Recolha de dados.....	19
1.4. Técnica/Estratégia de Apresentação e Análise de Dados	20
I.5. Técnicas de Discussão de Resultados.....	20
CAPITULO II: FONTES DO DIREITO.....	21

Breve Introdução.....	21
2.1. Teoria das Fontes do Direito.....	21
2.1.1. Classificação das Fontes do Direito	23
2.1.2. Classificação Tradicional das Fontes do Direito.....	26
2.2. Direito Constitucional e suas Fontes.....	42
2.2.1. Direito Constitucional	42
2.2.2. Fontes do Direito Constitucional	49
2.2.3. Fontes do Direito no Ordenamento Jurídico em Moçambique	62
2.2.4. Problemas das Fontes do Direito na Ordem Constitucional de Moçambique.....	63
2.3. Constitucionalismo na Ordem Jurídico-Constitucional	67
2.3.1. Tipos de Constitucionalismo.....	69
2.3.2. Constitucionalismo no Sistema Jurídico-Constitucional Moçambicano.....	70
2.4. Revisão Constitucional	79
2.4.1. Procedimento de Revisão da Constituição.....	84
2.4.2. Limites da Revisão Constitucional no direito moçambicano.....	91
2.5. Estado de Excepção Constitucional	101
2.5.1. Suspensão de Exercício de Direitos	102
2.5.2. Regime Jurídico do Estado de Excepção Constitucional	103
2.5.3. Requisitos ou pressupostos do estado de excepção constitucional	103
2.5.4. Processo de declaração do estado de excepção constitucional	104
2.6. Supremacia das Normas Constitucionais.....	106
2.6.1. Métodos e Princípios de Interpretação Constitucional.....	110
2.7. Hierarquia das Normas Jurídicas	111
2.7.1. Norma Jurídica.....	111
2.7.2. Hierarquia de Norma Jurídica	118
2.7.3. Fontes Internacionais	127
2.7.4. Fontes ou Normas Nacionais	128
CAPITULO III: DUALISMO-RELAÇÃO ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO	
INTERNO.....	131
Breve Introdução.....	131
3.1. Relação entre Direito Internacional e o Direito Interno.....	131
3.2. As Teorias Dualistas e Monistas.....	133
3.2.1. Teoria Dualista.....	133
3.2.2. Teoria Monista	134

3.3. Sistema de Recepção das Normas do Direito Internacional	137
3.4. Sistema de Recepção das Normas Internacionais na Ordem Jurídica Interna Moçambicana.....	138
3.5. Normas Internacionais e Hierarquia das Normas na Constituição de Moçambique	140
3.5.1. Abordagem Constitucional	140
3.5.2. Revisão Jurídica	146
3.5.3. Direito Internacional dos Direitos Humanos.....	151
3.4.4. Direitos Fundamentais	160
3.5.5. Direitos Fundamentais no Direito Constitucional de Moçambique	180
3.4.6. Direito Constitucional Internacional e Direitos Humanos	184
3.4.7. Hierarquia das Normas Jurídicas no Direito Constitucional de Mocambique	190
3.5.8. Hierarquia das Normas na Constituição de Moçambique.....	199
3.5.8.3.1. A Lei	206
3.5.8.3.2. O Decreto-lei	210
3.5.8.3.3. Os Actos Regulamentares ou Regulamentos	224
CAPITULO IV: DIREITO COMPARADO NO ÂMBITO DA RECEPÇÃO PRÁTICA DAS	
NORMAS INTERNACIONAIS NA ORDEM INTERNA.....	228
Breve Introdução.....	228
4.1. Direito Comparado.....	228
4.2. Estudo Comparado da Recepção Prática das Normas Internacionais na Ordem Interna.....	231
4.2.1. Direito Francês.....	231
4.2.2. Direito Brasileiro.....	234
4.2.3. Direito de Timor-Leste.....	236
4.2.4. Direito Italiano	239
CAPITULO V: HIERARQUIA DAS NORMAS NO DIREITO CONSTITUCIONAL	
MOCAMBICANO: UMA EXPERIENCIA A PARTIR DO DIREITO COMPARADO	242
5.1. A Constitucionalidade dos Tratados Internacionais no Ordenamento Jurídico Moçambicano	242
5.2. Processo de Incorporação das Fontes de Direito Internacional na Ordem Interna Moçambicana	246
5.3. Procedimento de Vinculação Internacional do Estado Moçambicano.....	247
5.4. Posição da Lei Referendaria no Direito Constitucional e as Normas Legislativas de Natureza Regulamentar	249
5.5. Posição da Lei de Revisão Constitucional no Direito Constitucional Moçambicano.....	256
5.6. Lugar da Constituição na Hierarquia das Normas na perspectiva do Artigo 43 da CRM	258
5.6.1. Cláusula Aberta.....	258
5.6.2. Posição da Constituição na Hierarquia das Normas na perspectiva do Artigo 43 da CRM....	262

5.7. Valor Constitucional das Normas do Direito Constitucional.....	272
CONCLUSÃO E RECOMENDAÇÕES.....	274
1. Conclusão.....	274
2. Recomendações	281
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	283

I. INTRODUÇÃO

A hierarquia de normas no Direito Constitucional constitui um fenómeno intrínseco à organização do sistema jurídico ou do ordenamento jurídico de um Estado democraticamente organizado. Esse fenómeno determina o conjunto de normas jurídicas estruturadas e escalonadas entre si de modo a se conformar ao princípio da supremacia constitucional, razão de ser da validade das normas jurídicas hierarquicamente inferiores.

A validade de normas jurídicas explica a existência de qualquer ordem jurídica. É neste contexto que o Direito Positivo encontra seu objecto na actuação dentro de uma organização social estabelecendo a ordem e a segurança social através da justiça e ao mesmo tempo velando pelo cumprimento das normas para garantir a paz social. Muitas vezes a actuação do Estado vai para além das fronteiras estatais, por causa do interesse que o Homem pretende alcançar na comunidade em que se integra ou fora dela. Nesta ordem de ideias, o Homem fica sujeito a duas ordens jurídicas diferentes, nomeadamente as normas internas e normas internacionais. Assim, a validade das normas internacionais na ordem interna depende muitas vezes dos efeitos produzidos a nível nacional ou universal.

I.1. Delimitação do Tema

A “Hierarquia de Normas no Direito Constitucional Moçambicano: uma Experiência a Partir do Direito Comparado”, objecto deste estudo, surge no âmbito do Direito Público, uma das classificações “*Summa Divisio*” do Direito, e pretende analisar o escalonamento das normas jurídicas no Direito Constitucional de Moçambique para tornar efectivo o princípio da supremacia constitucional.

O estudo enquadra-se no contexto da reflexão sobre o direito constitucional interno e direito constitucional internacional; pois ao abordar o problema da hierarquia de normas é relevante tomar em consideração todas as normas existentes que constituem a validade do ordenamento jurídico; as normas internacionais inclusas.

É indispensável notar que deste tema resulta que a interdisciplinaridade de fronteiras entre as normas jurídicas só pode ser feita sem conflito quando existir um critério do primado em que as normas jurídicas inferiores são subordinadas a norma superior. O escalonamento bem como a relação entre as normas no Direito Constitucional de Moçambique

constitui uma problemática de importância notável, sobretudo quando se sabe que o Estado moçambicano é um dos membros da comunidade internacional e signatário dos tratados internacionais.

Em termos de delimitação temporal, o estudo cinge-se no Direito Constitucional moçambicano, partindo da Constituição de 1975 até a constituição de 2004, com as suas alterações introduzidas em 2018 face às normas internacionais, numa perspectiva do Direito Comparado, pois, com este período, pretende-se abordar as questões referentes à supremacia das normas do Direito, durante todo esse tempo de reforços do Estado de Direito Democrático e da protecção dos direitos fundamentais garantidos pelo Estado moçambicano bem como pelo sistema internacional de protecção dos Direitos Humanos.

No âmbito espacial, o estudo circunscreve-se ao ordenamento jurídico moçambicano, com uma atenção particular ao Direito Comparado. Não obstante a grandeza do tema, pretendemos abordar os aspectos que nos parecem fundamentais para compreensão deste estudo; saber qual é a pertinência da supremacia da constituição do Estado e como ela deve ser analisada ou interpretada à luz dos mais recentes progressos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais nacionais e internacionais.

O objecto deste estudo assenta, portanto, na hierarquia de normas no Direito Constitucional Moçambicano. E, falando da hierarquia de normas, trata-se apenas dos modos como revela se as normas jurídicas em si, que são ou não hierarquizáveis, relativamente aos modos de como se formam estas normas, os fenômenos normativos que se traduzem na ordenação das fontes, como alega ASCENSÃO, Oliveira de¹; tendo em consideração que não há controvérsia acerca da classificação desta última. Deve-se enfatizar que, como cada ordenamento jurídico estabelece diversos escalonamentos jurídicos, olhando pelas exigências de cada um deles, há diversas posições que ocupam as normas no sistema jurídico interno. Assim sendo, o objecto deste trabalho vai limitar-se à análise da hierarquia das normas no Direito Constitucional.

¹ ASCENSÃO J. Oliveira, **O Direito, Introdução e Teoria Geral**, 13ª Edição, Almeida. COIMBRA 2008, p. 580

I.2. Problematização ou Contextualização do Problema

O presente estudo surge num contexto em que o Estado moçambicano conhece várias mutações de pessoas, ou seja, as transformações económicas, sociojurídicas e culturais devidas da descoberta de recursos naturais e do fenómeno da globalização baseado sobre as novas tecnologias, que obrigam o Estado á assinar acordos ou tratados internacionais no intuito de preservar os direitos essenciais do seu cidadão bem como os interesses nacionais do Estado. Face a esta realidade, há necessidade de harmonizar os instrumentos jurídicos internos com o Direito Internacional, de modo a resolver as questões e litígios que podem daí advir. Esta harmonização só é alcançada quando existe uma hierarquia de normas jurídicas onde a posição das normas do Direito Internacional é obviamente definida. Isso implica que estas normas são objecto de uma estrutura determinante da constitucionalidade de normas no ordenamento jurídico.

A ideia de ordenamento jurídico constitui um dos aspectos relevantes na compreensão do direito interno, percebido como um conjunto de normas jurídicas que regulam o comportamento do Homem na sociedade. Assim, o Direito é considerado não como uma norma, mas um sistema de normas que compõe a ordem jurídica do Estado determinado.

Por isso, HANS Kelsen considera que: *“il est impossible de saisir la nature du droit si nous nous limitons á une regle isolée. Les relations qui unissent les regles particulieres d’un ordre juridique sont elles aussi essentielles á la nature du droit. Il faut donner un sens clair aux relations qui constituent l’ordre juridique, alors seulement nous comprenons pleinement la nature du droit”*².

A natureza do Direito depende plenamente de uma relação existente entre as normas jurídicas, que constituem um sistema jurídico; e a sua integração no ordenamento jurídico explica de forma evidente a validade de uma norma jurídica. Assim, para ser válida, a norma jurídica deve ser conforme as exigências impostas pela ordem jurídica em que está inscrita. Daí surge a ideia da

² É impossível de compreender a natureza do Direito se nos limitarmos a uma regra isolada. As relações que unem as regras particulares da ordem jurídica são também elas fundamentais à natureza do Direito e precisam atribuir um sentido claro às relações constituindo a ordem jurídica. Portanto, só assim compreendemos plenamente a natureza do direito. HANS Kelsen, *Theorie Generale du Droit et de l’Etat*, Bruxelles.1997, 517 p. 55

hierarquia de normas, que pressupõe a noção da supremacia da norma superior em relação às demais outras normas existentes consideradas inferiores.

Esta ideia resume-se no princípio da supremacia constitucional, e foi reforçada na ordem interna pela garantia constitucional moçambicana (CRM)³. Trata-se do valor hierárquico superior de normas sobre outras normas de valor inferior.

Considerando a lei constitucional como uma unidade de todo um sistema jurídico no âmbito político-ideológico, pelo facto que a constituição tende a influenciar não só o sistema jurídico em vigor, mas todo aquele que pode vir à vigorar⁴, pode se assumir que a resposta ao problema ligado aos tipos de fontes do direito efectivamente aplicáveis⁵ deve ser encontrada neste mesmo direito, como reconhece Kelsen no seu raciocínio que a Constituição ocupa um lugar privilegiado na supremacia hierárquico-jurídica pela sua aptidão de indicar o esboço dos modos de formação das normas jurídicas no âmbito estadual onde tem o seu fundamento e a sua estrutura⁶.

Assim, na mesma ordem de ideias, resulta ainda que: *“le rapport hierarchique, consubstantiel à l’ordre juridique, apparaît comme un mode de relation entre normes qui conditionnent leur validité”*⁷.

Na sua abordagem, BOBBIO, Norberto considera que se um ordenamento jurídico é constituído de pluralidade de normas, disso advém que as principais questões relacionadas com a existência de um sistema são aquelas que nascem das relações das diferentes normas entre si⁸;

³ Art. 2 n° 4 da CRM dispõe que: “as normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico”.

⁴ SILVA, Carlos Burity da, a Necessidade da Revisão do Código Civil Angolano-Princípios Estruturantes e Eixos Fundamentais da Reforma, in Revista de Direito Internacional da Língua Portuguesa, ano I, número 2 de 2013, p. 15 <https://cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2017/06/Revista-REDILP-N%c2%ba-2>. Acesso em 10 de agosto de 2020

⁵ ALVAREZ, Conde Henrique, Curso de Derecho Constitucional, 3ª Edição, Espanha Madrid 1999, pp. 310 a 315

⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, Instituto de Direito de Língua Portuguesa, Lisboa, 2015, 401

⁷ A relação hierárquica, consubstancial à ordem jurídica, aparece como um modo de relação entre normas que condicionam a sua validade. HANS Kelsen, **Theorie Generale des Normes**, Paris, PUF, 1996, 604 p., p. 345.

⁸ BOBBIO, Norberto, **Teoria do Ordenamento Jurídico**, Editora Universidade de Brasília, 6ª Edição Brasília 1961, p. 34

uma das questões, para além de antinomias jurídicas, relaciona-se com a hierarquia das normas no ordenamento jurídico.

A norma válida depende categoricamente da norma transcendente, e o contrário exprime a sua invalidade, porque a criação da norma tem por alicerce a norma que tem primazia; por isso a não conformidade com a norma superior nos remete à ideia da ilegalidade ou da inconstitucionalidade da norma cuja sua aplicação torna-se ineficaz.

*Portanto, les etudes qui sont consacrées à la constitution focalisent leurs analyses sur les questions de hierarchie des normes e de permeabilité des ordres juridiques nationaux*⁹.

As ordens jurídicas internas são sujeitas à integração de outras normas de direito externo que correspondem à hierarquia normativa e aceitam modificação para se adaptarem à natureza dos problemas jurídicos novos que podem surgir. Dois aspectos merecem ser assinalados na internacionalização das constituições: trata-se da redução da autonomia constitucional em favor das jurisdições internacionais e também a depreciação do princípio de supremacia constitucional. Assim sendo, é importante abordar para além desses aspectos, a questão da validade, ou seja, da eficácia das diferentes ordens jurídicas nas relações entre os Estados.

As normas de um sistema normativo obedecem a uma hierarquia interna. A falta da existência desta norma fundamental implicaria a falta de um ordenamento, mas um amontoado de normas esparsas¹⁰.

Neste sentido, o princípio da hierarquia de normas jurídicas pressupõe uma certa diferenciação entre as normas. Este princípio alcança a questão da supremacia da Constituição garantida pelo processo de constitucionalidade de normas, isto quer dizer a fiscalização de conformidade ou pelo menos de compatibilidade de normas inferiores a constituição. Com este

⁹ Os estudos que são consagrados à Constituição têm como foco as suas análises sobre as questões de hierarquia das normas e da permeabilidade das ordens jurídicas nacionais. TOURARD H. *apud* KEVIN F. Ndjimba, a internacionalização é um processo a dobro sentido: por um lado, existe um desenvolvimento da tomada em consideração pelas constituições nacionais da relação do Estado com o Direito Internacional; e, por outro, nota-se uma penetração crescente das normas internacionais em Direito Constitucional e logo uma submissão ao Direito Internacional a um conjunto de disposições constitucionais. A internacionalização das constituições corresponde a um grau mais forte de penetração do Direito Internacional em Direito Constitucional. *op. cit.*, p. 12

¹⁰ HANS Kelsen *apud* BOBBIO. Norberto, **Teoria do Ordenamento Jurídico**, p. 15

pensamento, entende-se que essa hierarquia de normas só tem sentido quando o seu respeito é fiscalizado pelo juiz. Em outras palavras, o princípio de hierarquia de normas é alcançado através do processo da fiscalização de conformidade das normas jurídicas a constituição. Porém, isso reflete exactamente o objecto dos artigos 243 n.º 1 al. a, c, 244 n.º 1, 245 e 246 n.º 1 al. a, b. da CRM.

De facto, podemos admitir ainda que o princípio hierárquico das normas jurídicas não está mencionado taxativamente ou textualmente na lei constitucional. Portanto, a sua implementação está organizada nas disposições do artigo 246 da CRM.

O artigo 246 n.º 1 da CRM dispõe que devem ser remetidos obrigatoriamente para o Conselho Constitucional, os acórdãos e outras decisões com fundamento na inconstitucionalidade, nos seguintes casos:

- a. Quando se recuse a aplicação de qualquer norma com base na sua inconstitucionalidade;
- b. 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 a justificação de inconstitucionalidade ou ilegalidade, por decisão judicial insusceptível de recurso.

Esta ideia se deduz na questão da institucionalização da fiscalização jurisdicional de conformidade das normas infra-constitucionais a constituição. Logo, fica claro que o artigo acima mencionado determina que as normas infra-constitucionais devem ser conformes ou pelo menos compatíveis com a constituição. Neste contexto, podemos pressupor a superioridade da constituição a lei infra constitucional.

Mas, na sua abordagem sobre a supremacia do direito internacional, MICHEL Virally constata que toda ordem jurídica confere aos destinatários de suas normas os direitos e poderes jurídicos, ... e ao mesmo tempo lhe impõe obrigações que os vinculam. Neste contexto a ordem jurídica encontra-se superior em relação aos seus cidadãos ou não, ... o direito internacional

é inconcebível de outra forma superior aos Estados, seus sujeitos. Assim sendo negar a sua supremacia seria rejeitar sua existência¹¹.

Para KELSEN, si l'on part de l'idée de la supériorité du droit international aux différents ordres juridiques supérieures aux Etats contractants¹².” Assim sendo, o artigo 27 da Convenção de Viena relativa ao direito dos Tratados de 1969 determina que: “uma parte não pode invocar as disposições do seu direito interno como justificando a não execução do tratado.” Isso mostra que as normas do direito internacional prevalecem sobre o direito interno, isto quer dizer as normas constitucionais, legislativas, regulamentares entre outras.

E nesta perspectiva que as liberdades públicas encontram-se garantidas pelas Convenções internacionais dos Direitos Humanos, de modo a regular as relações entre os povos, membros daquela comunidade¹³. Porém, o instrumento jurídico, chamado da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos dedica-se a garantir os Direitos e Deveres do Cidadão, em que os Estados-membros desta Organização reconhecem os direitos fundamentais do ser humano se baseando nos atributos da pessoa humana e o respeito dos direitos dos povos que devem ser considerados como garantia dos direitos humanos¹⁴.

A percepção da autonomia, a preeminência das normas do Direito Internacional, e o problema do estatuto jurídico constitucional da Declaração Universal dos Direitos do Homem no ordenamento jurídico interno previsto no texto constitucional moçambicano no seu artigo 43 diverge com a disposição contida no artigo 2 da CRM referente ao princípio hierárquico constitucional.

¹¹ MICHEL, Virally, “Sur un pont aux ans: les rapports entre droit international et droits internes”, Melanges offerts a Henri Rolin, Paris Editions A. Pedone, 1964, p. 497 in Kemal GOZLER, la question de la superiorite des Normes de Droit International sur la Constitution”. p. 196

¹² Hans Kelsen, “la garantie Juridictionnelle de la Constitution: la Justice Constitutionnelle”, Revue du Droit Public, 1928, p. 211, in Kemal GOZLER, la question de la superiorite des Normes de Droit International sur la Constitution”, p. 196

¹³ QUADROS, Fausto. **Manual de Direito Internacional Público**, 1993, p. 22

¹⁴ Paragrafo 6 do Preâmbulo da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos aprovada e adoptada pela XVIII Assembleia dos Chefes de Estado e Governo da OUA, Banjul 1981

Por seu turno, ASCENSÃO, Oliveira constata um desvio resultante da regra sobre a produção jurídica não necessitar de se fundar em fonte hierarquicamente superior à da regra produzida¹⁵.

Porém, há possibilidade de sustentar a ideia da vinculação dos Estados pelo Direito Internacional, e esses Estados são sujeitos a moldar por ele o seu direito interno; portanto, nota-se a disposição contida no artigo 246 da CRM que exige a remissão ao Conselho Constitucional de qualquer norma cuja a sua constitucionalidade é posta em causa. Desta disposição, entendemos que qualquer norma significa todas as normas internas incluídas as internacionais. Olhando pelos princípios do direito internacional, é mister salientar que o tratado só pode perder a sua força obrigatória somente em virtude de um outro tratado ou de certos outros factos definidos por ele, mas não por um acto unilateral de uma das partes contractantes, nomeadamente uma lei ou uma constituição. Face a esta situação, há necessidade de formular a seguinte questão: qual é a posição hierárquica das normas de direito internacional no ordenamento jurídico moçambicano?

I.3. Justificativa

I.3.1. Motivação

A escolha do tema justifica, sem dúvida, por ser uma questão de actualidade e de grande relevância no âmbito jurídico constitucional moçambicano onde a constituição reveste uma prevalência indispensável sobre todas as demais normas existentes.

Partindo, pois, desta ideia para justificar a escolha do tema desenvolvido ao longo deste estudo; na verdade, trata-se de uma curiosidade científica, ao procurar discutir sobre o fenómeno jurídico que surge da recepção das normas internacionais no direito interno, considerando a questão da supremacia da constituição como guardião do ordenamento jurídico por via da fiscalização da constitucionalidade.

Neste contexto, a principal motivação para o estudo deste tema releva-se no aprofundamento do conhecimento do ordenamento jurídico constitucional e na compreensão de como a Constituição é capaz de acolher novas situações jurídicas devidas ao fenómeno da

¹⁵ ASCENSÃO, J. Oliveira de. **O Direito: Introdução e Teoria Geral**, 13ª Edição, Almedina, COIMBRA, 2008, p. 286

integração regional, bem como da globalização, sem ferir os direitos fundamentais reconhecidos ao cidadão.

I.3.2. Actualidade do Tema

As razões que nos leva a abordar o tema sobre a hierarquia de normas no direito constitucional de Moçambique resulta pelo facto que esse estudo é uma questão pouco discutida no direito moçambicano e constitui uma situação impar no âmbito constitucional, pois o lugar reservado as normas internacionais suscitem polemicas nos últimos tempos nos tribunais moçambicanos em que os juízes devem decidir ou se pronunciar face a pluralidade de ordenamentos jurídicos. Neste contexto, o Estado moçambicano, como provedor da justiça e através os seus órgãos, é convidado a garantir os interesses, ou seja, os direitos fundamentais dos seus cidadãos uma vez postos em causa. Portanto, apesar de certas temáticas sobre o tema, a superioridade das normas constitucionais ainda não perdeu a sua actualidade face à noção do Estado soberano e a defesa da integridade do território.

I.3.3. Relevância do Tema

O fenómeno da internacionalização das constituições põe em causa não só a sua supremacia na hierarquia das normas, mas também a própria autonomia das ordens jurídicas internas e de escalonamento das normas no ordenamento jurídico.

Nota-se que, ainda, com esse estudo, as questões de relação existente entre a ordem jurídica interna e as normas do Direito Internacional não são reguladas de forma definitiva. Nessa circunstância, ainda há espaço para discutir sobre a questão no âmbito do escalonamento das normas no Direito Constitucional Moçambicano.

Ainda o tema envolve a necessidade de tornar firme o conhecimento decorrente das grandes transformações que acontecem no âmbito jurídico-constitucional devidas da mutação populacional e do processo da globalização, que engendra práticas criminosas que ultrapassam as fronteiras dos Estados.

É óbvio que o tema em estudo constitui uma preocupação tanto para a comunidade académica como para doutrinários nacionais e internacionais, no âmbito da prevalência das normas constitucionais face as normas de direitos humanos.

I.3.4. Importância do Tema

A doutrina sobre a hierarquia de normas ainda constitui um estudo muito recente e a produção jurídico-científica nesta matéria ainda é reduzida. No que diz respeito ao direito constitucional moçambicano, pouca atenção tem sido observada a esta análise jurídica. Assim sendo, com esse estudo, pretende-se contribuir para construção de bases jurídicas necessárias pelo facto que novas pesquisas relacionadas com a hierarquia de normas jurídicas no direito constitucional moçambicano sejam realizadas, uma vez que tais temas revestem de uma grande complexidade e a sua perfeita aplicação pode ser subordinada ao princípio de supremacia constitucional, fundamento do princípio hierárquico constitucional no direito positivo.

I.3.5. Pertinencia do Tema

A realização deste estudo prende-se pelo facto a matéria em questão mostra que há ainda muitos aspectos que merecem ser esclarecidos sobre a hierarquia de normas no direito constitucional de Moçambique por um lado e a prevalência ou não de direito internacional sobre as normas do direito interno por outro lado. O estudo procurou perceber, no contexto de direito constitucional de Moçambique, como as normas jurídicas são escalonadas, mais precisamente no que diz respeito a recepção das normas do direito internacional na ordem jurídica interna sem transgredir os direitos humanos reconhecidos ao cidadão. Só a partir disso, poderá determinar a posição jurídica das normas na ordem nacional.

I.4. Objectivos do Estudo

I.4.1. Objectivo Geral

Tomando em consideração o objecto de estudo baseado sobre a hierarquia de normas jurídicas, o objectivo geral deste estudo visa analisar a hierarquia de normas jurídicas no direito constitucional moçambicano a partir de uma experiência do direito comparado.

I.4.2. Objectivos Específicos

A operacionalização, ou seja, a materialização desta reflexão, será realizada com base nos objectivos específicos seguintes:

- ✓ Examinar a relação existente entre as normas internacionais e a ordem jurídico-constitucional;

- ✓ Descrever o lugar da lei referendária, a lei de revisão constitucional, bem como da Constituição como pilar do ordenamento jurídico que acolhe as normas do Direito Internacional;
- ✓ Reflectir sobre o valor das normas internacionais e os seus problemas no ordenamento jurídico moçambicano;
- ✓ Aferir a posição das normas do Direito Internacional e normas constitucionais bem como os órgãos competentes em caso de inconstitucionalidade das primeiras na ordem jurídica interna.

Para alcançar os objectivos definidos neste estudo há necessidade de formular, então, questões de investigação que irão nortear a discussão do nosso estudo, nos termos seguintes:

- (i) Será que as normas internacionais podem perder a sua força em virtude da lei uma vez recebidas na ordem interna?
- (ii) Qual é a posição hierárquica da lei referendária bem como a lei de revisão constitucional no sistema jurídico-constitucional de Moçambique?
- (iii) Qual é o lugar da Constituição na hierarquia de normas na perspectiva do dispositivo 43 da Constituição da República de Moçambique?
- (iv) Qual é o valor constitucional das normas internacionais: será uma lei ordinária ou um decreto? E pelo mesmo facto, será que pode ser declarado inconstitucional como qualquer norma?

De tudo que precede, podemos dizer que precisa de encontrar respostas que, olhando pelas diferentes abordagens constitucionais, chegam-se a admitir pelo menos aquelas investigações vitais que condicionam as escolhas concretas no contexto da hierarquia das normas no Direito Constitucional Moçambicano.

1.5. Hipóteses

No âmbito da hierarquia das normas jurídicas, é importante notar que a validade das normas inferiores tem como fundamento a norma hierarquicamente superior: lei fundamental.

Sendo assim, para responder às preocupações levantadas, o estudo apresenta as hipóteses seguintes:

- ✓ As normas do Direito Interno têm primazia sobre as normas do Direito Internacional, uma vez recebidas na ordem interna;
- ✓ A Constituição na hierarquia de normas na perspectiva do artigo 43 da Constituição da República de Moçambique será subordinada às normas internacionais;
- ✓ As normas do Direito Internacional seriam normas supra-estaduais que não obedecem a nenhuma modificação senão da própria comunidade internacional;
- ✓ O órgão competente para apreciar uma norma do Direito Internacional viciada de inconstitucionalidade no Direito Constitucional seria o Conselho Constitucional.

Neste contexto, importa frisar que ao longo da elaboração desse estudo encontrarão respostas concretas a todas as questões levantadas para compreensão do tema.

I.6. Estrutura ou Composição do Trabalho

O presente estudo está estruturado em capítulos constituídos de forma seguinte:

- (i) O primeiro capítulo destina-se aos aspectos metodológicos, em que foi descrito o tipo de pesquisa quanto à abordagem e aos objectivos, os métodos de abordagem e de procedimento, os procedimentos técnicos de recolha de dados e de análise de dados, e por fim a discussão dos resultados obtidos.
- (ii) O segundo capítulo refere-se a fontes do direito, onde foi necessário explicar não somente o surgimento das fontes do direito no direito positivo, mas também a sua importância e seus problemas no ordenamento jurídico constitucional moçambicano, por via disso estabelecer a hierarquia das normas e sua importância no âmbito do Direito Constitucional do Estado democraticamente instituído.
- (iii) O terceiro capítulo retrata de forma geral a questão de dualismo – relação entre direito internacional e direito interno; duas correntes são necessárias para determinar o direito a aplicar em caso de conflito a nível interno, a

saber a teoria monista e a teoria dualista. A partir desta teoria, foi possível analisar a hierarquia das normas jurídicas no âmbito do direito interno.

- (iv) O quarto capítulo assenta no direito comparado no âmbito da recepção prática das normas internacionais na ordem interna. Este capítulo dedica-se a um estudo comparado entre os diversos ordenamentos jurídicos existentes, de modo a encontrar a posição mais adequada para dar solução em caso de vazio ou silêncio jurídico na matéria que envolve duas ordens normativas.
- (v) O quinto capítulo parte da hierarquia das normas no direito constitucional moçambicano: uma experiência a partir do direito comparado. Este capítulo revela o lugar da constituição como norma das normas que prevê o modo pelo qual se produzem todas as normas inferiores do sistema jurídico. Ainda analisa a Constituição de Moçambique, como cume da hierarquia normativa, face à posição das normas internacionais em relação às normas da ordem interna.

CAPITULO I: ASPECTOS METODOLOGICOS

Breve Introdução

De modo geral, a metodologia permanece a pedra angular de qualquer tipo de investigação sem a qual não é possível alcançar os resultados desejados para resolver as questões científicas, sociais e culturais que poderão surgir numa comunidade. Portanto, o capítulo em apreço destina-se a apresentar uma visão geral dos meios e caminhos usados por qualquer pesquisador científico para compreensão da realidade jurídica. Porém, a noção da metodologia ou dos métodos revela várias posições doutrinárias no mundo académico; por isso há necessidade de ostentar a relevância da pesquisa científica e também a importância não menos considerável da revisão de literatura de todo tipo de pesquisa científica.

Portanto, descrever com precisão o tema que se estuda também constitui uma questão, ou seja, um processo fundamental na pesquisa. Ao contrário, a metodologia nos permite alargar, através de procedimento utilizado, a revisão de literatura bem como identificar o problema de pesquisa de modo a alcançar os seus resultados. Isto significa esclarecer as opiniões de modo a debater de forma clara, evidente e precisa.

1.1. Tipo de Pesquisa

Ao elaborar o trabalho científico, o pesquisador pode fazer recurso a várias fontes de informação, nomeadamente livros científicos, revistas científicas, bibliotecas, internet entre outras. Conforme a natureza do estudo, o trabalho científico pode ser realizado através de dois tipos de pesquisa: a pesquisa documental e a pesquisa bibliográfica.

Na sua abordagem, ALVES, Maria da Piedade considera que a realização de um trabalho científico exige por parte do investigador muita pesquisa. Neste contexto, deve evitar a realização desmesurada de leituras, das quais resulta muita informação, sendo que alguma dela nunca é usada¹⁶.

Por sua vez, SILVA e MINEZES argumentam que a pesquisa pode ser um conjunto de acções, propostas para encontrar a solução a um problema que tem por fundamento

¹⁶ ALVES, Maria da Piedade, Metodologia Científica, Escolar Editora, Lisboa. 2012., p. 37

procedimentos racionais e sistemáticos. Normalmente, a pesquisa surge quando tem uma preocupação e não tem dados para dar soluções¹⁷.

1.1.1. Quanto à abordagem

O estudo destina-se a uma abordagem qualitativa que, na ideia de VILELAS, José parte do fundamento de que há uma relação eficiente e inseparável entre o mundo imparcial e a subjectividade do sujeito¹⁸, onde o foco da presente pesquisa visa descrever de forma mais evidente a questão levantada.

Esta abordagem faz a descrição de um conjunto de questões, analisa o relacionamento de certas variáveis, compreende e tipifica o processo dinâmico vivido pelos grupos sociais, para além de facultar o entendimento das singularidades da conduta dos indivíduos¹⁹.

Neste estudo a interacção de diversos ordenamentos jurídicos constitui o ponto de referência para entender cada um deles de modo a compreender de forma particular o processo hierárquico no ordenamento jurídico interno em estudo.

Para VIERA, Sónia, a pesquisa qualitativa procura deduzir o espaço existente entre as hipóteses e os dados, entre contexto e acção, recorrendo a lógica da análise fenomenológica, isto significa a apreensão dos factos de modo a descrever e interpretar-los²⁰.

Para a compreensão da problemática levantada, a pesquisa qualitativa foi eleita, uma vez que através desta pesquisa pretende-se elucidar a hierarquia das normas no Direito Constitucional de Moçambique, tendo em conta que este contém não só as normas legislativas aprovadas pelos órgãos do Estado moçambicano, mas, portanto, ele acolhe todo tipo de normas de natureza externa ou internacional. Neste contexto, compreender como isso acontece e mostrar a posição que essas normas ocupam na arena nacional justifica o recurso a esta abordagem metodológica.

¹⁷ SILVA E MINEZES, Op. Cit., p. 20

¹⁸ VILELAS, José, *Investigação: O Processo de Construção do Conhecimento*, Editora Silabos, Lisboa, 2009, p. 106.

¹⁹ RICHARDSON, Roberto Jerry, *Pesquisa Social: Metodologia e Técnicas*. São Paulo: Atlas. 1999, p. 80

²⁰ VIERA, Sónia, *Como Elaborar Questionários*, São Paulo: Atlas, 2009, p. 4.

1.1.2. Quanto aos Objectivos

O estudo é de natureza exploratória no sentido de descobrir o espírito do legislador sobre a hierarquia das normas no ordenamento jurídico bem como a posição das normas do Direito Internacional em relação às normas nacionais. Portanto, às vezes os conflitos entre as normas surgem quando não damos o mesmo significado das palavras empregues na linguagem corrente.

Como dizia DEMO: “o discurso não se entende só na sua forma, no seu formato, na sua gramática, mas no conteúdo que quer dizer”²¹.

1.1.3. Quanto aos Procedimentos Técnicos

A pesquisa destina-se a um estudo de carácter misto. Isto significa que a pesquisa será documental e bibliográfico. Assim sendo, a pesquisa documental, considerada como um método de recolha e de análise de dados colhidos que tem por objecto aceder as informações relevantes e esse título faz parte integrante da heurística da investigação²².

Para o mesmo autor, esta pesquisa possibilita o uso de outras técnicas de pesquisa com as quais existe uma relação complementar regular (observação, inquérito, análise de conteúdo, investigação-acção), e às vezes nos leva a criar um material empírico novo. Há necessidade de distinguir a profissão de pesquisador do documentalista, no qual o pesquisador surge como uma fonte de inspiração ou um pesquisador de fontes primárias a quem pode recorrer para desenvolver um estudo determinado.

A pesquisa documental embora que seja baseada no estudo já existente pode, no entanto, desempenhar o papel da produção de materiais empíricos novos: o facto do pesquisador tornar criativo permite por vezes evidenciar-se de maneira inovadora, recorrendo a informações

²¹ DEMO, apud CARVALHO, J. Eduardo., Op. Cit. p. 106.

²² GEORGES, Pierre de Saint, in Práticas e Métodos de Investigação em Ciências Sociais, Gradiva Editor, 2ª Edição: Setembro 2005, ou ALBARELLO, Luc, DIGNEFFE Françoise, HIERNAUX Christian Maroy, RUQUOY Daniel, GEORGES, Pierre de Saint, Práticas e Métodos de Investigação em Ciências Sociais, Gradiva Editor, 2ª Edição, Setembro de 2005, Lisboa, p. 30.

existentes, mas até então não exploradas, pois teve o pensamento em utilizá-las, ou pelo menos utilizá-las na versão que se pretende estudar²³.

Resulta que esta pesquisa tem como base as evidências no sentido amplo, incluído os registos, mas sobretudo de outros tipos de evidências como por exemplo: jornais oficiais, boletim da República, imagem entre outros. Nesta circunstância, os conteúdos da matéria não foram submetidos em nenhuma análise, sendo considerados ainda matéria-prima por via disso, o investigador irá fazer o seu estudo²⁴.

Na sua abordagem, ALVES, Maria da Piedade salienta que o pesquisador centra a sua pesquisa em determinadas informações recolhidas nos próprios documentos e registos, que estão em arquivos, por exemplo: certidões, fotografias, desenhos, cartas entre outros²⁵.

Neste tipo de pesquisa, o investigador encontra a fonte de informação nos documentos que ainda tiveram nenhum tratamento e ainda não foram divulgados. Assim sendo, as fontes podem ser de três natureza, a saber: fontes primeiras, fontes secundarias e fontes terceiras.

Apesar desse tipo de pesquisa encontrar algumas dificuldades, devido ao recurso a técnicas directas de recolha de dados para sua materialização, a pesquisa documental revela a sua importância, na medida em que pode tornar um pesquisador uma fonte de inspiração numa área não tanto explorada.

A pesquisa bibliográfica visa mostrar os textos sem omissão de uma referência essencial, evitando de tomar em conta os documentos que parecem irrelevantes; trata-se de documentos puramente escritos²⁶.

²³ GEORGES, Pierre de Saint, in *Práticas e Métodos de Investigação em Ciências Sociais*, Gradiva Editor, 2ª Edição: Setembro 2005, ou ALBARELLO, Luc, DIGNEFFE Françoise, HIERNAUX Christian Maroy, RUQUOY Daniel, GEORGES, Pierre de Saint, *Práticas e Métodos de Investigação em Ciências Sociais*, Gradiva Editor, 2ª Edição, Setembro de 2005, Lisboa, p. 31

²⁴ Idem, p. 122-123

²⁵ ALVES, Maria da Piedade, *Metodologia Científica*, Escolar Editora, Lisboa 2012, p. 40

²⁶ GEORGES, Pierre de Saint, in *Práticas e Métodos de Investigação em Ciências Sociais*, Gradiva Editor, 2ª Edição: Setembro 2005, ou ALBARELLO, Luc, DIGNEFFE Françoise, HIERNAUX Christian Maroy, RUQUOY Daniel, GEORGES, Pierre de Saint, *Práticas e Métodos de Investigação em Ciências Sociais*, Gradiva Editor, 2ª Edição, Setembro de 2005, Lisboa, p. 33

Portanto, neste tipo de pesquisa, precisa de mencionar que é um estudo que acontece quando o investigador desenvolve a sua investigação a partir de estudos já realizados por outros investigadores²⁷. Assim sendo, a pesquisa bibliográfica assenta nas fontes tais como: livros, jornais, revistas científicas, entre outros.

O estudo é desenvolvido com base nas fontes escritas e não escritas, oficiais ou não oficiais constituídas normalmente pelos livros, artigos científicos, revistas científicas e legislações resultantes das autoridades públicas.

1.2. Metodo de Pesquisa

A metodologia é o conjunto de métodos ou caminhos que são utilizados na procura do conhecimento. É a via percorrida pelo pensamento e a prática exercida na perspectiva da realidade²⁸.”

A metodologia toma em conta os procedimentos, os instrumentos, os caminhos a serem seguidos para concretização de um estudo académico, procurando a promoção do espírito crítico capaz de realizar a auto-consciência do percurso realizado e por fazer. A metodologia pretende delimitar a criatividade e a potencialidade no âmbito de estudo.

Surge então que a metodologia se refere ao marco teórico de uma pesquisa, na medida em que implica, como sublinha CARVALHO, o desenho da investigação, com identificação do método de abordagem e as técnicas usadas, materializando de forma científica o percurso da investigação²⁹.

Neste contexto, surge então a relevância de encontrar respostas às questões levantadas neste estudo através do modo de analisar a problemática e os mecanismos usados na abordagem do tema. Assim, o estudo apresenta o tipo de pesquisa quanto à abordagem e aos objectivos, os métodos de abordagem e de procedimento, as técnicas de recolha e de análise de informações, bem como a discussão dos resultados obtidos na base de direito comparado.

²⁷ ALVES, Maria da Piedade, Op. Cit., p. 42

²⁸ MINAYO, **Avaliação por Triangulação de Métodos**: Abordagem de Programas Sociais. Rio de Janeiro. Fiocruz, 2010, p. 14

²⁹ CARVALHO, J. Eduardo, **Metodologia do Trabalho Científico**. Editora Escolar. Lisboa. 2009, p. 154

1.3. Instrumentos de Recolha de dados

Os instrumentos de recolha de dados referem-se a um conjunto de processos empregues por um estudo, ou seja, corresponde a parte pratica de recolha de dados³⁰. Na fase de recolha de dados, podemos utilizar diferentes técnicas em que destacamos a pesquisa documental.

A pesquisa documental não difere muito da pesquisa bibliográfica. Para GIL, a diferença reside na natureza das fontes em que a pesquisa bibliográfica emprega essencialmente as contribuições de diferentes autores enquanto a pesquisa documental funda se nos materiais que ainda não foram tratados de forma analítica que podem ser elaboradas novamente em conformidade com objecto de pesquisa³¹.

Na sua opinião, LAKATOS e MARCONI consideram que a pesquisa documental refere-se a coleta de dados a partir de fontes primarias que podem ser documentos escritos ou não pertencentes a arquivos dos serviços públicos ou privados³².

Aliado pela ideia dos autores acima citados, nota se que a escolha deste instrumento de coleta de dados justifica se pelo facto que o objecto deste estudo visa encontrar solução ao problema que envolve o Estado moçambicano face a vários ordenamentos jurídicos que exigem a recolha de informações dispersas do ponto de vista territorial.

Neste contexto, a pesquisa bibliográfica pode ser considerada como fonte de recolha de dados secundaria, pois encontra o seu fundamento sobre a matéria já elaborada.

A pesquisa bibliográfica alastra se toda bibliografia já publicada em relação ao tema estudado, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, materiais cartográficos, ...³³

Surge então que a pesquisa bibliográfica tem como vantagem proporcionar ao pesquisador um instrumento analítico para qualquer investigação que poderá acontecer, salvo algumas restrições.

³⁰ LAKATOS e MARCONI, Op. Cit., p. 2001

³¹ GIL, Op. Cit., p., 1999

³² LAKATOS e MARCONI, Op. Cit., p. 2001

³³ LAKATOS e MARCONI, Op. Cit., p. 183, 2001

1.4. Técnica/Estratégia de Apresentação e Análise de Dados

Neste presente estudo a estratégia de apresentação e análise de dados apresentam-se nos aspectos ligados à apresentação de dados através dos instrumentos jurídicos que consistiram na verificação das relações existentes nas normas jurídicas de modo a aprofundar o conhecimento sobre a hierarquia de normas internas e normas do direito internacional bem como aprofundar a relação entre os vários ordenamentos jurídicos no contexto da institucionalização e constitucionalização das normas internacionais.

Ao nível da descrição de dados, esta fase consistiu em explicar as variáveis existentes entre as duas ordens jurídicas de modo a esclarecer a origem dos conflitos que poderão resultar no momento de aplicação destas normas para explicitar até que ponto a posição hierárquica é válida na ordem interna e a mesma é invertida quando se trata da lei revisão constitucional, ou das leis que precisam de pronunciamento do soberano primário.

1.5. Técnicas de Discussão de Resultados

É nesta fase que o pesquisador deve elaborar a sua análise a partir dos resultados alcançados e com base na revisão bibliográfica. Assim sendo, para este estudo, recorreremos a análise de conteúdo que visava a leitura do conteúdo e sua interpretação na apresentação e análise dos resultados através do estudo comparado que constituiu a base de interpretação de diversos sistemas jurídicos no âmbito da recepção das normas do direito internacional na ordem jurídica interna.

CAPITULO II: FONTES DO DIREITO

Breve Introdução

Este capítulo aborda a questão de criação e de evolução das normas jurídicas de modo a compreender como o direito surge numa sociedade determinada. Este problema de evolução de direito diz respeito a várias transformações que as normas de direito conheceram ao longo de tempos. Assim, este capítulo retrata os conceitos das fontes do direito, suas teorias, suas classificações bem como as fontes internas e os seus problemas.

2.1. Teoria das Fontes do Direito

Como um sistema, o Direito é constituído por um complexo de normas jurídicas que surgem a partir de um procedimento legislativo cuja sua revelação desempenha um papel preponderante na produção de regras vinculantes no sistema jurídico.

O problema da definição das fontes do direito é uma preocupação que releva da positivação de direito; isto significa determinar como essas normas adquirem uma certa juridicidade, e como é que se tornam vigentes numa comunidade política. Assim, as fontes do direito são os modos de criação de regras jurídicas. Porém, a respeito desta consideração, ASCENSÃO, Oliveira prefere falar dos modos de revelação das regras jurídicas³⁴.

Surge então que existem várias definições das fontes do direito, nomeadamente no sentido sociológico material, histórico instrumental, político orgânico; logo, há necessidade de limitar a abordagem das fontes do direito no sentido formal que pretende definir as fontes do direito como os modos que formam e revelam as regras jurídicas.

As fontes do Direito são condutas humanas que, dentro de uma comunidade organizada dada, formam os institutos que a organizam e estabelecem as normas jurídicas por que se rege³⁵.

As fontes do direito derivam dos fenómenos, factos e costumes dos homens no meio social que estão na base da formação de uma organização e a partir desse processo se revelam as

³⁴ SOUSA Rebelo de, GALVÃO Sofia, **Op. Cit.**, p. 580

³⁵ SILVA. Germano Marques da, **Introdução ao Estudo do Direito**, 3ª Edição, Universidade Católica. LISBOA. 2009, p.90

normas que a regulam. Sendo assim, esses fenómenos devem ter como resultado um acto jurídico ao qual o ordenamento jurídico considera como eixo da produção das normas vinculativas.

No entendimento de MACHADO, João Baptista seriam fontes do Direito aqueles factos que em regra representam como a conclusão de um processo juridicamente regulado e aos quais o sistema jurídico atribui a qualidade de factos produtores de normas vinculantes. Através de facto normativo, as normas são postas, são positivadas e transformam-se em direito positivo³⁶.

A opinião é de que as fontes do direito manifestam-se nas práticas, ou seja, nos actos que, de direito, apresentam resultado a partir de um procedimento juridicamente estabelecido a partir do qual as normas criadas ao longo do tempo numa comunidade política transformam-se em direito vigente.

As formas como o direito é formado e revelado podem diferenciar no tempo e no espaço. Por este facto, SILVA, Germano Marques considera que em países menos desenvolvidos ou imperfeitamente estruturadas o consentimento e aceitação constante da sociedade ao reconhecimento de direitos e deveres mútuos, de regras de comportamento social, faz surgir com significado de direito consuetudinário³⁷.

Portanto, esta realidade nos permite sustentar que a formação, ou seja, a revelação das normas jurídicas, segue uma certa evolução devido ao dinamismo dos factos sociais, económicos, culturais, políticos e sobretudo com as transformações tecnológicas que caracterizam um período determinado de cada comunidade no estabelecimento de deveres e direitos de cada um dos seus membros através do uso de certas práticas reiteradas que se tornaram obrigatórias para toda sociedade.

A fonte do direito, pois, é uma manifestação ou facto social que tem o sentido de conter uma regra jurídica. Assim como para a demarcação da ordem jurídica tivemos de partir do

³⁶ MACHADO, J. Baptista, **Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador**, Edições Almedina. COIMBRA, 2008, p. 154

³⁷ SILVA. Germano Marques da, **Op. Cit.**, p.86

fenómeno ordem social para atingir o dever ser, também aqui devemos partir de manifestações fáticas para atingir as regras que elas contêm³⁸.

E, como ensina ERLICH, para saber a situação verdadeira do direito é preciso procurar entender a produção da sociedade humana³⁹.

Desta ideia surge a necessidade de distinguir o dever ser e a faculdade para orientar o comportamento dos membros da comunidade estabelecendo as regras de conduta social para tornar a vida mais harmoniosa e evitar qualquer tipo de conflitos.

Porém, a ordem social rege um conjunto de necessidades que a comunidade apresenta, no sentido de garantir uma convivência harmoniosa entre os seus membros através de certos elementos ligados à concórdia social, quer dizer, a paz, a segurança bem como a justiça, não para satisfazer os interesses pessoais, mas, portanto, uma satisfação baseada na vontade individual de cada um dos membros da comunidade; só assim que este fenómeno irá determinar de forma geral o interesse comum da comunidade.

2.1.1. Classificação das Fontes do Direito

A partir da definição dada sobre as fontes do Direito resulta que essas podem ser agrupadas em:

- a. As fontes formais:** referem-se aos actos normativos a que uma ordem atribui a consequência de positivar normas jurídicas.
- b. As fontes materiais:** dizem respeito aos factores que causalmente originaram ou influenciaram o processo de produção de uma norma.
- c. As fontes imediatas:** referem-se ao mecanismo de revelação das normas jurídicas sem depender de qualquer outra situação.

³⁸ ASCENSÃO, J. Oliveira de **O Direito: Introdução e Teoria Geral**, 13ª Edição. ALMEDINA. COIMBRA 2008, p. 256

³⁹ SOUTO, Cláudio, SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro, LTC; São Paulo, EDUSP, 1981, p. 114.

d. As fontes mediatas: entendidas como instrumento de revelação de normas jurídicas somente como atitude de induzir as escolhas que as fontes imediatas determinaram.

No seu artigo 1 n° 1, o Código Civil determina que as “leis e as normas corporativas” são fontes imediatas do direito. Fica de fora a questão do costume e outras fontes do Direito; mas, portanto, o mesmo C.C reconhece o valor jurídico dos usos, desde que não sejam contrários ao princípio de boa-fé⁴⁰.

Esta posição merece crítica, pois apresenta diversas dúvidas logo no princípio sobre as fontes do Direito, nomeadamente: a dispersa concepção determinante das fontes do Direito de forma geral; a omissão de outras fontes normativas identicamente importantes e a exiguidade identificação das fontes normativas previstas⁴¹.

Portanto, como forma de minimizar essa situação, ou de perspectivar o Código Civil, é importante que a constituição do Estado, de entre várias funções, procede a designação das fontes normativas indispensáveis para a construção do ordenamento jurídico.

Neste contexto, GOUVEIA, Jorge Bacelar pretende que esta dedicação, ou seja, esforço não pertence a qualquer código civil, pois carece da força jurídica hierárquica que somente a lei fundamental possui, oferecendo uma concepção muito limitada, por se restringir ao direito civil como ramo de direito, por ser mais abrangente e comum⁴².

Se o Direito constitucional reconhece os aspectos de supremacia hierárquico-normativa e de cerne substancial do sistema jurídico⁴³, é também neste direito que precisam encontrar a resposta a questão ligada aos tipos de fontes normativas efectivamente aplicáveis⁴⁴,

⁴⁰ Art. 3 n°1 do Código Civil de Moçambique

⁴¹ GOUVEIA Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, Editor IDILP CEDIS, Lisboa/Maputo, 2015, pp. 398-399. Este problema foi detectado pelo mesmo autor também no âmbito do Direito Internacional Público, cfr. Artigo 38 do ETIJ.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ SILVA, Carlos Burity da, a **Necessidade da Revisão** pp14 e 15, *apud*. GOUVEIA Jorge Bacelar, **Op. Cit.**, pp. 401-403

⁴⁴ Cfr. ENRIQUE Alvarez Conde, *apud*. GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, ...p 401

revelando-se a constituição, na lição do relevante pensamento de HANS Kelsen⁴⁵, a força de determinar a estrutura das fontes do direito na sociedade política que institui e ordena⁴⁶.

Resulta desta classificação que há dificuldade de determinar qual dos tipos merece ser o cerne do nosso estudo, tendo em consideração o carácter amplo, e sobretudo estabelecer uma distinção entre as opções de carácter jurídico e as de âmbito político, social, cultural e antropológico.

A nossa ideia funda-se na posição de AMARAL, Diogo Freitas, ligada às fontes formais do Direito⁴⁷; consideradas como verdadeiras fontes do direito produtoras e indispensáveis no significado de direito como modo de formação e de revelação de normas e preceitos jurídicos⁴⁸.

Como preferência, MIGUEL, Reale sublinha que a concretização de uma norma jurídica, como tal, chamada de *vis compulsiva*, carece de observância de um conjunto de exigências relacionadas à sua elaboração. Isto implica que deve resultar das fontes de direito quanto à sua natureza e finalidade⁴⁹.

As fontes do direito no sentido formal que se consideram relevantes não toma em conta de modo particular a ambiguidade que se nota entre a formação e a revelação das regras e dos princípios jurídicos, ambas as significações sendo válidas, se bem que com a ideia de que a formação se apresenta mais melhorada ao direito público e a revelação refere-se ao direito privado⁵⁰.

Na sua preferência, ASCENSÃO, Oliveira considera as fontes do Direito como sendo os modos de revelação de regras jurídicas. Esta posição parece ser modificada quando

⁴⁵ HANS Kelsen, *apud*. GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, editor IDILP CEDIS, Lisboa /Maputo, 2015, p. 401

⁴⁶ Esta ideia foi reforçada por MIGUEL REAL, ao afirmar que "são a constituição e as leis de cada Estado que pré-definam as exigências caracterizadores das diferentes fontes do Direito, que não podem ser conformadas em abstrato, mas certamente por motivo de situações particulares, históricas, como o atesta a diferença entre o fundamental entre a nomogénese da norma jurídica, que descreve e difere a família do direito inglês e o romano germânica".

⁴⁷ Cfr. AMARAL Diogo Freitas do, **Manual de Introdução ...**, I, pp. 564 e 565

⁴⁸ MIGUEL Reale, **Teoria Tridimensional ...**, pp. 226 e 227

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ GOUVEIA Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, editor idilp cedis, Lisboa/Maputo, 2015, p. 396

determina que são os modos de formação das normas jurídicas, os fenômenos normativos em que consistem⁵¹.

Os modos de revelação das normas jurídicas referem-se, então, à ideia das normas jurídicas bem aperfeiçoadas no âmbito do direito privado; isso determina que esse fenômeno não é uma recusa dos modos de formação de normas jurídicas, mas, portanto, uma simples opinião pessoal, até que pode ser considerada uma sugestão.

Assim sendo, é sempre útil saber como surge a norma jurídica, em que circunstância a norma jurídica foi criada e qual é a sua finalidade para uma comunidade política. Por isso, no contexto das fontes do Direito, nossa ideia limita-se aos modos de formação de normas jurídicas e dos princípios jurídicos; pois assenta num carácter mais abrangente que engloba os mecanismos de produção e de revelação das normas jurídicas como também os princípios gerais do Direito. Sendo assim, a tipologia tradicional considera como fontes do Direito as seguintes: a lei, o costume, a jurisprudência e a doutrina.

2.1.2. Classificação Tradicional das Fontes do Direito

2.1.2.1. A Lei como Fonte do Direito

Há muito tempo e a partir da Idade Contemporânea a lei tem vindo a ocupar uma posição primária, ao manifestar uma vontade geral da sociedade para uma regulação social de forma democrática e legitimamente desejada.

Assim, existem várias ideias avançadas pela doutrina como pela maioria dos eminentes juristas sobre a concepção da lei, considerada como fonte primária do Direito, redigida e interpretada pelos órgãos do Estado competentes em matéria legislativa, conforme o estatuído pelo Direito Público.

Consideram leis todas as disposições genéricas provindas dos órgãos estaduais competentes⁵².

⁵¹ Idem, p. 580

⁵² Artigo 1 do CC.

Nota-se que esta definição foi criticada pelos eminentes juristas, por este motivo carece de uma reformulação, pois o conceito de leis tem muitas acepções. Porém, olhando pelo processo legislativo vigente num determinado ordenamento jurídico, entendemos que os actos normativos da Assembleia da República correspondem ao conceito de lei; será neste sentido que deve ser entendida a expressão órgãos estaduais competentes? Acreditamos que não, pois existem textos constitucionais que atribuem a competência legislativa a outros órgãos do Estado, nomeadamente o Presidente da República bem como o Governo.

Neste contexto, ANDRADE, Manuel entende que o artigo 1 do CC atribui um significado muito vasto ao conceito da lei⁵³. Desta definição resulta o sentido amplo da lei que engloba actos normativos da Assembleia da República e todo diploma, ou seja, regras emanadas de qualquer órgão do Estado investido de qualidade ou competência nesta matéria.

Então isso mostra de forma particular que há uma remissão tácita às disposições constitucionais na indicação dos tais órgãos estaduais e, de modo geral, surge a necessidade de distinguir as normas emanadas da Assembleia da República das outras regras que regulam o Estado como comunidade.

Como argumenta PAPINIANO, a lei seria uma norma, ou qualquer tipo de norma, independentemente do seu valor ou do seu conteúdo e qualquer que seja a sua origem, pública ou privada⁵⁴.

Na sua ideia, GOUVEIA, Jorge Bacelar define a lei como: “uma formulação voluntária de um dever ser jurídico, decretada por uma autoridade pública”⁵⁵. Sendo assim, a lei é um acto normativo, estabelecido por uma autoridade pública que tem a competência exclusiva nesta matéria e carecendo do cumprimento obrigatório; o valor jurídico de um acto normativo bem como a sua legitimação depende da competência da autoridade pública de que emana.

⁵³ ANDRADE, Manuel de, **Op. Cit.**, p. 147

⁵⁴ GIANNETO Longo, *apud* ANDRADE, Manuel de, **Op. Cit.**, p. 521

⁵⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, IDILP, CEDIS, LISBOA/MAPUTO, 2015, p. 397

Portanto, o conceito de lei, *lex* em latim significa *legere* “ler”, leva-nos a pensar sobre a ideia de separação dos poderes, e principalmente do poder legislativo, ou seja, da função legislativa de que decorre a definição formal da lei. Isto quer dizer que o surgimento da lei obedece ao procedimento constitucionalmente consagrado.

É nesta situação que o texto constitucional moçambicano determina que a iniciativa legislativa pertence a um conjunto de órgãos do Estado⁵⁶, cada um consoante a sua competência ou atribuições, no intuito de evitar a crise a nível das instituições políticas instituídas.

2.1.2.2. O Costume

a. Conceito do Costume

No rol das fontes do Direito encontra-se o costume, como fonte secundária, que no entendimento do artigo 1 do CC a lei seria uma única fonte imediata do Direito e as restantes remetem-se às fontes mediatas.

Neste sentido, CORDEIRO, Menezes salienta que, no sentido de dotada autonomia jurídica-positividade, o costume é considerado como fonte imediata do Direito, lado a lado com a lei, portanto, o Código Civil. Ao contrário VARELA Antunes sustenta que o costume parece ser reconduzido aos usos⁵⁷.

No Direito Romano, especialmente na Idade Média, no século XII até o século XV e logo no princípio da época Moderna, o cenário é diferente, pois o costume é a fonte principal, ou seja, fonte privilegiada do Direito; isto denota a relevância do direito consuetudinário naquele tempo. Assim, manifestou ainda no direito canônico através do reconhecimento do costume na comunidade cristã desde o momento que não é contrário ao direito religioso chamado de direito canônico.

SERRA Adriano não olha neste sentido, pois argumenta que:

Admitir o costume como fonte do direito seria introduzir um elemento de indecisão acerca do direito em vigor. E, ainda que se não equiparasse a lei e só se lhe reconhecesse valor obrigatório na falta dela, e, na

⁵⁶ Artigo 182 da CRM

⁵⁷ CORDEIRO, Menezes, **Op. Cit.**, p. 530

ausência da lei que preveja a espécie vertente, mais consentânea com a necessidade de certeza e com a justiça relativa, mandar observar a analogia...⁵⁸

FERRARA retira ao costume uma parte do peso próprio, a saber, aquele de ficar lado a lado com a lei. Outra crítica releva do facto pelo qual o Código Civil não faz referência ao Direito Internacional, que é simplesmente consuetudinário, onde o costume tem um lugar privilegiado. Portanto, é indispensável mencionar a previsão do costume em diversas leis, como dispõem os artigos 348 n° 1 e 1400, n° 1 e 2 do Código Civil⁵⁹.

Isso explica a relevância do costume em matéria de propriedade, onde os terrenos são aproveitados em comum. Ora, a Constituição da República de Moçambique reconhece o valor do costume, que não está em contradição com os valores constitucionalmente estabelecidos⁶⁰.

O costume pode ser entendido como um complexo de práticas de ordem jurídica que adquiriram força tal como a lei exige numa dada comunidade pela repetição de actos jurídico-públicos e harmoniosos durante um período de tempo proporcionalmente longo⁶¹.

Portanto, pode ser analisado também o costume como uma prática social reiterada acompanhada da convicção da sua obrigatoriedade⁶².

PHILIPPE Weiland considera o costume como um direito não escrito, introduzido pelos usos e pelos actos continuamente repetidos dos membros da comunidade, os quais foram praticados publicamente, sem contradição da maioria do povo, o tempo necessário para o impor⁶³.

Porém, face ao direito escrito, baseado sobre a racionalização bem como os esforços de codificações, o costume encontra-se enfraquecido e teve tendência de regredir, mas continua a

⁵⁸ SERRA, Adriano Pais da Silva Vaz, a Revisão Geral do Código Civil/alguns factos e comentários, BMJ 2 (1947) p. 37

⁵⁹ Art. 348 do CC.

⁶⁰ Artigo 4 da CRM determina que: “o Estado reconhece os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos que coexistem na sociedade moçambicana, na medida em que não contrariam os valores e os princípios fundamentais da Constituição”.

⁶¹ GILISSEN J., **Introdução Histórica ao Direito**, Tradução de A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros, 5ª Edição. Lisboa 1979. GILISSEN J., **La Coutume**, Turnhowt 1982 (*Typologie des Sources du Moyen Age Accidental*, fasc. 41) p. 250

⁶² CORDEIRO A. M., **Tratado de Direito Civil I – Introdução às Fontes do Direito, Interpretação da Lei, Aplicação das Leis no Tempo**, Doutrina Geral, 4ª Edição. Almedina. COIMBRA 2012, p. 558

⁶³ GILISSEN J., **Op. Cit.** p. 250

manter a sua estrutura primitiva de dominação social ou da comunidade pelo seu carácter de obrigatoriedade no seio da comunidade que lhe diz respeito.

O direito costumeiro é aquele que tem a sua revelação no costume, enquanto norma obrigatória⁶⁴. Assim sendo, o costume é uma prática social contínua, subsidiada da convicção da imposição dessa conduta por conciliar a uma norma jurídica⁶⁵.

Resulta que o costume pode criar e se manifestar como direito. Assim, o costume era considerado como fonte por excelência do direito nas sociedades dos povos sem escrita. Por isso houve uma observação rigorosa das condutas habituais e o seu desrespeito era inevitável e passível de sanção.

Para CORDEIRO, Menezes, nas sociedades primitivas o costume tendia a absorver o que chamamos de direito, moral e religião. Isto explica a inexistência de monopólio de procedimento das normas jurídicas, no qual o Estado encontra dificuldades para identificar as fontes que poderão prevalecer no seu seio; mas pelo contrário pode existir sobreposição entre várias normas jurídicas e a esfera estatal, acabando por criar conflitos no ordenamento jurídico.

Na ideia de GOUVEIA, Jorge Bacelar, a avaliação do costume assenta numa conduta que, sendo praticada, adquire a imposição da força da lei ou a natureza de dever ser jurídico⁶⁶.

Essa situação denota que o costume é o conjunto de práticas que surge no seio social reiterado de uma certa consciência de obrigatoriedade. Assim, toda prática não acompanhada pela obrigatoriedade não seria costume.

b. Evolução Histórica do Costume

Na evolução, o costume começou a perder o seu aspecto autónomo só a partir da positivação da norma jurídica e o desenvolvimento da Ciência de direito, pois antes disso algumas

⁶⁴ SILVA, **Op. Cit.**, p. 86

⁶⁵ SILVA, **Op. Cit.**, p. 86

⁶⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Direito Constitucional de Moçambique**, Idilp, CEDIS, LISBOA/MAPUTO, 2015, p. 397.

ordens jurídicas já tinham esta base consuetudinária. De acordo com MAX Kaser, o Direito Romano, na origem, terá tido origem consuetudinária⁶⁷.

Subsequentemente, não lhe dá qualquer tratamento. Nas *institutiones* de Justiniano faz-se a distinção entre o Direito escrito e o direito não escrito. Então, o costume longamente usado, aceite por aqueles que o praticam, é semelhante a uma lei. Quando começou a ter fundamento legal, edital e doutrinário o Direito Romano fez recuar o costume.

Portanto, com o declínio do Império Romano assiste-se o ressurgimento do costume: um fenómeno reforçado pelo advento de novos dominadores, os povos germânicos, cujos ordenamentos jurídicos eram no essencial de base consuetudinária⁶⁸.

Deste fenómeno surge que o direito canónico reconheceu o costume que não seja contrário à lei canónica no seu todo e corresponder ao prolongamento do que ela já estabeleça. Sendo uma preocupação dos juristas da antiguidade, o costume começa a ter o âmbito nacional e popular, por isso devia ser adaptado à realidade social e se revestir de uma eficácia de princípio bem assegurada.

Com a racionalização jurídica e o processo de codificações, o costume regressou no seu papel. A existência do costume pode apresentar um aspecto contrário a quaisquer inovações. Neste contexto, o costume entra em conflito com os reformadores para uma sociedade modernizada.

c. Elementos do Costume

O uso é aquela prática da sociedade reiterada; a sua existência implica uma mera observação de facto na sociedade, isto significa que é uma prática social repetida e a sua existência decorre de um simples exame de facto. Assim, alguns usos não têm nada a ver com Direito, ou seja, nem todo uso pode ser considerado como costume, ou seja, há necessidade de determinar que existem outras práticas sociais que não relevem de um valor jurídico.

⁶⁷ MAX Kaser, *das romische Privatrecht*, Cit., 1, 2ª Edição, p. 558. Com desenvolvimento voluntarístico do direito, ou foi absorvido.

⁶⁸ CORDEIRO, Menezes. **Op. Cit.**, p. 560

A doutrina minoritária pretende que o uso é o único fundamento do costume, contestando a relevância da convicção de obrigatoriedade⁶⁹. Assim, a ideia avançada não deu satisfação, pois pode nos levar à destrição entre os usos jurídicos dos não jurídicos.

Face a esse fenómeno, BOBBIO, Norberto, na sua abordagem, contesta esta opinião e pretende que só a convicção de obrigatoriedade pode ser considerada como elemento do costume⁷⁰. E pelo facto de não acreditar nisso, ele, assente no critério até então aceitável, parte da distinção entre ordens normativas, consoante a natureza da matéria em causa, denotando-se ou não a necessidade que é característica do jurídico⁷¹.

Nota-se que este critério também não toma em consideração o espaço e o tempo, visto que as práticas sociais podem ter significado diferente do ponto de vista jurídico. Isto significa que essas práticas sociais num espaço determinado são polissémicas num período bem definido.

Convicção de obrigatoriedade manifesta-se quando a convicção de que devem agir conforme aquela prática que podemos falar de costume, e por efeito produz consequências jurídicas, ou seja, surgem as implicações das normas jurídicas.

Sendo assim, nota-se que esta convicção resulta da máxima latina segundo a qual “*opinio iuris vel necessitas*”. Os membros desta comunidade têm o dever de ter um espírito, mais ou menos preciso do dever ser, de existência de uma imposição naquela prática, pois não deriva só da cortesia ou da rotina⁷².

É indispensável que haja a manifestação da convicção de que o uso não representa nada de causal, antes é necessário para a comunidade. FERREIRA admite que este fenómeno não acontece sempre, e não há confusão com a convicção de obrigatoriedade.

⁶⁹ BOBBIO Norberto, *apud*. ASCENSÃO J. Oliveira de. **O Direito, Introdução e Teoria Geral**, 13ª Edição, Almeida. COIMBRA 2008, p. 265

⁷⁰ BOBBIO Norberto, *Consuetudine*, págs. 49 e ss

⁷¹ BOBBIO Norberto, Citado por ASCENSÃO, Oliveira de, **Op. Cit.**, p. 265

⁷² ASCENSÃO, Oliveira de, **Op. Cit.**, p. 266

Resulta que o grupo social não deve ser imposto pela observância de uma prática, mas é através da livre vontade que a comunidade adere a esta prática. Para além destes dois elementos, existem mais outros requisitos menos acolhidos pela doutrina, nomeadamente:

- ✓ **Consagração legal** - onde não precisa que a importância seja admitida pela lei, pois isso implicaria a predominância desta.
- ✓ **Imposição pelos órgãos públicos** - em que se baseia na coação como característica da ordem jurídica, de tal forma que o costume seja face à questão de coercibilidade, ou seja, na falta da pretensão da juridicidade.

Mas não precisa que a obrigatoriedade do costume releve dos órgãos públicos para a sua aplicação no âmbito da juridicidade. Se a coercibilidade não é essencial ao direito, também a valia do costume não depende do seu acatamento pelos órgãos do Estado⁷³.

- ✓ **A racionalidade**, a lei da boa razão, de Marques de Pombal, em Portugal e no Brasil, exigiam que o costume: (i) seja em conformidade com a boa razão; (ii) não seja contrária as leis; (iii) tenham mais de 100 anos.

A relevância do costume está condicionada na sua conformidade com a boa razão. A ideia de racionalidade é percebida de forma divergente; porém a racionalidade do costume não deve ser diversa do que a própria lei deve ter; também a lei poderia ser afastada com o mero fundamento na inoportunidade ou na inconveniência do seu preceito⁷⁴.

A importância do costume não depende somente da sua adequação, ou seja, da justiça, mas também da sua conformidade com a ordem natural e jurídica em que está aplicado.

- ✓ **Espontaneidade** - o costume deve ser espontâneo, na medida em que a repetição de práticas que está na sua base não pode resultar da mera exigência de um poder ou de uma comunidade social.

⁷³ ASCENSÃO, Oliveira de, **Op. Cit.**, p. 266

⁷⁴ Artigo 8 n° 2 do Código Civil

d. Requisitos do Costume

Tendo como características a espontaneidade e o nacionalismo popular, o costume, quando dele se pretenda fazer uma fonte do direito, o sentimento não chega: há que sujeitá-lo a um tratamento analítico e científico. Para tanto, importa destringer os seus requisitos e os fundamentos de validade⁷⁵.

A eficácia do costume está automaticamente assegurada, pois manifesta-se de forma directa na ordem social. Sendo assim, é importante analisar os aspectos seguintes para quem fala do costume, nomeadamente: a conduta (*corpus*) e uma conduta reiterada.

A conduta (o *corpus*) refere-se à conduta que tem como características a generalidade neste contexto. O âmbito da conduta será relevante de tal forma que a generalidade dos membros da comunidade seja capaz de o identificar.

A conduta deve ser reiterada; as fontes não são precisas, mas deve ter um tempo significativo, isto significa que a noção é relativa conforme os lugares e as tradições de cada povo. Portanto, no Baixo Império exige-se um período de vinte anos para que uma conduta seja reiterada, enquanto que a lei da boa razão exige cem anos. O prolongamento do tempo facilita identificar a prática e dela retirar normas de conduta.

e. Classificação do Costume

A lei se distingue do costume pelo facto de a lei ter a certeza e a adequação a ser instrumento de transformação social, enquanto que o costume é de evidencia difícil e manifesta uma ordem espontânea da sociedade. Relativamente a lei, o costume classifica-se em: costume *secundum legem*, costume *praeter legem* e costume *contra legem*.

Costume *Secundum Legem*: há coincidência entre lei e costume. Esses dois aspectos jurídicos interpretam-se um pelo outro para poder se afirmar a existência de uma só regra com diversidade de títulos. Nota-se que ao admitir apenas o costume interpretativo estaremos a lhe atribuir um ponto de subordinação à lei.

⁷⁵ ASCENSÃO, Oliveira de. **Op. Cit.**, p. 562

Costume *Praeter Legem*: neste tipo de costume é importante notar que o costume não se opõe à lei, mas vai além dela. Resulta que o costume toca os casos que as normas legais não prevêm, mas que necessitam de alargamento da área de juridicidade.

Costume *Contra Legem*: aqui não há coincidência entre costume e lei, portanto, o costume entra em contradição com a lei. Existe um debate em torno do costume *contra legem*, pois alguns autores pretendem que o costume será irrelevante, tendo em conta a exclusividade da lei como expressão da vontade geral do povo; para além disso, surge a segurança e a certeza são necessárias e sendo inerentes a lei e que o costume não pode garantir, embora que seja escrito e, por isso, muito mais dificilmente reputado.

E outros doutrinários pretendem que alguns ordenamentos jurídicos onde a intervenção do costume não sofre contestação, face a autonomia da importância do costume *contra legem*, o direito não pode abafar os espaços de emancipação da comunidade que o costume reflecte, não tendo grandes obstáculos relativamente ao objectivo de certeza e segurança porque a importância do costume observa-se ao nível das condutas sociais, apesar do seu conhecimento e até em algumas circunstâncias da sua escrita que neste contexto atribui bem menos percepção⁷⁶.

Assim, no Direito Internacional Público contribuem não somente as convenções internacionais, mas o direito que emana de princípios resultantes dos costumes. As recepções nacionais de regras internacionais devem abranger indistintamente um ou outro sector⁷⁷.

É de salientar que os costumes jurídicos caracterizados como tal *opinio necessitatis* não podem estar em conflito com os princípios morais próprios de um povo, contra os *bonos mores*⁷⁸. Em relação ao costume *contra legem*, o Código Civil não lhe atribui também qualquer relevância. Neste contexto, o Código Civil afasta toda a possibilidade de costume *contra legem* revogar a vigência de uma lei⁷⁹. O art. 7 do Código Civil ilustra bem esta posição.

⁷⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Direito Constitucional de Moçambique**, CEDIS, Lisboa/Maputo 2015

⁷⁷ Cfr. O art. 8/1 da Constituição Política Portuguesa. As normas e princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.

⁷⁸ GUELFÍ Filomusi, Enciclopédia Gluridica, 6ª Edição, 1910, págs. 61/62.

⁷⁹ SOUSA, Rebelo de e GALVÃO Sofia, **Introdução ao Estudo do Direito**, 5ª Edição, LISBOA 2000, p. 153

De forma geral pode-se notar que existe uma corrente que admite o costume em contraposição com a lei; uma outra admite a eficácia do costume em determinadas circunstâncias. E esta última pretende, em termos da hierarquia, que a lei ocupe uma posição superior em relação ao costume.

f. Fundamento e Valor Jurídico do Costume

O valor jurídico do costume levanta vários debates no seio académico, tendo em conta a posição de certos doutrinários a respeito. Assim sendo, alguns juristas sustentam que, para sua validade, o costume deve assentar no seu reconhecimento pela lei. Para outros, a validade resultaria da vontade, da consciência e do espírito da população. E, por fim, ainda outros pretendem que a validade do costume é uma emanação da sua confirmação legislativa ou judicial. Neste contexto, valem em Direito Internacional, para além das convenções, os princípios constantes e originados, ou seja, decorrentes do costume. Duas visões explicam o fundamento do costume. Trata-se das visões monista e dualista.

Visão Monista: a visão monista, representada por SAVIGNY, THOL, DANH, etc., pretende que existe um só fundamento do costume. Isto significa que há elaboração da consciência colectiva, do espírito do povo.

Visão Dualista: para os dualistas, existem dois fundamentos do costume cujo primeiro compreende a convicção jurídica e o segundo a sua manifestação nos actos constituídos pelos aspectos internos e externos que têm relevância idêntica na formação do direito consuetudinário. Os dois aspectos não podem ser analisados de forma isolada, sob pena de serem ineficazes.

Quanto à questão da força obrigatória e o valor do costume, é indispensável destacar a teoria da vontade tácita do legislador inerente aos Estados democráticos. E seu fundamento encontra-se na vontade popular. O costume vai buscar a sua obrigatoriedade no consentimento do legislador (*consensus imperantes*), em carácter geral, para uns (*consensus generalis*) ou tão só para os costumes derogatórios da lei, para outros⁸⁰.

⁸⁰SERPA, Lopes. **Lei de Introdução ao Código Civil**, 1 vol., p.61

Desta ideia resultam algumas críticas apresentadas por alguns autores, pois a teoria oferece uma artificialidade, na medida em que os costumes afloram informalmente ao lado do processo legislativo institucionalizado. Assim sendo, o costume assenta no processo legislativo, que lhe dá força obrigatória exigida no meio da comunidade social.

Pelo contrário, na sua teoria, LAMBERT considera que o costume não se forma tão só pelos usos, acrescido da vontade popular, da consciência ou convicção de sua necessidade, mas depende fundamentalmente da intervenção judiciária. O costume só se forma nela via judiciária (*usus fori*)⁸¹.

Fora da jurisprudência não há costume jurídico obrigatório. Os particulares não têm poder para impor sua obrigatoriedade. A *opinio juris et necessitas*, isto é, a sanção social, seria mera quimera. Os *usus* dos particulares não têm força obrigatória⁸².

Por nossa parte, pensamos que a teoria de SAVIGNY enquadra-se e encontra o seu fundamento na elaboração colectiva do costume, do espírito do povo, pois exige a participação consciente da comunidade local na formação do costume, não como uma simples representação quantitativa, mas como indivíduos que integram a consciência nacional de forma participante e autónoma.

Portanto, apesar de todas alegações apresentadas, ainda permanecem algumas críticas a ideias avançadas. Assim, uma nova abordagem de SUAREZ merece ser analisada, isto é, não há razão a justificar a necessidade de sentença para aperfeiçoar o costume. O próprio direito positivo não impõe tal condição. Ora, os costumes frequentemente são praticados independentemente do pronunciamento judicial que os reconheça e mande aplicar. Por outro lado, caso se estabeleça a exigência de uma ou mais sentenças para firmeza e validade do costume,

⁸¹ LAMBERT, Edouard, *La Fonction du Droit Civil Comparé*, Paris. 1902, p. 105

⁸² PLANIOL, *Traité Elementaire du Droit Civil*, 12ª Edição 1 Vol. n° II p. 28

segue-se que antes da primeira decisão o costume não se considera perfeito nem executivo. Assim, a decisão judicial seria dispensável pois não aperfeiçoaria e apenas declararia o costume⁸³.

Porém, a participação da comunidade na formação do direito costumeiro tem uma importância crucial, pelo facto de que o costume, como segunda fonte, é de forma mediata uma expressão de direito.

2.1.2.3. A Jurisprudência

Sendo um complexo de decisões judiciais do tribunal superior sobre o mesmo assunto, a jurisprudência engloba uma espécie de julgamentos semelhantes com a finalidade de facilitar e agilizar futuros casos a serem resolvidos pelos tribunais.

Embora ocupe uma posição secundária na estruturação das fontes do Direito, a decisão jurisprudencial desempenha um papel uniformizador das normas jurídicas na aplicação dos casos concretos.

O juiz está obrigado a tomar a sua decisão numa abordagem que generaliza de forma excepcional e pode remeter as situações do caso concreto e dar solução ao caso em conformidade com o critério de equidade. A máxima decisão ou o padrão normativo que orientou o juiz à encontrar a resposta ao caso que vincula juridicamente perante outro caso do mesmo índole⁸⁴.

Esta ideia reforçou o artigo 8 do Código Civil, no seu número 3, nos termos seguintes: “nas decisões que proferir, o julgador terá em consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de obter uma interpretação e aplicação uniforme do direito”⁸⁵.

Daí surge então a noção de igualdade perante a lei, por isso não deve ser aplicada de forma diferente caso a caso. Só assim que o direito servirá para resolver os casos concretos. A noção de igualdade refere-se ao tratamento igual a situações materialmente iguais, e isso

⁸³ SUAREZ, *Fontes del Derecho Civil Espanol*, págs. 253-257 apud LIMA Rocha Olavo de, *O Costume do Direito Privado*, p. 265

⁸⁴ ASCENSÃO, Oliveira de, *O Direito*, Introdução e Teoria Geral, 1ª Edição, Almedina. COIMBRA, p. 318

⁸⁵ Artigo 8 n° 3 do CC.,

relativamente ao critério de não discriminação baseado numa concepção igualitativa encontrada no cerne dos direitos fundamentais.

Este critério tem por objecto garantir que o Estado trate todas as pessoas sob seu comando como indivíduos essencialmente iguais. Por isso a sua aplicação abrange todas as dimensões dos direitos humanos e fundamentais, a saber: os direitos civis e políticos por um lado e por outro lado os direitos económicos, sociais e culturais.

Assim, a estabilidade da jurisprudência só será possível quando forem ultrapassados certos aspectos ligados à cultura, à sistematização do direito, através do estudo científico, bem como o estudo aprofundado da matéria pela actualização do conhecimento científico da categoria jurista. Para além disso, nota-se que a questão de estabilidade da jurisprudência encontra sua resposta nos assentos que têm por papel uniformizar a jurisprudência.

A jurisprudência é o modo de revelação das normas jurídicas que se realiza por meio do exercício da juridicidade em virtude de uma complexidade de decisões judiciais, reage neste sentido o doutrinário REALE⁸⁶.

A jurisprudência é diferente da lei, embora que seja afirmada por uma autoridade investida do poder público, por exemplo os tribunais, porque as referentes elaborações ou concepções de um dever ser jurídico estão sujeitas à aplicação do direito já existente, só que ganhando a sua importância no seu aprimoramento, rectificação e preenchimento⁸⁷.

A preocupação é de saber qual é a natureza jurídica dos assentos. BARBOSA de Magalhães⁸⁸ argumenta que se trata da lei interpretativa. Opinião olhada de forma diferente por ALBERTO dos Reis porque, segundo o autor, apesar de resultar de uma interpretação autêntica, os assentos não são verdadeira lei; isso deriva dos órgãos bem como do processo de formação pela qual os assentos nascem⁸⁹.

⁸⁶ REALE, *apud* NETTO, Ernesto, **A Influência da Jurisprudência no Direito Brasileiro**, São Paulo, s/p.

⁸⁷ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Manual de Direito Constitucional**, Vol. I, Edições Almedina, COIMBRA, 2005, p. 554-555

⁸⁸ MAGALHAES, Barbosa de, **Estudos sobre o Novo Código do Processo Civil**, 2 (1947), p.p. 147-148

⁸⁹ REIS Alberto dos, *apud*. CORDEIRO, **Op. Cit.**, p. 150

Outro doutrinário, CORDEIRO, Menezes, abordou o assunto, mas considera que o assento não tem a mesma natureza que a lei interpretativa. A relevância da jurisprudência como fonte do direito é manifestamente explícita na família do direito anglo-saxónico, que tem sua origem na Inglaterra, contrariamente ao sistema jurídico romano-germânico, em que a lei conserva a sua preponderância.

Portanto, pelo seu papel inovador no âmbito jurídico, a jurisprudência estabelece regras concretas diferentes das leis, ao interpretar e aplicar os diversos princípios normativos logicamente e sistematicamente. Isso manifesta-se sobretudo quando surgem os casos de lacunas ou de omissão da lei em que a jurisprudência é chamada a preencher para dar solução aos litígios.

GARCIA, Gustavo Barbosa entende que o valor da jurisprudência na formação de normas jurídicas é conhecido actualmente, no âmbito da interpretação e aplicação das normas jurídicas⁹⁰.

O Código Civil quando fala das fontes do Direito refere-se à lei e às normas corporativas. Fora do caso, todas as fontes mediatas, isto é, o costume e a jurisprudência; mas ao mesmo tempo, no seu artigo 2, o Código Civil trata de forma específica dos assentos e determina nos artigos 3 e 4 o valor jurídico dos usos e a utilização da equidade em situações indefinidas e condicionadas à sua aplicação jurídico-normativa.

No século II d.C. é reconhecido aos jurisprudentes o poder de constituir o Direito em texto atribuído a Papiniano, distinguem-se as fontes de direito civil e de direito pretoriano⁹¹.

2.1.1.4. A Doutrina

A doutrina resulta dos estudos ou das actividades científicas realizados pelos estudiosos de direito na análise, compreensão e sistematização das regras do direito, elaborando as teorias dos conceitos jurídicos, interpretando leis orientando a missão de aplicação das normas jurídicas de forma a apreciar a conveniência dos instrumentos jurídicos.

⁹⁰ GARCIA, Gustavo Barbosa. **Introdução ao Estudo do Direito: Teoria Geral do Direito**, 2ª Edição, São Paulo, 2003, pp 113-117.

⁹¹ CORDEIRO, Antonio Menezes, **Tratado de Direito Civil I**, 4ª Edição reformulada e actualizada, Almedina, COIMBRA, 2012, p. 506

Uma outra teoria argumenta que a doutrina é constituída pelos estudos e teorias desenvolvidos pelos juristas para alcançar a sistematização e a interpretação das normas jurídicas em vigor de modo a criar novos institutos jurídicos mediante os factores geográficos e históricos da comunidade.

Assim sendo, a doutrina decorre dos comentários ou da produção dos textos discutidos e comentados sobre as normas jurídicas que têm por objectivo facilitar o esclarecimento, o sentido do instituto jurídico na compreensão dos actos normativos através da sua interpretação, criando assim novos institutos jurídicos conforme os tempos e o espaço geográfico de um povo.

2.1.2.5. A Equidade

O artigo 4 do Código Civil dispõe sobre a equidade como fonte do Direito. Assim, a equidade tem sua origem no Direito Romano “*aequitas*”, que pretende dizer igualdade, simetria, rectidão, ou seja, imparcialidade. Neste contexto, a imparcialidade constitui o fundamento para o reconhecimento do direito de cada indivíduo numa situação bem específica de forma a alcançar a justiça, objecto ou finalidade de direito.

Surge então que a equidade é o modo justo da aplicação do direito a um caso particular existente, em que são encontrados os princípios de igualdade e de justiça. Daí, é indispensável sublinhar que a equidade, na fase da interpretação da lei, evita que os direitos reconhecidos à pessoa humana não sejam prejudicados, olhando pelo critério de justiça como fundamento da interpretação da regra de direito.

2.1.2.6. Os Princípios Gerais do Direito

Os princípios gerais do direito são muito mais do que fontes do direito ou do Direito Constitucional; são eles próprios partes integrantes dessas ordens normativas e, como tal, reconhecem uma relação imediata, mesmo que poderem gerar, por sua vez, novas normas jurídicas⁹².

⁹² GOUVEIA Jorge Bacelar, **Manual de Direito Constitucional**, Edições Almedina, Vol. I Almedina, Coimbra 2005, p 562

Os princípios gerais são considerados como padrões que orientam a ciência jurídica. Porém, constituem a base de qualquer ordenamento jurídico que forma a estrutura do sistema jurídico, não obstante seja positivado nos textos legislativos.

2.2. Direito Constitucional e suas Fontes

2.2.1. Direito Constitucional

2.2.1.1. Diferentes Aceções de Direito Constitucional

Antes de tudo, é indispensável compreender que o termo “Direito” é polissémico; e, neste contexto, o Direito refere-se a um poder, ou seja, uma faculdade de realizar uma acção ou uma omissão; ou pode ser entendido também como um complexo de normas, ou ainda um estudo desse sistema de normas.

O Direito, como um complexo de normas jurídicas impostas pela autoridade pública para regular a comunidade política, significa o Estado, na medida em que integra uma ordenação normativa da conduta social que agrupa, encarna todo um sistema normativo.

O Direito divide-se em Direito Privado e Direito Público; e sendo ramo deste último, o Direito Constitucional visa estudar a Constituição. No âmbito desta reflexão, é indispensável direccionar o nosso pensamento no contexto do Direito Público. Sendo assim, o Direito surge, então, como um conjunto de normas jurídicas estabelecidas por uma entidade competente, instituída pelos órgãos, para regular o comportamento das pessoas na sociedade.

Algumas lacunas surgem na distinção entre o Direito Privado e Direito Público. Neste contexto, o Direito Público é percebido como um conjunto de normas que regulam as relações entre os Estados ou entre o Estado e suas entidades infra-estaduais, ou seja, com os particulares, em que o Estado é despido do seu *jus imperium*. Embora haja dificuldades de distinguir o Direito Privado do Direito Público, o Direito Constitucional integra-se no mesmo ramo com o Direito Internacional, Direito Penal, e tantos outros direitos.

Nota-se que a distinção entre os dois ramos encontra-se nos critérios diferentes tendentes a explicar esta diferença. Trata-se da posição dos sujeitos que pretende que o Direito Público tem por objecto as relações de acima para abaixo do sistema jurídico, ao contrário o Direito Privado encontra a sua base nas relações essencialmente igualitárias. Esta ideia esclarece como é

exercido o poder de autoridade por meio de figuras e mecanismos típicos. Esta realidade justifica o exercício de um poder de autoridade nas relações regidas pelo Direito Constitucional.

Portanto, esta teoria apresenta defeitos que GOMES Canotilho os justifica de forma seguinte: (a) Presume um carácter plenamente justo ou equilibrado das relações de direito civil, a eficácia externa dos direitos fundamentais indica para a existência de interdependência das entidades particulares; (b) dedica a explicação dos elos constitucionais entre órgãos jurídico-públicos não reconduzíveis verdadeiramente ao vínculo vertical orgânico; (c) não se refere à existência de elos igualitários entre poderes públicos e os cidadãos⁹³.

No âmbito da aplicabilidade dos direitos, liberdades fundamentais, este critério manifesta alguns obstáculos, onde a posição horizontal deve ser observada pelas entidades públicas bem como as privadas, de modo a garantir um tratamento igualitário perante os cidadãos, titulares destes direitos fundamentais. Isto significa que há uma certa obrigatoriedade constitucional de tratamento igualitário reconhecido aos particulares nas suas relações com entidades públicas como privadas no âmbito de efectivação dos direitos fundamentais e no âmbito da salvaguarda ou protecção e respeito pelos direitos individuais.

O reforço desta ideia está inserido na disposição constitucional quando trata da vinculação das entidades públicas e privadas que explica a posição horizontal dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico interno⁹⁴.

Uma outra distinção merece ser assinalada, na medida em que assenta na teoria de interesses protegidos numa relação jurídica; porém o Direito Privado visa proteger os interesses individuais, enquanto o Direito Público tem a ver com a protecção dos interesses públicos. É neste contexto que o Direito Privado tem por objecto a resolução dos litígios entre particulares de modo a garantir o proveito individual enquanto o Direito Público olha pela satisfação do interesse colectivo, ou seja, da comunidade, no geral.

⁹³ GOMES, Joaquim Canotilho, **Direito Constitucional**, 6ª edição revista, Livraria Almedina. COIMBRA. 1993 p. 135

⁹⁴ Art. 56 n° 1 da CRM dispõe que: “os direitos e liberdades individuais são directamente aplicáveis, vinculam as entidades públicas e privadas, são garantidas pelo Estado e devem ser exercidos no quadro da Constituição e das leis”.

E, por fim, o Direito Público, pela sua especialidade, é um direito que consiste apenas em regular os direitos e deveres dos sujeitos de poderes do Estado. Assim sendo, no Direito Constitucional, para além da regulação desses direitos e deveres, existem normas que regulam as entidades privadas.

Considerando o direito um sistema de normas, importa distinguir as proposições das normas, pois de forma geral a norma assenta em algo que deve ser, contrariamente às proposições que determinam algo que é; isto é, algo que existe. Desta contradição há necessidade de analisar dois aspectos pertinentes neste caso; o primeiro aspecto cinge-se na descrição de uma realidade e o segundo é baseado na pretensão de influenciar a conduta ou comportamento de outrem para actuar ou agir. Assim, decorre, por um lado, a função descritiva ou indicativa das normas e, por outro, a função prescritiva ou normativa das normas jurídicas.

As proposições caracterizam-se pela susceptibilidade de ser consideradas como verdadeiras ou falsas, enquanto que a norma não aceita esta conotação; por isso, precisa de sublinhar que a norma assenta na sua validade. Daí surge que uma norma válida é aquela que está em vigor e que está de acordo com o que a preceitua.

A conformidade de uma norma inferior em relação à superior pode ser analisada no âmbito da hierarquia das normas. A ordem jurídica só é válida quando for conforme com a lei; isto significa que a ordem jurídica tem a sua base na lei; essa última é elaborada pela Assembleia da República que, por sua vez, constitui o órgão habilitado pela Constituição nesta matéria.

É neste contexto que a Constituição é considerada como a norma das normas ou *norma normarum*, como diz GOMES, Canotilho, em que no cimo dela não existe mais uma outra norma susceptível de fundamentar a validade da lei e de forma indirecta a ordem jurídica; fonte da norma fundamental. A validade de normas depende da sua conformidade com uma norma superior, que em si mesma é válida, na medida em que obedece a uma norma ainda superior.

Ainda, GOMES, Canotilho apresenta três perspectivas em que a superioridade hierárquico-normativa se manifesta: (i) as normas constitucionais são uma norma das normas (lei superior) que buscam o critério do seu valor em si próprio (auto-primazia da norma); (ii) as normas constitucionais são norma das normas pelo facto de ser consideradas como modos de criação de

outras normas (actos normativos, actos jurídicos regulamentares, ...); (iii) a supremacia dos actos normativos constitucionais requer que todos os actos jurídicos públicos sejam conformes com a Constituição⁹⁵.

Então pode surgir uma outra preocupação se quisermos analisar a segunda perspectiva da superioridade hierárquico-normativa, na medida em que como fonte de produção jurídica de outras normas resta discutir sobre a fonte de produção de normas referendárias bem como as normas de revisão da Constituição que emergem o sistema constitucional.

A nossa posição admite a Constituição ser fonte de produção jurídica, mas, portanto, no âmbito da ordem interna pois, por um lado, o Direito Constitucional deixa ainda espaço para acolher outras normas que não são da produção jurídica constitucional e, por outro, há situações em que o Direito Constitucional deve ser adequado às normas internacionais para harmonizar o sistema jurídico.

Nesta óptica, o que seria então “Direito Constitucional”? A resposta a esta pergunta merece algumas opiniões escritas que podemos consagrar nesta parte. Neste sentido, seria inoportuno garantir o poder de perceber melhor o Direito Constitucional sem lhe consagrar tantas teorias como significado do direito público, ou seja, direito político, que é corolário do direito constitucional e da doutrina de vários especialistas em ramo de direito público.

Sendo uma divisão do direito objectivo, o Direito Público é entendido como uma secção do ordenamento jurídico que visa regular o acesso e exercício do Poder do Estado de modo a alcançar o interesse colectivo, isto é, o bem-estar comum.

O Direito Público, através das suas normas, regula as actividades desenvolvidas pelos poderes do Estado bem como as relações existentes entre esses poderes e os mesmos com os cidadãos. Neste contexto, as normas do Direito Público apresentam uma perspectiva objectiva que regula as actividades em que o Estado é sujeito considerado como tutela dos interesses colectivos, onde olha pelo fim social face aos membros da comunidade como perante outras entidades infra-

⁹⁵ GOMES, Joaquim Canotilho, **Op. Cit.** p. 137

estaduais, com destaque para o princípio de supremacia do interesse público, ou seja, interesse comum.

A noção do Direito Constitucional parece, todavia, ser semelhante e pode ser considerado como um ramo do direito público interno de um ordenamento jurídico geral, ou seja, universal⁹⁶. O ordenamento jurídico geral, entendido como uma ordem jurídica em que pode se analisar o direito público, fundamento do Direito Constitucional.

O Direito Constitucional surge então como um direito da Constituição, pelo o facto que a Lei-Mãe está no centro de todo o ordenamento jurídico⁹⁷.

A expressão “Direito Constitucional”, refere-se a um complexo de normas jurídicas que têm por objecto o estudo da estrutura, do funcionamento e da organização de uma sociedade politicamente organizada; isto é, o Estado. Neste contexto, o Direito Constitucional, sendo ramo do Direito Público, estuda a lei fundamental de um dado Estado.

Esse direito retrata-se de um resumo dos princípios e normas que se sintetizam no documento único chamado de Constituição enquanto acto que está no cimo do Estado e do ordenamento jurídico; isso implicaria uma nova definição do direito do Estado na Constituição⁹⁸.

Surge então que o avanço do Direito Constitucional registou-se também em grande parte nas transformações que afectam esta noção em sua essência. Trata-se do desenvolvimento da justiça constitucional. Nesta perspectiva, foram criados tribunais constitucionais em vários países com o intuito de controlar a validade das leis nas mais diversas matérias e verificar se elas estão de acordo com os princípios contidos na Constituição⁹⁹.

⁹⁶ GOMES, Joaquim Canotilho, **Op. Cit.**, p. 133

⁹⁷ No entender de MARIE DE CAZALS, o direito da Constituição resume-se no direito do soberano. Isto significa Direito Constitucional e o direito do cidadão, considerado como direito ligado à sua protecção e à sua participação política: *le droit de la constitution, cela signifie aussi le droit du souverain, c'est-a-dire, des citoyens e s'il est le droit de citoyens, le droit constitutionnel e le droit destine a leurs protection et leur participation politique. Sauvegarde juridique et participation politique: deux faces nécessaires pour um nouveau droit constitutionnel. P. 2*

⁹⁸ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Manual de Direito Constitucional**, Vol. I. Edições Almedina. Almedina, COIMBRA, 2005, p. 31

⁹⁹ HAMON Francis, TROPER Michel, BURDEAU Georges, **Direito Constitucional**, 27ª Edição, Tradução de CARLOS Souza. Barueri, SÃO PAULO, Manole, 2005 p. 25

A criação do Tribunal Constitucional surge efectivamente para fiscalizar as leis bem como todos actos jurídico-públicos em conflito com a Constituição, ou seja, os actos normativos contrários aos preceitos constitucionais. Esse fenómeno denota claramente como a Constituição é o pilar angular do ordenamento jurídico do Estado cujas normas todas lhe obedecem para sua validade no sistema jurídico.

A verificação constitucional explicita a noção da supremacia como uma das características do Direito Constitucional, porém, tendo em consideração a produção dos efeitos jurídicos e a posição privilegiada na ordem jurídica; isto significa uma posição superior na hierarquia das normas na ordenação jurídica.

A despeito disso, GOUVEIA, Jorge Bacelar argumenta que a posição do Direito Constitucional no topo do ordenamento jurídico pode reproduzir-se numa visão substantiva, o que espontaneamente nos leva a reflectir a colateralidade das substancias que o atravessam¹⁰⁰.

Assim, a noção do Direito Constitucional funda-se numa discussão entre duas realidades que se resumem, por um lado, pelo monopólio de meios coercivos, ou seja, a força física que o poder público dispõe e, por outro, pela necessidade de auto-suficiência bem como a liberdade face ao poder público do Estado.

Entretanto, o Direito Constitucional preocupa-se da estrutura do Estado e das linhas orientadoras da organização dos sujeitos dos poderes públicos inferiores dos órgãos da soberania e da distribuição das atribuições entre eles e da defesa do campo das liberdades públicas dos cidadãos fixando ao mesmo tempo as trevas mestras do ordenamento jurídico da comunidade¹⁰¹.

Na mesma ordem de ideia, MACHADO, João Baptista alega que o direito constitucional pode ser considerado como uma porção de direito público que estabelece o elo de ligação jurídico internacional da comunidade política, simultaneamente no campo da actuação na formação e na recepção de normas internacionais no âmbito interno e na óptica dos requisitos

¹⁰⁰ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, p. 32

¹⁰¹ MACHADO, João Baptista, **Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador**, p. 66

orientando a acção da comunidade política nos problemas relevantes discutidos no seio da sociedade internacional¹⁰².

De tudo que precede, há necessidade de revelar as opiniões divergentes sobre a expressão de direito constitucional, considerando o pilar do sistema jurídico estadual.

GOUVEIA, Jorge Bacelar apresenta três elementos a partir dos quais é possível examinar o suporte essencial que lhe facilita a sua caracterização; trata-se de: elemento subjectivo, elemento material e elemento formal¹⁰³.

Elemento subjectivo resume-se nas pessoas agregadas no Estado sociedade, os sujeitos, titulares dos direitos podem ser exercidos em oposição ao Estado-poder.

Elemento material consiste no tecto de um complexo de vantagens inerentes aos objectos e aos conteúdos por cada direito fundamental.

Elemento formal representa a consagração dessas posições de vantagens no nível da Constituição, que ocupa o cimo supremo do ordenamento jurídico. Isto denota de forma evidente a posição do Direito Constitucional na hierarquia das normas numa ordem jurídica dada.

Na abordagem dos três elementos referidos, há necessidade de sublinhar que o terceiro elemento nos interessa, pois busca discutir sobre a posição hierárquica da Constituição face às normas do Direito Internacional, no âmbito da sua recepção e incorporação na ordem interna sem qualquer tradução em legislação nacional.

Surge então a noção da Constituição em sentido formal, e a mais frequente quando se fala em termos da Lei-Mãe. Compreende princípios e regras elaborados e revistos por um processo solene mais exigente do que usados para elaborar uma lei¹⁰⁴.

O poder constituinte cria a constituição de que decorre o poder de revisão constitucional e as quatro demais atribuições do Estado¹⁰⁵.

¹⁰² MACHADO, João Baptista, **Op. Cit.** p. 31

¹⁰³ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Manual do Direito Constitucional**, Introdução Parte Geral, Parte Especial, Vol. I Almedina, Lisboa 2005, p. 30

¹⁰⁴ SOUSA Rebelo de, GALVÃO Sofia, **Introdução ao Estudo de Direito**, 5ª Edição, Lisboa 2000, p. 40

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 29

2.2.2. Fontes do Direito Constitucional

2.2.2.1. A Constituição como Lei Fundamental

2.2.2.1.1. Conceito da Constituição

De acordo com FRANCISCO Lucas Pires, a Constituição é a fonte legislativa constituída por complexo de normas e princípios jurídicos que, ao nível superior do ordenamento jurídico vigente, institui a estrutura fundamental do Estado¹⁰⁶.

O Estado, entendido, por um lado, como poder que organiza os seus órgãos bem como os seus poderes e o estatuto dos sujeitos do mesmo e, por outro, como uma comunidade que se manifesta nas relações entre a entidade pública e os cidadãos daquele território, constitui o quadro ideal, ou seja, uma sociedade institucionalizada, através dos seus órgãos, para exercer a função legislativa que assenta sobre a constituição como vector do ordenamento jurídico.

Neste contexto, a Constituição é a norma mais alta do Estado: é dela que procedem, menos em princípio, agenciamento dos poderes públicos, mas também os fundamentos da política geral que devem seguir¹⁰⁷.

O Estado moderno é, pois, uma instituição social dotada de um poder racional, separado da pessoa dos governantes e consentido pelos governados. A existência do Estado pressupõe, portanto, a organização política de um povo que controla soberanamente um território com o principal objectivo de assegurar o bem-estar social da colectividade¹⁰⁸.

Nota-se que antes desta definição já havia vários conceitos relacionados à definição do termo constituição. Por isso a Constituição pode ser entendida no sentido formal ou material. Neste contexto, no âmbito jurídico o Estado moderno nos revela que a soberania se manifesta e

¹⁰⁶ FRANCISCO Lucas Pires *apud* GOUVEIA Bacelar, **Manual de Direito Constitucional**, VOLUME I, Almedina, COIMBRA, 2005, p. 579

¹⁰⁷ *Ibidem*

¹⁰⁸ FERNANDES António José, **Introdução à Ciência Política: Teorias, Métodos e Temáticas**, Porto Editora, Porto, 2008, p. 81

concretiza-se através da manifestação da força política do Estado, sendo este um sujeito unitário abstracto capaz de expressar sua vontade e realizar suas acções mediante os seus órgãos.

a. Definição Material da Constituição

Várias definições merecem ser analisadas quando se pretende compreender o conceito da Constituição no âmbito material a partir dos aspectos seguintes:

➤ O Direito Constitucional como direito do Estado

O aparecimento das constituições surge com o Estado moderno, a partir do século XVIII. Este período de movimento liberal marca o ponto de referência do constitucionalismo baseado na percepção da liberdade e do poder como duas realidades incompatíveis. Neste período houve a necessidade de limitar o poder do Estado através das regras de organização juridicamente estabelecidas para preservar a liberdade. Assim, foi positivado o conjunto de normas num documento único, chamado Constituição.

A expressão “Direito Constitucional” refere-se à palavra constituição, entendida como o marco indissociável e representativo da história da evolução do Estado constitucional ou o Estado de Direito, onde as instituições públicas bem como as autoridades públicas sujeitam-se ao direito constitucionalmente estabelecido.

Assim sendo, o Direito Constitucional Material pode ser considerado como um conjunto dos princípios e das normas constitucionais que abordam a matéria sobre os direitos fundamentais das pessoas em relação ao poder público, quer nos seus aspectos gerais, quer nos seus aspectos de especialidade¹⁰⁹.

Nesta perspectiva, referindo à ideia de MIRANDA, Jorge, percebemos que o Direito Constitucional é aquele que está relacionado com a Constituição, o direito previsto na constituição com uma matéria dada e com uma força obrigatória diferentes dos outros aspectos de normas do ordenamento¹¹⁰.

¹⁰⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional**, VOLUME I, Almedina, COIMBRA, 2005, p. 33

¹¹⁰ MIRANDA, Jorge. **Op. Cit.**, p. 17

O Estado constitucional, entendido como aquele que assenta sobre o direito legalmente estabelecido pela constituição e protegido por ela, orienta que os actos jurídico-públicos, ou seja, do poder público, busquem a sua justificação na Constituição.

Assim, a Constituição é o acto de poder do Estado revestido de supremacia extrema na ordem jurídica do Estado que regula a organização dos respectivos sistemas social, económico e político¹¹¹.

Portanto, no sentido material, a Constituição é, então, o conjunto das regras relacionadas à organização desse Estado, ou seja, relativas à designação dos indivíduos que exercem esse poder, as suas competências e as suas relações mútuas.

O Direito Constitucional revela uma resenha dos princípios e das normas que se reduzem no texto constitucional como acto que está no cimo do Estado e da ordem jurídica, que pode ser definida de forma simples como o direito do Estado na Constituição¹¹².

Sendo uma parte integrante da ordem jurídica que orienta o Estado como comunidade bem como poder, o Direito Constitucional é o conjunto de normas que destacam o ambiente jurídico relacionado com a sociedade política como um todo e aí situam as pessoas e os grupos de indivíduos uns em frente dos outros e em correspondência com o Estado-poder e que, simultaneamente, determinam a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os actos em que se traduz¹¹³.

Porém, à luz desta concepção e nas palavras de GOUVEIA, Bacelar o Direito Constitucional tem por objecto um conjunto de princípios e de normas que regulam a organização, o fundamento e os limites do poder público do Estado, assim como estabelecem os direitos das pessoas que pertencem à respectiva comunidade política¹¹⁴.

¹¹¹ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Op. Cit.**, p. 581

¹¹² _____, **Direito Constitucional de Moçambique**, Editor IDiLP (Instituto do Direito de Língua Portuguesa, CEDIS, LISBOA/MAPUTO, 2015, p. 29

¹¹³ MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional**, Tomo I, Preliminares a Experiência Constitucional, 3ª Edição Revista, COIMBRA, 1987, p. 16

¹¹⁴ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Manual de Direito Constitucional**, Vol. I, Almedina, COIMBRA 2005, p. 29

A comunidade política é percebida como uma sociedade política onde existe uma interação permanente e contínua entre a população ou o povo e o poder do Estado. Isto quer dizer a relação entre governantes e governados. Esta relação materializa-se na noção de obediência e de subordinação dos governados face aos governantes, detentores do poder público.

Neste contexto, o Direito Constitucional assenta na utilização de mecanismos de coação e força física de que o poder público, ou seja, o poder do Estado, se serve para organização da sociedade que, ao mesmo tempo, constitui um conjunto de pessoas em nome de que esse poder é exercido.

Olhando o direito constitucional como direito público fundamental, isto implicaria a organização e o funcionamento do Estado, a conexão dos elementos elementares do mesmo e o estabelecimento das bases da estrutura política.

Desta ideia, SANCHEZ, Agesta argumenta que as normas do Direito Constitucional estabelecem uma ordenação em que assenta no equilíbrio e na vida de uma comunidade, porque institui uma proporção entre seus elementos e na qual todos os demais estudos jurídicos encontram o seu ponto de apoio¹¹⁵.

Assim, o Direito Constitucional surge como uma parte pela qual se deslocam todos os restantes ramos do direito em que se encontra; chamados, na ideia de PELLEGRINO, Rossi, suas *têtes de chapitre*.

SILVA Afonso, por sua vez, considera o Direito Constitucional como um ramo do direito público que expõe, interpreta e sistematiza os princípios e normas fundamentais do Estado¹¹⁶.

De tudo que precede, é importante referir que a definição material da Constituição levanta outro problema, sobretudo quando percebe-se da existência do Estado a partir de três

¹¹⁵ SANCHEZ Agesta, in SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 25ª Edição, 2005, p 34

¹¹⁶ SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 25ª Edição, 2005, p 34

elementos, nomeadamente: um povo, um território e um poder político; portanto, esta posição foi criticada por vários doutrinários por falta de exactidão.

HANS Kelsen argumenta que ao definir o Estado pela reunião de três condições e afirmar que tão logo constatamos que essas três condições são realizadas, verificamos imediatamente que existe um Estado. Mas ele recusa que é impossível fazer essa constatação pois as três condições não correspondem a factos empíricos que poderíamos encontrar na natureza.

Para MAURICE Haurio, o objecto de Direito Constitucional resume-se na constituição política do Estado. Assim sendo, o Direito Constitucional tem por objecto a constituição, considerada como a norma fundamental da ordem jurídica.

Há necessidade de fazer o estudo do sistema das normas integradas à constituição do Estado. Isto implica que precisa de ter conhecimento sistematizado sobre a constituição pelas normas fundamentais da estrutura e organização do Estado, forma de governo e o modo pelo qual o poder é exercido, a instituição dos seus órgãos, restrições de sua actuação, direitos fundamentais e suas respectivas garantias.

Pelo contrário, o Direito Constitucional, desde o século XVIII, conheceu uma evolução considerável. Ele não é mais analisado apenas por objecto a organização do Estado e não tem mais apenas como finalidade a restrição do poder e a garantia da liberdade, mas abrange questões constantemente mais variadas e mais numerosas¹¹⁷.

O Direito Constitucional, como ramo do Direito Público, estuda as normas e princípios necessários e indispensáveis à organização e à estrutura do Estado-poder e Estado-comunidade, surgiu a partir da Assembleia Nacional da França, que tornou obrigatório o estudo da constituição aos estudantes da França. Portanto, a expressão em si nasceu na Itália, cidade de Milão, em 1797. No momento de elaboração dos primeiros textos que, no âmbito da recepção do

¹¹⁷ HAMON Francis, TROPER Michel, BURDEAU Georges, **Direito Constitucional**, 27ª Edição, (Tradução de Carlos Souza). Barueri, São Paulo, 2005, p. 15

constitucionalismo liberal, se dedicam ao conhecimento sistemático do Direito Constitucional, na abordagem de PELLEGRINO, Rossi¹¹⁸.

Apesar destas acepções, é notório dizer que ao falar do Direito Constitucional esta expressão concorre com a do Direito Político, no âmbito da Ciência Política, na medida em que este último reflecte a noção de regulamentação dos actos políticos, ou seja, dos actores políticos bem como da comunidade, enquanto que o Direito Constitucional está intimamente ligado aos aspectos puramente jurídico-normativos.

Essa evolução resume-se naturalmente pela hierarquia das normas. Isto significa que cada norma jurídica encontra o fundamento de sua validade em uma norma superior, com a qual deve estar em conformidade; sendo assim, a norma inferior não pode modificar a norma superior.

Neste contexto, GOUVEIA, Bacelar denota que a posição do Direito Constitucional a nível supremo do ordenamento jurídico pode ainda ser refletida numa perspectiva substancial, o que espontaneamente faz vislumbrar se a transversalidade das matérias que o atravessam¹¹⁹.

Resultam deste aspecto transversal algumas dificuldades no âmbito das tarefas de harmonização do Direito Constitucional com o direito estrangeiro, nomeadamente no uso de conceitos que encontram limitações quanto à interpretação.

Surge então que a lei não pode modificar a Constituição; daí as consequências praticas, no sentido em que se dá um grande valor a uma regra, quando pretende-se proteger a constituição de qualquer modificação pela lei, a ela lhe foi atribuído a forma constitucional, manifesta lá por um texto constitucional e assim que se torna em si mesma uma norma constitucional¹²⁰. Para sua alteração, a norma constitucional necessita de um processo especial geralmente mais difícil de ser realizado.

¹¹⁸ PELLEGRINO Rossi, escritor, nasceu na Itália, e refugiou-se na Suíça por causa da sua posição liberalista e nacionalista, mas viveu na França, onde escreveu a sua obra penal. Naturalizou-se francês e foi um dos pensadores a ter efectuado o primeiro grande resumo do Direito Constitucional, resultante da revolução francesa; in GOUVEIA Jorge Bacelar, Manual de Direito Constitucional, p. 33.

¹¹⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Manual de Direito Constitucional**, Vol. I, Almedina, COIMBRA, 2005, p. 42

¹²⁰ HAMON Francis, TROPER Michel, BURDEAU Georges, **Direito Constitucional**, 27ª Edição, (Tradução de Carlos Souza). Barueri, São Paulo, 2005, p. 15

Entendue en son sens formel, la constitution peut recevoir n'importe quel contenu¹²¹; envisagée d'un point de vue materiel, elle apparaît comme un ensemble de normes, considérées indépendamment de leur place dans la hiérarchie, ayant pour objet l'organisation des pouvoirs publics, leur fonctionnement, leurs rapports mutuels et, dans certains systèmes juridiques, la détermination et la garantie des droits fondamentaux¹²².

Sendo assim, a Constituição deve determinar os órgãos do Estado, definir os princípios para designação dos membros destes órgãos atribuindo-lhes competências. Neste contexto, como um sistema de órgãos, a Constituição pode ser resumida também numa competência que habilita os órgãos do Estado na prática dos actos jurídico-públicos. Por isso, é a organização geral do poder, decorrente da repetição das competências entre os diferentes órgãos do Estado.

A Constituição refere-se não só às regras relativas aos órgãos e processo legislativo, e as regras referentes aos órgãos executivos supremos e, outrossim, a determinação das relações de princípio entre o Estado e seus súbditos, pelo que se define simplesmente a identificação dos direitos fundamentais¹²³.

¹²¹ Le Doyen Vedel: em direito não existe a definição material da constituição, e constitucional, apesar do seu objeto, toda disposição emanada do poder constituinte. *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1949, 616 p. reprod. Dalloz, 2005, p. 113 in BRAMI Cyril, *La Hiérarchie des Normes en Droit Constitutionnel Français: Essai d'analyse Systemique*. Tese para Obtenção do Grau de Doutor em Direito Público pela a Universidade de Cergy Pontoise, 2008, p. 3

¹²² Percebido no sentido formal, a constituição pode receber qualquer conteúdo visado do ponto de vista material ela surge como um conjunto de normas, sem ter em conta a sua posição hierárquica, antes por objeto a organização dos poderes do Estado, seu funcionamento, suas relações mutuais e dentro de certos sistemas jurídicos, a determinação e a garantia dos direitos fundamentais. M. TROPPER, “*Constitution*”, *Dictionnaire Encyclopedique de Theorie et de Sociologie du Droit*, Paris, LGDJ in BRAMI Cyril, *La Hiérarchie des Normes en Droit Constitutionnel Français: Essai d'analyse Systemique*. Tese para Obtenção do Grau de Doutor em Direito Público pela Universidade de Cergy Pontoise, 2008, p. 3

¹²³ HANS Kelsen, A Garantia Jurisdicional da Constituição (Justiça Constitucional), DIREITO PUBLICO N°1 – Jul-Ago-Set/2003, p. 97

Portanto, é indispensável mencionar que a definição material da Constituição, defendida pelos iminentes autores de Direito Público, encontra-se menosprezada pela maioria dos doutrinários, pois esta acepção funda-se numa abordagem “politique” do objecto jurídico¹²⁴.

Porém, o aspecto jurídico da Constituição assenta sobre a rigidez e não apenas no aspecto político da lei fundamental. Esta rigidez pode ser de menor grau ou de maior grau, consoante os aspectos a atingir, no sentido em que a aprovação limita-se apenas a nível da Assembleia da República, apesar de alcançar a maioria de dois terços, ou trata-se da aprovação que depende do referendo nacional, em que os cidadãos são chamados a participar desde o momento que gozam de capacidade eleitoral, tal como previsto pelos instrumentos legais.

b. Definição Formal da Constituição

Como já foi dito acima, o Direito Constitucional refere-se a Constituição e toma em consideração a definição da constituição no sentido material ou no formal.

O Direito Constitucional no âmbito formal pode ser entendido como um conjunto de normas que têm um valor superior ao de outras normas que podem servir de fundamento de validade a outras normas e que não se fundam em nenhuma norma jurídica¹²⁵. Daí a razão de ser da constituição formal.

*La Constitution est un ensemble de normes placées au sommet de la hierarchie de l'ordre juridique*¹²⁶.

Resulta então que a constituição, neste sentido, se refere ao conjunto de regras da organização dos poderes e podem ser modificadas através de um processo do poder constituinte e por via de um processo especial de revisão da constituição. A relação entre a lei constitucional e

¹²⁴ BARTHELEMY J., Duez, *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, Dalloz, in BRAMI Cyril, *La Hierarchie des Normes en Droit Constitutionnel Français: Essai d'analyse Systemique*. Tese para Obtenção do Grau de Doutor em Direito Público pela Universidade de Cergy Pontoise, 2008, p. 3

¹²⁵ HAMON Francis, TROPER Michel, BURDEAU Georges, *Direito Constitucional*, 27ª Edição, (Tradução de Carlos Souza). Barueri, São Paulo, 2005, p. 16

¹²⁶ A constituição é um conjunto de normas colocadas no cimo da hierarquia da ordem jurídica. TROPER M. in BRAMI Cyril, *La Hierarchie des Normes en Droit Constitutionnel Français: Essai d'analyse Systemique*. Tese para Obtenção do Grau de Doutor em Direito Público pela Universidade de Cergy Pontoise, 2008, p. 4

lei ordinária encontra o seu fundamento na diferença hierárquica das duas normas. O Direito Constitucional ocupa no ordenamento jurídico um lugar privilegiado que explica uma das características que se concretiza na supremacia constitucional.

GOUVEIA, Bacelar explica que não é mais possível equacionar o direito positivo sem nele ao mesmo tempo ver uma estrutura hierarquicamente organizada, em que se depara com a existência de diferentes escalões normativos compostos por outros tantos conjuntos de normas e de princípios jurídico-positivos¹²⁷.

É por esse esqueleto que o Direito Constitucional ocupa uma posição privilegiada, situando-se acima da pirâmide, apresentado pelo célebre jurista HANS Kelsen, e por isso resultante dos diferentes efeitos jurídicos.

Resulta que o Direito Constitucional, neste contexto, se define na base da forma e não do objecto, pois é constituído por normas superiores ou acima do sistema jurídico, e sendo que a sua modificação ocorre do processo mais difícil.

SILVA Alfonso, por sua vez, deduz que a constituição formal é intrínseca a existência do Estado, restringindo, em forma de escrita, a um documento formalmente instituído pelo poder constituinte e exclusivamente modificável por processo e formalidades particulares nela própria estabelecidos¹²⁸.

A posição superior na hierarquia da ordem jurídica implica que o respectivo sentido de ordenação obriga que todas as fontes seja conforme a norma superior, que lhe deve assim obediência, tal facto pode ser resumido na ideia de conformidade constitucional¹²⁹.

Nota-se que a supremacia constitucional manifesta-se não apenas numa abordagem substantiva, olhando pela posição suprema na ordem jurídica, mas também na óptica adjectiva. Isso tem como consequência identificar mecanismos da fiscalização da constitucionalidade de modo a afastar todos actos ou comportamentos negativos do sistema jurídico, pois considerados

¹²⁷ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Manual de Direito Constitucional**, Vol. I, Almedina, COIMBRA, 2005, p. 40

¹²⁸ SILVA José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 25ª Edição, Malheiros Editores LTDA. São Paulo. 2005, p. 41

¹²⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Manual de Direito Constitucional**, Vol. I, Almedina, COIMBRA, 2005, p. 41

como inconstitucionais. A constituição, no sentido adjetivo, alcança a sua missão só quando existe um processo que se concretiza com o papel crucial do Conselho Constitucional como órgão competente em matéria de fiscalização da constitucionalidade.

Assim, a definição formal da constituição tem por base a ideia da primazia hierárquica no ordenamento jurídico e esta manifesta-se na garantia dos procedimentos totalmente especiais e rígidos para a revisão da Constituição. Fica claro que a opção da definição formal pela maioria da doutrina justifica-se pelo facto de que a abordagem material é portadora de três vícios: a subjectividade, circular e juridicamente indescritível.

Elle est subjective parceque la liste des objets constitutionnels par nature demeure ouverte et indéterminée. Circulaire parce qu'elle prend appui sur des notions qui ne peuvent être appréhendées qu'à partir de la constitution elle même¹³⁰. Juridiquement insaisissable, parce qu'elle renvoie à des éléments tels que: les pouvoirs publics, les institutions, les libertés du citoyen qui ne font pas l'objet d'une définition juridique précise. Or, comme le rappelle O. PFERSMANN, une nouvelle définition ne peut operer qu'avec des notions déjà explicitement introduites¹³¹.

Como um conjunto de normas que visa a organização, o funcionamento e a estrutura do Estado, a abordagem material é muito extensiva para identificar o objecto do Direito Constitucional excluindo outras normas da ordem jurídica.

GOUVEIA, Bacelar explica que a supremacia hierárquico normativa não se confunde com qualquer reputada imensa substancia das escolhas do Direito Constitucional, as

¹³⁰ O. PFERSMANN, in L. Favoreu et al, *Droit Constitutionnel*, Paris Dalloz, 2002, p. 68, n 99, in BRAMI Cyril, La Hierarchie des Normes en Droit Constitutionnel Français: Essai d'analyse Systemique. Tese para Obtenção do Grau de Doutor em Direito Público pela Universidade de Cergy Pontoise, 2008, p. 5

¹³¹ O. PFERSMANN, in L. Favoreu et al, *Droit Constitutionnel*, Paris Dalloz, 2002, p. 68, n 99, in BRAMI Cyril, La Hierarchie des Normes en Droit Constitutionnel Français: Essai d'analyse Systemique. Tese para Obtenção do Grau de Doutor em Direito Público pela Universidade de Cergy Pontoise, 2008, p. 5 (ele é subjectivo porque a lista dos objectos constitucionais por natureza fica aberta e indeterminada. Circular porque tem apoio sobre as noções que não podem ser percebidas a partir da constituição só. Juridicamente ilusório porque remete-se aos elementos tais como: poderes públicos, as instituições, as liberdades do cidadão que não fazem objecto da definição jurídica precisam. Porém, como diz O. PFERSMANN, uma nova definição não será operacionalizada com as noções já explicitamente introduzidas).

quais se perspectivam no contexto das condições do estudo dos valores à que indispensavelmente fica adstrita¹³².

2.2.2.1.2. Diferentes Abordagens da Constituição

A Constituição é um complexo de regras, independentemente do seu objecto, apresentadas sob modo constitucional. De forma geral essas regras estão contidas num documento especial, e por conseguinte têm um valor superior relativamente a todas as normas do direito positivo e para sua modificação é imprescindível que haja um processo especial, mais difícil de ser realizado do que aquele que permite modificar alguma outra norma. Daí surge a ideia da rigidez da constituição formal.

A distinção entre as normas constitucionais e as normas legais, subordinando a revisão a procedimento especial, obedece a alguns aspectos mais difíceis de acolhimento. Assim há possibilidade de estabelecer a diferença entre a forma constitucional e a forma legal ordinária. Isto significa que, de forma integrante, apenas o texto constitucional, no sentido estrito e próprio do termo que a constituição material deve conciliar com a constituição formal¹³³.

Embora o direito positivo contém a forma constitucional especial diferente de modo legal, esta forma pode ser utilizada para as restantes que não constam da Constituição no sentido estrito, em primeiro lugar para normas reguladoras, não da criação, mas do conteúdo das leis.

FERDINAND Lassalle compreende a constituição no sentido puramente sociológico, e por ele, a constituição é um agrupamento de factores reais do poder que regulam um Estado determinado; assim sendo, uma constituição real e efectiva¹³⁴.

CARL SCHMITT, dando-lhe o sentido político, salienta que a constituição é uma decisão política essencial, decisão verdadeira de conjunto sobre o modo de existência da unidade política, estabelecendo a diferenciação entre a constituição e as leis constitucionais. Sendo por um lado conjunto de normas que referem só a decisão política fundamental (estrutura e órgãos do

¹³² GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Manual de Direito Constitucional**, Vol. I, Almedina, COIMBRA, 2005, p. 41

¹³³ HANS Kelsen, A Garantia Jurisdicional da Constituição (Justiça Constitucional), DIREITO PUBLICO Nº1 – Jul-Ago-Set/2003, p. 95

¹³⁴ CHARLES A. Bear apud SILVA José Afonso da, Curso de Direito Constitucional, p. 38

Estado, direitos individuais, vida democrática etc.), as leis constitucionais são os demais dispositivos inscritos no texto do documento constitucional, que não contenham matéria de decisão política fundamental¹³⁵.

No pensamento de HANS Kelsen, ele aborda a constituição no sentido jurídico como sendo uma norma pura, puro dever ser, sem qualquer presunção da base sociológica, política ou filosófica. Desta abordagem resulta que o conceito da constituição, para o mesmo autor, tem dois sentidos: trata-se do lógico-jurídico e do jurídico positivo.

No sentido lógico-jurídico, a constituição tem a ver com a norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da constituição jurídico-positiva que corresponde a norma positiva suprema, conjunto de normas que regulam a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau¹³⁶.

Resulta que essas concepções são subjectivas, pois não acolhem o consentimento de todos os doutrinários; daí surge a necessidade da formulação do conceito unânime de constituição para alcançar a unidade de vários autores nesta matéria.

Por isso, SILVA, numa concepção estrutural de constituição, apresenta a constituição no âmbito normativo, não como norma pura, mas como norma em sua conexão com a realidade social, que lhe dá conteúdo factício e o sentido axiológico¹³⁷.

Para efeitos, refere-se não as partes que juntam ou se perfazem, mas, portanto, de partículas e membros que se entrelaçam num todo unitário. Isso determina que a constituição no sentido jurídico será alcançada só quando ela é apreciada separada totalmente da vida social, e sem ligação com o conjunto da comunidade; na medida em que certas acções da sociedade podem tornar-se numa conduta humana de um valor histórico e pela mesma via formam uma base da existência comunitária, formando os aspectos constitucionais do grupo social que o constituinte estabelece e revela como princípios normativos fundamentais.

¹³⁵ SILVA José Afonso da, Curso de Direito Constitucional, p. 38

¹³⁶ HANS Kelsen, Teoria Pura do Direito, v. I, p. 1,2,7 e ss.

¹³⁷ SILVA José Afonso da, Curso de Direito Constitucional, p. 39

a. Constituição como lei estadual

Uma das linhas orientadoras resultantes das diversas definições da constituição assenta sobre o seu âmbito legal e estadual. Este aspecto desempenha um papel crucial na proclamação do Estado liberal bem como na confirmação da evolução do Estado constitucional, ou seja, o Estado de Direito.

Neste contexto, a constituição determina o seu aspecto legal, colocando em primeiro lugar a lei como fonte do direito; a saber o Direito Constitucional.

A constituição difere de toda e qualquer lei, pois surge do poder como manifestação total do poder do Estado, que encarna o Estado por meio do seu poder supremo interno¹³⁸. Assim sendo, partindo desta ideia, há possibilidade de distinguir de forma evidente e clara as normas constitucionais das outras normas pretendidas ser da constituição enquanto não oferecem nenhum elemento conceptual neste contexto.

Olhando pelo conceito com a forma do Estado, a constituição decorre de um princípio onde se manifesta juridicamente a proporção das forças políticas do momento, uma norma que rege o processo de formação das leis, das normas gerais em execução das quais actuam os órgãos do Estado, os tribunais e autoridades administrativas¹³⁹. Resulta que essa regra constitui o fundamento indispensável das normas jurídicas regulando o comportamento recíproco dos membros da sociedade política e das normas que definem os órgãos destinados a aplicá-las e exigindo-as, bem como o modo de actuação desses órgãos. Isto quer dizer que a constituição surge como um suporte essencial da ordem jurídica do Estado.

MARTINS, Ana Maria e MIGUEL Roque¹⁴⁰ sustentam que sendo composta por Estados-membros, a União Europeia assenta numa constituição europeia não pretendendo fazer

¹³⁸ GOUVEIA Bacelar, **Manual de Direito Constitucional**, p. 588

¹³⁹ HANS Kelsen, A Garantia Jurisdicional da Constituição (Justiça Constitucional), DIREITO PÚBLICO N°1 – Jul-Ago-Set/2003, p. 95

¹⁴⁰ MARTINS, Ana Maria Guerra. ROQUE Miguel Prata, **O Tratado que estabelece uma Constituição para Europa**. Almedina. COIMBRA, 2004, p. 21

desaparecer os Estados, mas, pelo contrário, eles estão representados nos órgãos da União, e estes têm competências muito importantes dentro da União.

b. Constituição como acto jurídico-positivo

No ordenamento jurídico interno, a constituição ocupa uma posição superior em relação a todas normas existentes. Esta superioridade na posição hierárquica formal concretiza-se na ordem jurídica a partir do princípio da constitucionalidade, que tem por efeitos, por um lado, a desvalorização dos actos públicos inconstitucionais e, por outro, a responsabilidade dos autores pela prática dos actos inconstitucionais.

2.2.3. Fontes do Direito no Ordenamento Jurídico em Moçambique

Consideradas as fontes do direito como os modos de formação e de revelação das normas jurídicas, as fontes do direito em Moçambique não escapam a classificação da maior parte dos países da família do direito romano germânico. Assim, são fontes do direito em Moçambique: a lei, o costume, a jurisprudência e a doutrina.

As fontes do direito podem ser agrupadas em fontes formais imediatas que são aquelas consideradas como normas legais; e isso pode elucidar pelo artigo 100 da CRM que condiciona a criação ou alteração dos impostos por via de lei; isto implica que sem a previsão legal sobre os impostos, é impossível punir as infrações fiscais. E as fontes formais mediatas são aquelas que referem se ao costume, os princípios gerais do direito, a jurisprudência e a doutrina. Nota se que essas fontes não tem força vinculativa, mas, portanto, influenciam o processo de formação e de revelação da norma jurídica.

2.2.3.1. A Lei como fonte do direito em Moçambique

A palavra lei é polissêmica, mas no âmbito deste estudo, o conceito lei pode ser entendido no sentido formal, isso quer dizer a actividade legislativa, ou seja, actividade desempenhada por órgãos competentes; e neste caso, falando da actividade legislativo, trata se de Assembleia da República.

2.2.3.1.1. Processo de Elaboração da Lei

A iniciativa legislativa em Moçambique pertence nos termos do artigo 182 da constituição da República de Moçambique:

- a. Aos Deputados;
- b. As Bancadas parlamentares;
- c. As Comissões da Assembleia da República;
- d. Ao Presidente da República;
- e. Ao Governo.

Na verdade, esse processo inicia com a primeira fase que consiste em apresentar o texto sobre qual o órgão legislativo pretende se pronunciar. O texto pode ser denominado de projecto de lei ou proposta de lei dependendo do órgão que irá apresentar, tal como: deputados, grupo parlamentares, governo.

A segunda fase consiste em discussão e votação do texto na generalidade e na especialidade. Nota se que a votação na especialidade determina o conteúdo do preceito que irá permitir a Assembleia da República optar pelo texto original constante da alteração, que depois poderá proceder a votação final global.

A terceira fase consiste na promulgação do texto, sob forma de decreto, pelo Presidente da República. Esta etapa abre espaço para Presidente da República, no uso das suas competências, a possibilidade de exercer o direito de veto tal como previsto pelo artigo 163 da CRM. Assim sendo, a promulgação surge como uma fase crucial de todo processo legislativo, tendo em conta que o texto torna-se lei só depois da promulgação; pois na falta desta fase, estaremos perante a ideia de inexistência jurídica do acto.

A quarta fase refere-se à publicação do acto que intervém depois da promulgação em que o diploma é remetido ao Governo para referenda ministerial prosseguindo da sua publicação no Boletim da República. Nesta fase, é indispensável assinalar que a falta de publicação implicaria que o acto seja considerado ineficaz (ineficácia jurídica). Nota-se que esta fase é tributária do período de *vocatio legis* até à entrada em vigor da lei.

2.2.4. Problemas das Fontes do Direito na Ordem Constitucional de Moçambique

A questão das fontes do direito engloba não somente a origem das normas jurídicas, mas às vezes o fundamento e a legitimidade das normas. Dizer que a regra expressa na lei tem

fonte no direito natural, isso releva da sua origem; e dizer que o legislador inspirou-se no direito natural pretende-se afirmar que a regra positiva está em conformidade com o direito natural e lhe deve obediência.

Esta posição é inadmissível no âmbito da teoria positivista que pretende só existe o direito posto pelo Homem. Isto chama-se direito positivo. Portanto, no pensamento de HAMON e os outros o direito contido nessas fontes materiais não é direito, ele se tornará direito só após ter posto, ou seja, expresso por uma autoridade competente¹⁴¹. E acrescenta que a questão de fundamento do carácter obrigatório das regras de direito não é uma questão jurídica, mas uma questão moral.

Considerado como uma norma fundamental das restantes normas existentes no ordenamento jurídico, o Direito Constitucional assenta numa constituição que é esquelética da ordem jurídica de que decorrem todas as fontes jurídico-públicas. Assim, surge então que a constituição tem um papel preponderante na determinação da estrutura bem como da organização das fontes do direito que orientam e regulam a comunidade política, isto é o Estado-poder.

Como dizia GOUVEIA Bacelar, uma solução apropriada em matéria das fontes do direito depende, portanto, do exame da constituição a que pertence a função de definir esta tarefa, no qual se deve compreender a importância das fontes do direito, de forma geral, que não é evidentemente do Direito Civil¹⁴².

Sendo assim, se o Código Civil não está em altura de resolver todas as questões inerentes à determinação das fontes do direito relevantes nesta matéria, compete, em última instância à Constituição, como cerne hierárquico das normas jurídicas, ou seja, norma suprema do sistema jurídico, definir a importância destas fontes na ordem interna.

¹⁴¹ HAMON Francis, TROPER Michel, BURDEAU Georges, **Direito Constitucional**, 27ª Edição, (Tradução de Carlos Souza). Barueri, São Paulo, 2005, p. 15

¹⁴² GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Arrendamento Urbano, Constituição e Justiça-Perspectivas de Direito Constitucional e de Direito Processual*, Lisboa, 2004, pp. 29 e ss

Nesta circunstância, a Constituição da República de Moçambique, no âmbito das fontes do Direito, enumera uma série de actos normativos quando nos referimos ao artigo 142, relativo aos actos normativos, que dispõe que:

1. São actos legislativos as leis e os decretos-lei.
2. Os actos da Assembleia da República revestem a forma de leis, moções e resoluções, os decretos-lei são actos legislativos aprovados pelo Conselho de Ministros, mediante autorização da Assembleia da República.
3. Os actos regulamentares do Governo revestem a forma de decreto, quer quando determinados por lei regulamentar, quer no caso de regulamentos autónomos,
4. os actos do Governador do Banco de Moçambique, no exercício das suas competências, revestem a forma de aviso.

Apesar de que o artigo 142 da CRM não especifica a categoria das fontes do Direito, os actos jurídico-públicos, ou seja, actos normativos conforme a sua natureza; porém, é indispensável notar que este artigo concretiza-se pelo facto de ser complementado pelo artigo 143 da CRM¹⁴³, que se dedica à publicidade dos actos jurídico-públicos no Boletim da República, embora haja emissão de mais outros actos normativos, como é o caso dos assentos do Tribunal Supremo, dos acórdãos do Conselho Constitucional, entre outros.

Pode-se considerar que toda norma é posta em conformidade com uma norma superior e que ela própria autoriza a criação de uma norma inferior, o que nos leva a distinguir as fontes de acordo com o seu nível na hierarquia da ordem jurídica.

HAMON distingue as fontes de acordo com o nível na hierarquia na ordem jurídica, a saber: a Constituição, a lei, o acto do poder executivo. Surge então a relevância das fontes; e, por via disso, pode-se identificar um ramo de direito; sendo o Direito Constitucional um desses ramos, que constitui uma fracção do sistema jurídico, um subsistema.

Alguns problemas merecem ser analisados no âmbito do estudo das fontes do Direito Constitucional, em especial, e fontes do direito, no geral, como demonstra AMARAL¹⁴⁴

¹⁴³ Artigo 143 da CRM dispõe que: “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”.

¹⁴⁴ AMARAL, Diogo Freitas do, *apud* GOUVEIA Jorge Bacelar, **Manual de Direito Constitucional**, Edições Almedina, Vol. I Almedina, Coimbra 2005, p 556

na sua crítica a partir dos elementos seguintes: a falta de nitidez na concepção que define as fontes do direito; a omissão de outras fontes do direito importantes; a incapacidade de identificar as fontes normativas relevantes; a falsa hierarquização das referidas fontes do direito.

Por seu turno, CORDEIRO, Menezes entende que é inorgânico, insusceptível de ser reconduzida a classificações coerentes por uma das razões, a saber: “para além do Estado, as sociedades modernas dispõem de técnicas de criação jurídica que transcendem os modos constitucionais explícitos”¹⁴⁵.

Nesta perspectiva, surge o motivo de dotar a Constituição da missão de definir quais as fontes normativas relevantes e determinar a sua estruturação no ordenamento jurídico, de modo a assegurar ao sistema a hierarquização das fontes normativas, tendo em consideração a posição suprema da constituição do Estado de que decorre a força jurídico-vinculativa.

Todavia, o surgimento da lei apenas esclarece sobre os órgãos estaduais competentes, remetendo-os para a Constituição. Foi acrescentando genéricas e retirada a referência ao texto fundamental; o primeiro ponto para distinguir a lei de comandos concretos; o segundo, provavelmente, por descrição política¹⁴⁶.

Olhando pela Constituição, como pilar inspirador do ordenamento jurídico, percebemos que o surgimento das fontes do direito deve obediência à característica geral de uma norma jurídica e a sua conformidade com o texto fundamental. Isto significa que precisa de distinguir a imperatividade da norma e o processo legislativo de que resulta a norma propriamente dita.

GOUVEIA, Bacelar salienta que no âmbito da aceção das fontes normativas alusivas que se marca a mais grande inexatidão que se pode impor ou atribuir ao Código Civil nesta ordem inicial, já que assume a ideia de executar a esquematização das fontes do direito consideradas admissíveis no meio da totalidade do ordenamento jurídico, numa discussão que é válida tanto no momento em que entrou em vigor quanto nos tempos actuais¹⁴⁷.

¹⁴⁵ CORDEIRO, António Menezes, **Op. Cit.**, p. 515

¹⁴⁶ Ibidem

¹⁴⁷ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Manual de Direito Constitucional**, Vol. I, p. 556

Na mesma senda de ideias, ANDRADE, Manuel já tinha adiantado com a questão das fontes de direito como um simples esboço destinado a ser ulteriormente precisado, corrigido e completado. Esta declaração liminar visa de forma particular as disposições do Capítulo I, porque só a última da hora, sob a influência do código italiano, se resolveu a inserção destas no projecto. E é bem evidente que do mesmo carácter de vaguidade e de insegurança participa a própria exposição subsequente¹⁴⁸.

O nosso entendimento é que essa precisão, correcção e complementaridade das fontes do direito envolve uma certa orientação constitucional que consiste em especificar a categoria das fontes do direito conforme a sua própria natureza no seio do ordenamento jurídico moçambicano.

2.3. Constitucionalismo na Ordem Jurídico-Constitucional

O constitucionalismo tem de ser tido como uma corrente que visa limitar os poderes jurídico-públicos do Estado e relaciona-se muitas vezes com o surgimento dos direitos fundamentais. Daí a importância de reflectir sobre a evolução da constituição para perceber como originam os direitos humanos consagrados constitucionalmente.

O constitucionalismo surge como um movimento revolucionário de âmbito mundial e vai triunfar na Europa, especialmente no Estado francês, por via da Revolução Francesa de 1789. Nota-se que a Revolução Francesa desempenhou um papel importante na formulação dos princípios e direitos inerentes à pessoa humana; fonte inspiradora do instrumento universal.

MIRANDA Jorge sublinha que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é um instrumento universal destinado a toda humanidade¹⁴⁹. Portanto, a aprovação desta declaração responde às inspirações do povo, como ser humano, que quer um mundo justo, igual e pacífico orientado pelo respeito da dignidade humana. Neste contexto, a justiça, a igualdade e a

¹⁴⁸ ANDRADE, Manuel A. Domingues de, **Fontes de Direito - Vigência, Interpretação e Aplicação da Lei**, BMJ 102. 1961, p. 146

¹⁴⁹ MIRANDA, Jorge. **Op. Cit.**, p. 112.

paz, pilares de uma sociedade moderna, se efectivam na observação dos direitos humanos, no âmbito do Estado Constitucional de Direito.

É importante notar que antes desta revolução já havia a Revolução Inglesa que, portanto, não teve maior influência naquele tempo na Europa pelo facto de os efeitos jurídicos desta revolução terem ficado limitados ao povo inglês. E quanto aos países africanos, colonizados pela França, é indispensável notar a manifestação de indiferença ao novo movimento, apesar da impulsão do processo de descolonização.

A doutrina diverge quanto à limitação pela primeira vez do poder público por via da Constituição. A doutrina maioritária defende que o constitucionalismo vai surgindo com o aparecimento de *Magna Charta Libertatum* de João Sem Terra.

Na sua abordagem, CARL Schmitt recusa a *Magna Charta* como sendo a primeira Constituição para limitação do poder do Estado no geral, pelo facto de que não foi abrangente a todos cidadãos, mas, portanto, a uma classe determinada de pessoas. Para ele, o *Bill of Rights* seria a primeira constituição direccionada para todos os cidadãos¹⁵⁰.

Esta posição não foi admitida pela doutrina positivista, pois a Constituição americana de 1787 seria a primeira Constituição escrita no âmbito da limitação do poder público.

Depois da II Guerra Mundial aparecem novos institutos de importância capital, resultantes de constituições localizadas fora de algumas famílias constitucionais de matriz soviética, ou seja, marxista-leninista.

No entender de MIRANDA Jorge, são novas figuras:

Os direitos económicos, sociais e culturais da Constituição de México de 1917 e da Constituição de Weimar;

A ideia de constituição económica e a noção do Presidente da República (semi-presidencialismo) resultado da Constituição de Weimar

O Tribunal Constitucional da Constituição Austríaca de 1920;

O regionalismo político, Constituição Espanhola de 1931;

¹⁵⁰ CARL Schmitt, **Teoria de la Constitución**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1928, in João Trindade C. Filho, Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Artigo Científico, s/d. p. 2

O princípio de eficácia directa das normas de direitos fundamentais da Constituição Alemã de 1949 ou a Constituição de Bona¹⁵¹.

Sendo assim, resulta que a dedicação de um ou mais dos novos institutos na maioria das constituições dos Estados de Direito é de democracia representativa.

Olhando pela evolução da história constitucional, é importante referir-se ao constitucionalismo britânico, norte-americano e francês, fonte desse movimento revolucionário e ao mesmo tempo fruto dos direitos fundamentais. Surge então que o constitucionalismo pode ser considerado como uma ideologia que pretende organizar o poder para preservar a liberdade, nomeadamente através da separação dos poderes e da representação¹⁵².

No nosso entender, dois aspectos são importantes quando se fala do constitucionalismo, a saber: o princípio de separação dos poderes que se quer que cada poder, ou seja, cada órgão de soberania actue livremente diante das competências que lhe cabem no estado democrático de direito e o princípio da representação popular por via do qual o povo escolhe os seus representantes para resolver as grandes questões que têm a ver com a vida da comunidade política.

2.3.1. Tipos de Constitucionalismo

a. Constitucionalismo Moderno

Surgiram nesta fase do fenómeno constitucional várias revoluções, como já foi elucidado acima. O objectivo destes movimentos visava implementar um Estado de Direito com fundamento a supremacia da lei no exercício do poder do Estado. É desta maneira que a Constituição veio a ocupar uma posição privilegiada no ordenamento jurídico como uma *norma normarum* (norma das normas), ou seja, uma norma suprema. Assim sendo, destas várias revoluções precisa-se mencionar os aspectos seguintes que caracterizaram este período: a Revolução Gloriosa e *Bill of Rights* (1688 e 1689); Pacto de Mayflower (New Plymouth 1620); a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia e Independência das 13 Colónias (1776); a

¹⁵¹ MIRANDA Jorge, **Manual de Direito Constitucional, Preliminares, O Estado e os Sistemas Constitucionais**, Tomo I, 8ª Edição. COIMBRA 2009. p. 113.

¹⁵² FRANCIS Hamon, MICHEL Troper, GEORGES Burdeau, **Direito Constitucional**, 27 Edição, Editora Manole Ltd. Tradução/Carlos Souza, São Paulo, Brazil. 2005, p. 40.

Constituição Federal dos Estados Unidos da América (1787); a Constituição Francesa (1789) e constituições escritas (1791 e ss).

b. Constitucionalismo Contemporâneo

Como já foi abordado, no constitucionalismo moderno, que visava proteger os direitos fundamentais por via do princípio da supremacia da lei fundamental, no constitucionalismo contemporâneo, para além disso, o movimento passou a lutar ainda para alcançar as questões do âmbito colectivo, ou seja, comunitário, nomeadamente: a democracia efectiva, o desenvolvimento económico e ambiental, entre outros aspectos.

2.3.2. Constitucionalismo no Sistema Jurídico-Constitucional Moçambicano

Este ponto tem por objecto retrazar a evolução da ordem política e jurídica constitucional moçambicana desde a independência até à Constituição até então vigente no sistema jurídico do Estado moçambicano. Esta evolução permite abordar várias transformações ligadas às alterações e revisões que caracterizaram o sistema político e jurídico constitucional em Moçambique para a construção de um Estado de Direito.

2.3.2.1. A Constituição da República Popular de Moçambique de 1975 e os Tratados Internacionais

É importante referir que a evolução política e jurídica da ordem constitucional de Moçambique surge com a acessão do Estado moçambicano a independência, em 1975, até à Constituição vigente. É no contexto de ascensão do Estado à independência que foi adoptada a primeira Constituição, chamada Constituição da República Popular de Moçambique, aprovada aos 25 de Junho de 1975, continha apenas 73 artigos e cinco títulos.

A Constituição de 1975 marca uma fase crucial na evolução do sistema jurídico constitucional de Moçambique, pelo reconhecimento dos direitos e liberdades fundamentais do povo moçambicano, como estabelece o preâmbulo da CRM de 2004¹⁵³.

¹⁵³ Paragrafo 2 do Preâmbulo da CRM de 2004 estabelece que: com a conquista da independência nacional, a 25 de Junho de 1975, devolveram-se ao povo moçambicano os direitos e as liberdades fundamentais”.

Porém, a lei fundamental foi caracterizada por um regime político socialista e uma economia intervencionista, em que o Estado moçambicano pretendia garantir a repartição equitável dos recursos do país. Para além disso, houve a centralização dos poderes num único partido político. É nestes moldes que o poder constituinte era exercido pelo Comité Central da FRELIMO, antes da criação da Assembleia Popular em 1978.

CARVALHO, Hamilton, referindo ao artigo 4 da CRPM de 1975, sublinha que o regime político socialista pós-colonial, na sua primeira especificidade, tinha como um dos objectivos principais a eliminação das estruturas de opressão e exploração coloniais (...) e prosseguimento contínuo da luta contra o colonialismo e o imperialismo¹⁵⁴. Assim, com o regime socialista e uma economia consideravelmente intervencionista, o Estado entendia eliminar a aglomeração de riqueza económica para sua melhor distribuição entre os cidadãos.

A FRELIMO exerceu uma função de liderança nos futuros do jovem Estado, no contexto de uma única corrente de libertação nacional¹⁵⁵. É nesta circunstância que os artigos 1 e 2 da Lei Fundamental visavam definir os objectivos de resistência, da luta de libertação nacional bem como o modo de democracia e o tipo de sociedade esperado através do exercício do poder popular¹⁵⁶.

Com a Constituição da República Popular de Moçambique, várias alterações pontuais ocorreram, a saber: as alterações no dia 10 de Abril de 1976¹⁵⁷; alterações de 28 e 29 de

¹⁵⁴ CARVALHO, Hamilton S.S de, **ESTADO FORTE**, Hobbesianismo e Maquiavelismo na Actualidade Político-Constitucional Global (o Caso de Regime Jurídico-Constitucional Moçambicano), Chiado Editora, Editor Rita Costa, Lisboa, 2016 p. 120

¹⁵⁵ GOUVEIA Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, CEDIS, LISBOA/MAPUTO, 2015, p. 114.

¹⁵⁶ 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 soberano, independente e democrático (Art. 1 da CRPM)

¹⁵⁷ 8ª Reunião do Comité Central da FRELIMO, publicada no BR nº 42, I Série, de 10 de Abril de 1976, coincide com alteração do artigo 57 da CRPM.

Agosto de 1977,¹⁵⁸ alteração de 15 de Agosto de 1978¹⁵⁹, esta última que culminou com a organização das competências dos órgãos do Estado; alteração de 27 de Abril de 1984¹⁶⁰; e a alteração de 25 de Julho 1986¹⁶¹.

Destas alterações, o Prof. CARVALHO, Hamilton realçou a lei de 1978, que refletiu, em grande parte, sobre os órgãos do poder jurídico-público, ou seja, sua organização, competências, entre outros¹⁶². Na sua abordagem, RODRIGUES, Filomeno considera que a Constituição de 1975 caracterizou-se por uma forte concepção monista tendo como linha essencial a total dependência da sociedade civil ao Partido FRELIMO¹⁶³.

No âmbito do Direito Internacional, a Constituição da República Popular de Moçambique dispõe nos termos do seu artigo 23 que:

A República Popular de Moçambique estabelece relações de amizade e cooperação com todos os Estados na base dos princípios de respeito mútuo pela soberania e integridade territorial, igualdade, não interferência nos assuntos internos e reciprocidade de benefícios.

A República Popular de Moçambique aceita, observa e aplica os princípios da Carta das Organizações das Nações Unidas e da Organização da Unidade Africana.

Esta disposição ostenta que a Constituição da República Popular de Moçambique abordava de forma evidente a questão das relações internacionais no âmbito do direito internacional, mas de forma implícita trata dos princípios da Organização das Nações Unidas de

¹⁵⁸ 2ª Sessão do Comité Central da FRELIMO, publicada no BR nº 100, I Série, de 30 de Agosto de 1977, o número dos membros da Assembleia Popular é fixado pela 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 seus membros presentes (nova redacção do 38 da CRPM).

¹⁵⁹ Lei nº 11/78, de 15 de Agosto, publicada no BR nº 97, I Série, de 15 de Agosto de 1978, introdução do preâmbulo extenso que devia anteceder no texto constitucional e o reajustamento e aperfeiçoamento dos órgãos do Estado, nomeadamente a atribuição à Assembleia Popular da competência de alterar a Constituição.

¹⁶⁰ Lei nº 1/84, de 27 de Abril, publicada no BR nº 17, I Série, Suplemento de 27 de Abril de 1984, introdução da nova redacção das cores da bandeira nacional.

¹⁶¹ Lei nº 4/86, de 25 de Julho, publicada no BR nº 30, I Série, de 25 de Julho de 1986, introdução dos cargos de alguns órgãos do Estado, a saber: o Presidente da Assembleia Popular e de Primeiro-Ministro e alteração da organização do território.

¹⁶² CARVALHO, Hamilton S.S. de, **Op. Cit.** p. 121-122

¹⁶³ RODRIGUES Filomeno, **a Justiça Constitucional Moçambicana**: um breve olhar sobre a jurisprudência do Conselho Constitucional. Alcance Editores. MAPUTO. 2017, p. 60.

que os tratados bem como os acordos internacionais entre Estados devem se conformar, ou seja, são esses princípios que orientam as relações dos Estados no âmbito das relações internacionais.

Nos anos 80, por causa do poder centralizado e da crise económica que vai abalar o país, a revisão da Constituição, através a Lei n° 4/86, de 25 de Junho, recorreu à política externa e às relações internacionais como forma de dar solução à crise económica resultante da guerra civil.

O fracasso do modelo socialista acabou levando o Governo a encontrar novas estratégias económicas de relacionamento e de desenvolvimento de modo a salvar a economia do país bem como o seu povo.

É nesta circunstância que o Estado moçambicano vai aderir aos acordos de Bretton Woods (BWs) para obter ajuda financeira de emergência a fim de reduzir as consequências da guerra civil e garantir a sobrevivência do povo.

Assim, com o Decreto n° 6/84, de 19 de Setembro, o Governo autoriza a subscrição dos acordos relativos ao Fundo Monetário Internacional, ao Banco Mundial para a reconstrução e desenvolvimento e da Associação Internacional de Desenvolvimento.

2.3.2.2. A Constituição de 1990 e o Direito Internacional

A Constituição de 1990 surge no contexto das grandes transformações no âmbito político como económico trazidas pelas guerras civis que caracterizaram o Estado e, entretanto, marca a evolução histórica da política do país pelo estabelecimento de um regime democrático que chegou a edificação do Estado de Direito e de Justiça Social em Moçambique.

Para CARVALHO, Hamilton SS de, as mudanças da Constituição de 1990 iniciavam a ser uma realidade social, principalmente na área económica a partir de 1984 e a sua concretização formal só foi possível com a sua aprovação em 1990¹⁶⁴.

A despeito, as transformações realizadas pela revisão constitucional de 1990 são profundas e em alguns aspectos radicais¹⁶⁵. O Estado moçambicano deixa de lado o adjetivo

¹⁶⁴ CARVALHO, Hamilton SS de. **Op. Cit.** p. 122

¹⁶⁵ Para uma perspectiva sobre a influência do Marxismo-Leninismo na Constituição de 1975, confere CISTAC Gilles, *Evolução Constitucional da Pátria Amada*, CIEDIMA, Maputo, 2009, p. 34

“Popular” e passa a ser apenas uma República de Moçambique e ao nível supremo o Estado é representado pelo Presidente da República, o que evidencia um novo regime baseado sobre alguns aspectos do presidencialismo.

O novo texto constitucional estabelece as estruturas essenciais da democracia, do princípio da separação de poderes, do princípio da liberdade política e da consagração efectiva dos direitos fundamentais¹⁶⁶.

A Constituição de 1990 inaugura uma nova era no arsenal jurídico moçambicano, no sentido em instalar uma democracia pluralista afastando todas as ideologias marxistas-leninistas e o sistema político virado para o monopartidarismo no âmbito da consagração dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos¹⁶⁷. Alguns aspectos marcantes merecem ser apontados:

- a. A inserção no âmbito político do multipartidarismo tornou a FRELIMO um partido político histórico, pelo papel desempenhado na conquista pela independência do país¹⁶⁸.
- b. A introdução das principais regras da democracia representativa e da democracia participativa e o reconhecimento dos partidos políticos.
- c. No âmbito económico, o Estado passa a ser mais regulador e controlador, prevendo os mecanismos da economia de mercado e pluralismo de sectores de propriedade.
- d. Reforço dos direitos e garantias individuais e acrescentado o seu âmbito e os meios de responsabilização.

¹⁶⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Estudos de Direito Público de Língua Portuguesa**, Almedina Coimbra, 2004, p. 104

¹⁶⁷ Esta nova era constitucional moçambicana consiste em instaurar um Estado de Direito Democrático, tal como determina o artigo 3 da Constituição da República de Moçambique de 1990: 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.

¹⁶⁸ SS 1 do Preâmbulo da CRM de 1990 afirma que: “a Luta Armada de Libertação Nacional, respondendo aos anseios seculares do nosso povo, aglutinou todas as camadas patrióticas da sociedade moçambicana num mesmo ideal de liberdade, unidade, justiça e progresso, cujo escopo era libertar a terra e os homens.

- e. O interesse pela garantia da constitucionalidade e da legalidade e com efeitos da criação do Conselho Constitucional, entre outros aspectos.

É indispensável assinalar que duas alterações ocorreram em 1992 com a Lei nº 11/92, de 8 de Outubro, publicada no Boletim da República nº 41, I Série (confere alteração do artigo 204 nº 3) e a Lei 12/92¹⁶⁹ de 9 de Outubro, publicada no Boletim da República, nº 41, I Série, 2 Suplemento; e uma outra alteração realizada em 1996, e essa última merece uma atenção particular, pois veio realçar os princípios e as disposições sobre o poder local alastrando *ipso facto* a questão de descentralização do poder pela criação dos órgãos locais do Estado com as competências e poderes públicos próprios.

No âmbito da política exterior e direito internacional, uma nova política foi elaborada no contexto das relações entre Moçambique e a comunidade internacional, em que o Estado vai se colocar na visão dos países não-alinhados; esta posição é evidenciada pelo artigo 17, número 1 da Constituição¹⁷⁰.

Na filosofia do Prof. CARVALHO, Hamilton¹⁷¹ há três alterações pontuais em que duas ocorreram em 1992 e uma em 1996, onde a última parte da urgência de inserir preceitos e disposições atinentes ao poder local na Constituição, averiguando-se dessa forma a descentralização do poder por via da criação de órgãos locais com competências e poderes de decisão próprios, entre outros; caso da superação do princípio da unidade do poder.

¹⁶⁹ Alteração dos artigos 30, 107, 118, 134 e 202. Artigo 30, na sua nova versão, dispõe que: o povo moçambicano exerce o poder político através do sufrágio universal, directo, igual, secreto e periódico para escolha dos seus representantes, por referendo sobre as grandes questões nacionais...; art. 107 determinava que: o sufrágio universal, directo, igual, secreto e periódico constitui a regra de designação dos titulares dos órgãos electivos da soberania e do poder local e o número 2 fala que o apuramento dos resultados das eleições deve obediência ao sistema de representação proporcional, e 3. Sobre a supervisão do recenseamento eleitoral e 4 a legalidade do processo eleitoral. Os artigos 118 e 134 referem-se à eleição por sufrágio do Presidente da República e da Assembleia da República, respectivamente; e o 202 preconizava que o Tribunal Supremo exerce as competências do Conselho Constitucional até à entrada em função desse último.

¹⁷⁰ A República de Moçambique estabelece relações de amizade e cooperação com outros Estados na base dos princípios de respeito mútuo pela soberania e integridade territorial, igualdade, não interferência nos assuntos internos e reciprocidade de benefícios.

¹⁷¹ CARVALHO, Hamilton S.S de., **Op. Cit.** p. 123

Quanto às normas do Direito Internacional, é útil salientar que a disposição da CRPM, no seu artigo 23, foi retomada na versão da CRM de 1990 no seu artigo 17 número 2 sem que haja qualquer alteração.

Portanto, CARVALHO, Hamilton sustenta na sua argumentação que a descentralização político-administrativa em Moçambique surge no contexto da evolução económica e política internacionais¹⁷².

Todavia, é importante realçar que esta disposição é reforçada pelo artigo 18 da CRM de 1990, que vem determinar a posição de normas do direito internacional no direito constitucional, embora haja divergência nesta matéria.

2.3.2.3. A Constituição de 2004 e a Recepção dos Tratados no Direito Interno

A Constituição de 2004 surge com a Resolução 22/2000 (publicada no Boletim da República nº 49, I Série, de 6 de Dezembro de 2000) e tem por objectivo a criação de uma comissão *ad hoc* para a revisão da Constituição de 1990.

Desta resolução, há necessidade de saber se houve ruptura com a Constituição de 1990. Portanto, a nova constituição não renunciou aos princípios fundamentais estabelecidos por aquela de 1990 mas, pelo contrário, ela veio dar reforço a aspectos contidos nela, tais como alguns direitos e liberdades, para além daqueles já previstos, assim como o Estado de Direito Democrático.

CARVALHO, Hamilton argumenta que não se verifica rompimento com o regime da CRM de 1990 mas, portanto, disposições que visam fortificar e consolidar o regime de Estado de Direito Democrático estabelecido no texto constitucional de 1990, por via da criação de novas figuras bem como pela especificação e aperfeiçoamento de disposições existentes¹⁷³.

A Constituição de Moçambique de 2004 não trouxe algo novo em relação à Constituição de 1990 senão os aspectos formais visando estabelecer a ordem de sequência aos problemas consagrados em cada disposição. A pluralidade de princípios constitucionais da nova

¹⁷² Idem, p. 124

¹⁷³ CARVALHO, Hamilton S.S de., **Op. Cit.** p. 126

Constituição em relação àquela de 1990 releva mais da competência do melhoramento regulativo de certos institutos e de aumento de mais direitos e liberdades do que propriamente de uma vontade de quebrar com o regime constitucional pré-existente¹⁷⁴.

No âmbito material, CARVALHO, Hamilton apresenta certos aspectos reforçando as directrizes do Estado moçambicano:

i. Para além dos pontos citados, o marco constitucional sobre o reconhecimento do pluralismo jurídico, a instigação na utilização das línguas locais¹⁷⁵.

ii. Quanto à nacionalidade, é importante sublinhar que com a nova Constituição o homem estrangeiro, por via de casamento, pode adquirir nacionalidade moçambicana, contrariamente ao antigo texto constitucional¹⁷⁶.

iii. Reforço dos direitos e deveres fundamentais dos cidadãos e sua maior abrangência no âmbito do seu exercício¹⁷⁷;

iv. A relevância da autoridade tradicional passa a ter uma consagração constitucional. Porém, precisa ainda mencionar a terceira idade, o ambiente e a qualidade de vida que são reconhecidos na CRM de 2004.

v. O tema relativo ao sistema financeiro e fiscal em Moçambique;

vi. Criação de um novo órgão de representação chamado Conselho de Estado (artigo 164 da CRM), as assembleias provinciais (artigo 142 da CRM), Provedor de Justiça (256 da CRM) bem como o Conselho Superior da Magistratura Judicial Administrativo.

A Constituição de 2004 nasceu a partir de várias discussões a nível do território nacional com intenção de ter enorme acordo político e auscultação das organizações da sociedade civil, porém este texto constitucional conhece alterações.

¹⁷⁴ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, CEDIS, LISBOA/MAPUTO. 2015, p. 120

¹⁷⁵ Artigo 4 da CRM, relativo ao pluralismo jurídico

¹⁷⁶ Artigo 26 n° 1 da CRM de 2004

¹⁷⁷ Por exemplo: nos artigos 37, 45, 47, 71, 81, 92 esses direitos antes foram considerados como sendo sem tratamento constitucional e actualmente consagrados na CRM de 2004

GOUVEIA Bacelar salienta que o texto constitucional moçambicano aprovado em 2004 surge a partir de um processo da constituição democrática, de âmbito parlamentar e presidencial, já numa abordagem de parlamento multipartidário¹⁷⁸.

Fica claro que a Constituição de 2004 é uma emanção da participação política de todas camadas da sociedade moçambicana, reforçando o processo da democracia assim como os princípios de separação dos poderes, objecto de um Estado de Direito.

No âmbito internacional, a Constituição de 2004 prevê seis artigos, nomeadamente o artigo 17, sobre as relações internacionais, artigo 18 da CRM, sobre o direito internacional, e o artigo 19, que se refere à solidariedade internacional, artigo 20, inerente ao apoio à liberdade dos povos e asilo, artigo 21, relativo aos laços especiais de amizade e cooperação, e o artigo 22 sobre a política de paz.

A Constituição de 2004 é o resultado do processo democrático que deu início com a assinatura dos Acordos Gerais de Paz em Roma entre o Governo e a Renamo com a implementação do sistema político multipartidário e o reforço dos direitos, liberdades e garantias fundamentais do cidadão. É do mesmo processo que originou a criação dos órgãos do poder local e ao mesmo tempo o surgimento do Conselho Constitucional como órgão de soberania do Estado.

A unidade nacional surge como uma necessidade na consolidação do Estado de Direito Democrático e de Justiça Social a fim de alcançar os objectivos do desenvolvimento do país. Sendo assim, o aperfeiçoamento do Estado de Direito Democrático assenta nas fontes do direito internacional relativas à protecção da dignidade humana, fonte primária e de inspiração dos Direitos Humanos.

O preâmbulo da Constituição de 2004 reforça esse pensamento, quando determina 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”¹⁷⁹.

¹⁷⁸ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, CEDIS, LISBOA/MAPUTO. 2015, p. 119

¹⁷⁹ Parágrafo 4 do Preâmbulo da CRM 2004 com suas alterações introduzidas em 2018.

O Estado de Direito Democrático assenta no respeito e garantias pelos direitos e liberdades fundamentais que encontram sua origem nos textos internacionais de direitos humanos e na Carta Internacional dos Direitos do Homem e do Cidadão bem como a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.

2.4. Revisão Constitucional

Com a expressão “reforma constitucional” visa evidenciar a noção de transformação profunda no quadro constitucional que existe (a noção que se aproxima, por isso, do termo *Verfassungswandel*)¹⁸⁰.

Sendo assim, a revisão constitucional refere-se a uma das formas da reforma constitucional que assenta num processo jurídico-constitucionalmente organizado, ou seja, bem estruturado no contexto moderno da sociedade política.

PIRES Francisco Lucas analisa dois aspectos que dizem respeito a reforma constitucional, sendo que uma delas refere-se a um procedimento jurídico-constitucionalmente organizado e outra ligado a uma fenomenologia complexa, que é a solução de uma evolução histórica somente de forma indirecta conformado pelas normas constitucionais¹⁸¹.

De modo geral, olhando pelas alterações ou mudanças chamadas de vicissitudes constitucionais, uma atenção particular deve ser dada à expressão de revisão da constituição, sendo que a revisão constitucional se manifesta através da elaboração de uma lei de revisão da Constituição decorrente de um processo específico, embora difícil alcançar.

Importa definir previamente um conjunto de requisitos a que o poder de revisão constitucional deve se referir, sem esquecer as dificuldades da expressão de desenvolvimento constitucional considerado como uma fenomenologia complexa, como já havia dito acima.

¹⁸⁰ ALEXANDRINO. José Melo, **Elementos de Direito Público Lusófono**, 1ª Edição Lisboa. Coimbra Editora, COIMBRA. 2011, p. 52

¹⁸¹ PIRES, Francisco Lucas, **Teoria da Constituição**. 1976, A Transição Dualista, Coimbra, 1988, pp. 125 e ss., in ALEXANDRINO. José Melo, **Elementos de Direito Público Lusófono**, 1ª Edição Lisboa. Coimbra Editora, COIMBRA. 2011, p. 51

Na sua abordagem, GOUVEIA, Bacelar considera que a revisão constitucional, por meio do coincidente poder de revisão, formula-se na ideia de revisão do sistema constitucional inicialmente previsto, mas somente com uma parte subsidiária no sentido de delimitar o contexto, ora de acordo com opções fundamentais caracterizando o projecto jurídico em análise, ora conforme o preciso processo legislativo que se encontra para a respectiva produção¹⁸².

Ainda o autor salienta que a revisão da Constituição está dissociada das vicissitudes constitucionais que produzem refração do aparecimento de uma nova Constituição, no sentido em que rompe um poder constituinte originário. Estamos a nos referir a situações tais como a rebelião, ou a revolução, ou seja, movimento insurrecional de que pode resultar uma Constituição de transição.

Porém, MIRANDA Jorge tem uma ideia divergente, segundo a qual a revisão constitucional consiste numa vicissitude constitucional que pode ser definida como a revisão constitucional expressa, parcial, de envergura geral e abstracto e, naturalmente, a que se formula mais directamente num princípio de cadeia institucional¹⁸³.

Resulta desta expressão que, no que diz respeito à natureza jurídica do poder de revisão constitucional, há necessidade de mencionar algumas hipóteses jurídicas deste poder:

- (i) Não há semelhança ou conformidade de índole jurídico entre o poder constituinte e o de revisão da Constituição;
- (ii) O poder de revisão constitucional sendo poder constituído do ponto de vista de heteronomia, ou de forma dependente, sujeito aos limites de revisão;
- (iii) Susceptível de possuir distinta abrangência e mesmo diferente qualidade, matéria político-constitucional e densidade normativa, as restrições substanciais estabelecem ou formam desaprovações constantes e absolutas cuja inobservância explique o afastamento da lei de revisão constitucional do ordenamento jurídico;

¹⁸² GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, CEDIS, LISBOA/MAPUTO. 2015, p. 656

¹⁸³ MIRANDA Jorge e MEDEIRAS Rui, **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo III - Organização do Poder Político, Garantia e Revisão da Constituição, Disposições Transitórias, Coimbra, 2007, p.p. 929-950

- (iv) As normas de limites materiais constituem normas de valor hierarquicamente superior às restantes normas constitucionais;
- (v) Ainda que os requisitos de subjectividade e diferenciação devem ter fé no conteúdo útil e na importância de direito de todas restrições substanciais expressas;
- (vi) Os limites materiais não garantem de modo indispensável a protecção de toda constituição material, tendo em conta que o direito comparado se limita à defesa dos traços principais de natureza potencial da Constituição;
- (vii) Por alguns motivos, os limites materiais visam proteger os núcleos essenciais, fundamentais, mas não o texto constitucional de um determinado domínio regulativo no sentido extensivo;
- (viii) Das várias funções que desempenham os limites materiais, desde a função da clarificação da positividade de limites, a função de individualização dos conteúdos jurídicos violados é uma função de prevenção política até a tarefa de apontar o primado da norma dessas mesmas disposições relativas aos limites;
- (ix) Para além dos limites materiais, existem mais outros eficazes para garantir os conteúdos que identificam a Constituição;
- (x) É suficiente a ordem geral que determina que no sistema constitucional livre e democrático, considerado a inerente consequência de compressão do princípio do poder soberano, os limites materiais fundam-se numa interpretação e aplicação restritivas¹⁸⁴.

A revisão constitucional nos leva a estabelecer uma distinção elementar entre dois poderes, a saber: o poder constituinte e o poder constituído, que decorre da própria lei da revisão da constituição. Assim sendo, o poder constituinte pode surgir a partir da revisão constitucional e obriga uma alteração total da constituição. Nesse caso, é importante identificar a posição da lei da revisão constitucional criadora do poder constituinte dito originário.

¹⁸⁴ MIRANDA Jorge e MEDEIRAS Rui, **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo III - Organização do Poder Político, Garantia e Revisão da Constituição, Disposições Transitórias, Coimbra, 2007, p.p. 929-950

A revisão da Constituição em Moçambique pretende que a Constituição se harmonize junto com o progresso registado pelo Estado moçambicano, tendo em conta as transformações no âmbito político, económico, social bem como no âmbito das tecnologias de informação. Daí resulta que a relevância de revisão constitucional, desde o momento que se trata no fundo da sua natureza, os princípios característicos do constitucionalismo sejam cada vez mais acessíveis à ideologia da democracia e à conformidade com o texto constitucional.

Como sublinham alguns doutrinários, o resultado é uma solução de compromisso em que se admite, até certo ponto, o ajustamento do sistema constitucional às transformações que acontecem na vida jurídica constitucional, e faz com que a Constituição seja melhor aperfeiçoada a essa mesma realidade, sem nunca, porém, se perverter a sua singularidade fundamental e que é constitutiva da sua ideia de Direito¹⁸⁵.

Portanto, a revisão constitucional se concretiza com a elaboração de uma lei de revisão da constituição cujo conteúdo funda-se sobre os preceitos que determinam uma relação com a previsão constitucional existente no contexto de várias consequências.

Neste contexto, GILLES CISTAC alega que o processo de revisão constitucional implica necessariamente um debate público transparente e acesso à informação do público em geral¹⁸⁶. Porém, a falta da participação popular no processo de revisão implicaria uma atenção particular para os sujeitos envolvidos nesse processo.

RUI Baltazar, por sua vez, argumenta que não há constituições perfeitas, apesar de existencia de algumas mais avançadas que outras e algumas poucas que se transformaram em verdadeiros marcos e referências no âmbito universal; assim como é corrente afirmar que as constituições devem adequar-se às situações evolutivas de cada Estado e estar sincronizadas com o desenvolvimento das sociedades a que respeitam¹⁸⁷.

¹⁸⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, CEDIS, Lisboa/ Maputo 2015, p. 657

¹⁸⁶ CISTAC, Gilles, História da Evolução Constitucional da Pátria Amada, em Evolução Constitucional da Pátria Amada, Maputo, Ed. Instituto de Apoio à Governação e Desenvolvimento, 2009, p. 91 e ss.

¹⁸⁷ RUI Baltazar, Revisão Constitucional, Democracia e Estabilidade Política, in Revista do Direito de Língua Portuguesa, nº 8, Julho/Dezembro de 2016, p. 149

É evidente dizer que qualquer Constituição do Estado obedece a uma certa evolução bem como às necessidades que o Estado enfrenta, de modo a adequar-se à realidade social do povo. Isso explica o modo como o texto constitucional poderá ser considerado como um projecto que precisa reajustamento cada vez mais que surge um novo fenómeno, qualquer que seja a sua natureza.

Assim sendo, a revisão constitucional produz um conjunto de efeitos que podem ser reagrupados em quatro, nomeadamente: os efeitos revogatório, inovatório, modificatório e suspensivo.

Contudo, há necessidade de salientar que o efeito revogatório resume-se numa norma ou princípio constitucional que cessa de produzir os efeitos desejados, ou seja, a sua vigência; o efeito inovador consiste no acréscimo de uma nova norma constitucional; o efeito modificatório revela que a norma constitucional existente ostenta uma nova produção normativa e, por fim, o efeito suspensivo pretende que a norma constitucional existente deixa de produzir efeitos por algum tempo.

O desenvolvimento constitucional refere-se ao conjunto de formas de evolução da Constituição (...) e visa exprimir aquilo que se poderá chamar de garantia de identidade reflexiva da própria Constituição¹⁸⁸.

Resulta então que é um fenómeno que tem a ver com as transformações na interpretação constitucional, a projecção das revisões constitucionais ou a emergência de normas, de costume constitucional e podendo registar-se em período mais ou menos breve¹⁸⁹.

Nesta ordem de ideias, importa realçar que a revisão constitucional visa normalmente alcançar as ambições jurídico-sociais, nomeadamente: a actualização do sistema jurídico, ou seja, da ordem constitucional, que precisa de uma certa adaptação a novas transformações sociais, tendo em conta as preocupações bem como as transformações socioeconómicas que exigem um olhar sobre o processo da revisão; a interpretação da ordem

¹⁸⁸ GOMES Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1073

¹⁸⁹ MIRANDA, Jorge, **Op. Cit.** Tomo II, p. 172

constitucional em que a hermenêutica desempenha um papel preponderante na busca de solução na apreensão das dúvidas que forem detectadas ou sejam encontradas; e, por fim, tornar completa, ao nosso ver, a ordem constitucional através de integração de lacunas nas respectivas normas.

2.4.1. Procedimento de Revisão da Constituição

Independentemente do órgão competente para emanar, a norma resulta basicamente de um procedimento ou processo, ora, decorre de uma sucessão de actos de vária natureza que consubstanciam para um fim. Portanto, o processo legislativo é um procedimento comum destinado à elaboração de normas, ou seja, é a sucessão de uma série de actos (ou fases) necessários para conduzir um acto legislativo, sendo com isto o processo pelo qual o poder legislador expressa ou manifesta a sua vontade.

Para GOUVEIA Bacelar, a apreciação do regime aplicado à revisão constitucional, sob a óptica das regras que orientam o correspondente procedimento legislativo, permite equacionar a existência de regras especiais e excepcionais mais ou menos divergentes daquelas que conduzem o procedimento legislativo ordinário¹⁹⁰.

Para a elaboração das leis o processo legislativo pode distinguir-se em cinco fases constitucionalmente previstas, a saber: a) a fase de iniciativa; b) a fase de votação; c) a fase de aprovação; d) a fase de promulgação; e, por fim, e) a fase de publicação e entrada em vigor.

a. Iniciativa

Os artigos 299 até 304 da Constituição da República de Moçambique tratam da matéria relativa à Revisão da Constituição. Esta disposição deve ser acompanhada com as normas referentes ao processo legislativo e as normas que regem este processo, especialmente as normas de natureza regimental, isto é, o Regimento da Assembleia da República¹⁹¹.

Nos termos do artigo 299 da CRM, a iniciativa das propostas de alteração da constituição pertence ao Presidente da República ou de um terço, pelo menos, dos deputados da

¹⁹⁰ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, CEDIS IDilp, MAPUTO/LISBOA, 2015. p. 658

¹⁹¹ Cfr. Os arts 145 e ss. do Regimento da Assembleia da República, especialmente nos termos da Secção II do Capítulo X do RAR.

Assembleia da República¹⁹². Para além disso, o RAR determina nos termos do artigo 145 n° 3 do RAR, conjugado com artigo 299 n° 2 da CRM, o prazo de noventa dias antes do início do debate para depositar as propostas de alteração da Constituição na Assembleia da República¹⁹³.

Para sua alteração, a Constituição da República de Moçambique exige uma maioria de dois terços de deputados, conforme o seu artigo 303¹⁹⁴195. Decorre deste artigo que esta maioria refere-se aos deputados da Assembleia da República em plena efectividade de exercício de funções.

Na sua abordagem, FILOMENO, Rodrigues salienta que o legislador constituinte poderá eliminar a regra de um terço como forma de aceitar os menores partidos políticos, sem representatividade no seio da Assembleia da República, ter a possibilidade de submeter propostas de alteração da Constituição.

Esta argumentação pode ser acolhida para garantir o fundamento do Estado de Direito Democrático, que tem como foco a justiça social baseada na liberdade e igualdade de oportunidades de todos cidadãos, sem distinção de opinião política nem discriminação racial.

Portanto, tratando-se da pertinência da discussão sobre a questão de natureza constitucional, a rigidez da Constituição afasta alterações do texto constitucional em qualquer

¹⁹² Em Direito Português trata-se de uma supremacia decisória da Assembleia da República que não reflecte a realidade no Direito Moçambicano. Para OTERO, Paulo, o princípio democrático-representativo é uma inerente manifestação do processo subjacente à formação originária da própria Constituição; neste contexto, se devem interpretar as regras constitucionais de forma seguinte: (i) 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; (ii) Pretende garantir uma tal exclusividade decisória da Assembleia da República, a Constituição impõe ao Presidente da República a promulgação da lei de revisão constitucional, impedindo que sobre a mesma recaia veto político e, com efeito, cria para o Governo a obrigatoriedade de referendar o respectivo acto presidencial de promulgação. É óbvio que embora o povo seja soberano primário, ele não exerce directamente o poder constituinte, mas, portanto, a Assembleia da República, que o representa, o monopólio da decisão constitucional, afastando ainda mais outros órgãos de soberania representativos de uma intervenção activa sobre o processo de revisão da Constituição.

¹⁹³ Nos termos do artigo 145 n° 3 do RAR, conjugado com artigo 299 n° 2 da CRM: as propostas de alteração devem ser depositadas na Assembleia da República até noventa dias antes do início do debate

¹⁹⁴ Nos termos do artigo 303 n° 1 da CRM: “As alterações da Constituição são aprovadas por maioria de dois terços dos deputados da Assembleia da República.

¹⁹⁵ Nos termos do artigo 303 n° 1 da CRM: “As alterações da Constituição são aprovadas por maioria de dois terços dos deputados da Assembleia da República.

momento e atribui esta competência aos órgãos tais como previstos na lei fundamental¹⁹⁶. Daí a necessidade de determinar certos critérios susceptíveis de garantir a defesa da Constituição, nomeadamente os dois terço de deputados, ou seja, o Presidente da República, considerados como órgãos competentes nesta matéria.

Nota-se que a revisão da Constituição é antecedida da criação de uma comissão especializada chamada Comissão *ad hoc*, de cuja GOUVEIA, Bacelar justifica a sua existência por duas razões; nomeadamente: (i) reduzir o número de membros para permitir um trabalho mais eficaz que não pode ser possível num número elevado de intervenientes; (ii) permite uma maior concentração de deputados especializados na área jurídico-constitucional de modo a produzir um estudo de qualidade, tendo em conta que se trata de questões de natureza técnica.

Portanto, a especialização dos membros que compõem a Comissão *ad hoc* justifica a existência daquela, pois o conteúdo bem como a especificidade da matéria exigem que haja maior compreensão do assunto a tratar para no fim produzir um acto jurídico normativo, futuro pilar do sistema jurídico do Estado.

Precisa de sublinhar mais outros aspectos ligados à questão de iniciativa da revisão da constituição, pois a Constituição da República de Moçambique limita-se só ao Presidente da República e pelo menos dois terços de deputados. Isto explica a revisão orgânica e referendária em alguns aspectos definidos pela Constituição. Portanto, há exclusão da via referendária em outros aspectos, tal como prevê a Constituição, pois o referendunum é um mecanismo importante em que o povo, considerado como o soberano primário, devia se pronunciar por esta via sobre as questões relativas à gestão do país e sobretudo sobre as questões de interesse nacional. Daí procura saber se os limites postos ao referendunum sobre alguns aspectos de revisão constitucional não são de interesse nacional.

Este procedimento se assemelha com o contexto moçambicano, conforme podemos ver o preceituado no n° 1 do artigo 184 da CRM. Segundo MIRANDA, Jorge “o projecto ou proposta de lei, além de ser apresentados por escrito, são redigidos sob forma articulada, têm uma

¹⁹⁶ Em conformidade com o art. 299 n° 1 da CRM, as propostas de alteração da Constituição são da iniciativa do Presidente da República ou de um terço, pelo menos, dos deputados da Assembleia da República.

designação que traduz sinteticamente o seu objecto principal e são precedidos de uma breve justificação ou exposição de motivos”.¹⁹⁷

Assim sendo, na sua intervenção, MIRANDA, Jorge salienta que o facto de existir uma certa iniciativa não significa que a mesma altera a ordem jurídica. Isto implica que sem iniciativa não pode exercer a competência, mas precisamente a competência legislativa torna-se o poder de deliberar sobre o texto em que aquela se traduz¹⁹⁸.

Contudo, com a falta de iniciativa não se desenrola o procedimento para a revisão da Constituição. É neste contexto que o prazo de noventa dias foi definido para início de qualquer discussão ou debate das propostas no seio da Assembleia da República, sem a qual a revisão, ou seja as alterações da Constituição, não pode ocorrer.

A solução dada pela Constituição visa juntar todas as iniciativas num único documento, numa norma de solidificação que tem por objecto garantir uma avaliação ou cautela simultânea e de forma generalizada das alterações constitucionais e a defesa da unidade e da ordem constitucional¹⁹⁹.

Assim sendo, o artigo 303 n.º 3²⁰⁰ está ciente sobre qualquer veto político, ou seja, o veto jurídico, pois possibilita o Presidente da República a promulgar a lei de revisão constitucional; esta formulação não constitui um dever nem uma obrigação mas, portanto, um poder, ou seja, uma faculdade que o Presidente da República encarna.

Nota-se que a publicação das alterações à Constituição tem a especialidade de ser acompanhada da publicação cifrada das disposições constitucionais revistas, isso reflecte a necessidade de certeza e dignidade no conhecimento da nova versão da Constituição²⁰¹.

¹⁹⁷ MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional, Actividade Constitucional do Estado**, Tomo V, 3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 260.

¹⁹⁸ _____, **Manual de Direito Constitucional, Actividade Constitucional do Estado**, Tomo V, 3ª Edição, , p. 246.

¹⁹⁹ MIRANDA, Jorge, MADEIROS, Rui, **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 902

²⁰⁰ Nos termos do artigo 303 da CRM: “O Presidente da República não pode recusar a promulgação da lei de revisão.

²⁰¹ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, Lisboa/Maputo, 2015, p. 665

b. Votação

Todo o projecto ou proposta de lei é submetido a debate e votação. Nos termos do n.º 2 do artigo 184 da CRM, a votação é feita na generalidade, na especialidade e uma votação final global.

MIRANDA Jorge considera que na generalidade a votação assenta sobre cada projecto ou proposta de lei, que a Assembleia da República pode deliberar que ela incida sobre a divisão cuja autonomia o justifique; na especialidade a votação tem a ver com cada artigo, número ou alínea seguintes os aspectos da proposta de eliminação, proposta de substituição, proposta de emenda, texto discutido com as alterações eventualmente já aprovadas e propostas de aditamento; e final global, a votação não é admitida a discussão, no sentido em que cada grupo parlamentar poderá apresentar uma declaração de voto oral por tempo determinado e não superior a três minutos²⁰².

Alguns pressupostos são exigidos para passar a votação de um projecto ou uma proposta de lei tal como previsto pelo texto legislativo. Assim sendo, a maioria absoluta é necessária para que haja a votação; porém, existe também a maioria simples que é exigida nos outros casos que poderão surgir e discutidos na Assembleia da República.

c. Aprovação

Considerada como a terceira fase do processo legislativo, a questão de aprovação carece de observância do *quórum*, em que depois de observado o mesmo a aprovação de projectos ou propostas de lei faz-se na sua generalidade, especialidade e em votação final global, segundo explana o n.º 3 do art. 184 da CRM.

Para que um projecto ou proposta de lei seja aprovado é indispensável que se verifique o critério de maioria que há pouco mencionamos, e para o caso de Moçambique o critério usado é a maioria de dois terços dos deputados da Assembleia da República²⁰³.

²⁰² MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional, Actividade Constitucional do Estado**, Tomo V, 3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 275.

²⁰³ Art. 303 n.º 1 dispõe que: “as alterações da Constituição são aprovadas por maioria de dois terços dos deputados da Assembleia da República.

Este acto de aprovação dos projectos ou propostas de lei compete aos deputados em exercício; isto é, a maioria necessária impõe-se aos deputados em efectivo exercício das funções para que haja aprovação das alterações da Constituição.

Portanto, MIRANDA, Jorge alega que “havendo maioria parlamentar solidária com o Governo é na concertação entre um e outro que assenta, sobretudo, a aprovação dos diplomas, que exijam apenas maioria relativa ou maioria absoluta”.²⁰⁴

Por seu turno, SILVA argumenta que “a proposta ou projecto aprovado não tem ainda vida jurídica, ainda não vinculam os destinatários, ainda não são normas jurídicas, para tal carece de outras formalidades, e, tradicionalmente chama-se *decreto da Assembleia da República* o texto aprovado pela Assembleia mas ainda não promulgado.”²⁰⁵

Assim sendo, a aprovação da lei na Assembleia da República manifesta a ideia da representação do poder popular, em que o povo participa de forma indirecta na gestão da política interna do país e isto através do voto representativo.

d. Promulgação

O acto da promulgação surge como um momento em que o Presidente da República intervém no processo legislativo para o tornar existente, porém esta competência encontra-se prevista no artigo 163 da CRM.

A promulgação vem assim a ser acto mediante o qual se comunica aos destinatários da lei a sua feitura e respectivo conteúdo. Através da promulgação, um projecto ou proposta de lei transforma-se em lei.

Segundo SILVA, Marques o acto da promulgação constitui um momento pelo qual o Presidente da República atesta solenemente a existência da lei e ordena que seja observada.²⁰⁶

²⁰⁴ MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional, Actividade Constitucional do Estado**, Tomo V, 3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 280.

²⁰⁵ SILVA, Germano Marques da, **Introdução ao Estudo do Direito**, 3ª Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, p. 113

²⁰⁶ SILVA, Germano Marques da, **Introdução ao Estudo do Direito**, 3ª Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, p. 113.

Para GREGÓRIO Jorge: “a promulgação é uma etapa essencial de todo o processo legislativo, pois só após esta o texto toma a designação de lei e a falta da promulgação implica a inexistência jurídica do acto”.²⁰⁷

Por sua vez, JORGE, Miranda entende que três momentos caracterizam a promulgação. Trata se:

(i) conhecimento preciso que o Presidente da República tem sobre o acto que pretende se tornar lei, (ii) qualificação ou integração de cada acto material na categoria constitucional coincidente – o que pode explicar que a falta de promulgação (bem como a falta de assinatura, quando seja esta a exigida) determine a inexistência jurídica; (iii) declaração solene disso mesmo.²⁰⁸

Portanto, de uma forma mais resumida, entende-se que a promulgação possui uma função primária, que é a qualificação de um acto, qualificação esta que visa notabilizar a passagem de um decreto da Assembleia da República para Lei ou Decreto-Lei, sendo, porém, uma competência do Presidente da República.

e. Publicação

Com a publicação completa-se o processo legislativo que tinha iniciado. Portanto, entende-se que nesta fase estão reunidos todos requisitos necessários para que a lei entre em vigor. Em termos jurídicos considera-se que a lei já existe, mesmo antes da publicação, mas para que tenha um valor prático a lei é dependente da publicação para que entre em vigor.

Nos termos do artigo 144 da CRM, veremos que a publicação de leis, moções, resoluções, decretos, decretos-leis, assentos do Tribunal Supremo, acórdãos do Conselho Constitucional e avisos do Governador do Banco de Moçambique deve ser feita no Boletim da República, sob pena de ineficácia.

Ora, a publicação pode verificar-se em duas vertentes, sendo a primeira condição de existência e na segunda como condição de eficácia.

²⁰⁷ GREGÓRIO, Jorge, **Introdução ao Estudo do Direito**, QJ Sociedade Editora, Lisboa, 2009, p. 47

²⁰⁸ MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional**, Actividade Constitucional do Estado, Tomo V, 3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 282

CORDEIRO Menezes salienta que “na primeira condição o diploma não publicado carecia de todo e qualquer efeito, e na segunda ainda poderíamos admitir uma relevância perante destinatários de boa-fé, que confiassem na sua operacionalidade.”²⁰⁹

Assim sendo, em *lato sensu* publicar consiste em dar a conhecer a todos os cidadãos sobre a existência da nova lei; visto que os mesmos não devem ser obrigados a cumprir a lei se não lhes foi dada oportunidade de poder ler.

Mas, mesmo depois da publicação, a lei não passa a produzir todos os seus efeitos de forma imediata. Há sempre um período de tempo chamado de *vocatio legis*. E é neste contexto que SILVA, Marques considera que “a publicação é o meio de levar a lei ao conhecimento dos seus destinatários.”²¹⁰

Conforme explica CORDEIRO, Menezes o *vacatio legis* impõe-se por três razões, sendo: (i) para permitir todos os destinatários o conhecimento da lei; esta por bem publicitada que seja não chega instantaneamente aos destinatários; (ii) para facultar o seu estudo, quando se trate de diplomas complicados; e (iii) para dar azo às operações materiais necessárias.”²¹¹.

O espaço de tempo entre a publicação e a entrada em vigor merece uma atenção especial, de modo a permitir à comunidade, em geral, e ao cidadão, em particular, denunciar e mandar corrigir não só os erros, ou seja, as lacunas da lei proposta bem como ter consciência jurídica dos efeitos jurídicos posteriores que esta lei poderá produzir no meio social.

2.4.2. Limites da Revisão Constitucional no Direito Moçambicano

No âmbito do processo da revisão da Constituição, é relevante salientar que existem regras que regem o processo da revisão constitucional que podem ser repartidas em cinco categorias, entendidas como os limites da revisão constitucional.

A Constituição da República de Moçambique enumera alguns limites na matéria da revisão. Trata-se dos limites temporais, limites circunstanciais, limites materiais e, de forma

²⁰⁹ CORDEIRO, António Menezes, **Tratado de Direito Civil I**, 4ª Edição, Edições Almedina, Coimbra, 2012, p. 803.

²¹⁰ SILVA, Germano Marques da, **Introdução ao Estudo do Direito**, 3ª Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, p. 114.

²¹¹ CORDEIRO, António Menezes, **Tratado de Direito Civil I**, 4ª Edição, Edições Almedina, Coimbra, 2012, p. 805.

implícita, os limites orgânicos e limites procedimentais. Olhando pela pertinência do tema, pretendemos nos focalizar sobre os limites materiais, tendo em conta a sua complexidade.

2.4.2.1. Limites Orgânicos da Revisão da Constituição

Há uma certa particularidade na formulação de regras que atribui de forma exclusiva o poder de revisão constitucional a um só órgão de soberania no processo legislativo em matéria. Esta ideia foi reforçada pelo artigo 178 n° 2 alínea a), ao atribuir à Assembleia da República a competência exclusiva em matéria de aprovação de leis constitucionais²¹².

Fica claro que a Constituição reconhece somente ao povo, através dos seus representantes, esse poder de alterar o texto constitucional e às vezes o soberano primário, em alguns casos, que poderá exercer o seu poder tendo em conta o interesse nacional da questão que merece alteração. Isso explica a razão da existência do poder sancionatório do titular da soberania exercido por via de referendo.

O artigo 136 n° 3 alínea a) faz uma remissão sobre as matérias que não podem ser sujeitas a referendo bem como as que o necessitam quando releve do interesse nacional²¹³.

Esta posição constitucional colide com o artigo 138 da Constituição Italiana, quando determina que: (i) “as leis de revisão da Constituição e as outras leis constitucionais são adoptadas por cada uma das câmaras por duas deliberações sucessivas com intervalo não inferior a três meses, e são aprovadas com maioria absoluta pelos membros de cada uma das câmaras na segunda votação”; (ii) “as próprias leis são submetidas a referendo popular quando, no prazo de três meses da sua publicação, são pedidas por um quinto dos membros de uma câmara ou quinhentos mil eleitores ou cinco conselhos regionais. A lei submetida a referendo não é promulgada se não for aprovada pela maioria dos votos válidos”; (iii) “não há lugar a referendo se a lei tiver sido aprovada na segunda votação de cada uma das câmaras com a maioria de dois terços dos seus membros”²¹⁴.

²¹² Artigo 178 n° 2 alínea a) da CRM dispõe que: “é da competência exclusiva da Assembleia da República aprovar as leis constitucionais.

²¹³ Artigo 136 da CRM, n° 3 dispõe que: “Não podem ser sujeitas a referendo: a) as alterações à Constituição, salvo quanto às matérias constantes do número 1 do artigo 300; b) as matérias referidas no número 2 do artigo 178.

²¹⁴ Constituição da República da Itália, 22 de Dezembro de 1947

Portanto, no seu artigo 139 do mesmo texto constitucional, dispõe que a forma republicana não pode ser objecto de revisão constitucional. Este posicionamento comunga com o artigo 300 alínea b) da CRM.

Na verdade, a pronúncia do povo, como titular da soberania, sobre a proposta de revisão constitucional, é antecedida por uma aprovação da dita proposta pela Assembleia da República. Ora, o artigo 303 n.º 1 da CRM dispõe que as alterações da Constituição são aprovadas por maioria de dois terços dos deputados da Assembleia da República; e, entretanto, olhando pelo artigo 186 da CRM, percebemos que precisa de colocar a questão de saber qual é a relevância ou âmbito jurídico-constitucional do *Quórum* e deliberação, tal como previsto no artigo acima citado, enquanto o artigo 303 n.º 1 funda-se sobre a maioria de dois terços dos deputados da Assembleia da República; o que vale mais?

A nossa posição assenta sobre um processo da revisão constitucional entendido como um processo legislativo especial diferente de tantos outros, e consequentemente precisa de uma norma particular estabelecendo o critério especial que irá até expressar uma das características da supremacia constitucional. Esta ideia manifesta-se no critério de maioria de dois terços dos deputados para alteração constitucional como pressuposto indispensável em matéria constitucional.

É importante sustentar que as situações de alteração da Constituição sobre a matéria relacionada a limites materiais, a maioria absoluta é requerida como exigência para aprovação da alteração da Constituição submetido ao referendo.

2.4.2.2. Limites Temporais da Revisão Constitucional

Normalmente a alteração da Constituição pode ocorrer em qualquer tempo, desde o momento que surgem algumas necessidades do país, por um lado e, por outro, quando há algumas transformações sociais ou económicas que necessitam novos instrumentos jurídicos para responder ao interesse da população.

Portanto, a rigidez constitucional depende da forma como o dinamismo da ordem jurídico-constitucional é observada ao decurso do tempo para garantir esta estabilidade do texto

constitucional. Daí surge a pretensão segundo a qual a revisão da Constituição só pode ocorrer depois de um certo período da sua vigência.

Isso explicita a ideia da Constituição da República de Moçambique, quando dispõe no seu artigo 301 que: “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.

Nesta ordem de ideias, MIRANDA e MEDEIROS²¹⁵ consideram que a teleologia que subordina a fixação do prazo de cinco anos justifica-se no intuito de garantir a estabilidade e a normatividade da Constituição e evitar que a revisão constitucional seja vista como mero mecanismo de acção política ordinária usado pelos partidos na luta pela conquista quotidiana do poder político ou na resposta a questões meramente situacionais, circunstanciais ou não bastante amadurecidos.

Por seu turno, BONAVIDES, Paulo argumenta que na exigência de um prazo superior ao prazo da legislatura o texto constitucional assegura que entre as duas revisões ordinárias haja sempre um intervalo de eleições legislativas, com efeitos de repetição da composição da Assembleia da República²¹⁶.

Portanto, sobre o aspecto ligado ao prazo da revisão da constituição, nossa posição funda-se no prazo pré-definido pela Constituição, e não a duração da legislatura, na medida em que existem situações excepcionais em que alguns poderes extraordinários são dados ao órgão legislativo para deliberar nesta matéria. Esta teoria poderá garantir a rigidez constitucional. E olhando pela duração da legislatura, a revisão da Constituição pode ser comprometida, pois não existe prazo determinado nas situações excepcionais, porém o contrário não se verifica.

À luz do artigo 301 da CRM, há necessidade de mencionar os poderes extraordinários atribuídos à Assembleia da República em proceder à revisão da Constituição antes

²¹⁵ MIRANDA, Jorge e RUI, Medeiros, **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo III, Organização do Poder Político e Revisão da Constituição, Disposições Finais e Transitórias, Coimbra Editora, Coimbra 2007, p. 895

²¹⁶ BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**, 11ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 176.

do prazo estabelecido, e isso mediante uma deliberação da maioria de três quartos dos deputados²¹⁷.

Assim sendo, a questão do prazo em sede da revisão ordinária, como a revisão extraordinária não pode ser posta em causa na medida em que a revisão extraordinária da Constituição, é uma exceção ao princípio geral. Por isso, apesar do facto de a revisão da Constituição poder ser feita por deliberação de três quartos dos deputados, o prazo de cinco anos continua a ser mantido, quaisquer que sejam as circunstâncias.

2.4.2.3. Limites Circunstanciais da Revisão da Constituição

Os limites circunstanciais têm a ver com as garantias constitucionais de segurança, de estabilidade e de protecção do ordenamento jurídico no período da revisão constitucional, tendo em consideração as situações, ou seja, circunstâncias extraordinárias em vigor no país, que podem pôr em causa os direitos, liberdades e garantias fundamentais, pilares de um Estado de Direito Democrático.

Os limites circunstanciais são consagrados no artigo 302 da CRM, quando não permitem qualquer alteração da Constituição enquanto vigora o estado de emergência ou estado de sítio na República de Moçambique²¹⁸. Esta proibição resulta no contexto de evitar qualquer crise de ordem constitucional ou a ruptura constitucional que poderá surgir no tempo do estado de sítio, estado de guerra ou estado de emergência, ou seja, evitar qualquer situação que pode impedir o cidadão de se expressar sobre as questões relacionadas com o interesse nacional.

GOUVEIA Bacelar²¹⁹ argumenta que a razão que subordina-se a esta restrição é algo de cauteloso: destina-se a embargar a prerrogativa de revisão da Constituição, preferindo-se de forma evidente a impossibilidade de a exercer sem a autêntica manifestação da vontade livre e esclarecida dos agentes político-constitucionais que fazem parte deste processo.

²¹⁷ Art 301 da CRM dispõe que: “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 Republica”.

²¹⁸ A consagração do artigo 302 analise-se nos termos seguintes: “na vigência do estado de sítio ou do estado de emergência não pode ser aprovada qualquer alteração da Constituição.

²¹⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, p. 650

Assim, salienta que será mais cauteloso exigir os limites circunstanciais no decurso do estado de sítio e estado de emergência, mesmo sem acontecer qualquer limitação da liberdade deliberativa do titular desse poder, do que nunca admiti-lo, autorizando uma alteração à Constituição fixada nos vícios na formação dessa manifestação, com os efeitos consideráveis de somente ser permitindo uma fiscalização ulterior, com toda a fraqueza que lhe está subordinada.

Desta ideia, há necessidade de revelar que na Constituição da República de Moçambique, quanto aos limites circunstanciais, há proibição da alteração da Constituição só na vigência do estado de sítio ou estado de emergência. Porém, a questão que se coloca é de saber se pode ser submetida à Assembleia da República uma proposta de revisão constitucional durante este momento de crise institucional.

A doutrina nos revela que em face de agressão contra o Estado, ou de séria ou preocupante ameaça ou de confusão da ordem constitucional ou de calamidade, esta situação carece de uma declaração pelo órgão competente para surtir efeitos e não uma mera manifestação.

A importância desta situação é marcada no âmbito das perturbações da formação ou da vontade ou no âmbito da deformação nas finalidades da revisão da Constituição²²⁰.

Para GOMES Canotilho, em algumas situações de exceção, isto quer dizer em certas circunstâncias do estado excepcional, podem ser os momentos ou ocasiões propícias à imposição de alterações constitucionais, limitando assim a liberdade de deliberação do órgão representativo²²¹.

Por oposição a esta ideia, MIRANDA Jorge e MEDEIRAS, Rui argumentam que num regime verdadeiramente democrático o regime jurídico do Estado de exceção constitucional centra-se na defesa dos direitos e liberdades fundamentais, no caso contrário deixa de admitir a sua suspensão, cumpre-o com a observância de precisos preceitos ou princípios e com acrescidas

²²⁰ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **O Estado**, cit. Vol. II, p. 965

²²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito Constitucional**, cit., 7 Edição, p. 1063

garantias. Portanto, isso não acontece num sistema totalitário ou autoritário, onde a suspensão dos direitos e liberdades fundamentais pode ocorrer, salvo limite²²².

Nota-se que esta consideração encontra a sua validade somente num Estado totalitário, em que os princípios democráticos são afastados em favor de um só indivíduo. Portanto, isso não se justifica no Estado de Direito Democrático como se quer o Estado moçambicano na sua Constituição²²³.

Ora, a delimitação do objecto da aplicação deste limite visa tirar as hipóteses da respectiva aplicação ao estado de guerra, que se une, em certos pontos, com o estado de excepção constitucional, sublinha GOUVEIA Bacelar²²⁴.

Desta hipótese, há necessidade de salientar que o artigo 302 da Constituição da República de Moçambique só fez menção do estado de sítio e o estado de emergência sem nenhuma referência ao estado de guerra; porém, isso não impede que se fale do Estado de excepcional constitucional, tendo em consideração que o Estado é uma situação espontânea que necessita que o interesse da comunidade seja protegido e, sobretudo, que já existem algumas doutrinas que não dissociam totalmente o estado de sítio ou de emergência com estado de guerra, isto é, não existe diferença entre as diversas expressões.

2.4.2.4. Limites Materiais da Revisão da Constituição

Pela sua relevância no contexto da realidade do Direito Constitucional assim como pela confusão teórica constitucional, os limites materiais da revisão da constituição merecem uma atenção especial e aprofundada, procurando-se que estas restrições se efectivem e sejam cada vez mais usadas.

²²² MIRANDA, Jorge e RUI Medeiros, **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo I, 2º Edição, Wolters Kluwer e Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 408

²²³ Nos termos do artigo 3 com epígrafe “Estado de Direito Democrático”: A República de Moçambique é um Estado de Direito baseando no pluralismo de expressão, na organização política democrática, no respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais do Homem.

²²⁴ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **O Estado**, cit., Vol II., p. 967

Os limites materiais de revisão referem-se às restrições impostas pelo o texto constitucional, perspectivamente a liberdade de configuração do seu conteúdo, tendo como destinatário o poder de revisão²²⁵.

A existência dos limites materiais de revisão constitucional encontra seu fundamento no pensamento de que a revisão constitucional, por mais ampla e enorme que seja, preserva um valor integrativo da Constituição, na medida em que deve ser substancialmente idêntico ao sistema constitucional. Assim sendo, a revisão tem por objecto a alteração ao texto constitucional, mas não para mudar a Constituição²²⁶.

O valor da constituição de um Estado, embora a revisão constitucional poderá ocorrer, assenta na ideia de garantir que o núcleo essencial, pilar do ordenamento jurídico, seja protegido no seu todo através de normas proibitivas quando as circunstâncias, ou seja, situações novas exigem a sua revisão. Estas normas proibitivas constituem os princípios fundamentais que limitam o poder constituído no momento da revisão da Constituição.

Nesta senda de ideias, segundo GOUVEIA Bacelar, os limites materiais de revisão da Constituição chegam a ser os limites mais claros que se colocam na expressão do poder de revisão da Constituição, uma vez que constituem o atestado probatório das limitações que basicamente caracterizam a questão da revisão constitucional²²⁷.

Esta ideia foi reforçada por GOMES Canotilho e MOREIRA, Vital, quando argumentam que os limites materiais às revisões visam precisamente obstar todas revisões que podem comprometer a identidade constitucional. É através destes limites que se garantem os princípios fundamentais da Constituição contrários à revisão do texto constitucional que formam o eixo essencial ou explicitam o conteúdo principal da Constituição que tenha de ser afirmando contra a revisão constitucional, mesmo sem a sua explicação formal. Isto quer dizer que os limites

²²⁵ KOSTA, Emílio Kafft, **O Constitucionalismo Guineense e os limites Materiais de Revisão**, AAFDL, Lisboa, 1997, p. 96

²²⁶ GOMES, J.J. Canotilho e MOREIRA, Vital, **Constituição da República Portuguesa Anotada**, Vol. II, 1991, p. 1011

²²⁷ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, CEDIS, IDilp. MAPUTO/LISBOA, 2015, p. 659 Nos termos do artigo 136 n° 3 alínea a), não podem ser sujeitas a referendo as matérias à Constituição, excepto quando matérias constantes do número 1 do artigo 300 da CRM. E o artigo 300 n° 2 determina que as alterações das matérias constantes do número 1 são obrigatoriamente sujeitas a referendo

materiais manifestos, pelo o facto que executam a responsabilidade de explicação e atestação dos princípios essenciais do texto constitucional (traços que caracterizam a sua identidade), fundam-se nos limites iminentes da revisão²²⁸.

Entretanto, podemos sustentar que os limites materiais visam o objecto da revisão, donde as constituições prevêm certas matérias que são imutáveis e não podem carecer alteração. Os órgãos a que cabem a função de rever a constituição encontram-se impedidos de alterar e deliberar sobre elas. As constituições transformam-se em textos constitucionais imutáveis que não podem carecer de qualquer forma de alteração, são as chamadas cláusulas pétreas²²⁹.

É óbvio dizer que certas matérias da Constituição encontram-se impedidas de ser alteradas, portanto é relevante sublinhar que algumas matérias podem colocar este princípio em causa, sobretudo quando se trata dos aspectos que são ultrapassados a uma geração ou podem ser submetidos à vontade do povo em que deve decidir sobre o destino de uma geração.

Neste sentido, podemos notar que o princípio de imutabilidade é posto em causa e funda-se no princípio da relatividade em detrimento do seu carácter absoluto. Isso determina que as alterações podem acontecer conforme os preceitos do texto constitucional.

O artigo 28 da Constituição Jacobina de 1793 reforça esta hipótese, afirmando que: *“un peuple a toujours le droit de revoir, reformer et de changer la Constitution. Une generation ne peut assujettir á ses lois les generations futures”*²³⁰.

Assim sendo, resume-se que qualquer lei constitucional toma em conta os aspectos históricos, e, conseqüentemente, as alterações constitucionais, se ela já perdeu a sua força normativa. Os limites do poder de revisão podem ser alterados pois não são estabelecidos para sempre e nem são vinculativos de toda e qualquer vontade do próprio poder constituinte²³¹.

²²⁸ GOMES, Canotilho e MOREIRA, Vital, **Constituição da República Portuguesa Anotada**, Vol. II, 1991, p. 1011-1012

²²⁹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 205

²³⁰ “Um povo tem sempre direito de rever, de reformar e de mudar a Constituição, uma geração não pode ser sujeita a leis das gerações futuras”.

²³¹ GOMES, Canotilho. **Direito Constitucional**, 7ª Edição, p. 1065

Resulta que nenhuma norma jurídica é intangível, pois o fenómeno histórico, cultural, social bem como as transformações globais podem levar a cabo a alteração ou a revisão em total ou parcialmente das normas que constituem o sistema jurídico, e particularmente o texto constitucional, isto é, a lei fundamental, que está no cume da hierarquia das normas no ordenamento jurídico. Em outras palavras, a Constituição pode ser alterada até ser mudada por uma nova constituição mediante as aspirações e as necessidades que apresenta uma geração ou uma nação. Mas, apesar disso, estas alterações devem decorrer de modo que o respeito pela dignidade da pessoa humana seja garantida; daí a necessidade de estabelecer alguns limites capazes de defender a ordem jurídica constitucional.

Portanto, como forma de garantir a rigidez constitucional, precisa de salientar que entre os limites que se erguem à revisão do texto constitucional os limites materiais desempenham um papel mais considerável na estabilização de um regime político que em certas circunstâncias históricas se estabeleceu na Constituição²³².

É neste sentido que precisa de dar resposta à problemática da clarificação dos limites constitucionais protegidos pelas cláusulas, chamadas de cláusulas expressas de limites materiais da revisão da Constituição que SOUSA, Marcelo Rebelo apresenta em dois tipos de problemas: (i) problema de força vinculativa das cláusulas; (ii) problema de definição dos limites materiais inseridos nas cláusulas; aqui a questão fundamental visa entender o significado dos limites materiais na ideia da violação daquela cláusula²³³.

A primeira questão suscitou vários debates sobre a força vinculativa dos princípios constitucionais que determinam as cláusulas de limites materiais à revisão constitucional. Esse debate pode atingir todas as disposições provenientes do poder constituinte, a quem cabe o exercício do poder de revisão.

SOUSA, Marcelo Rebelo propõe três posições em que deve tomar em conta a susceptibilidade de modificação das cláusulas, no patente objectivo de, em lugar de revisão

²³² GOUVEIA, Jorge Bacelar, **O Estado**, Vol. I, p. 596

²³³ Cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo da. **Direito Constitucional**, sobre a Vexata questio dos limites materiais da revisão constitucional, pp. 78 e ss.; MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional**, II, pp. 198 e ss., GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, 2015, p. 659

constitucional, simultaneamente ou ulterior, procurar a libertação daqueles limites, modificando-se os conteúdos até então para eles salvaguardados²³⁴:

- A teoria da irrevisibilidade: visa determinar que as cláusulas relacionadas com a revisão constitucional, fruto do poder constituinte originário, só uma vontade renovada do mesmo poder as poderia alterar ou eliminar, e não uma lei de revisão constitucional, que o valor de um poder constituído;
- A teoria da revisibilidade: orienta que as cláusulas relativas à revisão da Constituição não determinam qualquer vínculo especial relativamente às restantes disposições constitucionais e se a Constituição aceitou o poder de revisão constitucional deve, portanto, concluir que esse poder também se exerce sobre a natureza jurídica da revisão constitucional, ao mesmo tempo que se pode rever o conteúdo que por elas se encontrava atingido;
- A teoria da dupla revisibilidade: considera que a modificação das matérias protegidas pelas cláusulas de revisão constitucional acontece em dois momentos, o primeiro visa eliminar a cláusula que salvaguarda a matéria que se pretende alcançar e só depois numa outra revisão constitucional, e o segundo tem por objectivo eliminar directamente o instituto ou o princípio que deixou de estar constitucionalmente salvaguardo pela cláusula de protecção entretanto revogada.

Os limites materiais de revisão da Constituição fundam-se na defesa da primeira teoria de irrevisibilidade das cláusulas. Esta teoria visa o respeito, de forma absoluta, pela vontade originária do poder constituinte.

2.5. Estado de Excepção Constitucional

O regime jurídico do estado de excepção constitucional tem o seu fundamento na Constituição da República de Moçambique sob epígrafe de suspensão de exercício de direitos e dos estados de sítio e de emergência, respectivamente.

²³⁴ SOUSA, Marcelo Rebelo de, **Direito Constitucional**, p. 83

2.5.1. Suspensão de Exercício de Direitos

O quadro jurídico do estado de exceção na Constituição da República de Moçambique afigura-se no estado de sítio e estado de emergência. Sendo assim, a relação existente entre o estado de exceção constitucional e os direitos, liberdades e garantias fundamentais está positivada no artigo 72 n° 1 da CRM, que reconhece a suspensão temporária dos direitos, liberdades e garantias individuais somente em caso do estado de sítio ou de emergência²³⁵.

Surge então que dois valores são postos em causa, em que a declaração deste tipo de estado tenta se conciliar, na medida em que há suspensão dos direitos e garantias do cidadão, portanto, essenciais para o desenvolvimento da sociedade.

GOUVEIA, Bacelar apresenta dois valores conflitantes decorrentes do Estado de exceção constitucional: trata-se da eficiência e da regularidade²³⁶. O primeiro visa fortalecer o poder de exceção, que facilita o Estado transcender os fenómenos de crise, e por este motivo concentrar poderes e limitar liberdades fundamentais do cidadão, com isso evitar o colapso da ordem constitucional; e o segundo postula a sujeição do poder de exceção, a decepção dessa intolerância, ao Direito Constitucional que transforma-se, afastando-se do seu uso discricionário, por ter pretendido escapar a uma situação de desordem sem retorno possível.

Por sua vez, BALDI, Carlo considera que o estado de sítio indica o quadro jurídico de exceção a que uma colectividade territorial é periodicamente sujeita em virtude de uma circunstância de perigo para a ordem pública gerada por determinação da autoridade do Estado ao conceder poderes extraordinários às autoridades públicas e ao estabelecer as adequadas restrições à liberdade dos cidadãos²³⁷.

A declaração do estado de sítio é motivada por um conjunto de elementos que devem ser observados para sua concretização. No caso em apreço trata-se do surgimento de uma

235 Art 72 n° 1 dispõe 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.”

236 GOUVEIA, Jorge Bacelar, O Estado de Exceção Constitucional no Direito Constitucional: Entre a Eficiência e a Normalidade das Estruturas de Defesa Extraordinária da Constituição, Vol. II, Almedina, COIMBRA, 1998, p. 39

237 BALDI, Carlo, Estado de Sítio in BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola et al. (org.) Dicionário de Política, Vol. I, 11ª Edição, Editora Unb, Brasília, 1998, p. 423 á 425

situação capaz de perturbar a ordem pública, o reforço dos poderes por parte das autoridades e, por fim, a limitação das liberdades dos cidadãos.

Nesta ordem de ideias, a Constituição de Moçambique, no seu artigo 290²³⁸, determina em que circunstâncias as autoridades político-jurídico-públicas podem declarar o estado de sítio.

Portanto, embora se trate do estado de excepção constitucional, é importante mencionar que o texto constitucional moçambicano não faz referência ao estado de guerra, que tem uma certa aproximação com o estado de sítio em algumas circunstâncias. Porém, o estado de guerra nem sempre restringe os direitos e liberdades individuais.

2.5.2. Regime Jurídico do Estado de Excepção Constitucional

O regime jurídico do estado de excepção constitucional encontra o seu quadro jurídico no artigo 160, que concede ao Presidente da República, no contexto da defesa e da ordem pública, a competência nos termos da alínea a) declarar guerra e a sua cessação, o estado de sítio ou de emergência; e o artigo 178, 2 alínea g) atribui à Assembleia da República competências para sancionar a suspensão de garantias constitucionais e a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência.

Nesta circunstância, importa analisar alguns aspectos relevantes que caracterizam o estado de excepção constitucional, nomeadamente os requisitos, o processo de declaração do estado de excepção constitucional e os seus efeitos constitucionais.

2.5.3. Requisitos ou pressupostos do estado de excepção constitucional

Três situações merecem ser considerados para se chegar à declaração do estado de excepção constitucional:

- a. Uma agressão efectiva e iminente: refere-se a um fenómeno de natureza militar entre os estados onde está posta em causa a integridade do território;

238 Artigo 290 dispõe que: “(1) o estado de sítio ou o estado de emergência só podem ser declarados, no todo ou em parte do território, nos casos de agressão efectiva ou eminente, de grave ameaça ou de perturbação da ordem constitucional ou de calamidade pública; (2) A declaração do estado do sítio ou de emergência é fundamentada e específica às liberdades e garantias cujo exercício é suspenso ou limitado”.

- b. A grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional: é uma situação de crise no âmbito político e institucional em que a ordem constitucional pode ser perturbada, ou seja, invertida;
- c. A calamidade pública: refere-se a um fenómeno de natureza social que pode causar danos e atingir um grande número da população surgindo de desastres naturais ou de acidentes tecnológicos.

Destes aspectos, é relevante notar que é a gravidade da situação que determina o tipo de estado a ser declarado; por isso uma situação de menor gravidade constitui uma opção para o estado de emergência, observando o princípio de proporcionalidade, a sua extensão bem como a duração, requisito importante para alcançar a normalidade constitucional.

2.5.4. Processo de declaração do estado de excepção constitucional

O processo de declaração do estado de excepção constitucional desempenha um papel importante quando olhamos pelos órgãos envolvidos para concretização deste processo. São órgãos que intervêm neste processo: o Presidente da República, o Conselho do Estado, o Conselho Nacional de Defesa e Segurança e a Assembleia da República.

- a. Presidente da República

Nos termos do art. 290 da CRM no seu numero 2, a declaração do estado de sítio ou de emergência é fundamentada e específica às liberdades e garantias cujo exercício é suspenso ou limitado.

Sendo assim, a declaração do estado de excepção constitucional pertence ao Presidente da República, no uso das suas competências constitucionais; esta decisão intervém de forma urgente, embora seja acompanhada da ratificação da Assembleia da República. Esta declaração necessita de parecer do Conselho de Estado bem como do Conselho Nacional de Defesa e Segurança.

Tendo uma situação urgente que ameaça a ordem pública, coloca-se a questão de saber se a Assembleia pode recusar ratificar a dita declaração. Esta questão não encontra resposta no texto constitucional por falta de clareza jurídico-constitucional. Portanto, tendo a urgência com que surge esta declaração, a Assembleia da República encontra-se numa dicotomia em que, de

forma geral, a sua intervenção deve velar pela contribuição do bom funcionamento das instituições da República e evitar a crise institucional.

O artigo 293 número 1 determina o prazo de vinte e quatro horas em que o Presidente da República deve submeter à Assembleia da República a declaração com a respectiva fundamentação para efeitos de ratificação.

GOUVEIA Bacelar argumenta que à Assembleia da República se defere um papel igualmente decisório na declaração do estado de exceção, intervenção que juridicamente oscila entre ratificar do texto da CRM e o sancionar do RAR, para cujo texto se afirma que é da exclusiva competência da Assembleia da República ratificar o estado de exceção constitucional assim como a suspensão das suas garantias ²³⁹.

A urgência obriga que a Assembleia da República seja reunida para deliberar, se for em sessão parlamentar, no prazo máximo de cinco dias²⁴⁰. Portanto, o texto constitucional só limita-se a estabelecer o prazo para deliberação sobre a declaração do estado de sítio ou de emergência, sem especificar o tempo que o Presidente tem para submeter à Assembleia da República o pedido de ratificação desta matéria. Esta situação explica claramente o poder discricionário do Presidente da República sobre a matéria que, em algumas circunstâncias, vincula a deliberação da Assembleia da República.

Neste contexto, a decisão parlamentar intervém de forma extraordinária para acompanhar a situação excepcional que conhece o Estado num momento específico. Daí, a Assembleia da República deve deliberar no prazo máximo de quarenta e oito horas, como prevê o texto constitucional.

Resulta que a declaração do estado de exceção constitucional decretado pelo Presidente da República só produz os efeitos desejados depois da intervenção de todos órgãos conforme as disposições constitucionais.

239 GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, p. 646

240 Art. 293 n.º 2: Se a Assembleia da República não tiver em sessão é convocado em reunião extraordinária, devendo reunir-se no prazo de cinco dias.

✓ Os efeitos da declaração do estado de excepção constitucional

GOUVEIA Bacelar considera que a decisão de decretação do estado de excepção tem um carácter discricionário, sendo internamente delimitada pelo princípio de proporcionalidade²⁴¹.

2.6. Supremacia das Normas Constitucionais

A ordem constitucional pode ser entendida como um mosaico de normas constitucionais. Essas normas são prescrições, formuladas no âmbito deontológico a forma como a Entidade Estadual deve ser. Neste contexto estabelece-se uma forma de norma jurídica, de modo que devem ser consideradas as normas jurídicas do mais alto nível de importância, isto explica a superioridade destas normas em relação às demais normas jurídicas não constitucionais.

Deste princípio surge, então, a hierarquia de normas no ordenamento jurídico, em que todos os actos, normas bem como princípios jurídicos lhes conferem obediência, sem a qual não é possível ter o valor jurídico. Por isso a não conformidade destes actos com a constituição, fontes, normas e princípios implica a inconstitucionalidade dos mesmos.

GOUVEIA, Jorge refere que: “situando a Constituição a nível superior em relação a qualquer outra fonte, norma ou princípio, e o aspecto material do princípio da supremacia constitucional, que visa esclarecer a existência de uma hierarquia na ordem constitucional”.²⁴²

A constituição assume um lugar proeminente a partir da concepção do papel que tem um acto legislativo no ordenamento jurídico. A natureza do eixo constitucional implica que pelas suas regras tem obrigações de instituir opções primordiais à vida regulando na sociedade-Estado em que são previstas as normas constitucionais.

Por isso, GOUVEIA, Jorge²⁴³ analisa esta centralidade da constituição em duas perspectivas. Trata-se da centralidade qualitativa, por um lado, e da centralidade quantitativa, por outro, que obedece às linhas traçadas da organização da vida em comunidade e ao acolhimento das

²⁴¹ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Op. Cit.**, p. 648

²⁴² GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, 2015, p. 162.

²⁴³ *Idem*, p. 590

opções mais relevantes no texto constitucional, apesar de outros aspectos serem reservados aos padrões inferiores da ordem jurídica.

Portanto, na sua argumentação, ALEXANDRINO José Melo, referindo a GOMES Canotilho²⁴⁴, acredita que uma norma constitucional é percebida como um protótipo de estrutura juridicamente conexo, efectivado na Constituição e orientado para uma realização substancial e constituído por uma medida de ordenação expressa por meio de enunciados linguísticos e por uma categoria de dados reais²⁴⁵.

É de importância notável estabelecer a diferença entre as normas e os princípios constitucionais materialmente e as normas e os princípios formalmente constitucionais. Sendo que a primeira categoria refere-se às matérias que têm a dignidade constitucional, ou seja, da constituição, enquanto que a segunda diz respeito as normas e princípios que têm força constitucional, isto significa: de natureza suprema.

No sentido material como formalmente constitucionais, ambas as normas e princípios estão ao serviço do conteúdo: a peculiar protecção constitucional é justificada pela afabilidade das substâncias que versam²⁴⁶.

Assim sendo, a norma constitucional pode ser dividida em norma-regra e norma-princípio, sendo considerada aquela manifestamente prevista em determinados dispositivos e as segundas referem se aos mandamentos de optimização com maior peso valorativo. No âmbito do conteúdo e da posição constitucional pode resultar não só a relação de causalidade entre esses dois aspectos, mas, portanto, a relação de sobreposição.

A Constituição da Republica de Moçambique pressupõe, neste sentido, um ordenamento jurídico constitucional de normas que tem por um lado a natureza de regra e por outro lado a natureza de princípios, numa categoria de artigos extramente extenso para os parâmetros constitucionais. E nestes termos que podemos sustentar que o texto constitucional moçambicano prevê os aspectos materialmente constitucionais, tais como dispositivos referente a organização do

²⁴⁴ GOMES Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1202.

²⁴⁵ ALEXANDRINO José Melo, **Elementos de Direito Público Lusófono**, 1ª edição, Coimbra Editora, COIMBRA., p. 20.

²⁴⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, p. 164

Estado e de direitos fundamentais e os aspectos formalmente constitucionais, ou matérias que não poderiam ser previstas na constituição formal da criação do Estado.

✓ A Constituição como um Código

Surge então que a constituição pode ser considerada como um código do Direito Constitucional, sendo um ramo do direito público.

a. A Rigidez da Constituição

A rigidez constitucional assenta em dois aspectos, nomeadamente: a separação do poder constituinte e dos poderes constituídos.

• **Separação do Poder Constituinte**

O poder constituinte é aquele cujo consentimento ou acordo nos permite colocar em vigor o texto constitucional.

Surge então que a Constituição visa estabelecer autoridades ou órgãos, ou seja, poderes constituídos e dividir competências entre eles. Sendo assim, a preservação da separação dos poderes só é possível quando a constituição for rígida. Isto significa que a modificação daquela deve obedecer a um processo mais solene.

b. Rigidez Constitucional: Poder Constituinte Originário e o Poder Constituinte Derivado

A rigidez da Constituição implica a obediência em alguns procedimentos organizados por ela mesma e pelos órgãos que ela institui para esse fim; isto é, o poder constituinte derivado, considerado como o poder dos órgãos competentes para modificar a constituição, em oposição ao poder constituinte originário, o dos órgãos que adoptaram a constituição.

A rigidez constitucional decorre da enorme dificuldade para sua modificação do que para alteração das demais normas jurídicas da estrutura jurídica estatal. Da rigidez

constitucional pode resultar com primordial consequência o a supremacia constitucional que é reputada como um alicerce, em que funda se a construção do moderno direito político²⁴⁷.

Entendemos que o cume do ordenamento jurídico em que assenta a constituição, a que atribui validade e que os poderes do Estado tiram a sua legitimidade, pois encontra o seu fundamento bem como a actuação dos órgãos naquela norma constitucional.

Por sua vez, GOUVEIA, Jorge Bacelar admite que o texto constitucional apresenta dois diferentes regimes, um mais agravado do que o outro, para aprovação de alterações à constituição. Trata-se, por um lado, do regime menos rígido. A modificação menor do texto constitucional, baseando na fraca relevância material dessas alterações, não pode pôr em causa o esqueleto essencial da Constituição. Portanto, é indispensável que a aprovação deste texto seja realizada somente por intermédio da Assembleia da República, apesar da efectividade de funções que obriga uma deliberação por maioria de dois terços dos deputados²⁴⁸.

GOMES Canotilho não partilha o mesmo entendimento, pois constata que a exagera imutação do texto constitucional pode conduzir à separação das normas perante a transformação social²⁴⁹. Esta posição explica o carácter contrário à estrutura da constituição. Isto revela a ideia transformadora da lei fundamental reforçando a capacidade de produzir os efeitos das normas constitucionais sobre as questões políticas como sociais.

Daí pode haver uma adaptação momentânea da constituição, assumindo aqui principal ênfase os instrumentos de revisão da constituição²⁵⁰.

E, por outro lado, o regime mais rígido, a modificação superior da Constituição, provoca a pretensão de inserir na constituição alterações de natureza material, ora no âmbito de direitos fundamentais, quer no âmbito político. Os efeitos dessas modificações e a necessidade da,

²⁴⁷ SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional**, p. 45

²⁴⁸ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Estudos de Direito Público de Língua Portuguesa*, Almedina, COIMBRA, 2004, p. 10

²⁴⁹ GOMES Canotilho, **Direito Constitucional**, 6ª Edição Revista, Almedina. COIMBRA, 1993, p.79

²⁵⁰ BOCKENFORDE, E.W. apud GOMES Canotilho, **Direito Constitucional**, 6ª Edição Revista, Almedina. COIMBRA, 1993, p. 79

após a aprovação do Parlamento, lei de revisão da constituição aprovada ser remetida ao referendo nacional²⁵¹.

Uma constituição é qualificada como rígida quando exige um órgão específico ou um procedimento mais restritivo do que aquele pelo qual adopta, reforma ou modifica uma lei. Para fazer a modificação de leis é preciso passar pela rígida constituição²⁵².

Sendo assim, *une constitution rigide nous met em presence d'un organe specifique sans lequel la Constitution ne peut etre modifiée. La rigidité renvoie ici á la question du pouvoir constituant. Une constitution rigide nous permet de distinguer les pouvoirs constitués (acteurs du pouvoir qui representent le souverain) et les pouvoirs constituants*. Daí a distinção entre o poder constituinte originário e o poder constituinte derivado.

2.6.1. Métodos e Princípios de Interpretação Constitucional

Antes de abordar os aspectos ligados a interpretação de normas constitucionais, é indispensável sublinhar que interpretar significa determinar o sentido verdadeiro de qualquer norma jurídica prevista de forma abstrata para sua concretização na situação fáctica particular, na qual exige se a ponderação de todos aspectos para a possível aplicação da norma constitucional. Surge então que o método interpretativo mais usado na ciência jurídica para direito chama se a hermenêutica jurídica.

No âmbito do direito constitucional moçambicano, as motivações políticas da norma constitucional bem como o seu papel de orientar o processo normativo-jurídico inferior tornam as normas jurídicas constitucionais mais especiais que as demais. Para compreensão das normas constitucionais, fora da interpretação literal e sistemática, foram desenvolvidos os métodos especiais de interpretação, tais como método científico espiritual e o método hermenêutico.

²⁵¹ GOUVEIA, Jorge Bacelar, Estudos de Direito Público de Língua Portuguesa, Almedina, COIMBRA, 2004, p. 109

²⁵² *Une constitution est qualifiée de rigide lorsque sont exigés un organe spécifique et ou une procédure plus contraignante que celle par laquelle on adopte, revise ou modifie une loi. Pour apporter une modification des lois, ele doit passer par la Constitution rigide.*

2.7. Hierarquia das Normas Jurídicas

2.7.1. Norma Jurídica

A noção da norma jurídica tem sua essência nas relações sociais entre os indivíduos numa comunidade que pretendem alcançar os seus objectivos através da ordem social. A norma jurídica surge no meio da sociedade para regular o comportamento dos indivíduos de modo a minimizar os conflitos sociais.

Assim, a sociedade, entendida como um conjunto de indivíduos que vivem numa área determinada ou espaço territorial delimitado pelas fronteiras, a convivência entre os seus membros só se torna uma realidade quando existir uma organização, ou seja, uma ordem que orienta os membros que a compõem. É nesse sentido que explica-se a intervenção do Direito, para regular o comportamento dos indivíduos na comunidade; tudo no âmbito de preservar a paz e a harmonia social.

Como um fenómeno social, o Direito é revelado pela expressão latina “*ubi ius, ibi societas*”, ou seja, “onde há Direito, aí há a sociedade”; isto significa, há uma relação directa e permanente entre a ordem jurídica e as pessoas que se encontram numa determinada sociedade, porém somente onde há Homem, onde encontra-se a sociedade “*ubi homines, ibi societas*”²⁵³ e aí surge a necessidade de apreender a natureza social do Homem.

O Direito, como uma ordem da sociedade em que convergem as determinações do ser, do dever ser e do valor; portanto, o ser ou facto, o dever ser ou norma e o valor ou fundamento convergem para ela, não como aspectos que excluem, mas como momentos de realização da ideia, que sucessivamente se vai enriquecido²⁵⁴.

A ordem social é entendida como uma ordem de liberdade onde os seus membros podem afastar-se das normas impostas dentro da comunidade. Portanto, o ser humano ainda tem a possibilidade de contrariar esta ordem na base da razão, isso faz com que se modifique a norma tendo em conta as estruturas sociais existentes.

²⁵³ Expressão latina que significa: “onde há homem, aí há sociedade”.

²⁵⁴ ASCENSÃO, Oliveira da. **O Direito, Introdução e Teoria Geral**, 13ª Edição Refundida. Almedina, COIMBRA, 2005, p. 214

A ordem social tem os seus tempos e formas de evolução, de maneira que se poderia dizer que autêntica essência da norma jurídica é somente a organização da sociedade; a partir de qual deriva, afinal, a juridicidade de qualquer regra²⁵⁵.

A verdadeira fonte do direito tem sua origem na ordem jurídica que regula a ordem social composta por um conjunto de normas jurídicas, embora conhecem uma certa evolução temporal e espacial, conforme a natureza de cada sistema jurídico.

De modo geral, o comportamento do Homem está em conformidade com o Direito; que cada vez mais impera o destinatário à observância espontaneamente de uma grande diversidade de normas de conduta jurídica. Portanto, há comportamentos sociais que escapam aos imperativos da ordem jurídica estabelecida; isto significa a prática de actos contrários ao Direito. É neste contexto que o sistema jurídico, constituído por conjunto de regras jurídicas, busca a defesa dos interesses protegidos da sociedade, ou seja, os valores essenciais para convivência social através da tutela jurídica aplicando a sanção, punição ou os meios preventivos.

De tudo que precede, pode-se mencionar que antes de abordar sobre a questão das normas jurídicas é imperioso clarificar a noção e diferentes teorias da norma. Assim sendo, ASCENSÃO, Oliveira considera que a norma surge como princípios que defendem situações subjectivas de benefícios, ou, identificam por um lado a possibilidade aos indivíduos ou instituições de ganhar certas vantagens por acto especial ou reclamando acção ou omissão de outras pessoas e, por outro lado, estabelecem uma relação entre os indivíduos ou instituições e o dever de sujeitar se aos requisitos de cumprimento da obrigação, acção ou omissão de outras pessoas, e, igualmente, sujeitam indivíduos ou instituições a prestação em favor de outrem²⁵⁶.

É importante dizer que o Direito não se limita mais a determinar como funcionam as relações jurídicas; mas, pelo contrário, integra um complexo de faculdades reconhecidas aos membros da comunidade em determinar que direito ou direitos que irão regulamentar as relações jurídico-sociais. Depois da época moderna, a ordem jurídica deve admitir a reintegração da

²⁵⁵ ASCENSÃO, Oliveira da. **O Direito**, Introdução e Teoria Geral, 13ª Edição Refundida. Almedina, COIMBRA, 2005, p. 255.

²⁵⁶ *Idem*, p. 256.

extensão social tendo em conta que as comunidades redinamizam os seus esforços na edificação das regras jurídicas ou pelo menos garantindo a sua efetivação²⁵⁷.

Partindo desta ideia, podemos afirmar que a homogeneidade e a universalidade de direito são postas em causa, pois há dificuldades de falar de direito uniforme a todas pessoas que deve privilegiar e defender sempre o homem na sua exteriorização ou seja na sociedade em que é chamada de viver.

Segundo JAYME, Erik: “ há uma crise a ideia de um direito uniforme e universal comum a todos os homens, corresponde à base filosófica da ideia pós-moderna, a qual favorece e protege sempre mais a pessoa nas suas manifestações externas”²⁵⁸.

Sendo um conjunto que compõe a noção do Direito, esse último traça os limites que as relações jurídicas não podem ultrapassar dentro de uma configuração parcelar para garantir a protecção da pessoa humana no meio social que o rodeia.

Porém, se todo direito é norma, procurar uma realidade residente na pessoa, diferenciada da norma que valora, seria entrar por um caminho meta-jurídico, e no sentido próprio do positivismo, metafísico, porque obrigaria a avançar por uma impalpável posição pessoal que nem sequer teria base na realidade física ou psíquica²⁵⁹.

Resulta, então, a necessidade de analisar não o gozo ou os benefícios dos direitos que as pessoas manifestam no seu quotidiano, mas, portanto, as normas que atribuem direitos a cada uma delas. A partir disso, há possibilidade de criar todas condições necessárias para protecção dos indivíduos na sociedade em que vivem e ao mesmo tempo evitar a crise social até mesmo jurídica.

²⁵⁷ BARROS, Daniela M. Rego. Pluralismo Jurídico: Uma Questão de Facto ou Direito? Revista da Esmape, Recife, v. 9, n. 1, p. 185-222, Jul./Dez. 2004.

²⁵⁸ JAYME, Erik. Sociedade Multicultural e Novos Desenvolvimentos no Direito Internacional Privado. Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito, Porto Alegre, v. 1, p. 93-103, Mar. 2003.

²⁵⁹ ASCENSÃO, Oliveira de, **Direito Civil Teoria Geral, Relações e Situações Jurídicas**, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 66

Assim sendo, a norma é o modo de expressão da ordem jurídica objectiva que, mesmo sendo correcto, não afasta a legitimidade de outros modos de expressão, igualmente correctos²⁶⁰.

Apesar da existência das normas como componentes da ordem jurídica, não se exclui a possibilidade de admitir outras formas de regulação da ordem social que, no entanto, não podem violar os princípios da ordem estabelecida, pois, para sua legitimação, esta forma de expressão da ordem jurídica deve ser conforme a previsão normativa.

Nesta óptica, pode existir outras fontes normativas que se introduzem na esfera jurídica estatal, e às vezes se contrapõem, ou seja, sobrepõem as normas jurídicas internas. Isto mostra que o conjunto de normas jurídicas objectivamente considerado admite também os outros modos de expressão universal, desde o momento que não sejam contrários à norma, aos princípios e valores da sociedade sobre a qual a norma é aplicada. Na ideia de COELHO Sacha, a norma pode ser uma expressão objectiva de um preceito elaborado pelo legislador diferente da lei.

Na base desta concepção, há necessidade de perceber que, para muitos autores, o conceito “norma” tem vários significados, por isso é importante procurar saber o sentido mais adequado a uma realidade social para posteriormente aplicar ao caso concreto.

Sendo assim, a “norma” é algo que prescreve o dever ser, particularmente que orienta ou conduz o homem nas suas interacções, dizia HANS Kelsen; isto explica a acepção de um acto voluntario ou intencional orientado pelo comportamento de outra pessoa. A sua licitude depende sobretudo da norma transcendente cuja existência funda se nas condições, ou seja, requisitos pré-definidos.

Porém, como um sistema, a norma traça uma certa atitude que qualquer membro da sociedade deve observar, prevendo todas as consequências que podem resultar. Portanto, a validade desta norma encontra o seu fundamento num comando superior que dá força vinculativa,

²⁶⁰ ASCENSÃO J. Oliveira de, **O DIREITO - Introdução e Teoria Geral**, 13ª Edição, Almedina, Coimbra. p. 499

pois decorre de um contrato em que um ente superior foi indicado para garantir a sua efectividade. Daí, uma atitude anti-social exige a responsabilização do seu autor pela aplicação de sanção.

O Direito é um conjunto de normas que vigoram numa sociedade que visa regular os aspectos essenciais da vida em cada sociedade de modo a alcançar a paz social e a operacionalização das pessoas que tem por fundamento nos critérios dos requisitos absolutos de observância²⁶¹.

O sistema de normas superiores que validam as normas hierarquicamente inferiores a partir da lei fundamental, corresponde a base de validade de todo o sistema juridico. Neste contexto, nesta teoria, o Direito tem por função regular o exercício do poder publico através da previsão de sanções. Nota-se que a ideia de HANS, Kelsen não se justifica, tendo em consideração a situação em que a ordem jurídica, para além das normas, é, portanto, constituída das definições e os preâmbulos normativos.

Daí, a compreensão de alguns aspectos nesta matéria depende da necessidade de distinguir as normas ou regras dos princípios e só depois que pode se focalizar a nossa atenção sobre as normas jurídicas no geral.

ALFONSO, Silva argumenta que: “os princípios constituem centros de consolidações em que convergem os valores e bens constitucionalmente relevantes. Porém, sendo os princípios foco de normas jurídicas, podem ser recebidos, alterando se em normas preceitos e ser considerados princípios fundamentais da estrutura constitucional”.²⁶²

Por sua vez RONALD, Dworkin defende a sua tese sobre a dissociação entre as regras e princípios e sublinha que:

A diferença entre regras e princípios assenta num carácter racional e surge a partir de duas razões seguintes: (i) as regras são aplicáveis na sua globalidade. Aqui a obediência ou não é absoluta. A regra determina o que deve ser realizado num determinado caso. (ii) Os princípios não apresentam efeitos jurídicos que se seguem automaticamente quando as situações determinadas indicam somente

²⁶¹ ASCENSÃO, Oliveira de. **O DIREITO- Introdução e Teoria Geral**, 13ª Edição, Almedina, Coimbra. p. 214

²⁶² SILVA, Alfonso de. Princípios Constitucionais Fundamentais, Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região, BRASILIA, V. 6, N. 4, p. 17-22, Out./Dez. 1994, p. 18.

uma orientação para a qual a decisão deve seguir, mas ainda assim necessitam de uma decisão particular²⁶³.

A regra revela um aspecto imperativo, na medida em que impera que seja aplicável ou não; todo tipo de negociação é afastado, senão as suas excepções.

Nesta fórmula “tudo ou nada” a regra deve indicar expressamente todas as suas excepções. Quanto mais preciso for o elenco das excepções, mais completa será a enunciação da regra. Ao contrário, os princípios são pautas genéricas que condicionam e orientam a compreensão do sistema jurídico, tanto no tocante à sua explicação e integração, como no momento da elaboração de novas normas.

Mesmo os princípios que mais se assemelham a regras não estabelecem consequências jurídicas que sigam de forma automática a enunciação dos factos que deveriam servir como condição para a sua aplicação. Surge então que os princípios devem ser avaliados conforme o seu peso ou importância, facto que não se verifica com as regras.

Assim, a regra jurídica é sempre critério de qualificação e de decisão de casos concretos, mas não é necessariamente uma regra de conduta²⁶⁴.

Resulta então que o Direito visa regular as relações entre pessoas numa sociedade através da justiça, de modo a estabelecer a paz, a segurança e a tranquilidade entre os membros que a compõem. As regras jurídicas caracterizam-se por serem regras de o dever ser e não do ser, o qual pertence a concepção da norma e conseqüentemente ao interesse que a mesma encerra.

A norma jurídica pode ser, antes de mais, uma regra, uma fórmula, um modelo de comportamento, mas tem algo de específico, distinguindo-se das demais regras pela sua obrigatoriedade. Isto significa que são regras jurídicas que podem ser impostas pela força do Estado²⁶⁵.

Portanto, as normas jurídicas consagram regras de comportamento, que é o dever geral e universal de observar, seja qual for o seu sentido, ditando o que deve ser e não o que é,

²⁶³ RONALD, Dworkin. O Império do Direito, Editora Martins Fontes 2003, p.449

²⁶⁴ ASCENSÃO, Oliveira de. **O DIREITO, Introdução e Teoria Geral**, 10ª Edição, Coimbra, 1997, p. 486

²⁶⁵ SILVA, Germano Marques da. **Introdução ao Estudo do Direito**, 3ª Edição, Universidade Católica Editor, Lisboa. 2009, p. 180

distinguindo-se assim de outras normas, uma vez que estas não carecem da tutela jurídica do Estado, a sua imposição pela força organizada do Estado.

Na percepção de MARCO, Aurélio Greco, para a descrição de uma norma jurídica refere-se a ideia da proposição jurídica que se localiza no âmbito de ciência jurídica, sendo uma classificação da razão que se organiza no modo de um critério hipotético-condicional.

Observa-se, no princípio, que a proposição jurídica tem por papel a descrição de uma norma determinada com a previsão de uma conduta ou comportamento. Este comportamento serve para actuar o conhecimento do objecto da ciência do direito, mas sem ter o carácter imperativo; isto significa que a proposição jurídica visa fazer descreve um comando ou uma ordem²⁶⁶.

SOUSA, Rebelo prefere usar o termo regra jurídica com sentido de regra de conduta social, dotada de coercibilidade material, e falar da norma a regra abstracta e geral. Mas ao mesmo tempo considera que chamam-se normas jurídicas as regras jurídicas abstractas e genéricas²⁶⁷.

A doutrina positivista do Direito entende que o único direito que existe é o Direito Positivo, ou seja, o ordenamento de normas que constituem um sistema, normas, essas emanadas de um poder soberano²⁶⁸.

Neste estudo, a norma jurídica nos interessa, pois, na base das suas características, ela assenta numa regra de conduta social imperativa ou obrigatória, geral e abstracta imposta pela autoridade do Estado. É neste contexto que o Direito, pelo seu poder soberano de âmbito legislativo, é uma emanção do Estado e ao mesmo tempo o direito cria de forma evidente o Estado, que terá por função assegurar o bem comum da colectividade. Daí, nota-se que as normas jurídicas desempenham a função de regular o comportamento do Homem no que diz respeito aos valores e interesses que a ordem jurídica pretende defender a fim de garantir, de modo particular, a convivência harmoniosa dos homens em sociedade.

²⁶⁶ GRECO, Marco Aurélio. **Norma Jurídica Tributaria**, EDUC, Saraiva, 1974, pp. 20-21

²⁶⁷ SOUSA Rebelo de E GALVÃO Sofia. **Introdução ao Estado do Direito**, 5ª Edição 2000, p. 242

²⁶⁸ SILVA, Marques Germano da. **Introdução ao Estudo do Direito**; 3 Ed.; Universidade Católica de Lisboa; 2009, p.p. 57-58

2.7.2. Hierarquia de Norma Juridica

2.7.2.1. Hierarquia como Estrutura do Sistema Jurídico

A ideia da hierarquia das normas no âmbito Constitucional traz uma teoria assimétrica constitucional, pois pretende hierarquizar materialmente o que é formalmente igual. A nossa pretensão não é de estabelecer esta complexidade (contradição), mas quando olhamos no sentido formal entendemos que as disposições da constituição, todas elas, têm o valor constitucional materialmente; por esta razão constata-se raízes de hierarquia entre estas disposições.

Para abordar a teoria da hierarquia entre as normas constitucionais é relevante compreender as noções dos termos hierarquia e normas. Trata-se de conceitos que deixam a desejar no âmbito de debates científicos, em que não foi encontrada a unanimidade dos juristas publicistas. Sendo assim, à luz da doutrina, o conceito, sendo polissêmico, a hierarquia de normas é uma das ideias que participa na construção do mausoléu das noções dominantes no direito positivo.

Por isso, P. AMSELEK considera que *la doctrine accepte communiment la hierarchie des normes como une idée qui va de soi*²⁶⁹. A doutrina considera geralmente a hierarquia de normas como uma ideia que se integra no ordenamento jurídico.

No âmbito deste estudo, refere-se a hierarquia de normas em materia do direito público. Isto significa o Direito Constitucional ou nos diferentes casos particulares, isto é, nas relações existentes entre as normas constitucionais e aquelas relativas aos direitos humanos resultantes do direito internacional, ou ainda entre a constituição e os acordos bem como os tratados internacionais.

²⁶⁹ A doutrina aceita de forma vulgar a hierarquia de normas como uma ideia que vai de si próprio. P. AMSELEK, *Une fausse idée Claire: La hierarchie des normes juridiques*, in, *Renouveau du droit constitutionnel, Melanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Dalloz, Coll. *Etudes, Melanges, Travaux*, 2007, p. 983.

On évoque souvent la hiérarchie de règles pour établir à son encontre toutes sortes de critiques²⁷⁰, éclaircir les perturbations en son sein²⁷¹, les divergences qu'elle recèle²⁷² ou encore ses mutations²⁷³.

La hiérarchie de normes constitue la forme la plus élaborée de l'ordre juridique, à tel enseigne qu'il est de nos jours impossible de penser un ordre juridique sans immédiatement penser à la hiérarchie des normes en dépit des autres classifications des rapports inter-normatifs au sein de l'ordre juridique²⁷⁴.

A expressão “hierarquia de normas” refere-se à relação de dependência existente entre as normas ou regras que a relação constituída do sistema jurídico, que é por si só do âmbito jurídico e determina a estrutura síncrona e diacrônica do sistema. Assim sendo, a concepção da hierarquia está muito ligada à ideia de validade das normas baseadas na ordem da produção de normas no ordenamento jurídico, visando criar uma certa confusão entre condições de validade de normas e aquela de produção de normas²⁷⁵.

Nota-se que o princípio hierárquico pode ser considerado como o problema fundamental no âmbito do direito. Apesar da sua concretização através da jurisprudência, em que, por exemplo, o juiz constitucional contempla as exigências próprias, a hierarquia de normas jurídicas na ordem interna; neste contexto, podemos confirmar que a ideia de hierarquia não é óbvia.

²⁷⁰ AMSELEK, P. *Reflexions critiques autour de la conception Kelsenienne de l'orde juridique*, RDP, 1978,

²⁷¹ GRANET, F. “*Perturbations dans la hierarchie des normes juridiques*”, in, *Le droit privé français à la fin du XXème siecle, Etudes offertes à Pierre CATALA*, Litec 2001, p. 41

²⁷² AMSELEK, P. “*Kelsen et les contradictions du positivisme juridique*”, APD, 1983, t. 28, p. 271

²⁷³ “*Invoca-se a hierarquia de normas para reformular ao seu encontro todas as críticas, demonstrar as perturbações dentro dela, as contradições que lhe abriga ou ainda as suas mutações*”. P. PUIG, “*La hierarchie des normes: du systeme au principe*”, RTD civ., 2001, p. 749

²⁷⁴ Cfr. HANS Kelsen, *Theorie pure du droit*, Paris, Dalloz, trad. Ch Eisenmann, 1962, p. 263 e ss.

²⁷⁵ *Par hierarchie des normes on designe le fait qu'il existe entre les normes ou regles un rapport de dependance que c'est ce rapport qui est constitutive du systeme juridique qu'il est lui-meme de nature juridique et qu'il determine la structure synchrone et diachronique du systeme* (D. DE BECHILLON, *Hierarchie des normes*”, in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit, pp. 779 et s.

AMSELEK salienta que: “*la diversité même des qualifications terminologiques utilisée en témoigne déjà: si l’on parle plus souvent d’une hiérarchie des normes juridiques*²⁷⁶, *certaines parlent d’une hiérarchie d’actes juridiques*²⁷⁷ *ou encore d’une hiérarchie de textes*²⁷⁸”.

Isso mostra que não há unanimidade no que concerne à terminologia da expressão “hierarquia de normas”, pois cada autor tem o seu entendimento, como explica AMSELEK. Portanto, há necessidade de chamar outras terminologias, sobretudo quando se fala da hierarquia das fontes, em que a lei é considerada como fonte primária e pode ser entendida como um acto normativo por excelência na hierarquia das normas num ordenamento jurídico do Estado que se quer da família do Direito Romano-Germânico.

Portanto, a norma tem a ver com o conceito científico usado numa acepção geral que corresponde a uma regra de direito que encarna a ideia de racionalidade, particularmente o valor obrigatório ligado a uma regra de conduta. A norma é uma regra de conduta geral imposta a grupo de pessoas ou a uma sociedade; isto é, a norma refere se a uma regra jurídica.

Destas considerações surgem duas características fundamentais de uma norma: obrigatoriedade e generalidade. Essas características determinam a natureza de regra de conduta numa sociedade.

A partir deste estudo, a hierarquia de normas jurídicas busca discutir sobre algumas dificuldades que até certos pontos podem entrar em contradição com ordenamento jurídico no que concerne a interpretação de normas de direitos humanos; sobretudo quando são enfrentadas com as normas jurídicas internas. Essas dificuldades surgem dos conflitos entre as duas normas que interpelam vários juristas de tomar uma posição mais adequada para fazer aplicar o direito.

²⁷⁶ BECHILLON, D. *Hierarchie des normes et hierarchie des fonctions normatives de l’Etat*, Paris, Economica, 1996. P. 119

²⁷⁷ QUERMONE, J. *L’évolution de la hiérarchie des actes juridiques en droit public français*, These, Caen, 1952, J-F LACHAUME, *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français*, Paris, LGDJ, 1966, p. 240

²⁷⁸ MORANGE, J. “*La hiérarchie des textes dans la Constitution du 4 Octobre 1958*, Dal. 1959, chron. 23; C. GOUR, *Hierarchie des textes de la legalite en droit public cambodgien*, Annales de la faculté de droit de Phnom Penh, 1962, vol. IV

Um conjunto de problemas pode resultar desta ideia que parece ser vulgar. Várias hipóteses são assinaladas de modo a detectar a relação entre duas normas de natureza diferente, onde uma é superior e outra inferior, ligadas por relações de contradição. Uma nova configuração pode nascer, onde é possível identificar as posições hierárquicas entre duas normas, como sustenta TROPER, Michel.

Assim sendo, pode haver uma hierarquia entre duas normas que apresentam várias configurações em que as relações podem ser contraditórias. Neste contexto, podemos considerar que duas leis no sentido orgânico tendo a mesma posição hierárquica devem obedecer a constituição que lhes é superior; isto implica que nenhuma das leis determina a validade da outra, pois de mesmo nível hierárquico.

Portanto, há necessidade de colocar uma questão quanto a uma lei ab-rogada por uma nova lei cujo seu conteúdo irá determinar as condições de ab-rogação do acto normativo anterior. Essa situação demonstra de forma evidente como um acto normativo pode ter a mesma posição hierárquica com uma outra norma, podendo ao mesmo tempo ser considerada como superior em relação a esta outra norma.

*Il est souvent á la base des très grandes critiques faites á la theorie de la hierarchie des normes e laisse entrevoir d'enormes difficultés á ceux qui auraient l'intention de justifier les relations que existent entre deux normes em termes de hierarchie. En fait, la difficulté, si ele est permanente, est bien moins grande qu'elle ne paraît si l'on admet de se detacher de la conception commune "que le critère hierarchique est uniforme"*²⁷⁹.

2.7.2.2. Hierarquia de Normas Juridicas Lato Senso

Actualmente os doutrinários consideram que a hierarquia de normas pode ser entendida no sentido mais simplificado, na medida em que ela fixa que as normas de nível inferior subordinam-se às normas superiores.

²⁷⁹ ALIPRANTIS, N. *La place de la convention collective dans la hierarchie des normes*, (Preface H. SINAY), LGDJ, Coll. *Bibliothèque d'ouvrages de droit social*, Tome 22, 1890. p.40

A hierarquia de normas constitui as teorias que apresentam a ordem jurídica como um sistema organizado, que prevê, nomeadamente, um mecanismo teórico de resolução de questões da pertença de uma norma a esse sistema²⁸⁰.

Resulta então que estas teorias se fundam na ideia de integração das questões ligadas à revisão das normas do sistema jurídico; isto através da ab-rogação ou anulabilidade, revisão ou alteração bem como a elaboração de novas normas. Estas teorias encontram o seu fundamento no critério da validade das normas jurídicas no direito interno, ou seja, na ordem interna e ao mesmo tempo afasta qualquer referência aos aspectos do sistema externo.

É por isso que PFERSMANN O. admite que a hierarquia de normas *resume la contrainte que les normes de rang inferieur soient identiques á des regles superiores sans qui ne soit libre de principe precis de la supremacie hierarchique, ni explique les consequences qui peuvent resulter en cas de violation de la theorie ou en cas de non conformite de normes á la dite theorie*²⁸¹.

A hierarquia de normas é assim abordada para determinar toda organização das normas jurídicas, qualquer que seja o princípio que dá satisfação de uma teoria da coerência da ordem jurídica. A partir desta constatação ALIPRANTIS alega que hierarquia é *“l’ensemble des elements d’un sistema juridique compris dans leur coordonation et fonde sur le critere selon lequel la norme inferior doit obeir et mettre en pratique celle du degré superior”*²⁸².

A ideia da hierarquia de normas permite justificar ao mesmo tempo o carácter obrigatório das normas e a possibilidade de o anular. Mas permite também justificar a possibilidade de o ab-rogar, como acontece com a expressão de *“inversion de la hierarchie des normes”*²⁸³.

²⁸⁰ La hierarchie des normes est basée sur les theories qui presentent l’ordre juridique comme un sistema organise, prevoyant notamment un mecanisme theorique de resolution des questions d’appartenance d’une norme a ce systeme. Eric Millard, La hierarchie des normes, une critique sur un fondement empiriste. In Revue de theorie constitutionnelle e de Philosophie du droit, 21, 2013, p. 165

²⁸¹ PFERSMANN, O. *Hierarchie des normes” in, Dictionnaire de la culture juridique*, (Direction S. RIALS et D. ALLAND), PUF, Quadrige, 2003, p 779

²⁸² A hierarquia e conjunto dos componentes de um sistema jurídico considerado na sua coordenação e baseado no princípio segundo qual a norma de um grau ou nível deve respeitar e implementar lá do nível superior”. N. ALIPRANTIS, *Op. Cit.*, p. 39

²⁸³ TROPER, Michel. *Q’est-ce que la Hierarchie des normes*, p. 57

*La hierarchie de normes, como renversée, repose sur son sommet et que les interpretes sont tout puissants parce qu'ils sont juridiquement libres d'attribuer la signification de leur choix aux normes superiores*²⁸⁴.

Face a esta tese, TROPER considera que é uma conclusão que poderá ser excessiva²⁸⁵. Portanto, o pensamento aceite por PAOUR, quando argumenta que “*les organes qui concretisent les normes superiores sont en effet pris dans um reseau de contraentes qui determinent em parti le sens de leur production juridique et permettent aux organes superiores d'exercer une influence sur le processus de concretisation*”²⁸⁶.

Portanto, trata-se da questão da hierarquia no âmbito do Direito Constitucional quando admite-se que o termo significa: uma estrutura particular que define, uns em relação aos outros, o vínculo de conformidade entre duas ou várias normas jurídicas; sobretudo quando acontece entre duas normas diferentes, a hierarquia tem por consequência a subordinação do vínculo de conformidade de uma norma àquele da outra norma considerada superior.

Desta concepção há necessidade de revelar várias posições hierárquicas entre duas normas no direito positivo: por um lado a hierarquia entre as normas constitucionais e normas legislativas, ou hierarquia entre normas ordinárias e, por outro, a hierarquia entre as normas constitucionais e normas externas, uma vez recebidas na ordem interna, e hierarquia entre as normas infra-constitucionais e normas internacionais. Assim, é importante sustentar que a violação de norma superior tem por efeito a sanção bem como a responsabilidade dos órgãos envolvidos ou até do próprio Estado.

Como sublinham alguns critérios restrictos ou limitados devem acompanhar essas definições da hierarquia no sentido em que “*l'etude de la hierarchie des regres connaît deux*

²⁸⁴ PAOUR, Raphael. *Les Contraintes Juridiques de la hierarchie des normes, in Revue de theorie constitutionnelle et de philosophie du droit*, 21. 2013, p. 20

²⁸⁵ TROPER, Michel. *Q'est-ce que la Hierarchie des normes*, p. 58

²⁸⁶ Os órgãos que concretizam as normas superiores são, portanto, tomadas numa rede de constrangimentos que determinam parcialmente o sentido da sua produção jurídica e permitem aos órgãos superiores de exercer uma influência sobre o processo de concretização. PAOUR, Raphael. **Op. Cit.**, p. 204

aspects differents: l'un vise à créer l'existence des normes, l'autre se préoccupe de régler les éventuels conflits entre elles"²⁸⁷, uma das divisões do direito público da ordem jurídica global²⁸⁸.

Embora haja dificuldades da distinção entre o direito privado e direito público, o Direito Constitucional integra-se no mesmo ramo com Direito Internacional, Direito Penal, e tantos outros direitos.

O Direito Constitucional pertence ao direito público, que se distingue do direito privado na medida em que se funda nos critérios diferentes tendentes a explicar esta diferença. Assim, o primeiro critério reside na posição dos sujeitos, ou seja, critério de subordinação, que pretende que o direito público tem por característica as vinculações de supra-infra-ordenação, enquanto o direito privado funda-se nas relações essencialmente igualitárias. Esta ideia esclarece o exercício de um poder público por meio de formas e procedimentos específicos. Isto justifica no exercício de um poder de autoridade nas relações regidas pelo Direito Constitucional.

Portanto, esta teoria apresenta defeitos que GOMES Canotilho os justifica de forma seguinte:

(a) Presume um carácter absolutamente igualitário das relações jurídicas civis a eficácia externa dos direitos fundamentais, que aponta para a existência de relações de subordinação entre entidades particulares; (b) deixa por explicar a configuração das relações constitucionais inter-orgânicas (entre órgãos de soberania) não reconduzíveis propriamente a relações de supra-infra-orgânicas; (c) não toma em consideração a existência de relações igualitárias entre poderes públicos e os cidadãos, por exemplo, nos contratos públicos²⁸⁹.

A posição de sujeição como um dos critérios encontra alguns obstáculos no âmbito da aplicabilidade de direitos e liberdades fundamentais, em que a posição horizontal deve ser observada pelas entidades públicas bem como as privadas de modo a garantir um tratamento igualitário perante os cidadãos, titulares destes direitos fundamentais.

²⁸⁷ PUIG, P. *La hierarchie des normes: du système au principe*", n.º 32, p. 783

²⁸⁸ GOMES, Canotilho. **Op. Cit.**, p. 133

²⁸⁹ *Ibidem*

O reforço desta ideia encontra-se inserido na disposição constitucional, quando trata da vinculação das entidades públicas e privadas que explica a posição horizontal dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico interno²⁹⁰.

Uma outra distinção merece ser assinalada, na medida em que assenta na teoria de interesses protegidos numa relação jurídica; porém o direito privado visa proteger os interesses individuais, enquanto o direito público tem a ver com a protecção dos interesses públicos. E por fim, o direito público é um direito especial que consiste especialmente em regular os direitos e deveres de titulares de poderes públicos. Portanto, no Direito Constitucional, para além da regulação desses direitos e deveres, existem normas que regulam as entidades privadas.

Considerando o direito como sistema de normas, importa distinguir as proposições das normas, pois de forma geral a norma tem por fundamento algo que deve ser, contrariamente às proposições, que determinam algo que é, isto é, algo que existe. Desta contradição existente resultam dois aspectos pertinentes que precisam de se notar. O primeiro aspecto cinge-se na descrição de uma realidade e o segundo é baseando na pretensão de influenciar a conduta ou comportamento de outrem para actuar ou agir. Assim, decorre, por um lado, a função descritiva ou indicativa das normas e, por outro, a função prescritiva ou normativa das normas jurídicas.

As proposições caracterizam-se pela susceptibilidade de ser consideradas como verdadeiras ou falsas, enquanto que a norma não aceita esta conotação; por isso precisa de sublinhar que a norma assenta na sua validade. Surge, então, que uma norma válida é aquela que está em vigor e que está em conformidade com o que a preceitua.

A conformidade de uma norma inferior em relação à superior pode ser analisada no âmbito da hierarquia das normas jurídicas. A ordem jurídica só é válida quando for conforme com a lei; isto significa que a ordem jurídica tem sua conformidade na base de lei; essa última é

²⁹⁰ Art. 56 n° 1 da Constituição da República de Moçambique (CRM) dispõe que: “os direitos e liberdades individuais são directamente aplicáveis, vinculam as entidades públicas e privadas, são garantidas pelo Estado e devem ser exercidos no quadro da Constituição e das leis”.

elaborada pela Assembleia da República que, por sua vez, constitui o órgão habilitado, ou seja, competente, pela Constituição nesta matéria.

É neste contexto que surge a constituição, como a norma das normas, em que no cimo dela não existe mais uma outra norma susceptível de fundamentar a validade da lei e de forma indirecta a ordem jurídica; fonte da norma fundamental. A validade de normas depende da sua conformidade com uma norma superior, que em si mesma valida, na medida em que obedece a uma norma ainda superior.

GOMES Canotilho apresenta três perspectivas em que a superioridade hierárquico-normativa considera as normas do direito constitucional como:

(i) uma lei suprema que detem a base de conformidade de norma em si própria (**auto-primazia normativa**); (ii) norma de normas (**norma normarum**), que admite ser a fonte de formação de direito de outras normas (normas legais, normas regulamentares, ...); (iii) a superioridade de normas constitucionais implica o **princípio da conformidade** de todos os actos normativos com a constituição²⁹¹.

Sendo assim, a hierarquia de normas forma um sistema que pode ser entendido como o escalonamento, ou seja, a estrutura de normas, em que a norma de nível superior, chamada de *Norma Mater*, fonte de validade das outras normas, tem uma prevalência sobre todas as restantes; esta norma orienta todo o sistema jurídico na ordem interna.

O sistema é um conjunto que não é composto de justaposição ou de uma soma de elementos; esses elementos têm a natureza de norma só pelo facto de pertencerem ao sistema, tendo em conta que esse atribui a esses elementos o valor de norma. A norma jurídica será aquela que pertence ao sistema.

O conceito do sistema refere-se á *une unité globale organisée d'interrelations entre elements, actions, individus*²⁹².

²⁹¹ GOMES Canotilho, **Op. Cit.** p. 137

²⁹² MORIN E., *la methode, t. I, La nature de la nature*, Paris, Seuil, 1980, 471 p. 102 in BRAMI Cyril, *La Hierarchie des Normes en Droit Constitutionnel Français: Essai d'analyse Systemique*. Tese para Obtenção do Grau de Doutor em Direito Público pela Universidade de Cergy Pontoise, 2008 p. 17. *Resulta desta ideia que o sistema tem a ver com uma unidade global organizada de inter-relações entre os elementos, acções, indivíduos.*

Na sua teoria sobre a definição geral da ordem jurídica, HANS entende que: *cet ordre est un systeme hierarchisé (les normes et les organes sont tous et necessairement mis dans une circonstance de superiorité ou de obeissance les uns par rapport aux autres), lineaire (les relations entre les diferentes niveaux de l'ordre pyramidal s'effectuent em sens unique), et arborescente (l'integralité des normes du sisteme derive, fut ce, mediatement d'une même source)*²⁹³.

Considerando como um subsistema jurídico, o Direito Constitucional, diferentemente dos outros ramos do direito público pelo seu âmbito específico do seu objecto e pelos princípios particulares que o integram, pode ser considerado como um tronco do sistema jurídico, como tantos outros.

Assim, o conceito do Direito Constitucional deve tomar em conta as características materiais ou formais. De todas as formas, os dois aspectos referem-se à constituição que, no primeiro aspecto, é percebida como um conjunto de normas caracterizadas pelo seu objecto, e no segundo caso as normas são definidas pelo nível em que se situam dentro da hierarquia da ordem jurídica.

2.7.3. Fontes Internacionais

A questão das fontes internacionais do direito merece uma atenção particular, pois para a sua compreensão precisam de ser confrontadas com as fontes internas. As fontes do direito, de forma geral, que merecem uma análise, são: o costume internacional, os tratados e acordos normativos. Nesta vertente, é indispensável alegar que a Constituição da República de Moçambique preocupa-se com as fontes do direito internacional na sua configuração e lhe atribui um lugar específico na estruturação do ordenamento jurídico.

O Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça (ETIJ) prevê, no seu artigo 38, uma serie das fontes do direito internacional, nomeadamente: as convenções internacionais, os

²⁹³ A despeito desta passagem, surge a necessidade de dizer que esta ordem é um sistema hierarquizado (as normas e os órgãos são todos e necessariamente colocados numa situação de supremacia ou de subordinação uns aos outros), linear (as relações entre os diferentes níveis da ordem piramidal realizam se no sentido único), e arborescente (a integralidade das normas do sistema derivado, fosse directamente, da mesma fonte).

costumes internacionais e os princípios gerais do direito²⁹⁴. Portanto, a doutrina e a jurisprudência são mecanismos auxiliares, e não constituem fontes no sentido técnico.

As convenções internacionais são a fonte indispensável e mais realista do direito internacional. Nota-se que há divergência de opinião sobre a terminologia desta expressão. Ora fala-se de tratado, ora são acordos, ou pactos.

Costumes internacionais constituem a segunda fonte do direito internacional. E no sentido técnico envolvem dois elementos essenciais: o substancial ou objectivo, o psicológico, subjectivo ou espiritual, a *opinio juris*. Assim sendo, o descumprimento desta norma é passível de uma sanção internacional.

Princípios gerais do direito são fontes autónomas do direito internacional, das quais podemos citar: *pacta sunt servanda*, a boa-fé. Os princípios gerais do direito constituem as fontes secundárias do direito internacional geral ou *ius gentium*.

No contexto de direito internacional público, são validos não somente as convenções internacionais, mas os princípios gerais contínuos dos costumes. As recepções nacionais de regras internacionais devem abranger indistintamente um e outro sector²⁹⁵.

Neste contexto, o artigo 17 da Constituição da República de Moçambique, no seu n° 2, prevê que as regras e os princípios de direito imperativo, ou seja, *ius cogens*, são parte integrante do ordenamento jurídico moçambicano, ou seja, do Direito Moçambicano²⁹⁶.

2.7.4. Fontes ou Normas Nacionais

A hierarquia das fontes no direito moçambicano considera a lei e as normas corporativas primordialmente como os modos de formação e de criação de normas jurídicas, por

²⁹⁴ Artigo 38 do ETIJ determina que o tribunal, tendo como missão de tomar decisão em conformidade do direito internacional nas base das convenções que sejam submetidas, deverá aplicar: 1. As convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabelecem regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; 2. O costume internacional como prova de uma prática geralmente aceite como direito; 3. Os princípios gerais do direito reconhecido pelas nações civilizadas; 4. As decisões judiciais e as doutrinas dos publicitários de maior competência das diversas nações, como meio auxiliar (...); 6. A presente disposição não restringe a faculdade do tribunal para decidir um litígio ex-aequo et bono, se convier às partes.

²⁹⁵ ASCENSÃO, Oliveira de. **Op. Cit.** p. 271

²⁹⁶ Nos termos do artigo 17 n°2 da CRM: A República de Moçambique aceita, observa e aplica os princípios da Carta da Organização das Nações Unidas e da Carta da União Africana

isso são consideradas como fontes imediatas do direito, e a jurisprudência e a doutrina surgem como fontes indirectas, pelo facto de que apenas servem como modos de revelação de normas jurídicas.

Ao falar das fontes do direito precisa de saber que existe também a hierarquia das normas jurídicas, uma terminologia que foi divulgada por STFENBAU-*teorie* e tornou-se célebre através de KELSEN. A hierarquia das normas jurídicas pode ser percebida de várias formas.

Assim sendo, no topo do ordenamento jurídico moçambicano a hierarquia das fontes do direito é dominada pela norma hierarquicamente superior, isto é, a Constituição; seguida das leis, decretos-leis e decretos, como dispõe o artigo 142, n^o1 da CRM. Portanto, a hierarquia das leis pode ser estabelecida distinguindo os aspectos seguintes:

a. Leis ou normas constitucionais: referem se as normas, ou seja, as leis contidas no texto constitucional e ocupa o lugar superior na hierarquia das normas.

b. Leis ou normas ordinárias: dizem respeito a todas as restantes normas ou leis que podem ser classificadas em leis ordinárias reforçadas. Estas leis se encontram imediatamente abaixo das leis constitucionais cuja o processo de elaboração é mais fácil. Por isso, são actos legislativos no sentido verdadeiro e resultam do órgão com competência legislativa como prevê o artigo 168 da CRM.

Neste contexto, nos termos do artigo 169 da CRM, a Assembleia da Republica surge como órgão competente em matéria legislativa por excelência e a partir dela que provem as leis; estas leis são chamadas a estabelecer as regras jurídicas. Portanto o Governo pode, mediante autorização legislativa, exercer as funções legislativas, como ilustra o artigo 204 da CRM.

Porém, notar que é da competência ainda do Governo exercer as funções regulamentares; assim sendo, os regulamentos podem revestir as seguintes formas:

- ✓ Decretos e Regulamentos: referem se os diplomas provindos do Governo e promulgado pelo Presidente da República;
- ✓ Resoluções do Conselho de Ministros: referem se os actos emanados do Conselho de ministros e não carecem da promulgação do Presidente da República.

- ✓ Portarias: diz respeito as ordens do Governo, dadas por um ou mais ministros que não precisam de ser promulgadas.
- ✓ Despachos Normativos e Ministeriais: são diplomas internos ao ministério que se dirigem unicamente aos subordinados do ministro ou ministros signatários.
- ✓ Instruções: são regulamentos internos, contendo ordens dadas pelos ministros aos seus funcionários, ou seja, reformulam diretrizes para aplicação dos actos normativos.
- ✓ Circulares: soa instruções enquanto são dirigidas a vários serviços.
- ✓ Posturas: tem a ver com os regulamentos autônomos, locais, de polícia, emanados dos órgãos administrativos competentes.

c. Costume: constitui um outro processo de formação de normas jurídicas em que a norma surge de forma espontânea na sociedade.

d. A Jurisprudência: refere se a orientação geral seguida pelos tribunais no julgamento dos diversos casos concretos da vida social. E importante salientar que as decisões provindas dos tribunais podem revestir a forma de:

- ✓ Sentenças, no caso de decisão proferida por um tribunal singular;
- ✓ Acordãos: no caso de decisões proferidas por um tribunal colegial.

e. Doutrina: referem se a opiniões ou pareceres dos juriconsultos sobre a forma de regular as diferentes relações sociais.

CAPITULO III: DUALISMO-RELAÇÃO ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO

Breve Introdução

Este capítulo visa abordar os vários temas ligados a relação existente entre o direito internacional e a ordem interna sobretudo no momento da internacionalização das constituições ou de constitucionalização das normas do direito internacional no âmbito interno. Esta abordagem é baseada sobre o mecanismo de recepção ou de transformação do direito internacional na ordem nacional partindo das divergências defendidas pelas as teorias monistas e dualistas. Por isso, o capítulo desenvolve todas discussões em torno do tema apresentadas pela doutrina de modo a relevar a posição do direito constitucional moçambicano face as duas correntes.

3.1. Relação entre Direito Internacional e o Direito Interno

A divergência existente entre a norma do direito interno e aquela derivada de tratados internacionais, ou seja, do Direito Internacional, é uma questão polémica e gera várias discussões, tanto na doutrina como na jurisprudência no contexto jurídico interno. Da tese dos doutrinários, existem teorias adoptadas que se dividem entre a teoria monista e teoria dualista, cada uma das correntes procura a explicar a prevalência do direito interno ou do direito internacional no momento de divergência normativa entre as duas esferas de actuação.

Actualmente, no âmbito das normas dos direitos humanos não se pensa mais utilizar a teoria monista ou teoria dualista²⁹⁷; sendo que as duas teorias são superadas.

Neste contexto, TRINDADE argumenta que:

O antagonismo irreconciliável entre as posições monista e dualista clássicas provavelmente levou os juristas a abordar mais recentemente entre o direito internacional e o direito interno de ângulos distintos. A distinção tradicional, enfatizando a pretensa diferença das relações reguladas por só dois ordenamentos jurídicos dificilmente poderia fornecer uma resposta satisfatória à questão da protecção internacional dos direitos humanos: sob o direito interno as relações entre os indivíduos, ou entre Estados e os indivíduos, eram consideradas sob o aspecto da competência nacional exclusiva; e tentava-se mesmo argumentar que os direitos individuais reconhecidos pelo direito internacional não se dirigiam directamente aplicáveis. Com o passar dos anos houve um avanço no sentido de ao menos distinguir entre os países

²⁹⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Brasil, In Controle de convencionalidade, um panorama Latino-Americano. 1ª Edição Brasília-DF, Ed. Gazeta Jurídica, 2013. p. 46

em que certas normas dos instrumentos internacionais de direitos humanos passaram a ter aplicabilidade directa, e os países em que necessitavam elas ser transformadas em leis ou disposições de direito interno para ser aplicadas pelos tribunais e autoridades administrativas²⁹⁸.

Um dos elementos mais relevantes dessa dualidade repousa sobre a maneira como os textos constitucionais internos desconhecem a maior parte das questões ligadas ao direito internacional, parece que não existe uma relação de interdependência ou inter ligação entre os dois universos jurídicos.²⁹⁹.

Entretanto, no que se refere ao direito moçambicano, precisa-se notar que este não adoptou qualquer das duas teorias. A Constituição de 1990 é muito apreensiva no que diz respeito às relações entre a ordem internacional e a ordem interna, pois tratou de forma clara e directa esta questão.

Os tratados e convenções internacionais têm uma grande notoriedade na convivência harmoniosa entre Estados ao nível da comunidade internacional, pois desempenham um papel de relevância capital nas relações internacionais entre si através da assinatura de um Acordo entre os Estados num vasto processo de negociações, de modo a moderar os interesses de todas as partes no processo e que o documento final coincide com os objectivos de cada um dos membros-partes. Isso justifica o princípio, “*Pacta Sunt Servanda*”, que impõe o respeito pelo cumprimento das obrigações das partes.

Os Estados ao ratificar uma convenção internacional devem obedecer ao princípio de boa-fé, para garantir a segurança jurídica nos acordos internacionais assumidos, mesmo que

²⁹⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cansado. **Tratado de Direito Internacional dos direitos Humanos**. Porto Alegre: 2ª Ed. Sergio Antônio Fabris Editor. 2003, Vi. p. 43

²⁹⁹ Nesse sentido, relativamente aos Estados Africanos cujos sistemas jurídicos foram influenciados pelo sistema da common law, MALUWA, international law ..., p 41, afirma que “*a general proposition (...) one could argue that state practice em Anglophone Africa has been one of avoiding the constitutional incorporation of international law altogether. These states have preferred to leave the matter to be determined by the common law approaches developed in the English case law*”, in BASTOS FERNANDO. O Direito Internacional na Constituição Moçambicana de 2004. p. 41

seja sobre a legislação infra-constitucional, em razão de que a aplicação dos compromissos internacionais põe em causa o fundamento de cooperação internacional dos Estados.³⁰⁰

3.2. As Teorias Dualistas e Monistas

A problemática da relação existente entre as duas ordens jurídicas, isto significa as normas internas e normas internacionais convencionais, é objecto de discussões entre vários publicistas, sendo que a questão fundamental visa a prevalência de uma das normas jurídicas aquando do surgimento do conflito no momento da sua aplicação. A resposta a estas discussões encontra-se nestas duas correntes diferentes: a teoria monista e a teoria dualista.

3.2.1. Teoria Dualista

Os partidários desta teoria sustentam a sua tese na base do voluntarismo pluri-estadual e pretendem que o direito internacional depende da vontade soberana dos Estados. Assim sendo, os dualistas fazem depender a produção dos efeitos do tratado de um processo de transformação no ordenamento jurídico interno. Porém, o direito interno e o direito internacional são considerados como duas realidades diferentes.

Esta ideia foi reforçada por TRIEPEL, quando alega que a ordem jurídica internacional é distinta das ordens jurídicas internas no que diz respeito ao carácter obrigatório das respectivas normas, não afectando o direito internacional a validade das normas internas nem estas a validade daquele³⁰¹.

WALTZ não partilha da mesma opinião com os seus pares, quando considera que o direito internacional impõe obrigações, dá poderes e atribui direitos às ordens jurídicas estaduais e, conseqüentemente, quando o direito estadual, na aplicação de normas internacionais, cria regras

³⁰⁰ MENDES, G. F.; COELHO I. M.; BRANCO, PG.G. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2009. p. 78

³⁰¹ TRIEPEL, apud CUNHA, J. S. da. **Manual de Direito Internacional Público**. 2ª Edição, Almedina. COIMBRA 2004 p. 94

jurídicas, ou pratica actos jurídicos de execução, estabelece as relações jurídicas entre direito internacional e direito interno³⁰².

Assim, enquanto a vontade individual ou colectiva dos Estados poderá ser a base do direito internacional, este último terá por fim a regulação das relações entre os próprios Estados e será um direito baseado na relação de coordenação; o direito interno terá fundamento exclusivo na vontade soberana e unilateral do Estado nacional, terá como fim regular as relações entre as pessoas que habitam num espaço territorial do Estado e será um direito fundado na ideia de subordinação.

Deste pensamento há lugar de determinar a subordinação superficial do direito interno ao direito internacional, na medida em que a ordem interna pode dispor de normas que contrariam as normas internacionais, mas válidas e capazes de produzir os efeitos na ordem interna. Embora sejam válidas internamente, isso não lhes afasta da responsabilidade internacional do Estado.

Assim sendo, a pretensão dos Estados a coordenar e a possibilidade da intervenção dos indivíduos na sociedade internacional bem como das organizações internacionais tem contribuído negativamente no avanço da teoria dualista. Portanto, há motivos para vários autores a fazer valer a expressão “pluralismo” em detrimento do dualismo, em que o direito internacional seria em face não de um outro direito, mas, portanto, de vários ordenamentos jurídicos. De todas as formas, a proposta de VERDROSS de 1914 sobre o termo “dualismo” ficou uma expressão sagrada, ou seja, uma dogmática.

3.2.2. Teoria Monista

Os defensores desta teoria sustentam que o direito interno e o direito internacional constituem aspectos concomitantes duma única realidade jurídica. Com efeito, uma norma jurídica internacional é aceite na ordem interna depois da sua aprovação pelo órgão jurídico-constitucional competente do Estado.

³⁰² WALTZ Gustav Adolf, apud CUNHA, J. S. da. **Manual de Direito Internacional Público**. 2ª Edição, Almedina. COIMBRA 2004, p. 95

Nota-se que a teoria monista divide-se em dois grupos, consoante ao primeiro que dá primado ao direito interno, e o segundo com a primazia do direito internacional. Resulta que os argumentos avançados pelo primeiro grupo foram refutados na medida em que a supremacia do direito interno não se justifica a vigência do direito internacional, apesar da sua transformação na ordem interna. Por esta razão, alguns aspectos merecem ser analisados:

3.2.2.1. Monismo Nacionalista

Precisa de mencionar que alguns internacionalistas pretendem que o direito internacional possui a sua natureza no direito interno e, por este motivo, o direito internacional está sujeito ao direito nacional.

Tendo em conta que o poder supremo é absoluto, e considerando que o direito internacional nasce da vontade exclusiva unilateral dos Estados, nenhuma norma de fonte externa a ordem normativa interna poderia ser validamente aceite.

Assim sendo, os nacionalistas consideram que o texto constitucional seria uma norma em cima de todas as normas, inclusive as normas internacionais são obrigadas a se conformar. É desta tese que surge o direito estatal externo, um dos aspectos indispensáveis do direito internacional. Para além disso, considera inexistente qualquer força superior aos Estados, ficando a aplicação dos costumes internacionais que surge a partir de um acolhimento constitucional tácita.

3.2.2.2. Monismo Internacionalista

Esta escola assenta na subordinação do direito interno ao direito internacional. Para os defensores desta teoria, o cumprimento gradual de normas de direito internacional no âmbito interno provaria o valor da tese que conciliam. E, de uma outra forma, expressaria a prevalência do direito internacional o facto de estabelecer a responsabilidade internacional do Estado aquando da violação de uma regra do direito internacional por uma regra de direito nacional. Isso justifica a presença de mais outros actores como sujeitos do direito internacional.

No monismo do direito internacional há necessidade de distinguir o moderado em que aquele prevalece apenas nos casos em que haja condições para a sua aplicabilidade; tal como

nos países em vias de desenvolvimento, pois o seu processo de desenvolvimento depende da maior parte da aplicação condicional da maioria das convenções internacionais.

Este grupo admite com clareza que os aplicadores de direito, no âmbito interno, constantemente, e até por força do imperativo constitucional, amplamente favoreciam a norma interna em detrimento da norma internacional. Esta filosofia pode ser analisada em dois aspectos de validade e de aplicação do direito: um interno, que não deixa ser aplicada a norma contrária ao direito internacional; e um outro externo, onde a violação do direito internacional constitui o ilícito, capaz de gerar a responsabilidade internacional do Estado, operacional usando os meios internacionais próprios.

Para além disso, existe o monismo radical, que pretende que as normas do direito internacional se impõem em detrimento da ordem jurídica interna, obrigando-se aos Estados e aos indivíduos a respeitá-las.

Essa superioridade, para alguns, deve acontecer de forma absoluta para que seja considerada inválida e não aplicável, tanto por juízes dos tribunais nacionais quanto dos tribunais internacionais, quaisquer disposições de direito interno contrários ao direito internacional.

Ao pronunciar-se a favor da superioridade do direito internacional este argumento encontra o seu fundamento no artigo 27 da Convenção de Viena, quando determina que: “uma parte não pode invocar as disposições do seu direito nacional para justificar a não execução de um tratado”³⁰³.

Todavia, face a este problema, o juiz internacional e o juiz interno, inseridos num ambiente social diferente, pode ter reacções variadas, ditadas por preocupações distintas. De facto a violação de um tratado internacional pode ser lícito em direito interno, e o que é ilícito em direito interno não pode constituir violação de uma disposição convencional (TIJ. Acórdão de 20 de Julho de 1089, *Elettronica Sicula*, Rec. 1989, p. 51)³⁰⁴.

³⁰³ Art. 27 da Convenção de Viena

³⁰⁴ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER P., e PELLET A. **Direito Internacional Público**, 2ª Edição. Paris 2002. p. 282

Resulta desta decisão que o direito internacional pode prevalecer, pois não põe em causa as consequências do princípio do direito interno, pois em qualquer situação o litígio do direito internacional é, regra geral, uma questão de responsabilidade.

3.3. Sistema de Recepção das Normas do Direito Internacional

Olhando pelo princípio de aplicabilidade das normas internacionais no direito interno, importa referir que existem três aspectos que contribuem para a sua aplicação, nomeadamente:

A transformação do direito internacional na ordem interna, processo que acontece através da chamada cláusula de nacionalização. Isto quer dizer que as regras internacionais são incorporadas no âmbito interno por via da lei, como regra, podendo sê-lo por decreto-lei, decreto presidencial ou decreto do governo (art. 142 n° 1 a 4, art. 181, e art. 157 da CRM)³⁰⁵.

O recurso à cláusula geral de recepção semi-plena, nos termos da qual existem determinadas regras do direito internacional, transformadas em normas internas e outras que se aplicam directamente sem necessidade de sua transformação.

A cláusula geral de recepção plena em que o direito internacional se converte automaticamente, de acordo com os processos constitucionais vigentes, sem qualquer incorporação no direito interno, isto significa que o direito internacional é acolhido internamente sem perder o seu carácter internacional.

Nota-se que com o processo de globalização a doutrina de transformação tende a desaparecer, pois, tendo um aspecto negativo do direito internacional. Assim, a cláusula geral da recepção semi-plena consagra um sistema misto, na medida em que consagra a transformação para certas matérias e recepção a determinados institutos.

A cláusula geral de recepção plena consagra o reconhecimento automático do direito internacional, ainda que condicionado a ratificação e, ou a publicação. A cláusula geral de recepção semi-plena parece a mais aceitável para um sistema legislativo que se pretende cauteloso.

³⁰⁵ Em Moçambique, a Assembleia da República tem a competência de fazer leis e resoluções (art. 142 da CRM as convenções são recebidas por via de resoluções)

3.4. Sistema de Recepção das Normas Internacionais na Ordem Jurídica Interna Moçambicana

Depois de analisar as duas teorias das relações entre o direito interno e o direito internacional, importa-nos questionar a posição do ordenamento jurídico moçambicano.

No âmbito das relações internacionais, cabe ao Presidente da República celebrar os tratados internacionais, art. 160 alínea b) e 161 alínea b)³⁰⁷, pelo art. 203, alínea g) e compete ao Conselho de Ministros preparar a celebração de tratados internacionais e celebrar, ratificar, aderir e denunciar acordos internacionais em matéria da sua competência governativa.

Deste rol de disposições, o legislador quis estabelecer a diferença entre acordos e tratados, pois, no nosso entendimento, considerando os tratados como leis internacionais, estes carecem da competência da Assembleia da República para sua efectividade e de facto não cabe ao Conselho de Ministros celebrar e nem ratificá-los.

Pelo contrário, ao considerar os acordos como contratos internacionais, tal como definido pela doutrina dominante, surge que o Conselho de Ministros pode não só celebrar, mas também ratificar, aderir e denunciá-los. Esta posição foi defendida também pelo legislador moçambicano de 1990, nos seus artigos 122 alínea b) e 153 alínea f) da Constituição da República de Moçambique de 1990. Para nós, é uma posição favorável por parte do legislador de 1990 ao deixar ratificar os tratados ou convenções internacionais pela resolução da Assembleia da República e os acordos por meio da resolução do órgão executivo. Isso não é o caso na Constituição da República Francesa onde, por exemplo, a prática mostra que a aprovação é feita pelo Parlamento por meio de lei.

Da apreciação dos dispositivos acima citados, nota-se que o artigo 18 da CRM de 2004 trata dos problemas relativos ao direito internacional, quando determina que:

306 Artigo 160 da CRM dispõe que: no domínio da defesa nacional e da ordem pública, compete ao Presidente da República, alínea b), celebrar tratados.

³⁰⁷ Artigo 161 da CRM, determina que: no domínio das relações internacionais, compete ao Presidente da República, na sua alínea b), celebrar tratados internacionais.

1. Os tratados e acordos internacionais, validamente aprovados e ratificados, vigoram na ordem jurídica moçambicana após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado de Moçambique”.
2. As normas de direito internacional têm na ordem jurídica interna o mesmo valor que assumem os actos normativos infra-constitucionais emanados da Assembleia da República e do Governo, consoante a sua respectiva forma de recepção.

Desta disposição, há necessidade de revelar que existe: (i) a distinção entre tratados e acordos internacionais, (ii) método de incorporação das convenções internacionais na ordem jurídica interna, (iii) a obrigatoriedade de publicação como uma das fases de feitura legislativa moçambicana que determina os compromissos internacionais assumidos pelo Estado moçambicano, (iv) a possibilidade de produzir os efeitos na ordem jurídica interna de outras fontes de direito internacional fora das convenções internacionais, (v) método de incorporação das outras fontes de direito internacional fora dos tratados internacionais na ordem interna, (vi) a posição da hierarquia das fontes de direito internacional no contexto do direito moçambicano.

Ainda precisa de referir que o artigo 43 da CRM dispõe que: os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais são interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (CADHP).

Apesar da sua natureza delimitada, a ser acentuada pelo recurso ao direito internacional, assim, nota-se que algumas disposições têm uma relação com uso da força. Trata-se: do artigo 160, alínea a), artigo 165 alínea b) e artigo 194 alínea c) da CRM³⁰⁸. Importa salientar que na Constituição de 1975 existia uma cláusula de transformação em face do texto legal geral

³⁰⁸ Art. 160 alínea a) dá competência ao Presidente da República declarar guerra e sua cessação, o estado de sítio ou de emergência; art. 165 alínea b) determina e dá competência do Conselho de Estado de pronunciar-se obrigatoriamente sobre a declaração de guerra, do estado de sítio ou do estado de emergência; e o art. 194 alínea c) diz que é da competência da Comissão Permanente da Assembleia da República pronunciar-se previamente sobre a declaração de guerra.

do mar, confrontada com a Convenção sobre o Direito do Mar (CDM), e com a Constituição de 2004 o termo foi ainda repetido.

Neste sentido, resulta que alguns termos, tais como zona marítima, águas territoriais, zona económica exclusiva, zona contígua, espaço aéreo e fundos marítimos, os artigos 6 e 98 da CRM, que faz uma delimitação do território do Estado, e olhando pelos direitos no âmbito do direito internacional, têm o seu significado senão com recurso ao direito internacional, que examina esses conceitos de forma mais profunda.

Destes artigos entendemos que o direito moçambicano somente limitou-se a regular todos os bens que relevem do domínio público do Estado, tal como enumerado no artigo 98 número 2, sem se preocupar em enunciar as definições, ou seja, os conceitos de cada um deles, contidos nesta disposição, pois o legislador constituinte pretende que este domínio seja da exclusiva competência do Direito Internacional, a quem cabe esclarecer sobre os aspectos conceituais em matéria. Aqui, mais uma vez, a dificuldade de percepção do conteúdo do artigo 2 número 4 da CRM, pois para compreensão desta matéria é necessário o recurso ao direito internacional público.

Ainda no domínio das relações internacionais, nos termos do artigo 161 alíneas c) e d), compete ao Presidente da República nomear, exonerar e demitir os embaixadores e enviados diplomáticos da República de Moçambique; receber as cartas credenciais dos embaixadores e enviados diplomáticos de outros países.

Resulta que a República de Moçambique aceita, observa e aplica as normas e princípios do Direito Internacional, em conformidade com o artigo 17 n.ºs 1 e 2, artigo 22 n.ºs 1, 2, 3 e 4, artigo 19 e artigo 20 n.ºs 1, 2 e 3 da CRM.

3.5. Normas Internacionais e Hierarquia das Normas na Constituição de Moçambique

3.5.1. Abordagem Constitucional

O estudo de fundamento normativo nuclear constitucional é alvo de vários debates e suscita alguns comentários de alta complexidade no domínio dos juristas publicistas. Com uma certa razão, esta essência começa a perder a sua densidade epistemológica ao debate sobre a perspectiva formal e material da lei fundamental no sistema jurídico constitucional.

Olhando pela evolução ou a transformação que as teorias de Estado e a sociedade política conhecem, os comentadores de direito pouco se expõem em determinar qual é a essência normativa que deve merecer atenção do legislador constituinte. Surge então a necessidade de sublinhar que existem fenómenos que são considerados como paradigma ao exercício do poder constituinte. Isso denota-se da relação que existe entre as funções que os órgãos do Estado desempenham. Todavia, há novas recomendações que exigem a dignidade ou a defesa da constituição, constituindo uma garantia que o Estado Constitucional ou o Estado de Direito procura alcançar.

Actualmente, é importante reconhecer que a relação entre o tratado internacional e o acto legislativo revela um tema indispensável, tendo em conta as consequências que os instrumentos internacionais estabelecem nas relações entre Estados. Caso contrário, várias dificuldades podem surgir quanto ao direito a aplicar, pelo facto de que há um vazio jurídico ou ausência de normas da aplicação capazes de garantir a estabilidade nas relações internacionais. Esta ideia foi defendida por CARVALHO, Sousa, quando alega que: “o silêncio constitucional sobre o relacionamento entre tratado e lei agrava-se ainda mais quando se percebe que os Estados buscam a integração internacional”³⁰⁹.

O nosso entendimento alarga-se ao fenómeno da globalização e integração regional, em que os Estados são obrigados a abrir as suas fronteiras para atender a questões ligadas aos crimes transfronteiriços bem como a economia para alcançar o seu desenvolvimento. A concretização deste fenómeno precisa de ser acompanhada por um processo de harmonização dos instrumentos jurídicos, ou seja, de dispositivos internacionais com as normas jurídicas do direito interno.

No contexto dos direitos humanos, existe um conjunto de direitos na esfera internacional que são largamente protegidos pelas normas jurídicas do direito interno e sobretudo pelas normas do direito internacional.

³⁰⁹ CARVALHO, Weliton Sousa, Direitos Fundamentais: Constituição e Tratados Internacionais, in Tese de Doutoramento 2003, p. 261.

Na sua abordagem, CARVALHO, Hamilton³¹⁰ considera que essa protecção abarca todas normas do direito interno e internacional identificando como sistema de protecção dos direitos humanos no mundo. Para esse autor, esse sistema estrutura-se pela presença de várias organizações internacionais.

Nota-se que a questão da apreciação das normas do direito internacional em relação ao direito interno é de longa data, onde o legislador constituinte, ou seja, o poder constituinte ignora. A Constituição da República Popular de Moçambique de 1975 buscou enfrentar de forma incompreensível este fenómeno, logo depois da proclamação da independência.

Na verdade, sendo a constituição o padrão de todo o sistema jurídico-formal, o intérprete direcciona-se nela no seu primeiro movimento de exercício hermenêutico. Assim sendo, apesar do seu silêncio, o intérprete procura encontrar na sua argumentação o sustento para sua defesa. E se não acontece fica claro que há uma certa convicção ao sair da Constituição, tendo em consideração que não constitui um problema à sua conclusão.

Olhando pela relação existente entre as normas do direito internacional e a lei, a análise da constituição irá ajudar o intérprete a determinar a teoria que foi acolhida num ordenamento jurídico para dizer se estaremos perante a concepção monista ou dualista e qual é o nível definido.

Partindo do constitucionalismo moçambicano, não é tão óbvio identificar a posição que corresponde às normas do direito internacional diante das normas do direito interno, pois o legislador constituinte é ciente quanto à posição hierárquica das normas do direito internacional dos direitos humanos na ordem interna.

Portanto, GOUVEIA, Bacelar na sua análise sobre o direito constitucional comparado, considera a Constituição da República de Moçambique uma das constituições mais actuais, com um número largo de disposições no âmbito do direito internacional³¹¹.

³¹⁰ CARVALHO, Hamilton S.S de. **Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Biomédico**, Lisbon Press, LISBON, 2020. p. 72

³¹¹ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Manual de Direito Internacional Público**,, 2013. p. 365

Esta posição foi reforçada pelo artigo 43 da Constituição da República de Moçambique, quando estabelece que: “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”.

Esta situação está claramente estabelecida, porém o legislador constituinte nos deixa numa posição descontínua quanto à hierarquia do direito internacional na ordem jurídica moçambicana, quando determina que: “as normas de direito internacional têm na ordem jurídica interna o mesmo valor que assumem os actos normativos infra-constitucionais emanados da Assembleia da República e do Governo, consoante a sua respectiva forma de recepção”³¹².

Tal situação nos leva á questionar se uma lei do direito interno pode revogar um tratado internacional como acontece com as normas jurídicas de forma geral. A resposta é negativa, mas, portanto, o contrário pode se justificar pela harmonização ou adaptação de normas internas as normas internacionais. Assim sendo, olhando pelo lugar atribuído às normas do direito internacional no direito interno moçambicano, podemos dizer que há uma contrasta com a tendência do desenvolvimento do direito internacional e da relação existente entre a comunidade internacional e o direito interno.

O direito internacional dos direitos humanos surge como o guardião dos direitos fundamentais humanos no âmbito interno, pelo facto de esta disposição constitucional condicionar a interpretação e a integração dos direitos fundamentais conforme as normas internacionais, isto é, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos³¹³.

De acordo com HENRIQUES, José H., o legislador constituinte não faz senão projectar o seu ideal de luta á favor da protecção da dignidade humana ao nível mais alto através da lei fundamental alicerçada na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos. Consequentemente, esta posição não é mais senão um

³¹² Artigo 18 n° 2 da CRM

³¹³ Artigo 43 da CRM

reconhecimento de que a defesa dos direitos fundamentais transcende a soberania de um povo, ou seja, de um direito interno e universaliza-se³¹⁴.

Esta ideia foi reforçada pela posição do Provedor de Justiça, no âmbito da solicitação de ilegalidade e inconstitucionalidade do nº 5 do art. 22³¹⁵ do Regulamento relativo aos Mecanismos e Procedimentos para a Contratação de Cidadãos de Nacionalidade Estrangeira argumentou que ao permitir que o Ministro que superintende a área do trabalho possa interditar o exercício do direito de trabalho do cidadão estrangeiro, há uma limitação de um direito fundamental. Ainda considera que a Constituição vigente através do disposto no seu artigo 84 acolheu o Direito fundamental ao trabalho por via do disposto no nº1 do artigo 23 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, adoptada e proclamada pela resolução nº217, da III Assembleia Geral das Nações Unidas de 10 de Dezembro de 1948 (a DUDH)³¹⁶.

Por sua vez, RANGEL, Vicente reconhece que ao atribuir ao direito internacional fundamento meramente constitucional significa desconhecer, por outro, o princípio da continuidade das obrigações internacionais e a eficácia de fontes (costumes, princípios gerais de direito) que não dependem da vontade governamental³¹⁷.

Portanto, face á este contraste do legislador constituinte moçambicano, é relevante encontrar na interpretação constitucional e nos princípios gerais de direito a relação que existe entre os tratados e o direito interno.

³¹⁴ HENRIQUES, José Henriques, O Direito Internacional e a Constituição de Moçambique: Encontros e Desencontros à Luz do Pluralismo Jurídico Global, In Tese de Doutoramento, Lisboa 2015, p.p. 413-414

³¹⁵ Nos termos do nº 5 do art. 22 do Regulamento relativo aos Mecanismos e Procedimentos para a Contratação de Cidadãos de Nacionalidade Estrangeira, aprovado pelo Decreto nº 55/2008, de 30 de Dezembro que determina que: “em caso de violação dos princípios plasmados na Constituição da Republica e demais leis e normas vigentes no país, o exercício do direito ao trabalho por parte do estrangeiro em causa pode ser interdito por despacho do Ministro que superintende a área do trabalho”.

³¹⁶ Acórdão do Conselho Constitucional nº1/CC/2017 de 9 de Maio em que o Provedor de Justiça requereu a decalaração de inconstitucionalidade e de ilegalidade, com força obrigatória geral, da norma constante no nº 5 do artigo 22 do Regulamento relativo aos Mecanismos e Procedimentos para a Contratação de Cidadãos de Nacionalidade Estrangeira, aprovado pelo Decreto nº 55/2008, de 30 de Dezembro.

³¹⁷ Cfr. RANGEL, Vicente Marotta, Os Conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais, in VI Congresso do Instituto Hispano Luso-Americano de Direito Internacional, Venezuela de 3-12 de Outubro de 1967. p. 87

SOUSA Carvalho argumenta que, primeiro, há clareza dos princípios gerais do direito. De uma ou outra forma a inércia constitucional facilita a construção das teses antagónicas, mais sustentáveis. Assim sendo, observa-se de forma categórica a construção teórica do monismo e dualismo neste sentido³¹⁸.

E, em segundo lugar, COELHO Inocêncio entende que nos mais das vezes a Constituição não consegue prescrever decisões inequívocas do legislador, limitando-se a enumerar princípios ou indicar objectivos a serem perseguidos, deixando um campo aberto à criatividade do intérprete. Daí a necessidade de rigor exigido ao legislador constituinte na sua opção política-normativa de modo a afastar a integração de várias interpretações às vezes antagónicas no sistema jurídico. Isto constitui o objecto da relação existente entre as normas do direito internacional e o direito interno³¹⁹.

Por via do constitucionalismo moçambicano, denota-se que há uma inserção das provisões no âmbito do direito internacional na Constituição de 2004, podendo ser analisado como um pedido do legislador constituinte de aperfeiçoar e dar ênfase aos requisitos da política neoliberal e do Estado de Direito Democrático decorrente da Constituição da República de 1990 no sentido de cada vez mais participar activamente no Concerto das Nações e na nova arsenal jurídica internacional.

Como denota CARVALHO, Hamilton a superação do princípio da unidade do poder deve ser entendido se aliado ao contexto internacional. A descentralização político-administrativa em Moçambique naquela conjuntura é ao benefício das evoluções económicas e políticas internacionais³²⁰.

Com a sucessão das constituições de 1990 e 2004, o constituinte moçambicano manifesta muitos esforços normativos relativos ao direito internacional para preencher dúvidas, ou seja, lacunas que podem resultar nas relações internacionais.

³¹⁸ SOUSA Carvalho W., **Op. Cit.** p. 246

³¹⁹ COELHO, Carvalho. In SOUSA Carvalho W. **Op. Cit.** p. 246

³²⁰ CARVALHO, Hamilton. **ESTADO FORTE**, Hobbesianismo e Maquiavelismo na Actualidade Político-Constitucional Global (O Caso de Regime Jurídico-Constitucional Moçambicano), Chiado Editora, Editor Rita Costa, Lisboa, p. 124

Portanto, constata-se que ainda está longe da realidade devido à própria Constituição e sobretudo por causa da existência de uma divergência, ou seja, incongruência de algumas disposições, ou seja, instrumentos do direito internacional face à lei fundamental.

Neste contexto, BASTOS, Fernando Lourenço sustenta que a posição tomada pelo legislador constituinte nesta matéria representa uma opção surpreendente, pois não é conciliável com as características do direito internacional e inapropriada à integração da República de Moçambique nas relações internacionais³²¹.

Face a esta realidade, HENRIQUES, José fala da insustentabilidade da relação jurídica internacional entre o Estado Moçambicano e a comunidade internacional quando as normas do direito internacional ocupam o mesmo lugar que os actos normativos infra-constitucionais³²².

Portanto, o constituinte moçambicano, partindo da integração ou inserção da cláusula de normas de direito internacional na sua política das relações internacionais, em contraste com a forma de relação entre a ordem internacional e interna, nos leva a evocar a teoria dualista.

3.5.2. Revisão Jurídica

As construções das teorias monista e dualista constituem o fundamento de equacionar a questão de relação entre o direito internacional e o direito interno.

Com a facilidade hermenêutica, é plausível que a Constituição da República Popular de Moçambique de 1975 colocou a lei e o tratado no âmbito de normas infra-constitucionais. Portanto, o facto de estar no mesmo patamar face à Constituição divergem vários juristas, pois esta discordância resulta quando um tratado sucede a uma lei. Neste óptica, o tratado e a lei mantêm-se na mesma hierarquia? Trata-se do problema de prevalência dos tratados sobre leis domésticas antes da sua promulgação.

Assim sendo, os tratados não se confundem com as leis, pois a lei resulta da vontade exclusiva de um Estado, através do seu poder legislativo, enquanto o tratado internacional funda-

³²¹ BASTOS, Fernando Lourenço, O Direito Internacional na Constituição Moçambicana de 2004, Maputo, 2007. p.

21

³²² HENRIQUES, José H. *Op. Cit.* p. 360

se na vontade entre dois ou mais Estados soberanos. Neste contexto, o poder legislativo tem por competência ratificar ou renunciar os tratados internacionais e ao Presidente da República a competência de realizar a sua solenidade.

Três elementos merecem uma atenção particular sobre a questão da relação entre o tratado e a lei. Trata-se: (i) do primado das normas internacionais em detrimento do direito interno; (ii) da lei como as normas do direito internacional encontram-se no mesmo patamar no âmbito hierárquico, sucedendo-se em validade pelo critério cronológico (*lex posteriori derogat priori*); e, por fim, da tese da obrigatoriedade dos tribunais observar a lei, estas afastam a eficácia dos tratados³²³.

Nota-se que é óbvio que as duas primeiras correntes sejam de uma compreensão mais simples através das suas reformulações coerentes com qualquer entendimento jurídico. Portanto, a terceira formulação necessita de uma explicação mais cautelosa para sua compreensão no âmbito da literatura jurídica.

Os defensores desta teoria consideram que, no exercício da sua função, os tribunais obedecem obrigatoriamente ao princípio da legalidade, isto quer dizer, a lei nos termos previstos na Constituição. Nesta ordem de ideias, os tribunais podem desaplicar a lei quando esta não vai de acordo com os preceitos constitucionais. Sendo assim, surge a preocupação de saber o que acontece quando esta lei contraria os tratados.

A esta preocupação, SOUSA argumenta que a lei deve ser aplicada mesmo quando contrariar tratados, posto que estes não excepcionam a aplicabilidade dela. Portanto, o mesmo autor salienta que esta teoria não defende que a lei revoga o tratado, apenas afasta sua incidência, significando com isso que este continua apto a produzir efeitos na ordem internacional³²⁴.

Porém, alguns autores defendem a primazia dos tratados internacionais sobre as normas infra-constitucionais no âmbito interno e afastam toda construção baseada na igualdade hierárquica entre tratados internacionais e lei pelo simples facto de ser incoerente o Estado pactuar

³²³ HENRIQUES, Ribeiro. **As Relações Entre o Direito Internacional e o Direito Interno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 127

³²⁴ SOUSA Carvalho W., **Op. Cit.** p. 250

livremente no plano internacional e autorizar no plano interno que o legislativo produza norma com poder de revogar o acordo ou tratado internacional.

Portanto, no âmbito dos tratados da protecção dos direitos humanos, o direito internacional nesta matéria, reconhecem as vítimas da violação dos direitos humanos a possibilidade de recorrer a duas jurisdições distintas, ora nacionais ou internacionais, para reparação dos danos sofridos.

Neste contexto, CARVALHO, Hamilton sustenta que para além do sistema de protecção garantido pelo Tribunal Internacional de Justiça (TIJ), Tribunal Penal Internacional (TPI) e Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), as vítimas de violação dos direitos humanos podem ser protegidos pelo sistema judiciário de direito interno³²⁵.

Daí resulta a questão de saber se realmente existem normas do direito interno com a possibilidade de revogar um tratado internacional. Pretendemos que o tratado internacional é um acto internacional que impõe aos Estados uma acção ou missão perante os co-contratantes; isto implica a auto-limitação do poder soberano em que o direito interno, e pelo facto, não pode haver uma previsão legal contrária ao tratado.

A ideia segundo a qual o tratado pode ser afastado por uma norma do direito interno, por via dos tribunais, não é válida, tendo em conta que o tratado não tem carácter supletivo, só incide no caso concreto na ausência de norma. Ademais, os tribunais estariam obrigados a aplicar o tratado regularmente aprovado, somente autorizados a negar-lhe validade se contrário à Constituição, e sempre prevalecendo a lei frente ao tratado, por que o Estado pactuaria com compromissos que jamais serão efectivados? Por igual razão, não se justificaria a celebração de tratado, quando já houvesse a lei em sentido contrário a ele anterior.

HENRIQUES, Ribeiro alega que o tratado internacional será sempre superior à lei. Apesar do critério cronológico, sendo assim, a solução a este conflito funda-se na máxima jurídica

³²⁵ CARVALHO, Hamilton S.S. de. **Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Biomédico**, Lisbon Press, LISBON, 2020. p. 104

segundo a qual: “*Pacta Sunt Servanda*”, na medida em que os tratados produzem efeitos e obrigações aos Estados contratantes³²⁶.

A concordância das ideias que constituem a base do princípio “*Pacta Sunt Servanda*” nos leva a questionar se o Executivo, depois da ratificação do tratado, poderá impedir a acção do poder legislativo. A resposta é negativa, na medida em que o poder executivo, bem como o poder legislativo, concorrem para formalização do acto solene que nós chamamos de tratado para vincular o Estado ao direito internacional.

Não obstante a tese da maioria dos doutrinários que argumenta a teoria monista com a prevalência da norma de direito internacional, em Moçambique, face ao dualismo e o monismo com o primado do direito internacional, os artigos 17 e segs da CRM, o artigo 160 alínea b) compete ao Presidente da República celebrar os tratados. Olhando pelo artigo 203 da CRM, número 1, na sua al. g), é da competência do Conselho de Ministros preparar a celebração dos tratados internacionais e celebrar, ratificar, aderir e denunciar acordos internacionais.

Nos termos do artigo 213 número 2 da Constituição da República Democrática do Congo: “o Governo não pode concluir senão os acordos internacionais não submetidos a ratificação. Isto é, particularmente, os acordos em forma simplificada, acordos que a interpretação literal da Constituição afasta não só o benefício da posição privilegiada do direito congolês, mas também não pretende a aplicação pelos tribunais na base do artigo 153, número 4, o Governo assiste o Presidente da República nas negociações e na conclusão dos tratados e acordos internacionais. E participa, através da acção dos ministros nas relações exteriores do Estado³²⁷.”

Desta realidade jurídica, resulta claramente a distinção existente entre tratados e acordos nos termos da Constituição de 1990. Para o legislador moçambicano de 1990, considerando o tratado ou convenções como leis internacionais, o Executivo não os celebra mas

³²⁶ HENRIQUES, Patricia Ribeiro. **Op. Cit.**, p 252

³²⁷ Artigo 213 da CRDC dispõe que: “*le gouvernement ne peut conclure que des accords internationaux non soumis à la ratification. En d’autres termes principalement les accords em forme simplifiée, accords qu’une interpretation literale de la constitution exclut non seulement du benefice de la position privilegiée en droit congolais, mais encore n’envisage pas l’application par les Cours e Tribunaux sur pied de l’article 153, numero 4, le gouvernement assiste le president de la République dans les negociations e conclusion des traits e accords internationaux. Il participe, à travers l’action de Ministres, aux relations exterieures de l’Etat.*”

apenas prepara-os. Relativamente aos acordos internacionais, sendo que a doutrina dominante considera como contratos internacionais, soube bem o legislador considerá-los como matéria do Executivo, ao consagrar que é este o órgão de soberania competente para não só celebrar, mas também ratificar, aderir e denunciar³²⁸.

Denota-se que há prevalência do direito interno face a todo direito advindo do outro sistema jurídico. Assim, o facto de não reconhecer a hierarquia entre tratado e lei suscita algumas polémicas por muitos autores. Neste sentido, BAROSO, Luís Roberto admite que esse fenómeno não exclui uma provável responsabilidade do Estado, caso este não providencie a denúncia³²⁹.

Esta posição justifica a posição da Procuradora-Geral da República de Moçambique, quando alega, nas respostas apresentadas durante a plenária da Assembleia da República em 2020, que: “apesar de determinada na ordem interna a nulidade dos actos praticados pelos servidores, porque inconstitucionais ou ilegais, acto contínuo, o Estado deve assacar a devida responsabilidade àqueles que praticaram esses actos ilegais”. Importa deixar claro que é o princípio do direito internacional que nenhum Estado pode evocar o seu direito interno para eximir-se da responsabilidade decorrente de contratos celebrados no contexto internacional. Significa isto que a declaração de nulidade proferida pelo Conselho Constitucional não afecta directamente, e reitero directamente os contratos celebrados com base em direito internacional. (Beatriz Buchili)³³⁰.

Esta posição foi reforçada pelo Conselho Constitucional moçambicano quando, através do seu Acórdão, o Conselho Constitucional³³¹ reconheceu que o cumprimento da sua decisão não tinha força vinculativa na ordem jurídica inglesa, um outro sistema jurídico ao qual o Estado tem um vínculo contratual de financiamentos de que prestou garantia.

³²⁸ PAULINO Augusto Raul, **O Rugido da Toga**: Lições do Juiz Paulino (I), 1ª Edição, Alcance Editores, Maputo, 2016. p. 32

³²⁹ BAROSO, Luís Roberto, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, São Paulo, Saraiva. 1996, pp. 31-3

³³⁰ Jornal, Verdade.co.mz, p. 5 do dia de 22 de Maio de 2020, acesso aos 30 de Maio de 2020.

³³¹ Acórdão n° 7/CC/2020, Processo n° 05/CC/2019, em que o Conselho Constitucional declarou a nulidade dos actos relativos aos empréstimos contraídos pelas empresas Pro-Indicus, SA, e Mozambique Asset Management (MAM, SA), e das garantias soberanas conferidas pelo Estado moçambicano em 2013 e 2014.

Olhando pela realidade, precisa de determinar que a maior parte dos estudiosos no âmbito de direito admite a teoria monista com a prevalência da norma internacional sobre o direito interno.

Esta reforça os momentos em que o progresso do mundo cibernético torna os tratados a principal fonte do direito nas relações entre os Estados. Neste sentido, o dualismo tende a ser argumento puramente académico sem repercussão no mundo real, sobretudo quando o direito interno se situa no mesmo patamar com as normas internacionais.

Surge então que o Estado é um sistema uno diante das ordens jurídicas interna e internacional; sendo assim, a lei que revoga tal tratado contraria a obrigação resultante da conclusão de tratado pelo próprio Estado. Neste sentido, a teoria monista com prestígio ao direito internacional deve prevalecer, conhecendo por limite somente o texto constitucional de cada Estado, parte de tal tratado.

Na verdade, a tendência de isolamento manifesta-se nos Estados que têm uma atitude não aceitável perante os tratados internacionais; na medida em que tal posição parece contradizer a vontade da comunidade internacional, que pretende que todos os compromissos internacionais sejam observados.

De todas as formas, a revisão jurídica através do monismo com a prevalência das normas internacionais não constitui a realidade na Constituição da República de Moçambique; portanto, o texto constitucional limita-se às teses opostas; pois o legislador constituinte estabelece o empate jurídico, colocando ao nível das normas infra-constitucionais os tratados internacionais.

3.5.3. Direito Internacional dos Direitos Humanos

Os direitos humanos surgem no contexto da protecção da dignidade da pessoa humana, e por via disso garantir o seu cumprimento a nível nacional bem como internacional. Na elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem, por motivos pragmáticos, não foi contemplado o conceito sobre direitos humanos, e consequentemente, a respectiva justificação

filosófica. Neste contexto, a aprovação da Declaração Universal dos direitos do Homem releve da negação das questões filosóficas³³².

Resulta a pretensão de integrar a ideia filosófica dos direitos humanos no texto da Declaração universal dos direitos do homem, daí a ideia dos defensores da visão *jus* naturalista que tinha por base o direito natural, previsto no art. 1 da DUDH: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos; são dotados de razão e consciência e devem agir uns para com os outros no espírito de fraternidade”³³³.

Assim, os direitos humanos surgem como os direitos inerentes a pessoa humana reconhecidos pelo facto de ser humano³³⁴. Falar do termo direitos pretende-se que a palavra direito seria o poder de vontade que certa pessoa tem diante da comunidade em que ela se encontra. Isto significa destacar a noção de liberdade do titular do direito, no sentido em que a sua vontade determina o exercício do poder; ou seja, a escolha do exercício deste direito cabe ao titular do direito subjectivo, através da exigência do desempenho da obrigação correspondente ou como o principio da liberdade exige, por consequente, o devedor de execução do dever³³⁵.

No mesmo contexto, AMARAL Freitas considera que os direitos humanos são: “direitos individuais conferidos por Deus ou pela Natureza, reconhecidos pela razão, específicos à condição da pessoa humana, e por isso mesmo transcendente ao próprio Estado, a quem são contestáveis pelo indivíduo”³³⁶.

A teoria de direitos está estritamente ligada a um conjunto de factores, nomeadamente factor político, económico, cultural, social e moral, entre outros vigentes numa comunidade. Cada sociedade tem a sua propria opinião sobre a teoria dos direitos fundamentais,

³³² THOMAS Buergenthal, DINAH Sherlton, DAVID Estewart *apud*. CABRITA, Isabel. **Direitos Humanos: Um Conceito em Movimento**, Edição Almedina, COIMBRA: Almedina. 2011, p 57

³³³ Cfr. Art. 1 da DUDH.

³³⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, Coimbra. 2000. pp. 52-53.

³³⁵ GOMES, Canotilho. *Tomemos a sério os direitos económicos, sociais ...*, pp. 45-46

³³⁶ AMARAL, Diogo Freitas do. **Manual de Introdução ao Direito**, Vol. I. Coimbra: Livraria Almedina 2004, p. 53

que tem vínculo com os aspectos específicos ou conjuncturas culturais, antropologicas e históricas de uma comunidade para outra³³⁷.

Para os defensores da concepção relativista dos direitos humanos, não existe uma cultura universal, na medida em que o mundo caracteriza-se pela multiplicidade, ou seja, pluralidade de culturas, tradições, mas ainda de costumes de cada povo.

Conforme explica PIOVESAN, face a uma diversidade de definições, da qual baseando na sua historicidade opta pela ideia contemporânea, acolhida pela Declaração Universal de 1948 e retomada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, que tem caracter universal e indivisível. A universalidade justifica se pelo facto que o estatuto de pessoa surge como condição *sine qua non* para ser titular de direitos; e a indivisibilidade refere se a junção dos direitos civis e políticos com os direitos sociais, económicos e culturais; na medida em que já não é possível falar de igualdade sem a liberdade e vice versa³³⁸.

3.5.3.1. Evolução dos Direitos Humanos

Na visão de direito natural, a locução “direitos humanos” refere se aos direitos específicos ao ser humano, pelo simples facto de pertencer ao género humano. Nessa senda de ideia, a história dos direitos humanos refere à antiguidade nos primórdios do cristianismo e na visão filosofica antiga. Durante a sua evolução, os direitos humanos foram constituídos em gerações ou dimensões.

3.5.3.2. Dimensões dos Direitos Humanos

Os direitos humanos podem ser positivados a nível interno ou internacional por meio de declarações, tratados, convenções e demais instrumentos jurídicos do direito internacional, do qual o Estado é signatario.

Porém, uma declaração é um instrumento formal e publico que determina os princípios gerais e obrigações universais. Neste contexto, a declaração não é um instrumento que vincula e que não impõe deveres particulares aos Estados-membros. Portanto, como consequência,

³³⁷ PIOVESAN Flávia, **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 14ª Edição, Revista actualizada, São Paulo, 2013, p. 89

³³⁸ _____, **A Protecção dos Direitos Humanos no Sistema Constitucional Brasileiro**, p.92

uma declaração pode, por via de costume, ser reconhecida como documento, ou seja, instrumento instituindo normas que vinculam os Estados.

Para além das declarações, as Nações Unidas fortificaram acordos internacionais chamados de convenções que contêm disposições visando a promoção e protecção das liberdades fundamentais específicas. Para sua efectividade a convenção só vigora depois de ter sido ratificada pelo número de Estados indicado no respectivo texto e impõe-se juridicamente aos Estados-partes através da ratificação ou adesão.

Apesar desta distinção entre a declaração e a convenção, precisa de notar que a base dos direitos humanos não releve da sua positivição nem o seu reconhecimento no âmbito do Estado. Isto justifica a falta de positivação de alguns direitos como direitos fundamentais em certos ordenamentos jurídicos. Além disso, existem algumas ordens que afirmaram como direitos fundamentais beneficiando somente alguns grupos e não o género humano.

Portanto, é indispensável distinguir os direitos humanos dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, a positivação na ordem interna dos direitos humanos depende muitas as vezes da vontade soberana dos Estados.

Por vezes o arrolamento dos direitos fundamentais constitucionais fica aquém do rol dos direitos humanos observados nos instrumentos internacionais, ao passo que outras vezes chegam a ficar ressalvadas algumas excepções bem além, por exemplo a nossa actual Constituição³³⁹.

Portanto, a validade dos direitos humanos não releve da sua positivação, mas da sua conexão estricta com o princípio da dignidade humana, que basta construída na consciência universal popular torna o povo a ser titular desses direitos, entretanto exige o seu respeito, independentemente de ordem jurídica já lhe tinha conferido os efeitos normativos.

Os direitos humanos, ao longo de sua trajectória, foram se evidenciando, conforme as circunstancias históricas, por meio de categorias específicas, que ajuda a identificar os direitos

³³⁹ SARLET, I.W., **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 6ª Edição, Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado. p. 40

através do enquadramento em dimensões ou gerações. Neste momento, é indispensável evidenciar a escolha pela alocação de dimensão³⁴⁰.

O uso de termo geração nos leva à uma noção errada de que os direitos humanos são esgotamento e assim o surgimento de uma geração corresponderia ao fim dos direitos acertados na geração precedente.

3.5.3.2.1. Primeira Geração dos Direitos Humanos

A conquista pela certificação dos direitos humanos de primeira dimensão funda-se na luta da burguesia que, sem os interesses do clero e da nobreza, é reconduzida pelo poder do rei. Assim, a liberdade para os liberais é percebida como a liberdade do Estado não regular ou posto em causa o decurso normal das actividades comerciais.

Para GOUVEIA Bacelar, a primeira geração é constituída pelos direitos de essência negativa, por meio dos quais se tinha a consciente garantia de um espaço de liberdade e de protecção dos cidadãos em face de actuação do poder público³⁴¹.

A liberdade de circulação é indispensável para o contrato e exercicio das actividades comerciais. Sendo assim, a liberdade tão desejada que tem a ver com a proibição do Estado de intervir nas actividades privadas. Daí resulta o carácter negativo desses direitos, pois a não intervenção do Estado para sua eficácia. Para tomar em conta somente o indivíduo e a restrição do poder do Estado, os direitos humanos de primeira dimensão não tomaram em consideração a regulamentação das relações sociais de conflito entre o capital e o trabalho, o rico e o trabalhador que explorem os grandes centros urbanos.

3.5.3.2.2. Segunda Geração dos Direitos Humanos

Contrariamente aos direitos da primeira, esse tipo de direitos assenta numa actividade positiva que o Estado deve prestar no interesse do indivíduo ou da comunidade e não a mera omissão estatal para ser eficaz, por isso, a sua efectivação não é tão simples. O valor

³⁴⁰ SARLET, I.W., **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 6ª Edição, Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado. p. 40

³⁴¹ GOUVEIA Bacelar, **Op. Cit.** p. 297

primordial desse conjunto de direitos está relacionado com a noção da igualdade, entendida no âmbito material.

Neste contexto, GOUVEIA, Bacelar considera que esses direitos vieram estender os fins do Estado e nele fazer uma protecção de âmbito social³⁴². Resulta que os direitos sociais não podem ser desligados do Estado social, bem como dos conteúdos económicos das constituições. Assim sendo, embora o uso do adjectivo social, os direitos humanos de segunda dimensão também são dirigidos aos homens individualmente considerado.

3.5.3.2.3. Terceira Geração dos Direitos Humanos

São direitos que revelam da ideia da humanidade e de colectividade como titulares desses direitos. Como se queremos relembrar o pensamento da Revolução Francesa, baseado na Liberdade, Igualdade, Fraternidade; os direitos humanos, depois da sua incorporação nas constituições do Estado como direitos e liberdades individuais e como igualdade tornam se a própria humanidade como titular dos direitos, e não exclusivamente o indivíduo, um grupo ou uma nação.

Os estudiosos do direito publico já enunciaram esses direitos sistematicamente, determinando-lhe o carácter atraente de conclusão de uma evolução de trezentos anos no caminho da solidificação dos direitos fundamentais. Esses direitos resultaram da análise de temas relacionados ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao património colectivo da humanidade³⁴³.

Quanto à quarta dimensão, podemos dizer que ainda não existe um acordo sobre a natureza destes direitos. Para, BONAVIDES, defensore desses direitos (direito à democracia directa, à informação e ao pluralismo) considera que a humanidade está numa fase histórica de globalização política dos direitos fundamentais. Isso quer dizer que são direitos que irão obter a legitimidade somente depois da sua universalidade.

³⁴² GOUVEIA Bacelar, **Op. Cit.** p. 297

³⁴³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 10ª Edição. São Paulo. 2000, p. 74

Há concepções que tomam em consideração o aparecimento de uma quarta geração de direitos humanos relacionados com as questões da manipulação genética, biotecnologia e bioengenharia.

O texto constitucional moçambicano acolha as três gerações de direitos humanos como direitos fundamentais. A Constituição da República de Moçambique prevê o direito a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, com uma especial atenção da protecção do meio ambiente. Existem mais outros tipos de direitos desta dimensão que não constam neste grupo como normas de direitos fundamentais, mas como princípios fundamentais no âmbito do direito internacional. Estes integram as questões ligadas ao direito ao desenvolvimento, direito à paz.

3.5.3.3. Fundamento dos Direitos Humanos

O Homem, como ser humano, é o requisito primordial ou necessário; o valor essencial é o fim último que preenche a inteligibilidade do mundo humano do nosso tempo³⁴⁴.

Resulta que não basta ser titular dos direitos humanos, precisa também que haja mecanismos chamados de garantias para a realização da dignidade humana. Sendo assim, os direitos humanos funcionam como contrapeso que visa a protecção do indivíduo de intromissões desnecessárias para que todas as pessoas possam desenvolver-se e exercer o seu poder.

3.5.3.4. Limites dos Direitos Humanos

Os Direitos do Homem, previstos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e no *Bill of Rights* norte-americano, manifestar se sobre o reconhecimento da liberdade que implica o respeito pela dignidade humana. Por sua vez, a liberdade é fortalecida por um conjunto de direitos, a saber: a liberdade religiosa, a liberdade de expressão, etc. A liberdade individual, entendida como natural e transcendente à positivação constitucional e por esta garantida é, efectivamente, o alvo das declarações de direitos francesa e norte-americana. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão dispõe no seu artigo 4 que: “a liberdade focaliza se na possibilidade de fazer tudo aquilo que poder sem causar danos á outrem. E, por outro lado, quaisquer restrições a liberdades somente podem previtas por lei”³⁴⁵.

³⁴⁴ ANTÓNIO C. N., **O Direito hoje e com que Sentido?** O Problema Actual da Autonomia do Direito, Instituto Piaget, Lisboa. 2002. pp. 68-69

³⁴⁵ Cfr. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 artigo 4.

O texto constitucional moçambicano de 2004, com as suas alterações introduzidas em 2018, prevê o método de consagração de restrições legais ao exercício de diferentes direitos e liberdades individuais. Assim, a ideia de restrição aos direitos individuais levanta vários problemas relacionados à possibilidade lógica de estabelecimento de tais restrições.

GILMAR identifica dois aspectos distintos: o direito e a restrição. Assim sendo, se o direito individual e a restrição são duas classes que se distinguem de forma lógica e jurídica, então existe, logo no início, um direito não limitado, e que a obrigação de restrições transforma-se num direito limitado. Uma outra teoria pretende admitir que entre a ideia de direito individual e a ideia de restrição inexistente há uma relação indispensável. Como sublinha KLEIN Friedrich, ao distinguir a restrição de garantia e restrição a garantia³⁴⁶.

Portanto, os direitos individuais, sendo direitos que têm sua hierarquia na constituição só podem ser restringidos expressamente pela Constituição ou por via de uma lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria constituição. A própria Constituição da República de Moçambique consagra o direito à liberdade de consciência, de religião e de culto³⁴⁷.

Considerando restritiva a cláusula que obsta a concretização do princípio de direito fundamental, precisa de aceitar que a perspectiva ontológica tanto as restrições estabelecidas pelo legislador com previsão expressa na Constituição quanto limitações decorrentes directamente da constituição devem ser consideradas cláusulas de restrição de direito³⁴⁸.

Porém, certas limitações encontram-se previstas directamente no texto constitucional que provém da natureza excepcional constitucional, nomeadamente: estado de emergência, estado de sítio e estado de guerra.

Assim, nas situações excepcionais tais como o estado de sítio ou de emergência, algumas medidas restritivas da liberdade podem ser observadas nos termos da disposição

³⁴⁶ BRANCO, PGB; GILMAR, M; COELHO, I. M., **Curso de Direito Constitucional**, 4ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2008. p 458.

³⁴⁷ Artigo 54 da CRM

³⁴⁸ Artigo 54 da CRM

constitucional; trata se de: (a) obrigação de permanência em local determinado; (d) restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, a prestação de informações e a liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão; (e) busca e apreensão em domicílio; (f) suspensão de liberdade de reunião e manifestação; ...³⁴⁹

Portanto, HAYEK sustenta que a supressão de algumas das liberdades civis por via suspensão de *habeas corpus* ou através da declaração de estado de sitio não é uma necessidade eventual, mas as condições sob as quais os direitos subjectivos ou direitos particulares dos grupos podem ser enfreados eventualmente em favor do interesse colectivo³⁵⁰.

As restrições legais são consideradas como aquelas que o legislador estabelece no âmbito de direitos individuais protegidos pela autorização expressa da constituição. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é vista como referências a restrições legais expressas.

Já o artigo 4 da DDHC determina não somente a noção de limites dos direitos naturais, mas também é indispensável que o legislador intervem para efectivação: “a liberdade assenta em fazer tudo aquilo que não prejudique o direito de outrem: assim, os direitos naturais são exercidos em observância, respeito e protecção dos direitos de gozo dos outros membros da sociedade. Essa observância só é possível quando a lei prevê disposição expressa neste sentido; dai fala se de limites expressamente estabelecidos.

Resulta que o texto da Declaração já tinha previsto não somente o problema ligado aos conflitos de direitos, mas também a supremacia da lei e da reserva legal.

A matéria que autoriza o poder legislativo para intervir e sua formulação podem assumir significado para a maior ou menor efectividade das garantias fundamentais. Neste sentido, alguns exemplos contidos na CRM de 2004 são o Artigo 12 n° 3: As confissões religiosas são livres na sua organização e no exercício das suas funções e de culto e devem conformar-se com as leis do Estado; Art. 54 n° 5: É garantido o direito a objecção de consciência nos termos da lei.

³⁴⁹ Cfr. Art. 295 da CRM

³⁵⁰ FRIEDRICH A. Hayek., **Os Fundamentos da Liberdade**, Editora Visão, Londres, 1983. p. 64

3.4.4. Direitos Fundamentais

3.4.4.1. Terminologia

A ciência busca de forma incansável e evidencialmente os conceitos com objetivo de alcançar uma comunicação razoável. Em resposta a esta posição, pode-se notar o argumento de KARL Larenz, quando deixar recordar que a linguagem quase nunca cria um significado unívoco para os apreciáveis da comunicação³⁵¹.

Resulta que as expressões utilizadas para designar direitos fundamentais são polissêmicas, tendo em conta que cada pesquisador procura encontrar um conjunto de direitos que a pessoa humana tem nas suas relações interpessoais, ou seja, inter-subjectivos. Isto significa nas suas relações entre pessoas como particulares ou entre os particulares e o próprio poder público.

Face a esta divergência terminológica do fenómeno jurídico, há necessidade de considerar somente os termos seguintes: liberdades públicas, direitos civis, direitos dos povos, direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais podem ser entendidos *prima facie* como direitos inerentes à própria nação, como direitos que compõem o alcece jurídico da vida humana no seu nível actual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa, eles dependem das filosofias políticas, sociais e económicas e das circunstâncias de cada época e lugar³⁵².

Na sua abordagem, MIRANDA Jorge faz recurso ao direito natural, o valor e a dignidade humana, aos direitos originados do âmbito humano ou do próprio direito.

A questão relacionada com este conjunto de direitos surge com a concepção jusnaturalista. Isto chama-se o direito natural. No pensamento de MIRANDA Jorge, os direitos resultantes da natureza seriam paradigmas transcendentais para o exercício do próprio poder constituinte³⁵³.

³⁵¹ Fundação Calouste Gulbenkian, Metodologia da Ciência do Direito, 2ª Edição. Lisboa, 1969, p. 367

³⁵² MIRANDA Jorge, **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, p. 10

³⁵³ Idem, p. 51

Daí, o autor acima citado considera que os direitos fundamentais são direitos ou situações, ou seja, poder jurídico dos indivíduos enquanto pessoas, consideradas de forma individual ou institucional, baseadas na Constituição, sendo material ou formal; surge então a ideia dos direitos fundamentais do ponto de vista formal e material³⁵⁴.

Para sustentar esta posição, o mesmo autor salienta que o sentido material dos direitos fundamentais não se refere aos direitos declarados, estabelecidos, atribuídos pelo legislador constituinte, pura e simplesmente trata-se dos direitos resultantes da concepção da Constituição dominante, da ideia de Direito, do sentimento jurídico.

Apesar das diversas expressões serem usados como convergentes, é importante especificar cada uma delas, para destacar os comentários que cada uma das expressões contém face ao pensamento de vários autores.

Portanto, o termo direito humano, fruto de esforço juris-constitucional, encontra sua base no âmbito universal, na medida em que esta expressão se aproxima do direito natural. Porém, alguns defensores do jusnaturalista afirmam que a teoria dos direitos humanos encontra o seu fundamento no direito natural.

CUNHA, por sua vez, denota que: “todos os direitos positivos seriam humanos e não animais, minerais, vegetais ou divinos”³⁵⁵.

Não obstante as críticas formuladas ao encontro do termo direitos humanos, precisa de salientar que não se pode negar o uso desta expressão, que contém uma ideologia filosófica fundada no respeito pela dignidade da pessoa humana no contexto da universalidade.

Surge então que os direitos humanos são considerados como um conjunto de normas prescritivas e de âmbito deontológico conferido ao bem-estar da pessoa humana previstas nos instrumentos internacionais.

³⁵⁴ Cfr. A Constituição de 1976 – Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais, Lisboa, 1978, p. 303 e sgs in MIRANDA Jorge, **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, 3ª Edição, Revista e Actualizada, COIMBRA EDITORA, 2000, p. 52

³⁵⁵ CUNHA, Paulo Ferreira da, **Teoria da Constituição**, Tomo II. Lisboa: Verbo, 2000, p. 42

Por sua vez, os direitos dos povos surgem para designar na linguagem de alguma doutrina um conjunto de direitos agregados aos seres humanos. Sendo assim, a expressão refere-se aos direitos de pessoas consideradas como súbditos, ou seja, sujeito de um Estado determinado.

Na sua abordagem sobre as dimensões dos direitos fundamentais, MIRANDA deixa espaço a uma outra dimensão chamada de direitos dos povos em que deve pertencer os direitos à autodeterminação, aos recursos naturais e ao desenvolvimento; pois para ele esses direitos não se enquadram nas dimensões dos direitos fundamentais.

Quanto às liberdades públicas, expressão resultante da doutrina francesa, são expressões que se pretendem uma positivação na Constituição Francesa de 1789, tendo como fundamento naturalista. Nota-se que a Constituição Francesa de 1789 no seu artigo 9 determinou que: *“la loi doit protéger la liberté publique et individuelle contre l’oppression de ceux qui gouvernent”*³⁵⁶.

Isto mostra claramente que nesta altura a constituição aborda esta questão da liberdade pública no singular; somente em 1852, ano em que foi inserido desta vez o conceito de **“liberdades públicas”** no texto fundamental francês, em que o Senado é considerado como o defensor do pacto fundamental e das liberdades cuja qualquer lei carecia da autorização do Senado para sua promulgação pelo Presidente da República³⁵⁷.

No âmbito da expressão direitos do homem, no nosso entender, são os direitos públicos subjectivos. A pretensão da doutrina alemã evita qualquer influência jusnaturalista, ao articular os direitos subjectivos face ao Estado para ser positivado na lei fundamental.

A reflexão sobre os direitos do homem deixou de ser, ao nosso dia, uma exclusiva aspiração liberal. Por conseguinte, assiste-se a uma situação de universalização dos direitos do homem, não sem semelhança com a situação da universalização da Constituição, e que, como este,

³⁵⁶ Isto significa que a lei deve proteger a liberdade pública e individual contra a opressão daqueles que governam.

³⁵⁷ Crf. DUVERGER Maurice, *Constitutions et Documents Politiques*, 14ª Edição. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. p. 159 e 161. Resulta que o artigo 25 da Constituição francesa de 1852 dispõe que: *“Le Senat est le gardien du pacte fondamental et des libertés publiques. Aucune loi ne peut être promulguée avant de avoir été soumise.*

se acompanha da pluralidade de opiniões, porque a uniformidade das técnicas não determina a unidade das culturas e das concepções políticas³⁵⁸.

Resulta então que não pode negar uma clara semelhança, podendo ser estabelecida entre as expressões liberdades públicas e direitos públicos subjectivos.

Nota-se que no centro das liberdades públicas ou direitos públicos subjectivos reside o carácter individualista construído pelo Estado dos séculos XVIII e XIX. Com a transição do Estado Liberal para o Estado Social o paradigma das liberdades públicas começa a ruir, posto não se adequar com as prestações positivas que o Estado passa a assumir.

CARVALHO, Weliton Sousa³⁵⁹ argumenta que não se pode negligenciar a edificação das liberdades públicas, mas precisa de delimitar sua extensão conceptual em favor do acerto dos termos perante o direito constitucional. Tal classe passa a ser empregue quando se pretende manifestar os direitos de natureza individual, excluindo-se aqueles de matriz social, cultural ou económica, e aquele de fundo participativo no processo eleitoral.

GOMES, Canotilho evoca que os chamados direitos civis aparecem positivados na Constituição da França de 1791 em contraposição aos famosos direitos naturais. Surge então que no Direito Constitucional francês a sua constituição não difere os direitos naturais dos direitos civis, e por consequência as duas expressões formam uma unidade em termos de significado³⁶⁰.

Importa referir que os direitos civis se distinguem dos direitos políticos, na medida em que os primeiros são direitos individuais que abrangem a todos sem distinção, e os segundos são direitos cujo exercício pelos indivíduos precisa de uma determinada qualificação. Sendo assim, os direitos civis não podem exprimir, ou seja, explicar um encadeamento de todos direitos que os indivíduos detêm dentro do ordenamento jurídico.

Neste contexto, é relevante chamar a ideia de MIRANDA quando se refere à noção de que apesar de todos os direitos serem ou deverem ser direitos de todos, alguns são no século

³⁵⁸ Cfr. Louis HENKIN, Rights: here and there, in Columbia Law Review citado por MIRANDA, Manual de Direito Constitucional, p. 25

³⁵⁹ Cfr. CARVALHO, Weliton Sousa, Direitos Fundamentais: Constituição e Tratados Internacionais, Tese de Doutoramento em Direito, 2003. P.156

³⁶⁰ Cfr. MAURICE Duverger, op. Cit, p. 19, Falar dos direitos, correspondem na Constituição Francesa de 1791

XIX denegados aos cidadãos que não possuam determinados requisitos económicos; outros (propriedade) aproveitam sobretudo ... aos que pertencem a certa classe; e outros ainda (o direito de associação, em particular associação sindical) não e sem dificuldades que são alcançados³⁶¹.

O século XVIII marca o nascimento dos termos direitos fundamentais com o movimento cultural que instituiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Apesar de caber à Carta Magna de Weimar de 1919 usar a expressão no mais alto nível do ordenamento jurídico vigente.

3.5.4.2. Abordagem sobre os Direitos Fundamentais

Sendo os direitos que integram a união de garantias que existem na relação jurídica das pessoas diante ao Estado, a expressão “direitos fundamentais” revela um conceito em contínuo desenvolvimento. Isto significa que os direitos fundamentais conhecem uma certa transformação ou mutação tendo em consideração a realidade de cada sociedade em que são vigentes. Neste sentido, há necessidade de revelar que os direitos fundamentais de Moçambique são diferentes dos direitos fundamentais de outros países, embora haja semelhança em certos aspectos.

Como sustenta ANTONIO Perez Luno, ao recusar que o conceito dos direitos fundamentais seja preciso nos próprios textos normativos³⁶². Portanto, é evidente que a doutrina jurídica desempenha uma tarefa iminente nesta matéria, não obstante a divergência de pensamentos.

Face a esta dificuldade em fixar um conceito definitivo sobre os direitos fundamentais no sentido de indicar o que é fundamental dos direitos, é importante salientar que o conceito dos direitos fundamentais pode ser autenticamente construído para constituir uma certa época histórica de uma realidade jurídica de uma sociedade ou de um povo. Daí surge a necessidade de salientar que é um conceito em constante mutação, ou seja, em contínua transformação.

³⁶¹ MIRANDA, Jorge. **Op. Cit.** p. 22-23

³⁶² ANTONIO E. Perez Luno, *Los derechos fundamentales*, 6ª Edição. Madrid: Editorial Tecnos, 1995. p. 31

Os direitos fundamentais se amplificam desde o momento que cada sistema jurídico acha que o homem, sujeito de direito, merece um valor determinado nas suas relações perante o Estado constitucional. Por isso, é indispensável dizer que o reconhecimento destes direitos surge a partir da divisão dos três poderes, ou seja, do princípio da separação dos poderes, ideia defendida por vários doutrinários, especialmente Montesquieu.

Daí a relevância da teoria da separação dos poderes nas diferentes declarações de direitos. Sendo assim, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 aparece como a mais célebre, como sublinham GEORGES Burdeau³⁶³, HAMON Francis e TROPER Michel, ao determinar que: *“Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n’a point de constitution”*³⁶⁴.

Desta ideia, entendemos que a expressão Constituição encontra a sua autenticidade, ou seja, a sua validade somente quando funda-se na garantia dos direitos dos seus cidadãos bem como a observância do princípio da separação dos poderes.

Esta ideia denota o reforço do Estado Constitucional, porém os direitos fundamentais passaram ao longo da sua evolução a aperfeiçoar a legitimidade do Estado de Direito. Apenas a utilização mais aberta possível do tema pode oferecer uma compreensão conceptual defendida ao desejo do tempo.

Neste contexto, há necessidade de uma formulação dos direitos fundamentais não somente a nível individual, pois o indivíduo é considerado como membro integrante do Estado-comunidade, mas, portanto, a nível das instituições jurídico-públicas, tendo em conta a estrutura e a organização do Estado.

A evidência com que o autor apresenta o conceito sobre os direitos fundamentais encontra-se no reconhecimento histórico do autor sobre a oposição existente dos direitos fundamentais formais e materiais.

³⁶³ BURDEAU Georges, HAMON Francis e TROPER Michel, *Droit Constitutionnel*. 25ª Edição. Paris: *Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence*, 1997. p. 106. O artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem dispõe que: “Qualquer sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes não tem Constituição” Cfr, artigo 16 da DDHC.

³⁶⁴ Artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos (DDHC)

Assim, distinguir os direitos fundamentais do ponto de vista formal e material releva do IX aditamento (de 1791) à Constituição dos Estados Unidos, que se encontra, expressa ou implicitamente em diversas Constituições das quais podemos citar a constituição portuguesa. Na verdade, esse aditamento determina que: “a especificação de certos direitos pela Constituição não significa que fiquem excluídos ou desprezados outros direitos até agora possuídos pelo povo”.

Esta posição fixada pelo aditamento constitui a fonte de inspiração de vários textos constitucionais, nomeadamente o novo texto constitucional português, que nos termos do seu artigo 16 n.º 1 determina que: “os direitos fundamentais previstos no texto constitucional não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras de direito internacional”. Isto significa que existe leis de direito ordinário, nacional e estrangeiro, qualitativas de direitos comparados aos constantes de normas constitucionais³⁶⁵.

Esta disposição encontra-se taxativamente na Constituição da República de Moçambique³⁶⁶, somente o seu artigo 42 limita-se às leis e não fez menção das regras de direito internacional. Isto significa que está claro que esta disposição constitucional refere-se às normas ordinárias ou de direito interno. Tendo o mesmo valor que assumem os actos normativos infra-constitucionais, conforme a previsão constitucional do artigo 18 número 2 da CRM; de forma especial, o direito internacional validamente aprovado e ratificado pode ser considerado como uma norma ordinária que reflecte a ideia das disposições acima mencionadas.

Portanto, no âmbito constitucional os direitos fundamentais não se esgotam no conjunto constitucional; isto é, outros direitos poderão surgir das mais diversas formas de manifestação legislativa. Porém, a questão é de saber, olhando pelo artigo 42 da CRM, o que acontece quando as normas jurídicas advêm do direito internacional, será que estaríamos perante as cláusulas abertas de direitos fundamentais, ou seja, o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais?

³⁶⁵ BURDEAU Georges, HAMON Francis e TROPER Michel, **Op. Cit.** p. 11

³⁶⁶ A Constituição da República de Moçambique, no seu art. 42 dispõe que: “os direitos fundamentais consagrados na constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis.

O artigo 5 parágrafo 2 da Constituição Brasileira dispõe, pelo contrário, que: “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros derivados do regime e dos princípios por ela aprovados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil faz parte”³⁶⁷.

É desse parágrafo que resulta a designação de concepção materialmente aberto de direitos fundamentais, que explica evidentemente essa concepção face aos tratados internacionais, que justifica a sua razão de ser. Portanto, esta formulação da disposição constitucional que expressa taxativamente os princípios e, ou os tratados internacionais não foi evidentemente observada pelo legislador constituinte moçambicano nestes termos específicos.

KLAUSS, Stern salienta que a dicotomia é meramente didáctica, tendo em conta que os dois conceitos derivam de uma mesma realidade³⁶⁸. Os direitos fundamentais, na perspectiva material, tomam em conta a essência ideológica da Constituição, enquanto no âmbito formal da se valor a análise da posição hierárquica e a relação existente entre as normas dentro do sistema jurídico.

Existe um debate qualitativo das matérias a que deve um lugar especial no ápice da ordem jurídica. Assim, alguns doutrinários consideram que uma norma pode ser formalmente constitucional sem o ser no seu sentido material. Neste contexto, MIRANDA Jorge sustenta a tese da aquisição do carácter material de todos os direitos fundamentais reconhecidos formalmente pela Constituição³⁶⁹.

Pelo contrário, CUNHA³⁷⁰ considera que dois movimentos aparentemente divergentes servem para a promoção da descrença dos direitos fundamentais: os maximalistas e os minimalistas.

³⁶⁷ Artigo 5 §2 da Constituição da República Federativa, Edição Actualizada. Setembro 2019

³⁶⁸ KLAUSS, Stern, *Derecho del estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 214

³⁶⁹ MIRANDA Jorge, **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, p. 9

³⁷⁰ CUNHA Paulo Ferreira da, **Teoria da Constituição** (Direitos humanos. Direitos fundamentais). Lisboa: Editorial Verbo, 2000. p. 45

Para o mesmo autor, os maximalistas chegam a promover a vulgarização de grupo ou dimensão, e os outros, ao admitir o descrédito em qualquer desses direitos, acabam lhes removendo qualquer faculdade de eficácia³⁷¹.

Face às divergências de opiniões, a nossa posição assenta na ideia de MIRANDA Jorge, pois todas as situações subjectivas, ou seja, os direitos pelo seu reconhecimento no texto constitucional, poderão ser reconhecidos como sendo materialmente como tais. Isso releva do bom senso, que consiste em determinar o que é preciso para o ser humano consoante a evolução da sociedade em que vive e dentro das possíveis situações políticas do ordenamento jurídico; por isso os direitos fundamentais devem ser avaliados em cada circunstância da ordem jurídica definida.

Sendo assim, o conceito dos direitos fundamentais é um processo em contínua mutação. BONAVIDES, defendido por CARL Schmitt, constata que: “os direitos fundamentais variam segundo a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra”³⁷². Sendo assim, há necessidade de fazer referência a uma abordagem genérica sobre os direitos fundamentais para alcançar os aspectos inerentes à compreensão do conceito.

Resulta que a compreensão da terminologia dos direitos fundamentais deve tomar em consideração vários aspectos, isto é, os aspectos sociais, políticos, culturais, bem como ideológicos que caracterizam a convivência harmoniosa de um povo, ou seja, de uma civilização. A partir desta realidade os direitos fundamentais já poderão adaptar-se a uma nova realidade jurídica, conservando os valores e os princípios em cada situação da vida do Homem na sociedade em que se encontra.

3.5.4.3. Natureza e Teoria dos Direitos Fundamentais

Na expectativa de compreender a realidade constitucional de cada nação, é indispensável dizer que o Direito Constitucional desempenha um papel indiscutível na definição bem como na salvaguarda dos direitos individuais da pessoa na protecção da dignidade da pessoa humana.

³⁷¹ *Idem*, p. 44

³⁷² BONAVIDES Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 515.

Os direitos humanos, razão de existência do Estado Constitucional de Direito, estão a ser tidos como direitos naturais, direitos intransmissíveis ou direitos racionais do indivíduo. Sendo assim, os direitos humanos, constitucionalmente consagrados, têm uma geração projectiva de comensuração universal³⁷³.

No Estado pós-moderno o Estado constitucional assenta sobre o critério da verdade, um valor universal do Homem para a salvaguarda da dignidade humana na base dos direitos naturais, indivisíveis e iguais.

Surge então que os direitos fundamentais, como todos, são essenciais para a vivência da pessoa humana numa certa comunidade. Neste contexto, a ideia de GOUVEIA Jorge vem reforçar esta posição, quando argumenta que são direitos ligados a situações jurídicas activas das pessoas que integram o Estado-comunidade exercidos por contraposição ao Estado-poder positivadas na Lei Fundamental³⁷⁴.

Resulta que o Estado-sociedade assenta numa sociedade em que as pessoas são integradas e onde o poder é exercido para prossecução do fim comum, em contraposição ao Estado-poder, em que o poder político é exercido mediante os seus órgãos, serviços, bem como organizações.

Na sua argumentação, MIRANDA Jorge alega que é o conjunto de normas, disposições e princípios que intercalam a conjuntura jurídica equivalente a comunidade política na sua globalidade e aí se localizam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder e que ao mesmo tempo definem a titularidade do poder, as formas de formação e revelação da vontade política, os órgãos de que esta precisa e os actos que se realiza³⁷⁵.

Resulta que a relação que existe entre o poder político e a sociedade explica evidentemente o processo evolutivo dos direitos fundamentais e por consequência precisa que os indivíduos sejam titulares dos mesmos para os contrapor em relação ao poder do Estado. Sendo

³⁷³ GOMES, Canotilho. **Direito Constitucional**, 6ª Edição Revista, Livraria Almedina. COIMBRA. 1993, p. 18

³⁷⁴ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional de Moçambique**, 2015. p. 195.

³⁷⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo I, 6ª Edição, Revista e Actualizada, COIMBRA EDITORA 1997, P.14

assim, os direitos fundamentais só têm sentido quando existem pessoas, como titulares de quem pretendem enfrentar o poder estatal ou qualquer pessoa do direito público.

Por sua vez, GOMES Canotilho funda o seu argumento na teoria jurídico-positiva, em que determina que o estudo ou a ciência dos direitos fundamentais baseia a sua visão nos direitos fundamentais positivamente vigentes³⁷⁶.

Surge então que não é uma teoria de direitos no passado nem teorias teórico-jurídicas, nem ainda teorias comparadas ou fundadas no direito comparado. Para o mesmo autor, alguns aspectos destas teorias de direito (histórico, comparatístico, etc.) podem ser subjacentes a alguns dos desenvolvimentos subsequentes. Um outro aspecto que precisa de se tomar em consideração tem a ver com as vantagens que são reconhecidas às pessoas, titulares dos direitos fundamentais consideradas como situações jurídicas activas.

Nesta matéria, é importante lembrar que: “os efeitos jurídicos que traduzem a situação de vantagem perspectivam-se sobre as realidades materiais que afectam, em benefício de titular do direito, bens jurídicos que se tornam, por esta via, constitucionalmente relevantes”³⁷⁷.

MIRANDA Jorge considera que no âmbito das teorias dos direitos fundamentais é indispensável salientar que os direitos fundamentais presumem teorias de Estado e da lei fundamental decisivamente activas na actividade interpretativo-efectivadora das normas da Constituição³⁷⁸. Assim sendo, os direitos fundamentais são percebidos como um complexo de normas que estabeleceriam uma alusão do sistema para a teoria da Lei-Mãe e do Estado.

A visão global dos direitos fundamentais não deve se limitar a teorias ocultas, que exigem antes uma concepção incontornável em que o pensamento ultrapassa as exigências da dogmática pura³⁷⁹.

³⁷⁶ GOMES Canotilho, **Direito Constitucional**, p. 495

³⁷⁷ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, p. 299

³⁷⁸ GOMES Canotilho, **Direito Constitucional**, p. 505

³⁷⁹ VIEHWEG, *apud* MIRANDA Jorge, **Op. Cit.**, p. 506

Sendo assim, a problemática sobre as diferentes concepções dos direitos humanos carece de análise destas teorias de modo a ultrapassar todas as divergências sobre as exigências ligadas ao dogmatismo na compreensão da natureza dos direitos fundamentais.

a. Teoria Liberal

Esta teoria caracteriza-se pelo facto de que os direitos fundamentais estão ligados ao indivíduo diante do Estado. Trata-se de direitos de liberdade e direitos de protecção. Os direitos fundamentais têm ainda o carácter de normas de repartição de competências ou de poderes entre o particular e o Estado. Este fenómeno admite a ampliação do domínio de liberdade individual e a limitação da acção do Estado-poder nas circunstâncias da protecção e ordem indispensável ao desenvolvimento dos direitos fundamentais.

Porém, esses direitos aparecem antes do surgimento do Estado, considerado como uma instituição que define o campo de liberdade individual e social, no qual é proibida qualquer interferência da acção do poder público; a matéria e o objecto dos direitos e a sua efectivação não poderão admitir a competência regulamentar dos sujeitos estaduais subordinados unicamente à vontade dos cidadãos; o fim e o objectivo dos direitos fundamentais assentam no seu âmbito autenticamente individual.

De tudo que precede, podemos sustentar o valor primordial atribuído à pessoa humana como titular primário dos direitos fundamentais. Isto significa que a pessoa humana antecede a positivação dos direitos fundamentais e não o contrário.

b. Teoria do ordenamento de valores

Os direitos fundamentais, sendo valores de natureza objectiva, são concebidos como ordem de valores objectiva, dotada de unidade material e em que o complexo de petições subjectivas é estabelecido pelos seus titulares. Resulta que o titular destes direitos não pode os avaliar individualmente, tendo em conta que os direitos fundamentais se fundam nos princípios objectivos por meio dos quais se realiza e alcança-se uma sublime eficácia dos direitos e lhe atribuindo um estatuto de defesa dos direitos dos cidadãos. O conteúdo dos direitos fundamentais está percebido a partir da tutela de bens de valor jurídico igual ou mais alto.

Em Moçambique há necessidade de consagrar os direitos fundamentais ao nível primário da ordem jurídica constitucional. Por causa da existência de diversos padrões na ordem jurídica, é relevante que os direitos fundamentais tenham uma supremacia na hierarquia das normas na ordem jurídico-constitucional incluídas às outras matérias que o Direito Constitucional poderá importar.

À Lei-Mãe de um Estado de Direito Democrático deve pedir-se uma melhor organização do vínculo entre homem-mundo e das relações inter-subjectivas segundo um plano orientador de estruturas principais da justiça (J. RAWLS), formulado em conformidade com a razão, ou seja, a lógica do diálogo selectivo (HEBERMAS)³⁸⁰.

Assim sendo, a nossa posição para melhor compreensão desta matéria assenta na teoria geral dos direitos fundamentais baseada nas dimensões jurídico-constitucionais mais importantes na sua globalidade.

3.5.4.4. Direitos Fundamentais Como Categoria Dogmática

Numa abordagem dos direitos fundamentais como categoria dogmática três perspectivas merecem ser analisadas. Trata-se:

Da perspectiva analítica dogmática que refere-se à construção sistemática conceptual do direito positivo e manifesta a sua relevância na medida em que aprofunda e analisa os conceitos fundamentais. É o caso do direito subjectivo como também do dever essencial, a iluminação das formulações jurídico-constitucionais, defesa e limites dos direitos fundamentais, liberdades e garantias; e a investigação da estrutura da ordem jurídica e das suas conexões com os direitos fundamentais. Aí estaremos perante a eficácia ímpar dos direitos fundamentais; deslocando-se pela própria ponderação de bens jurídicos, numa abordagem dos conflitos de direito;

Da perspectiva empírica dogmática justifica-se para ter autêntica força normativa, exige a consideração de condições eficazes e o modo como o legislador, aplicadores de leis e os órgãos de administração os cumprem nos vários contextos práticos.

³⁸⁰ GOMES, Canotilho, **Direito Constitucional**, 6ª Edição Revista, Livraria Almedina, COIMBRA. 1993 p. 14

Da perspectiva normativa dogmática resulta pelo facto de que pressupõe o suporte racional e jurídico-normativo dos juízes dos juízos de valor. Isto é, caso da interpretação e concretização.

É importante notar que os direitos fundamentais encontram sua base no carácter acumulativo das três perspectivas que esclarecem a natureza pra-xeológica do direito constitucional; isso quer dizer a percepção do regime jurídico depende do rigor dogmático dos direitos fundamentais.

3.5.4.5. Constitucionalização dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são situações subjectivas e positivas constitucionalmente positivadas na Constituição da República de Moçambique. Isto justifica a garantia bem como a protecção desses direitos sob forma de normas, princípios, deveres ou regras de Direito Constitucional.

Esta ideia foi defendida por CRUZ Villalon, nos termos seguintes: “os direitos fundamentais dependem da existência do texto constitucional. Pelo contrário, onde não há constituição provavelmente fica difícil falar dos direitos fundamentais. Poderão haver outras coisas praticamente mais relevantes. Isto é, direito natural, ou a dignidade humana; haverá direitos subjectivos públicos; haverá, enfim, aspectos diferentes, como competências ou privilégios³⁸¹”.

Enquanto tais, os direitos fundamentais são reconhecidos nos diferentes textos constitucionais a partir dos quais produzem efeitos jurídicos³⁸². A constitucionalização dos direitos fundamentais refere-se à integração de direitos subjectivos em normas formalmente fundamentais, retirando-se o seu reconhecimento e garantia da disponibilidade do legislador ordinário³⁸³.

Assim sendo, a constitucionalização dos direitos fundamentais depende da inserção ou incorporação dos direitos individuais, constituindo como normas essenciais positivadas pelo legislador na ordem jurídica interna.

³⁸¹ CRUZ Villalon, *apud* GOMES Canotilho, **Op. Cit.** p. 497

³⁸² Cfr. CRUZ Villalon, **Formacion y Evolucion**, cit., p. 41 cfr. também, por último, STERN Karl, DAS STAATSRECHT, ct. iii/1, 1988, pp. 43 ss; VIEIRA DE ANDRADE, **os Direitos Fundamentais**, pp. 20 ss.

³⁸³ TOURZH, *apud* GOMES CANOTILHO, **Op. Cit.** p. 498

3.5.4.6. Fundamentalização dos Direitos

A protecção da dignidade humana explica este fundamentalismo no âmbito dos direitos fundamentais. Isto facilita a compreensão do sentido formal como matéria dos direitos fundamentais.

Assim sendo, no sentido formal a fundamentalidade funda-se nos quatro aspectos seguintes:

As normas previstas nos direitos fundamentais enquanto normas essenciais lhe colocam no lugar superior da ordem jurídica; e enquanto normas constitucionais, essas normas são submetidas aos procedimentos agravados de revisão; e como normas incorporadoras, passam muitas vezes a estabelecer limites das próprias substâncias; e como normas dotadas de ligação directa dos poderes do Estado constituem modelos substanciais de escolhas, decisões, acções e controlo dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.

Na fundamentalidade substancial surge que o objecto dos direitos fundamentais é constitutivo de estruturas fundamentais do Estado e da sociedade. Parece ser sem necessidade face à constitucionalização e à fundamentalidade formal a ela conexas.

Neste contexto, nota-se que a fundamentalidade pode não estar associada à Constituição escrita e à ideia de fundamentalidade formal, mas, portanto, através da ideia da fundamentalidade material pode estabelecer fundamento para a constituição acolher outros direitos, apesar de não serem constitucionalizados. Isto releva da definição dos direitos fundamentais no sentido material e não no âmbito formal; a aplicação a estes direitos somente materialmente constitucionais de alguns aspectos de regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; a abertura a novos direitos fundamentais³⁸⁴.

Daí, há necessidade de abordar as cláusulas abertas ou em princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais.

3.5.4.7. Classificações e Figuras Afins dos Direitos Fundamentais

Olhando pelos aspectos doutrinários e históricos, os direitos fundamentais podem ser classificados de forma seguinte:

³⁸⁴ GOMES Canotilho, **Op. Cit.** p. 499

a. Direitos do Homem e Direitos Fundamentais

As duas expressões, direito do homem e direitos fundamentais, têm às vezes o mesmo sentido; portanto, podem ser distintas pela sua origem e pelo seu significado.

Assim sendo, os direitos do homem são aqueles que encontram a sua validade em todos os povos e em todos os momentos; desta definição decorre a visão jusnaturalista, universalista; e enquanto que os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos ao homem no âmbito jurídico institucionalmente garantidos e limitados no espaço temporalmente³⁸⁵.

Resulta que os direitos do homem são inerentes à pessoa humana pela natureza e fundam-se sobre o aspecto universalista e intemporal e os direitos fundamentais são direitos pertencentes à pessoa humana, desde o momento que sejam positivados ou consagrados na ordem jurídica vigente.

Esta ideia foi defendida por MIRANDA, Jorge, quando sustenta que os direitos do homem enfrentariam a própria natureza humana e isso a sua inviolabilidade, a intemporalidade e a sua universalidade e os direitos fundamentais são direitos objectivamente vigentes num sistema jurídico determinado³⁸⁶. Esses três aspectos acima citados explicam as características dos direitos fundamentais, que precisam da sua observância no âmbito da doutrina jusnaturalista e para efeitos não podem ser afastadas em nenhuma circunstância.

b. Direitos do Homem e Direitos do Cidadão

As duas expressões distinguem-se uma da outra pelo facto de que os direitos do homem que surgem com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, são atribuídos do homem enquanto tal e ao contrário os direitos do cidadão referem-se ao homem, considerado como um ser eminentemente social.

JELLINEK explica esta classificação através de uma separação entre direito individual e o direito político; isto é, *status negativus* e *status activus*. A distinção entre o direito individual e direito político assenta numa teoria de separação entre dois aspectos, em que o cidadão

³⁸⁵ ANDRADE Viera, **Os Direitos Fundamentais**, p. 3 ss

³⁸⁶ Cfr. MIRANDA Jorge, **Manual de Direito Constitucional**, Vol. IV, p. 49 ss.

encontra seu fundamento no requisito de que a sociedade civil é por natureza apolítica; isto significa que por um lado temos a sociedade civil e por outro a sociedade política ou governo, em que a sociedade civil desempenha o papel de controlar as acções governamentais.

Esta distinção chama atenção sobre a divergência que poderá existir entre a liberdade dos antigos da liberdade dos modernos onde Aristóteles considera que a liberdade dos antigos refere-se à participação activa do cidadão nos negócios públicos do Estado; relativamente a BENJAMIN Constant, que pretende definir a liberdade dos modernos como sendo estrutura de *“la sécurité des jouissances privées”*³⁸⁷.

Por nossa parte, a liberdade deve ser olhando não somente no âmbito da participação política, nem da segurança dos gozos privados, mas, portanto, como ser humano individualmente considerado dotado do direito natural.

c. Direitos Naturais e Direitos Civis

Os direitos naturais são intrínsecos à pessoa humana, em contraposição dos direitos civis, que são vigentes numa ordem jurídica determinada. Neste contexto, o direito natural deve ser olhando como aquele e espontâneo à natureza humana sem qualquer intervenção do poder público, diferentemente dos direitos civis, considerados instituídos pelo direito positivo.

d. Direitos Civis e Liberdades ou Direitos Políticos

Esses surgem numa visão convergente que faz parte da categoria dos direitos civis, que podem ser considerados como aqueles direitos reconhecidos pelo direito em vigor a todas as pessoas que se encontram numa sociedade política. Portanto, os direitos políticos são atribuídos somente às pessoas activas.

Os direitos civis têm a ver com os direitos que devem privilegiar todos os indivíduos, enquanto nos direitos políticos nem todos têm o direito de participar activamente na formação dos poderes do Estado. Por esse motivo, alguns indivíduos, desde o momento que não respondem aos requisitos previstos pelo direito interno, ficam afastados do exercício de certos

³⁸⁷ “A Segurança do Gozo Privado” Cfr. BENJAMIN Constant, In GOMES Canotilho, **Direito Constitucional**, p. 518

direitos. Esta ideia foi explícita nos casos em que as pessoas com o estatuto jurídico de estrangeiro ficam adstritas a um conjunto de direitos no plano nacional.

e. Direitos Cíveis e Direitos ou Liberdades Individuais

Neste contexto, não existe nenhuma divergência entre os direitos, pois os direitos cíveis, depois de despejados dos direitos políticos, tornam-se direitos individuais ou liberdades individuais³⁸⁸. Note-se que os direitos cíveis são designados de direitos individuais na filosofia individualista da escola liberal.

f. Direitos e Liberdades Públicas

As liberdades relacionam-se com a posição negativa e por meio destas liberdades que têm por objectivo a defesa dos cidadãos perante a intervenção do Estado. Daí resulta direitos de liberdade, liberdades de autonomia e direitos negativos. Assim, os direitos estão ligados ao *status activus ou a status positivus*.

g. Direitos e Garantias

As garantias, apesar de serem dotadas de carácter instrumental de defesa dos direitos, passam a ser o direito dos cidadãos a exigir do Estado a defesa dos seus direitos, ou seja, no reconhecimento de mecanismos processuais adequados a essa finalidade (direito de acesso à justiça para defesa dos direitos, *habeas corpus*).

h. Direitos Fundamentais e Direitos de Personalidade

Os direitos de personalidade referem-se a vários direitos da personalidade. Portanto, precisa-se notar que alguns direitos fundamentais não são direitos de personalidade. Estes direitos incorporam obviamente os direitos de Estado, os direitos da própria pessoa, os direitos distintivos da personalidade e muitos dos direitos de liberdade³⁸⁹.

³⁸⁸ GOMES Canotilho, **Op. Cit.**, p. 519

³⁸⁹ Cfr. GOMES quando considera que tradicionalmente os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações foram retirados dos direitos de personalidade, pelo facto de não serem atinentes ao ser como pessoa.

i. Direitos, Liberdades e Garantias e Direitos Económicos, Sociais e Culturais

A abordagem desta categoria de direitos releve de uma relevância particular, sobretudo quando estamos no domínio do Direito Constitucional positivo ou no contexto do direito internacional. Assim sendo, no plano de Direito Constitucional positivo surge uma distinção clara entre os direitos, liberdades e garantias encontrados no Título III, Capítulo III da CRM, e os direitos económicos, sociais e culturais relacionados com o Título III, Capítulo V da CRM; e no contexto de direito internacional, o motivo da distinção estabelece ou enraíza-se quando esta distinção aproxima-se da classificação de direitos previstos nos dois Pactos Internacionais sobre direitos humanos, isto é “direitos pessoais, civis e políticos” (PIDCP) e “direitos económicos, sociais e culturais” (PIDESC)³⁹⁰.

Resulta que a doutrina admite também que se distingue os direitos de liberdades (direitos civis e políticos) dos direitos à prestações (direitos sociais), que englobam ou abarcam a classe de direitos, liberdades e garantias”, esses direitos que apesar da sua posição na Constituição concedam aos titulares a possibilidades de acção ou omissões que exige ao Estado uma obrigação de não interferir no domínio da liberdade dos indivíduos³⁹¹.

Contudo, os direitos fundamentais espalhados no texto constitucional, os direitos unicamente matéria fundamental e os direitos económicos, sociais e culturais, no seu âmbito negativo, devem ser subordinados ao artigo 56 n° 2, 3 e 4 da Constituição da República de Moçambique³⁹², no sentido de que contêm a natureza análoga a direitos, liberdades e garantias. No que diz respeito aos direitos económicos, sociais e culturais, alguns autores pretendem que alguns pressupostos considerados válidos para as limitações a direitos, liberdades e garantias são ainda aplicados aos direitos económicos, sociais e culturais considerados como tais.

³⁹⁰ VASAK, in GOMES Canotilho, **Op. Cit.**, p. 521

³⁹¹ Direitos Humanos, Centro de Investigação Interdisciplinar, Constituição Anotada da República Democrática de Timor Leste (Braga, Portugal: Direitos Humanos, Centro de Investigação Interdisciplinar 2011), 94, in As Limitações aos Direitos Fundamentais.

³⁹² Cfr artigo 56 da CRM: (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 pela Constituição; (4) as restrições legais dos direitos e das liberdades devem revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo.

As restrições relacionadas aos direitos económicos, sociais e culturais são condensantes no campo da protecção dos direitos, no sentido em que constituem direitos de prestações, deveriam respeitar o princípio da proporcionalidade e, ainda, proteger o núcleo essencial do direito. Resulta claramente que há uma certa limitação do poder dos órgãos do Estado de restringir de modo inadequado o exercício dos direitos económicos, sociais e culturais.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais determina a faculdade de limitar esses direitos, em conformidade com as exigências particulares definidas no seu artigo 4, que dispõe que: “os Estados-parte no presente Pacto reconhecem que, no gozo dos direitos assegurados pelo Estado, conforme o presente Pacto, o Estado só pode remeter esses direitos às limitações previstas na lei, somente no facto compatível com a natureza desses direitos e sem exclusão com a finalidade da promoção do bem-estar comum numa sociedade democrática”.

Surge então que a possibilidade reservada às leis internas do Estado de restringir os direitos económicos, sociais e culturais releve da natureza da protecção destes de modo a se realizar conforme os encargos bem como as condições necessárias da qual dispõe o Estado para dar satisfação geral a toda comunidade. Isto explica o aspecto progressivo destes direitos.

j. Direitos Fundamentais e Garantias Institucionais

Desta distinção, há necessidade de mencionar que as garantias institucionais integram não somente as garantias do Estado mas também das garantias jurídico-privadas. Embora sejam previstas e protegidas pelas leis constitucionais, as garantias não poderão ser autênticos direitos atribuídos imediatamente a um indivíduo; as instituições têm um sujeito que as representa e um objecto diferente dos direitos dos cidadãos. Nota-se que algumas instituições, tais como a família, a maternidade, são protegidas de forma directa como uma realidade social objectiva e só de forma indirecta se estendem para a defesa dos direitos individuais.

Esse fenómeno explica a duplicidade do carácter deferido aos direitos fundamentais. Isto é, os direitos fundamentais têm o carácter individual e institucional. Sendo assim, precisa de se referir ao artigo 120 da CRM³⁹³ sobre a maternidade e a paternidade, que é

³⁹³ Artigo 120 da CRM dispõe: (1) a maternidade e a paternidade são dignificadas e protegidas.

inseparável da defesa da família como uma instituição, nos termos do artigo 119 do mesmo texto constitucional³⁹⁴.

No âmbito da defesa jurídica constitucional, as garantias institucionais não asseguram às particulares situações subjectivas autónomas e daí a não aplicação do regime dos direitos, liberdades e garantias; salvo excepção. A defesa das garantias institucionais aborda, porém, da protecção dos direitos fundamentais em geral aquando exigido, em face das intervenções limitativas do legislador, a salvaguarda do mínimo essencial das instituições.

3.5.5. Direitos Fundamentais no Direito Constitucional de Moçambique

3.5.5.1. Relevância Constitucional dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais constituem uma matéria constitucional especial na protecção da dignidade da pessoa humana inscrita nos vários textos nacionais bem como internacionais. A Constituição da República de Moçambique prevê um conjunto de regras e princípios constitucionais com a finalidade de garantir a protecção da pessoa humana ao mais alto nível do arsenal jurídico, considerando assim como uma resposta ao Estado constitucional de direito.

O Professor GOUVEIA Bacelar, na sua abordagem, realça, neste sentido, que : “em nenhum outro lugar do direito positivo estadual, nestes termos de máxima efectividade, há tanta protecção à pessoa como pela consagração de direitos fundamentais”³⁹⁵.

É necessário salientar que a dignidade da pessoa humana, razão de ser da humanidade, encontra-se salvaguardada pelos textos constitucionais em matéria dos direitos fundamentais, que se concretizam através de outros ramos de direito, nomeadamente o direito internacional dos direitos humanos.

Esta protecção funda-se nos mecanismos de protecção dos direitos do homem, tendo em consideração as suas respectivas características particulares. Porém, o direito penal reforça esta ideia quando faz a previsão, ou seja, a aplicação a penas maiores aos crimes graves

³⁹⁴ Artigo 119 da CRM dispõe que: (1) A família é o elemento fundamental e a base de toda sociedade.

³⁹⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, p. 295

cometidos contra pessoas ou a sua integridade física; e também o direito civil que salvaguarda os diferentes direitos de personalidade.

Os direitos humanos relacionam-se de forma particular e directa com direito constitucional; isto, por natureza, é uma continuidade jurídica no âmbito interno através dos textos constitucionais do Estado; e isso explica a sua relevância em ocupar um lugar especial na actividade jurídica.

Assim, o século XIX marca a fase em que os direitos fundamentais começaram a tornar-se uma matéria específica do Direito Constitucional. Trata-se de positivação das posições de garantia do indivíduo face ao Estado.

Com a intensificação das relações entre os Estados que formam a comunidade internacional, os direitos fundamentais encontram-se replicados no âmbito do direito internacional público com o propósito de proteger o indivíduo contra os abusos cometidos pelos governantes dos Estados.

Como observa GOUVEIA Bacelar, os direitos humanos independentemente previstos num outro ramo de direito terminaram se atravessar com a consagração dos direitos fundamentais³⁹⁶. Isso explica a revolução constitucionalista concebida sobre os direitos fundamentais que representa a atribuição as pessoas subjectivas de vantagem, ...³⁹⁷.

3.5.5.2. O Sistema do Direito Constitucional Positivo ou Sistema Moçambicano dos Direitos Fundamentais

3.5.5.2.1. Os Direitos, Liberdades e Garantias

No âmbito jurídico-constitucional, uma das classificações mais relevante relaciona-se aos direitos, liberdades e garantias previstos no Título III, e a sua ordenação positiva referente aos direitos, liberdades e garantias pessoais definidos no Capítulo III, direitos, liberdades e garantias de participação política cuja previsão encontra-se no Capítulo IV e direitos, liberdades e

³⁹⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, p. 296

³⁹⁷ *Ibidem*

garantias dos trabalhadores que fazem parte integrante dos Direitos e Deveres Económicos, Sociais e Culturais no sistema dos direitos fundamentais em Moçambique tais previstos no Capítulo V.

A relevância desta classificação dos direitos fundamentais resume-se nos termos seguintes:

A classificação pressupõe um regime jurídico-constitucional especial materialmente caracterizador,

Esta classificação serve de parâmetro material a outros direitos análogos dispersos no decurso constitucional,

As disposições constitucionais que consagram os direitos, liberdades e garantias se produzem os efeitos vinculativos e uma aplicabilidade directa.

Desta classificação acima mencionada, alguns critérios precisam de ser analisados, nomeadamente: critério da determinação, critério da natureza defensiva e negativa, e critério do radical subjectivo.

a. Critério de Determinação

Este critério assenta nos direitos, liberdades e garantias; os direitos cujo conteúdo é essencialmente definido ao nível mais alto da Constituição; portanto, esses direitos não são aqueles que somente se tornam efectivos e certos no âmbito da legislação ordinária, isto é, direitos cujo conteúdo é fundamental estabelecido pelas escolhas do legislador ordinário³⁹⁸.

ANDRADE, Vieira considera que este critério encontra certas dificuldades sobretudo no que diz respeito aos direitos, liberdades e garantias procedimentalmente dependentes de actos legislativos concretizadores³⁹⁹.

No âmbito de procedimento, entendemos que o obstáculo deste critério consiste na existência de direitos, liberdades e garantias que são relacionados às normas de eficácia limitada, no sentido que são subordinados a uma interposição do legislador ordinário por via de regra infra-constitucional que lhe dá a possibilidade de se tornar efectivas para a produção das consequências jurídicas desejadas pelo ordenamento jurídico propriamente dito. Assim, essas normas não adquirem do legislador constituinte a normatividade bastante ou razoável para a sua aplicabilidade;

³⁹⁸ ANDRADE, Vieira de, in GOMES Canotilho, **Direito Constitucional**, p. 524

³⁹⁹ ANDRADE, Vieira de, **Direitos Fundamentais**, p. 201

contudo, a sua complementaridade é uma tarefa atribuída ao legislador ordinário para regulamentar matérias nelas contidas.

As normas constitucionais que reconhecem os direitos, liberdades e garantias beneficiam de aplicabilidade directa, pelo facto de que os direitos por elas reconhecidos têm uma aplicabilidade imediata capaz para produzir os efeitos jurídicos na falta de lei ou mesmo contra a lei. Isto explica um dos níveis materiais dos direitos, liberdades e garantias e não um requisito ímpar e singular⁴⁰⁰.

Face a esta posição, podemos notar que a aplicabilidade imediata dos direitos, liberdades e garantias assenta sobre a sua efectividade plena sem necessitar uma lei ordinária posterior para que as normas constitucionais produzam os seus efeitos esperados; portanto, a dimensão material dos direitos, liberdades e garantias desempenha um papel importante na materialização das normas constitucionais.

Surge a necessidade de encontrar o critério único ou exclusivo dos direitos fundamentais para determinar de forma independente a pluralidade de situações, posições jurídicas. Neste contexto, GOUVEIA Bacelar preocupa-se em encontrar a solução que vai ajudar reconhecer um denominador comum dentro de toda uma pluralidade de situações jurídicas válido como critério hermenêutico, mas também válido como critério de criação de leis⁴⁰¹.

Nota-se que no contexto da Teoria Geral da Constituição ainda permanecem muitas questões que carecem de esclarecimento quanto ao conceito de Direito Constitucional mais adaptável ao processo de evolução do constitucionalismo, olhando pelas dimensões dos direitos fundamentais.

Neste contexto, GOMES Canotilho⁴⁰², face aos problemas de selecção de um processo substancial capaz de transformar em operador hermenêutico seguro e taxativamente mais reservado para buscar as proporções mais importantes do grupo constitucional em apreço. Trata-se, para além de tudo isso: (a) das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias que recortam a nível constitucional; (b) da presunção jurídica individual ao benefício de alguns

⁴⁰⁰ VIERA e MIRANDA, in GOMES Canotilho, **Direito Constitucional**, p. 525

⁴⁰¹ GOUVEIA, Jorge, **Direito Constitucional de Moçambique**, p. 306

⁴⁰² GOMES Canotilho, **Direito Constitucional**, p. 526

titulares com o equivalente dever jurídico por parte dos destinatários passivos. Isto explica claramente a ideia de aplicabilidade imediata destas regras.

Dogmaticamente, há necessidade de encontrar um conceito comum, explicativo e adequado a todas as classificações de direitos fundamentais que possam resultar. É neste contexto que GOUVEIA, Bacelar considera que a relevância desta questão é vista no âmbito da extensão da categoria de direitos fundamentais, sendo certo que o texto constitucional moçambicano da obediência aos mecanismos de abertura fundando nesse mesmo critério⁴⁰³.

Esta abertura explica-se pela possibilidade dada ao ordenamento jurídico interno de acolher normas não constitucionais capazes de resolver os conflitos ou as novas situações sociais ligadas à violação dos direitos humanos. A esta questão, podemos nos referir a novas questões ambientais, bioética, clonagem, internet, etc.

3.4.6. Direito Constitucional Internacional e Direitos Humanos

O direito internacional dos direitos humanos difere-se do direito internacional geral, pelo facto de que baseia-se num aspecto especial que visa atestar ou assegurar o exercício dos direitos individuais da pessoa humana, objecto da dignidade humana, ao contrário do direito internacional público, que tem por base regular as relações entre os Estados, por via de negociações e concessões mútuas, de forma a garantir os interesses dos próprios Estados.

Por isso, é necessário esclarecer que o estudo tem por objecto os aspectos ligados à hierarquia de normas na Constituição que integra também as normas do direito internacional dos direitos humanos.

Contudo, o direito internacional dos direitos humanos, tendo como foco a dignidade da pessoa humana, assenta nos textos materialmente constitucionais; porém os direitos humanos, no âmbito do direito interno, sempre foram considerados como uma matéria da Constituição.

Esta relação visa não somente analisar os textos constitucionais, que procuram disciplinar o direito internacional dos direitos humanos, mas, portanto, descobrir também a posição

⁴⁰³ GOUVEIA, Jorge, **Direito Constitucional de Moçambique**, p. 306.

que esse último ocupa no âmbito interno de modo a reforçar os mecanismos de protecção dos direitos fundamentais e humanos da pessoa humana.

3.5.6.1. Institucionalização dos Direitos Humanos e Fundamentais no Direito Moçambicano

Há necessidade de determinar como a Constituição de Moçambique regulamenta o tema sobre os direitos e garantias fundamentais. A Constituição de 1975 marca o fim do regime colonial e ao mesmo tempo fortifica a ruptura com regime antes da independência do país.

Neste contexto, precisa de avaliar a maneira como a carta constitucional reconhece os direitos fundamentais da pessoa humana, exigência essencial para o cerne, ou seja, o centro dos princípios constitucionais a orientar o Estado moçambicano nas relações internacionais bem como o foco da relação entre a Constituição existente e o direito internacional dos direitos humanos.

Portanto, é relevante analisar o processo de democratização resultante a partir das disposições constitucionais de 1990.

Após a proclamação da independência do país, a Constituição foi caracterizada por um regime político socialista e uma economia intervencionista, em que o Estado pretendia garantir a repartição equitável dos recursos do país.

A Constituição de 1990 surge no contexto das grandes transformações no âmbito político como económico trazidas pelas guerras civis que caracterizaram o Estado e, entretanto, marca a evolução da história política do país, pelo estabelecimento de um regime baseado na democracia que levou à edificação do Estado de Direito e de Justiça Social em Moçambique.

A despeito, as transformações realizadas pela revisão do texto constitucional de 1990 são superiores e em alguns aspectos radicais⁴⁰⁴. O Estado moçambicano deixa de lado o adjectivo “Popular” e passa a ser apenas uma República de Moçambique, e ao nível supremo o Estado é representado pelo Presidente da República, o que evidencia um novo regime baseado sobre alguns aspectos do presidencialismo.

⁴⁰⁴ Para uma perspectiva sobre a influência do Marxismo-Leninismo na Constituição de 1975, confere CISTAC Gilles, *Evolução Constitucional da Pátria Amada*, CIEDIMA, Maputo, 2009, p. 34

O novo texto constitucional estabelece as fundamentais estruturas da democracia, da separação de poderes, da liberdade política e da consagração efectiva dos direitos fundamentais⁴⁰⁵.

Resulta então que a Constituição de 1990 vem institucionalizar a instauração de um regime político baseado sobre os princípios democráticos em Moçambique e também introduz um avanço significativo na consolidação legislativa dos direitos, liberdades individuais e garantias fundamentais.

O texto constitucional de 1990 marca uma fase jurídica da transição ao regime democrático no sentido de consolidar consideravelmente o campo dos direitos e garantias fundamentais que coloca o Estado moçambicano entre as constituições mais civilizadas do mundo no âmbito dos direitos fundamentais.

No seu preâmbulo, a Constituição de 1990 prevê o Estado de Direito Democrático, que encontra o seu fundamento no princípio de separação e interdependência dos poderes, e no pluralismo de expressão, lançando os padrões estruturais da modernização, auxiliando de forma decisiva para o estabelecimento de um ambiente democrático que levou o Estado moçambicano à realização das primeiras eleições gerais em que todos os partidos participaram.

A Constituição de 1990 marca, no âmbito jurídico, uma nova era no arsenal jurídico moçambicano, no sentido em que instalou uma democracia pluralista, afastando todas as ideologias Marxistas-Leninistas e o sistema político virado para o monopartidarismo, no âmbito de consagrar os direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos⁴⁰⁶.

A consolidação das liberdades fundamentais e das instituições democráticas no país, por sua vez, transforma materialmente a política moçambicana dos direitos humanos, facilitando um progresso avançado na consagração de obrigações internacionais neste domínio.

⁴⁰⁵ GOUVEIA, Bacelar, Estudos de Direito Público de Língua Portuguesa, Almedina Coimbra, 2004, p. 104

⁴⁰⁶ Esta nova era constitucional moçambicana consiste em instaurar um Estado de Direito Democrático, tal como determina o artigo 3 da Constituição da República de Moçambique de 1990: A República de Moçambique é um Estado de Direito baseado no pluralismo de expressão, na organização político-democrática, no respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais do Homem.

Para SILVA, José Afonso, o texto constitucional português atribui ao Estado Direito Democrático, quando afirma que este assenta no poder soberano do povo, no respeito e na salvaguarda dos direitos e liberdades fundamentais e na pluralidade de expressão e organização política⁴⁰⁷. Este Estado tem por objectivo assegurar a transição para o socialismo mediante a concretização da democracia em todos domínios da vida. Isto significa: no âmbito político, social, económico e cultural e o aperfeiçoamento da democracia participativa⁴⁰⁸.

Neste contexto, este tipo de Estado é um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária, em que o poder reside no povo, como soberano primário; por isso, esse poder deve ser exercido a favor do povo, mas, portanto, através dos seus representantes eleitos democraticamente.

É de notar que o princípio da legalidade faz parte do princípio pilar do Estado de Direito Democrático. É da essência do seu conceito depender-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática, como determina o artigo 2 n° 3 da Constituição da República de Moçambique.

O Estado de Direito Democrático destina-se a salvaguardar o exercício dos direitos individuais e sociais bem como os direitos à segurança, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça, como valores, princípios fundamentais de uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos. GOMES, Canotilho pretende que a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais são os três aspectos essenciais do princípio do Estado de Direito⁴⁰⁹, entende-se que o texto constitucional consagra esses aspectos nos artigos 1 e 2 da CRM⁴¹⁰.

Dentre os fundamentos que sustentam o Estado de Direito Democrático moçambicano é necessário destacar a cidadania e a dignidade da pessoa humana, como determina

⁴⁰⁷ SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 6ª Edição. 1990, p. 80

⁴⁰⁸ Artigo 1 da CRM

⁴⁰⁹ Não obstante o acréscimo e concretizações que o princípio do Estado de direito encontra implícita ou explicitamente na Constituição, pode sintetizar os pressupostos materiais subjacentes a este princípio a partir dos aspectos seguintes: a) juridicidade, b) constitucionalidade, c) direitos fundamentais (GOMES CANOTILHO, direito constitucional, 3ª ed., p. 35)

⁴¹⁰ Artigo 1 da CRM dispõe que: a República de Moçambique é um Estado independente, soberano, democrático e de justiça social. E o artigo 2 n° 3 da CRM determina que: O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade.

o artigo 2 da CRM; assim, a observação da Constituição e das leis serão os mecanismos jurídicos mais adequados para garantir a protecção dos direitos humanos.

Resulta então que os direitos fundamentais surgem como um aspecto fundamental para a concretização do Estado democrático, tendo em consideração a sua função.

Na sua abordagem, MIRANDA, Jorge argumenta que a Constituição atribui um conjunto de significado, de valor e de correspondência prática à categoria dos direitos fundamentais. E a Constituição repousa na dignidade da pessoa humana, ora na concepção que faz a pessoa ser a base e o fim da sociedade e do Estado⁴¹¹.

A justiça social refere-se a um imperativo que a Constituição busca alcançar através da garantia e protecção dos valores inerentes à dignidade humana. Sendo assim, a dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o sistema jurídico, considerado como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e a compreensão do sistema constitucional.

Portanto, a dignidade da pessoa humana é o princípio que unifica e centraliza todo ordenamento jurídico no contexto internacional e interno, pelo facto de que ocupa um lugar especial na compreensão dos direitos humanos. Neste sentido, a dignidade humana constitui super-princípio constitucional, princípio basilar de qualquer ordem constitucional.

No âmbito da política exterior e do direito internacional uma nova política é elaborada no contexto das relações entre Moçambique e a comunidade internacional, em que o Estado vai se colocar na visão dos países não-alinhados. Esta posição é evidenciada pelo artigo 17, número 1 da Constituição⁴¹².

Quanto às normas do direito internacional, é necessário salientar que a disposição da CRPM, artigo 23 número 2, foi retomada na versão da CRM de 1990, no seu artigo 17 número 2, sem que haja qualquer alteração. Todavia, é importante notar que esta disposição foi reforçada

⁴¹¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, v. 4, p. 166

⁴¹² A República de Moçambique estabelece relações de amizade e cooperação com outros Estados na base dos princípios de respeito mútuo pela soberania e integridade territorial, igualdade, não interferência nos assuntos internos e reciprocidade de benefícios.

pelo artigo 18 da CRM de 1990, que vem determinar a posição de normas do Direito Internacional no Direito Constitucional.

Para analisar as relações entre a Constituição e o direito internacional dos direitos humanos, também de extrema relevância e o alcance previsto no artigo 18 da Constituição de 1990, quando prevê que os direitos e garantias expressamente previstos na Constituição não recusam recolher outros provenientes dos tratados internacionais onde o Estado moçambicano seja parte. Essa disposição aborda a interacção entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional dos direitos humanos.

3.5.6.2. Direito Moçambicano das Convenções Internacionais

A nossa reflexão surge no âmbito do regime jurídico internacional, em que Moçambique tem a liberdade de aceitar a manifestação das Convenções Internacionais na esfera interna e o reconhecimento da legítima aspiração do direito internacional ao nível superior da sua hierarquia, reflectindo na sua respectiva ordem interna, isto é, no direito constitucional interno.

Admitindo que as normas internacionais, por uma questão de harmonização e de conformismo jurídico, devem afastar algumas excepções e desvios previstos na ordem interna, pois são consideradas as normas desta natureza como irrelevantes para produzir efeitos jurídicos desejados em vários aspectos do sistema, apesar de lhes atribuir uma margem de adequação aos sistemas constitucionais.

A Constituição de Moçambique, depois de conhecer várias revisões, não está isolada da realidade jurídica internacional, visto a sua abertura ao regime de convenções internacionais, e a vários títulos, indo até para além do problema do respectivo processo, erigindo assim o sistema desse regime jurídico nos aspectos seguintes: (i) a localização nas fontes de direito, bem como a sua hierarquia; (ii) os critérios de distinção entre os tratados solenes e acordos simplificados; (iii) as diversas etapas de elaboração das convenções internacionais; (iv) a questão de hierarquia das fontes das normas do direito internacional, entre outros.

No âmbito do Direito Constitucional, a partir da ideia segundo a qual a constituição tem supremacia na ordem jurídica interna; sendo uma fonte primária da legitimação de todo poder político e da soberania do Estado; surge então que a lei fundamental tem por papel a apreciação e

a fiscalização de qualquer acto normativo de um sistema jurídico, independentemente de onde provém.

De facto a manifestação do poder político, mediante o tratado internacional, é a consequência de uma apreciação dos interesses pessoais do próprio Estado. Assim sendo, a obrigatoriedade do tratado internacional voluntária que pode surgir depende em última instância da vontade do próprio Estado. Em contraposição, é importante analisar as normas constitucionais nas matérias relativas às normas do direito internacional. Isso constitui uma questão que pode ser estabelecida entre a ordem internacional e a ordem interna dos Estados na base de uma aproximação genérica e abstracta. Esta aproximação funda-se sobre a questão da supremacia do direito internacional.

3.4.7. Hierarquia das Normas Jurídicas no Direito Constitucional de Mocambique

Antes de falar da hierarquia de normas jurídicas é importante entender o conceito de hierarquia, sendo a subordinação de certos poderes uns aos outros e até mesmo classificação ou ordenação mediante determinados critérios a priorizar um membro, poderes e categorias.

La doctrine n'envisage généralement la hierarchie des regles que dans l'arsenal juridique. En effet, la hierarchie des normes constitue la forme la plus élaborée de l'ordre juridique, à tel enseigne qu'il est de nos jours impossible de penser un ordre juridique sans immédiatement penser à la hierarchie des normes en depit des autres classifications des rapports inter normatifs dans l'ordre de droit. En effet, le principe hierarchique apparaît étroitement consubstantiel de l'idée même de droit dans notre incoscient collectif⁴¹³.

Entendemos desta ideia que a hierarquia de normas se manifesta de forma adequada somente dentro da ordem jurídica determinada. Assim sendo, o direito positivo materializa-se a partir do princípio hierárquico, que admite que a classificação de relação entre as normas seja realizada no âmbito do ordenamento jurídico.

⁴¹³ A doutrina BECHILLON, D. *Hierarchie des normes et hierarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Paris, Economica, 1996, p. 4

Por hierarquia de normas precisa de entender que: *le fait qu'il existe entre les normes ou regles un rapport de dependance que c'est ce rapport qui est constitutif du systeme juridique qu'il est lui même de nature juridique et qu'il determine la structure synchronique et diachronique du systeme*⁴¹⁴.

A ideia de hierarquia de normas foi muito rapidamente juntada à de validade de normas, centrada na ordem da produção normativa de um sistema jurídico, criando uma espécie de confusão entre as condições de validade das normas e aquelas de produção de normas⁴¹⁵.

Contudo, dois aspectos merecem a nossa atenção, a saber: a subordinação e a validade de normas jurídicas. Estes elementos são fundamentais para a existência de um sistema jurídico em que é exigida a integração ou o escalamento destas normas numa estrutura puramente organizada que nós chamamos de hierarquia de normas.

SGARBI preconiza, no que diz respeito ao valor de normas, que, na abordagem de KELSEN, uma norma válida é aquela que corresponde ao conjunto normativo e que, por existir, deve ser observada e aplicada juridicamente⁴¹⁶.

A hierarquia de direito é a subordinação deste a uma fonte geradora superior. Assim sendo, haverá uma escala entre duas normas quando uma delas tiver seu princípio e seu parâmetro. Quando há incompatibilidade entre as normas, as normas de hierarquia superior têm supremacia sobre as normas hierarquicamente inferior. Sendo assim, podemos dizer que existe uma subordinação de hierarquia das normas a aquela das fontes em que estão contidas ou de que provêm.

Ao criar também uma hierarquização das normas, HANS Kelsen atribui à essência das normas a dicotomia centrada na ideia segundo a qual a norma superior pode ser considerada como fundante e a norma inferior uma norma fundada; a primeira sempre orienta a última. Sendo assim, a primeira regra rege e estabelece a criação e os métodos usados na norma inferior. Porém,

⁴¹⁴ PFERSMANN, O. “*Hierarchie des normes*”, in D. Alland et S. Rials (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, **Op. Cit**, pp. 779 et ss

⁴¹⁵ L’idée d’une hierarchie des normes a été très vite rapprochée de celle de la validité des normes axée autour de l’ordre de la production normative d’un système juridique, créant ainsi une sorte de confusion entre les conditions de validité des normes et celles de production des normes. Ibidem, p. 781

⁴¹⁶ SGARBI, Adrian, **Clássicos da Teoria do Direito**. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2009, p. 41.

isso nem sempre foi assim, pois o mesmo autor alega que a Constituição considerada como norma superior fundante emanando orientações às normas de nível inferior, como acontece com uma norma superior a que a própria constituição deve obediência (trata-se de uma norma superior que fonde ou forma).

A esta questão decorre uma norma hipotética fundamental. Isto significa uma eventualidade apta a consagrar a afinidade e determinar as normas da ordem jurídica. Logo, surge a necessidade de distinguir as leis constitucionais das leis ordinárias. As normas das leis ordinárias contrárias às leis constitucionais são alvo de vício de inconstitucionalidade. Desta forma o aparelho judiciário não devem aplicar tais normas por não respeito a lei constitucional.

A inconstitucionalidade pode ser, por um lado, orgânica, quando resulta da incompetência do órgão em razão da matéria. Por outro lado, formal quando o vício resulta do processo de formação da norma. Assim, a inconstitucionalidade pode ser também material quando o vício atinge a própria norma no seu conteúdo por este ser contrário ao conteúdo de uma norma constitucional⁴¹⁷.

Pode-se instaurar uma hierarquia entre as normas constitucionais na medida em que as normas constitucionais emitidas pelo poder constituinte derivado dependem das normas constitucionais emitidas pelo legislador constituinte originário. Neste contexto, precisa-se distinguir as normas emanadas pelo legislador constituinte originário das normas constitucionais editadas pelo poder constituinte derivado.

As normas constitucionais emitidas pelo poder constituinte derivado podem ser inconstitucionais quando violam as fronteiras juridicamente vinculantes exigidos pelo poder constituinte, no texto constitucional originário, ao poder de revisão.

Para além disso, existem as normas constitucionalizadas, nomeadamente as normas do direito internacional (costume internacional geral e princípios gerais de direito comum às

⁴¹⁷ MACHADO, João Baptista, **Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador**, Edições ALMEDINA, COIMBRA 2008, 166.

nações modernas e as normas de direito internacional convencional), nos termos da previsão da constituição.

MACHADO apresenta a hierarquia das normas da seguinte forma:

Os princípios fundamentais do direito que são supra-estaduais e supra-constitucionais encontram-se hierarquicamente superiores à Constituição. Os decretos presidenciais que têm por objecto a declaração do estado de sítio ou estado de emergência; que, conforme a Constituição prevalecem, durante o período da sua vigência, sobre todas as normas (incluído certas normas constitucionais)⁴¹⁸

Quanto às leis constitucionais, precisa de notar as leis ordinárias que ordenam a hierarquia seguinte: Leis da Assembleia da República; Decretos-leis do Governo;

MACHADO argumenta que não existe relação de hierarquia entre a lei e o decreto-lei, pois o Governo regula por decreto-lei matéria reservada à lei da Assembleia da República. Neste caso, aquele diploma carece de inconstitucionalidade orgânica⁴¹⁹.

Assim sendo, o decreto regulamentar ou decreto do Governo podem ser considerados ilegais quando infringir a disposição de uma lei ou seja do decreto-lei. As portarias regulamentares e despachos normativos, por sua vez, devem obediência aos decretos regulamentares e aos decretos e subordinam-se á eles.

Para além de matérias reservadas à competência exclusiva da Assembleia da República e matérias reservadas à competência exclusiva do Governo, há matérias de competência conjunta àqueles dois órgãos de soberania. Neste domínio de matérias prevalece sempre a lei posterior, de modo que um decreto-lei pode revogar uma lei, e inversamente.

É óbvio que também um decreto-lei emanado pelo Governo no exercício de uma competência legislativa delegada pela Assembleia da República pode ser revogado por uma lei posterior deste órgão.

⁴¹⁸ MACHADO, João Baptista, **Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador**, Edições ALMEDINA, COIMBRA 2008, 169

⁴¹⁹ Ibidem

a. Hierarquia das Normas Jurídicas Quanto ao Conteúdo

A hierarquia é entendida como aquela que começa com normas jurídicas mais genéricas, base dos princípios jurídicos fundamentais até às normas mais concretas que particularizam aquelas e preparam imediatamente a execução⁴²⁰. Esta hierarquia vai dos princípios até à norma de concretização e estabelece uma hierarquia.

b. Hierarquia Quanto ao Fundamento de Validade

HANS Kelsen determina uma hierarquia que toma em conta o fundamento da validade das normas. Este autor coloca no topo uma norma fundamental que é meramente hipotética, mas suporta a validade de todo o sistema; e argumenta que as normas regulamentam a geração de normas jurídicas comuns; e estas disciplinam, por sua vez, a criação de outras regras, e assim consecutivamente até se absorver a hierarquia⁴²¹.

Neste caso concreto, a norma fundamental representa a constituição do Estado, que de forma geral se situa em cima do ordenamento jurídico, que constitui o padrão capaz de regulamentar a produção das normas jurídicas de nível inferior que devem integrar esta hierarquia.

3.5.7.1. Validade e Eficácia da Norma Jurídica

A questão da validade das normas não foge muito daquela da existência, assim como da eficácia, pois existência, validade e eficácia são termos que se confundem, pelo facto em que a validade da norma jurídica pressupõe antes de tudo a sua existência.

O conceito de validade só pode intervir no momento posterior àquele da existência. Assim sendo, só depois de existência a norma jurídica pode ela revestir-se de validade ou de invalidade, característica que lhe é conferida em função da sua conformidade ou não com o ordenamento jurídico do Estado.

⁴²⁰ MACHADO, João Baptista, **Op. Cit.**, p. 585

⁴²¹ ASCENSÃO, J. Oliveira, **O Direito, Introdução e Teoria Geral**, 13ª Edição, Almeida. COIMBRA 2008, p. 265

O valor é a fonte última de exigência da norma, dando-lhe, abrangente, o seu sentido. A questão do fundamento relaciona-se com o valor ou conjunto de valores que atestam o arsenal jurídico, determinando o motivo de ser da imposição das regras *sui generis*⁴²².

A validade tem a ver com a existência da norma legal; a norma não existe em si, e se encontra antes de tudo sujeita às demais normas que constituem o sistema jurídico. Resulta então que a validade da norma jurídica, ou seja, da lei, encontra o seu fundamento na competência do órgão encarregado de sua geração e as regras procedimentais relativas à sua formação. Pode-se notar que depois de cumprir com as exigências da competência e do processo legislativo, tais como definidos pela Constituição, aí a norma seria válida e terá a capacidade de integrar o sistema jurídico.

HANS, Kelsen admite que o sistema normativo não é um complexo de regras jurídicas organizadas no mesmo nível, colocadas de forma colateral, mas é um edifício estruturado de diferentes graus de regras jurídicas. A sua singularidade é o resultado da relação de dependência que decorre do facto da validade de uma norma, que foi produzida em conformidade com outra regra, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é definida por outra e assim por diante, até abandonar finalmente na norma fundamental-pressuposta. A norma fundamental-hipotética, nestes termos, é, portanto, a base de validade último que constitui a unidade desta interrelação criadora⁴²³.

A vigência da norma pode ou não ser fixado, na medida em que, por um lado, a validade tem o seu termo com o esgotamento ou término do prazo e, por outro, ela durará até que outra norma a revogue.

O artigo 7 do CC dispõe: (1) quando não se destine a ter vigência temporária a lei só deixa de vigorar se for revogada por outra lei; (2) a revogação pode resultar de declaração expressa, da incompatibilidade entre as novas disposições e as regras precedentes ou da circunstância de a nova lei regular toda matéria da lei anterior; (3) a lei geral não revoga a lei

⁴²² AMARAL, Júnior Alberto do, **Noções do Direito e Direito Internacional**, 3ª Edição, revista e ampliada, Brasília 2008, p. 17

⁴²³ HANS Kelsen, **Teoria Pura do Direito**, Martins Fontes, São Paulo, 1987, p. 240

especial, excepto se outra for a intenção inequívoca do legislador; (4) a revogação da lei revogatória não importa o renascimento da lei que está revogada.

Sendo assim, a norma é válida quando foi publicada, portanto, ainda não é vigente. Neste sentido, não pode ser chamada a produzir os seus efeitos. Resulta que a norma vigente mantém a sua actuação plena prescrevendo, autorizando ou permitindo condutas.

A validade distingue-se da eficácia, pois uma norma é eficaz só quando produz os efeitos jurídicos resultantes da aplicação das regras legais. O cumprimento voluntário da norma jurídica pelos seus destinatários ou no caso de não cumprimento for aplicada uma sanção aos seus violadores determina eficácia da norma.

Duas exigências devem ser observadas para determinar a eficácia da norma. Trata-se de ter condições fáticas de actuar, na medida em que está conveniente à realidade; e ter mecanismos estratégicos de actuar, pois são efectivos os elementos normativos para adequá-la à geração dos efeitos concretos⁴²⁴.

Porém, a validade da norma jurídica é anterior à sua eficácia. Portanto precisa de sublinhar que o desuso afecta a validade da norma, pelo que uma norma que nunca foi aplicada pode deixar de ser válida.

Surge então que a norma hipotética fundamental é o requisito de validade de todo o sistema normativo representado sob forma de pirâmide. Neste instante, a norma do direito positivo é válida porque a norma que a fundamenta responde ao critério de validade. Sendo assim, entendemos que se a norma fundamentadora é inválida, a ordem jurídica que por ela se fundamentava por consequência se torna inválida. Porém, a invalidade da norma assenta no seu fundamento, que pressupõe a perda de validade da norma fundamental capaz de explicar a existência da ordem jurídica.

⁴²⁴ HANS Kelsen, **Op. Cit.**, p. 20

3.5.7.2. Hierarquia das Fontes da Constituição Material

3.5.7.2.1. Teoria da Constituição

A Constituição pode ser considerada como um conjunto de regras, independentemente do seu objecto, apresentadas sob modo constitucional. De forma geral, essas regras estão contidas num documento especial e por consequência têm um valor superior relativamente a todas as normas do direito positivo e para sua modificação é relevante que haja um procedimento especial, mais difícil de ser realizado em relação aquele que permite modificar alguma outra norma. Isso explica a rigidez da constituição formal.

FERDINAND, Lassalle compreende a constituição no sentido puramente sociológico, e para ele a constituição é entendida como a soma dos factores reais do poder que regem num Estado determinado; assim sendo uma constituição real e efectiva⁴²⁵.

CARL, Schmitt, dando-lhe o sentido político, ele pretende salientar que a constituição surge como um processo de tomada decisão essencial no âmbito político, decisão material de toda a comunidade sobre o modo e forma de existência de uma sociedade política, estabelecendo a distinção entre a constituição e as leis constitucionais; sendo por um lado conjunto de normas que referem só a decisão política essencial; as leis constitucionais são mais outras disposições registados no texto constitucional, que não abarcam matéria de decisão política fundamental⁴²⁶.

No pensamento de KELSEN, a Constituição no sentido jurídico pressupõe uma norma pura, a pureza do dever-ser, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica. Desta abordagem, podemos notar que o conceito da constituição, para o mesmo autor, tem dois sentidos: o sentido lógico-jurídico e o sentido jurídico positivo.

No sentido lógico-jurídico a Constituição refere-se a norma fundamental hipotética, cuja função é servir de base lógica metafísica da validade da constituição jurídico-positiva que

⁴²⁵ FERDINAND Lassalle *apud* SILVA José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional**, p. 38

⁴²⁶ CARL Schmitt *apud* SILVA José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional**, p. 38

corresponde à norma positiva superior, complexo de regras regulamentando a produção de outras regras, lei interna no seu mais alto grau⁴²⁷.

Chama-se norma hipotética fundamental o facto de estar no esboço da transcendência hipotética ademais da pirâmide devido ao facto de não se referir a uma norma direito positivo, no sentido em que não depende de nenhuma outra norma, nem da norma superior, pois a sua validade fica independente desta última. E neste sentido que podemos dizer que esta norma constitui o ponto de referência do processo de produção do direito positivo que tem por papel fundamentar a validade objectiva de uma ordem jurídica posta, isto é, uma norma pressuposta. Neste contexto, a norma positivada encontra a sua validade numa outra norma que não cabe ao direito positivo; estando aquela que funciona com critério e limites exigidos ao positivismo jurídico.

Sendo acima da estrutura piramidal, a Constituição encontra-se no vértice do ordenamento jurídico do Estado, a que confere validade, e legitima todos os poderes estatais, pelo facto que ela o reconhecem a proporção por ela distribuídos. E, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação destes poderes e a organização do seu órgão; e nela se acham as normas fundamentais de Estado, e somente nisso que se identificará sua superioridade em relação às normas jurídicas⁴²⁸.

Resulta que essas concepções são subjectivas, pois não acolhem o consentimento de todos os doutrinários. Daí surge a necessidade da formulação do conceito unânime de constituição para alcançar a unidade de vários autores nesta matéria.

Por isso SILVA, José Afonso, numa concepção estrutural da constituição, apresenta a constituição no âmbito normativo, não como norma pura, mas como norma em sua ligação com a realidade social, que lhe atribui conteúdo factício e o sentido axiológico⁴²⁹.

Para efeitos, refere-se não às partes que juntam se, mas, portanto, de partículas e membros que se abraçam num todo unitário. Isso determina que a constituição no sentido jurídico será alcançada só quando é apreciada separada totalmente da vida social e sem ligação com toda

⁴²⁷ HANS Kelsen, **Teoria Pura do Direito**, v. I, p. 1,2,7 e ss.

⁴²⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, Malheiros, São Paulo, 2006, p. 46

⁴²⁹ _____, **Curso de Direito Constitucional**, p. 39

comunidade; na medida em que certas acções da sociedade podem tornar-se numa conduta humana de um valor histórico e pela mesma via formam uma base da existência comunitária, constituindo dos elementos constitucionais da comunidade social que o constituinte estabelece e revela como princípios normativos essenciais.

3.5.8. Hierarquia das Normas na Constituição de Moçambique

3.5.8.1. Aspectos Gerais

Da hierarquia das normas resulta um conjunto dos efeitos lógicos do conceito racional normativo ligado à Constituição. Sendo assim, a Constituição aparece como uma norma fundamental da comunidade política que determina os valores essenciais segundo os quais o Estado se organiza para o bem-estar do seu cidadão; isto significa que a Constituição, considerando como tal, é essencial para a sobrevivência de uma sociedade politicamente organizada chamada de Estado, pois visa garantir os bens jurídicos consagrados. É neste sentido que a Constituição é entendida como norma fundamental que prevê a forma de produção de todas as restantes normas sujeitas a ela.

Note-se que duas vertentes podem ser analisadas no âmbito das fontes de direito. A primeira, que é organizativa, admite que a Constituição prevê o modo pelo qual se produzem todas as restantes normas do ordenamento jurídico, pois cabe-lhe instituir o poder político, quem governa e cria o direito, e quem determina a forma da sua organização. A análise da organização do poder manifesta-se em princípio antes do sistema de produção do direito. Uma outra vertente assenta no sistema do governo pelo qual as funções do Estado são atribuídas aos diversos órgãos do poder do Estado; isto significa a função legislativa, a função executiva e a função jurisdicional, com destaque para a função legislativa, órgão competente na produção de normas que em certa medida pode reter a função executiva.

No regime democrático o exercício do poder político tem por fundamento o princípio de separação de poderes. Trata-se do poder legislativo, poder executivo e poder judiciário. Daí, há lugar para mencionar que nem todas as normas jurídicas, ou seja, os actos normativos, têm o mesmo valor; e isto analisa-se em três ordens, a saber:

A Constituição é *lex fundamentalis*. Isto significa a lei suprema, que está no cimo do ordenamento jurídico;

As leis (da Assembleia da República) obedecem à Constituição. Isto significa que as leis devem ser conforme a Constituição;

Os regulamentos (emanação do poder executivo e no caso em apreço o Governo) devem ser conforme as leis.

Assim sendo, é importante assinalar que o poder judiciário, que goza de independência em relação aos dois poderes (legislativo e executivo), desempenha um papel considerável na estruturação da ordem jurídica que consiste em velar pelo respeito deste escalonamento hierárquico através do Conselho Constitucional ou Tribunal Constitucional, competente para declarar inconstitucional ou ilegal qualquer disposição normativa que não obedece a esta posição.

Esta independência⁴³⁰ deve ser entendida como a não intervenção do poder legislativo nem do governo na actuação do poder judicial em todos os aspectos que relevem da sua competência. Neste sentido, o poder judicial ou os juízes devem ser disciplinados por juízes. A partir desta ideia, é necessário olhar para a importância do Conselho Superior de Magistratura na sua missão de fiscalizar os actos praticados pelo juiz, de modo a promover a sua independência.

Portanto, esta independência pode ser posta em causa no momento de nomeação do juiz do Tribunal Supremo pelo Presidente da República, situação que poderá comprometer o princípio de imparcialidade, tal como desejado na administração da justiça. Esta situação verifica-se na Constituição de Moçambique, quando prevê que: é da competência do Presidente da República nomear o Presidente do Tribunal Supremo, o Presidente do Conselho Constitucional, o Presidente do Tribunal Administrativo e o Vice-Presidente do Tribunal Supremo⁴³¹.

Portanto, o artigo 219 da Constituição da República determina que o Conselho Superior da Magistratura é um órgão que tem por missão gerir e disciplinar a magistratura judicial, cuja competência visa a nomeação, colocação, transferência, promoção, exoneração e apreciação do mérito profissional, exercício da acção disciplinar dos magistrados judiciais⁴³².

⁴³⁰ O artigo 216 da CRM sustenta que a independência funda-se na actuação dos juízes, que devem somente obedecer a lei; isto de forma evidente explica o fundamento do poder judiciário que se encontra, para além da Constituição e da consciência individual, no princípio da legalidade, exigência incontestável e primordial do Estado de Direito.

⁴³¹ Artigo 158 al. g da CRM

⁴³² Artigo 221 da CRM relacionado com as competências do Conselho da Magistratura Judicial, al. a)

Esta situação reconforta o princípio de independência, na medida em que o poder disciplinar bem como a gestão da Magistratura Judicial refere-se ao Conselho Superior da Magistratura e torna a nomeação um simples mero poder exercido, como forma honrada ou de prestígio atribuído ao Presidente da República, sem exercício de forma directa de nenhuma acção disciplinar.

De modo geral, na base da sua proposta sobre a hierarquia das fontes, normas e actos jurídico-públicos, GOUVEIA, Bacelar apresenta a estrutura seguinte: as fontes e actos constituintes, as fontes e os actos de revisão constitucional e de estado de excepção, as fontes e normas internacionais, as fontes e actos normativos da Assembleia da República e actos normativos dos políticos, as fontes e actos normativos administrativos e as fontes e actos normativos jurisdicionais⁴³³.

A nossa posição é de que a hierarquia de normas no ordenamento jurídico moçambicano pode ser estruturada ao alto nível da Constituição, em que há necessidade de abordar as normas constitucionais, as normas de revisão da constituição bem como o estado de excepção, os actos legislativos e actos internacionais e por fim os actos administrativos e actos jurisdicionais.

3.5.8.2. A Constituição Como Lei Fundamental

A Constituição pode ser considerada como a *Lex Mater* da ordem jurídica que está numa posição hierárquica-normativa superior relativamente às restantes normas. Isto implica que a posição hierárquica superior decorre do seu carácter de única norma primária directamente derivada do poder constituinte, do que resulta tanto a sua validade como o seu carácter imperativo.

A Constituição da República de Moçambique prevalece sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico⁴³⁴. Resulta deste artigo que o texto constitucional se encontra acima de todas as normas, apesar de várias revisões constitucionais realizadas através das leis constitucionais, a constituição é complementada pelo conjunto de processo de constitucionalidade.

⁴³³ GOUVEIA Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, CEDIS, LISBOA/MAPUTO. 2015, p. 429

⁴³⁴ Cfr. O art. 2 n° 4 da Constituição da República de Moçambique de 2004 com as alterações introduzidas pela lei de revisão constitucional de 2018

A Constituição regula não apenas o procedimento de criação e modificação das restantes normas do ordenamento jurídico como também determina o conteúdo valorativo dessas normas. A constituição revela uma manifestação directa dos bens jurídicos básicos acolhidos na sociedade política, o centro da ideia de direito nela conseguindo, o ponto de referência do poder político ao serviço desta ideia, o instrumento último de reivindicação de segurança dos cidadãos frente ao poder.

3.5.8.3. Princípio Hierárquico - Critério ou Não de Limitação do Sistema Constitucional ou da Constituição

No âmbito da teoria tradicional, a Constituição pode ser entendida no sentido formal, em que ela pode receber qualquer conteúdo jurídico, e no sentido material, quando refere-se a um conjunto de normas, consideradas independentemente da sua posição na estrutura hierárquica que tem por objecto a organização dos poderes públicos do Estado, seu funcionamento, suas relações, a determinação e garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos.

Resulta então que a Constituição determina os órgãos do Estado, define os princípios de designação dos membros destes órgãos e lhes atribui funções que deve desempenhar no exercício do poder público.

Nota-se que a expressão da constituição no sentido material foi menos usada em detrimento da constituição no sentido formal. Assim sendo, a perspectiva formal da constituição se impõe na abordagem jurídica dos publicistas no que diz respeito à hierarquia de normas no sistema jurídico-constitucional.

Neste contexto, TROPER, Michel considera que: “*la constitution est un ensemble de normes placées au sommet de la hierarchie de l’ordre juridique*”⁴³⁵.

No âmbito formal, surge então que a constituição refere-se a um conjunto de normas que se encontram no cimo da hierarquia do ordenamento jurídico e que podem ser alteradas ou

⁴³⁵ “A Constituição é um conjunto de normas colocadas no cimo da hierarquia da ordem jurídica”. TROPER Michel Constitution, Art. Cit. p. 103 citado por, HAMON F. TROPER Michel. e BORDEAU George. **Direito constitucional**, p. 4

modificadas através de um procedimento especialmente complexo, isto significa um procedimento particularmente difícil.

La constitution est le statut de l'Etat. En ces termes, pour detenir la qualité d'Etat, il faut être doté d'une constitution. La constitution presente donc un caractere fondamental et fondateur⁴³⁶. Au sens materiel du terme, la constitution peut être definie comme "l'ensemble des normes de production de normes generales et abstraites.

Surge então que as normas constitucionais impõem de forma clara um condicionalismo para dar validade a outras normas jurídicas cujas características assentam sobre a generalidade bem como a abstração do ordenamento jurídico de um Estado determinado e pode parecer à primeira vista complexo encontrar que entre essas normas que prescrevem o fundamento da validade das outras normas, existe uma qualquer hierarquia, podemos dizer que até certas normas constitucionais que por sua vez impõem condições de validade de outras normas constitucionais.

Para HANS Kelsen, *la constitution est le point de depart d'une procedure: de la procedure de creation positive du droit⁴³⁷. C'est donc le referentiel suprême de l'ordre juridique⁴³⁸.*

A expressão refere-se ao conjunto de regras, independentemente de seu objecto, que são enunciadas na forma constitucional: estas estão, de forma geral, contidas em um documento especial, mas sobretudo têm valor superior ao de todas as outras normas positivas e somente podem ser modificadas conforme um procedimento especial, mais difícil de ser implementado do que aquele que permite modificar alguma outra norma⁴³⁹. Isto chama-se rigidez da constituição.

⁴³⁶ A Constituição é o Estatuto do Estado. Neste contexto, para manter a qualidade do Estado, este último deve ser dotado de uma Constituição. A Constituição apresenta logo um carácter fundamental e fundador. No sentido material do termo, a Constituição pode ser definida como um conjunto de normas de produção de normas gerais e abstractas. FAVOREU L. et autres, *Droit Constitutionnel*, Paris, Dalloz, 6^a Edição., 2003, p. 69

⁴³⁷ A Constituição é o ponto de partida de um procedimento: o procedimento da criação positiva do direito” HANS. Kelsen, *Theorie puré du droit*, Paris, Dalloz, trad. Ch. Eisenmann, 1962, p. 263

⁴³⁸ É, logo, o referencial supremo da ordem jurídica. KAMTO, M “*Les conférences nationales africaines ou la creation revolutionnaire des constitutions*”, in A. DARBON et GAUDUSSON, du Bois de. *la creation du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, pp. 177 et s., p. 190.

⁴³⁹ TROPER Michel., **Op. Cit.** p. 35

Resulta desta ideia dois aspectos relevantes que caracterizam a constituição. Trata-se da supremacia constitucional, que pretende colocar-lhe ao mais alto nível da ordem jurídica, por um lado e, por outro, a rigidez constitucional, que exige, para sua modificação, um procedimento especial. A partir deste posicionamento, pode-se notar que a constituição contém alguns germes da hierarquia entre as diversas disposições da lei constitucional.

Porém, essas considerações nos levam a entender a expressão “Constituição” a partir do critério hierárquico. Daí decorre que a constituição no sentido formal tem por fundamento a diferença hierárquica entre a lei ordinária e a lei constitucional; isto quer dizer que esta definição requer uma estrutura hierárquica do ordenamento jurídico, isso mediante o princípio da hierarquia, que tem por objecto a distinção entre a constituição e as restantes normas jurídicas.

Para EISENMANN C. *l'identification de la Constitution formelle repose donc sur une differenciation hierarchique entre la loi ordinaire et la loi constitutionnelle qui se traduit, en termes organiques, par la subordination du Parlement au Constituant*⁴⁴⁰

Resulta que a desconformidade dos actos legislativos à constituição ou ao poder constituinte originário implicaria uma inconstitucionalidade; e esse fenómeno determina a superioridade da Constituição que se integra no princípio da constitucionalidade. Assim sendo, a definição formal da constituição se inscreve no conceito do primado hierárquico no âmbito do ordenamento jurídico; supremacia essa que é preservada pelo processo especial difícil de revisão ou de modificação do texto constitucional.

*La supremacie de la loi constitutionnelle tient à sa forme, c'est-a-dire à la procedure speciale qui conduit à sa creation ou à sa revision: le criterium d'une disposition constitutionnelle est d'avoir été edictée par l'autorité constituante et en cas de revision constitutionnelle, suivant la procedure speciale prevue par la constitution*⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ “A identificação da Constituição formal assenta logo sobre a diferenciação hierárquica entre a lei ordinária e a lei constitucional que se traduz, em termos orgânicos, pela subordinação do Parlamento ao legislador constituinte”. EISENMANN, C. *la Justice Constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928, p. 383, reimp. Economica-PAUM, 1986, p. 9-10

⁴⁴¹ A supremacia da lei constitucional tem em conta a sua forma, isto significa o procedimento especial que conduz a sua criação ou à sua revisão: o criterium da disposição constitucional foi imposto por uma autoridade constituinte e em caso da revisão constitucional, segundo o procedimento especial previsto pela Constituição”. M. KAMTO, *Pouvoir et droit en Afrique. Essai sur le fondement du constitutionnalisme*

Para sustentar a validade desta tese, é relevante verificar a efectividade do primado da constituição no sistema jurídico; isto é, as restantes normas, quaisquer que sejam, o seu conteúdo ou fonte (normas do direito interno, normas do direito internacional e normas do direito supra nacional) lhes são subordinadas de facto, pois o princípio hierárquico é inerente ao conceito da Constituição, e implica a conformidade das normas que lhe são inferiores sem prejuízo de inconstitucionalidade.

Esta hipótese demonstra que há certas disposições constitucionais que carecem de revisão para sua conformidade à Constituição como **NORMA MATER**, podemos dizer que no seio da lei fundamental existem disposições mais importantes que outras. É neste contexto que precisa de falar de normas intangíveis sobre as quais a sociedade vela para concretização do princípio da garantia constitucional e essas normas só podem aceitar a revisão através de um poder especial.

O critério hierárquico é um factor de prevalência entre fontes, normas e actos jurídico-públicos que se prende com o reconhecimento da superioridade formal de certa fonte, norma ou acto em decorrência do poder que os segrega, assim se aplicando, com todo o seu vigor, a função constitucional que insere a todo o texto constitucional⁴⁴².

No âmbito do direito positivo, a discussão nega a definição formal da constituição, no sentido em que o princípio hierárquico aparece como um mecanismo imperfeito de limitação da constituição.

A concretização prática do critério hierárquico é sinal do princípio de constitucionalidade, bem como nos respectivos corolários adjectivos, não apenas ao nível das consequências da inconstitucionalidade como no plano dos mecanismos de fiscalização da constitucionalidade dos actos do poder público em geral⁴⁴³.

Olhando pela fiscalização da conformidade, a constituição das normas ou leis ordinárias e leis orgânicas e regulamentos da Assembleia da República, o Conselho Constitucional tende a assegurar o respeito pelo princípio hierárquico; isto significa que as normas contrárias à

⁴⁴² GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Op. Cit.** p. 425

⁴⁴³ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Op. Cit.** p. 425

constituição são passíveis da fiscalização da constitucionalidade; e, porém, confirmadas como tais, essas normas tornam-se inválidas (esta filosofia justifica que o princípio hierárquico é um princípio que organiza a ordem jurídica) e ao mesmo tempo encontram-se definidas as normas ditas infra-constitucionais (princípio hierárquico como classificador das normas que compõem o sistema jurídico). Assim sendo, dois aspectos serão analisados posteriormente, a saber: a relação entre as normas legislativas e a Constituição, e relação entre as normas infra-constitucionais e a constituição.

Para FAVOREU e outros, todos os sistemas jurídicos são necessariamente hierarquizados e distinguem a hierarquia “espontânea” da hierarquia organizada, em que a primeira é considerada como sendo do primeiro grau e refere-se às condições de validade e de destruição, e a segunda considerada como do grau superior e contém os elementos permitindo organizar as normas hierárquicas⁴⁴⁴.

O sistema de organização hierárquica das normas constitucionais pode ser percebido a partir do conteúdo das ditas regras para se chegar a uma hierarquia material. A hierarquia das disposições constitucionais não pode ser percebida como o que dá lugar a uma sanção de invalidade para a nulidade, mas uma hierarquia que impõe limites materiais ao poder de revisão.

3.5.8.3.1. A Lei

A lei é um conceito equívoco, pois existem várias ideias avançadas sobre o termo lei. Portanto, o legislador moçambicano apenas limita-se a empregar o conceito de lei como sinónimo de acto legislativo. Assim sendo, o artigo 181 da CRM dispõe que: “os actos legislativos da Assembleia da República assumem a forma de lei e as demais deliberações revestem a forma de resolução e são publicados no Boletim da República”⁴⁴⁵.

A função legislativa, sendo repartida entre a Assembleia da República e o Governo, GOUVEIA Bacelar constata que fora dos dois órgãos existe também as regiões autónomas, que possuem esta função legislativa. Por isso, admite quatro tipos de actos legislativos no Direito

⁴⁴⁴ FAVOREU L. et al., **Op. Cit.**, p. 28

⁴⁴⁵ Artigo 181 da Constituição da República de Moçambique de 2004 revista pela lei de 2018

Português, a saber: as leis orgânicas da Assembleia da República; as leis da Assembleia da República; os decretos-lei do Governo (actos legislativos do Estado) e os decretos legislativos regionais das assembleias legislativas das Regiões Autónomas⁴⁴⁶.

Portanto, no Direito Constitucional Moçambicano decorrem desta função legislativa dois órgãos de soberania que têm a competência legislativa, em ocorrência à Assembleia da República através dos actos legislativos denominados de leis da Assembleia da República e o Governo mediante os decretos-lei.

Uma vez aprovadas pela Assembleia da República, as leis são revestidas de diferentes formas. Assim sendo, as leis orgânicas são colocadas hierarquicamente entre as leis constitucionais e as leis propriamente ditas; as leis constitucionais especificam e complementam a constituição, enquanto as leis propriamente ditas são de várias naturezas.

Precisa de salientar que o poder legislativo dentro das suas competências pode delegar sua competência legislativa a favor do Governo por um período e dentro das matérias bem definidas e dentro dos limites previstos pela Constituição.

Neste contexto, nota-se que é difícil dizer que só existe uma lei do poder público legislativo mas, portanto, várias leis do órgão legislativo, ou seja, da Assembleia da República, tendo em conta a sua função ordenadora bem como os requisitos procedimentais ou as competências formais.

Em virtude da veemência da legiferação; daí há necessidade de distinguir as leis de bases, as leis de autorizações, as leis-quadro e as leis matérias.

Em virtude da sua eficácia vinculativo-funcional, precisa de notar que as leis reforçadas atribuem uma especial força privilegiada no conflito com outras leis; parcialmente por motivos específicos obrigados pelo regime a que se submetem ou em virtude de possuírem uma força dependente de outros actos legislativos.

⁴⁴⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Manual de Direito Constitucional**, Vol. II. Almedina, COIMBRA, 2005, 1235

Assim sendo, a lei, no sentido material, pode ser considerada como norma, ou uma regra jurídica que tem como características: a abstração, a generalidade, sendo que a primeira refere-se ao pressuposto do facto jurídico situacional regular, enquanto a segunda característica refere-se ao grupo de classe de pessoas a que vai ser administrada. E no sentido formal, lei seria todo o acto jurídico do Parlamento revestido da autoridade de lei, qualquer que seja o seu conteúdo⁴⁴⁷.

Há necessidade de chamar uma doutrina que se aproxima à nossa realidade quando VAZ, Manuel Afonso explica a inexistência de qualquer conceito material da lei no âmbito constitucional e outra que alega que é a partir da Constituição que decorre uma noção material de lei que irá nos ajudar a admitir que os actos regulamentares não podem ser admitidos como leis em sentido material⁴⁴⁸.

Resulta então que a partir desta corrente é relevante estabelecer a diferença entre uma lei e o regulamento, apesar de que alguns autores os consideram como sinónimo se queremos os entender no sentido mais amplo. Desta diferença, ou seja, desta distinção, AMARAL, Diogo Freitas denota o seguinte:

O primeiro aspecto decorre da escola clássica, que distingue os princípios dos pormenores, em que a formulação dos princípios pertencerá à lei e o regulamento só visa disciplinar os pormenores. Este aspecto foi criticado, pois não permite estabelecer a distinção de forma rigorosa. O segundo aspecto resulta da escola alemã, representada Marcelo Caetano, que reconhece algumas afinidades ou conexão no âmbito material entre regulamento e lei. Portanto, a falta de novidade distingue o regulamento da lei. Os regulamentos complementares diferem-se dos regulamentos independentes. em que os primeiros completam as leis anteriores, enquanto os segundos referem-se a regulamentar determinada lei em especial, elaborar e melhorar execução das leis em geral. O terceiro aspecto destina-se à identidade material entre lei e regulamento de forma substancial, os regulamentos são lei. Assim, a distinção entre ambos só pode ser realizada a nível formal e orgânico. Ou seja, tanto a lei como o regulamento são materialmente normas jurídicas; a diferença decorre da diferente posição hierárquica dos órgãos de onde emanam e, conseqüentemente, do valor formal de um e de outro⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ VAZ, Manuel Afonso, *Lei e Reserva de Lei: A Causa de Lei na Constituição Portuguesa de 1976*, Porto, 1996, p.p. 17, 19. Na sua abordagem, o autor sustenta que a lei é geral quando à partida for indeterminável às pessoas a que irá se aplicar e, por outro lado, será abstracta quando for indeterminável também à partida as situações da vida em que irá se aplicar.

⁴⁴⁸ *Ibidem*

⁴⁴⁹ AMARAL, Diogo Freitas do, **Curso de Direito Administrativo**, Vol. II, COIMBRA, 2008, p. 167

Na base deste último critério, decorre que o regulamento é uma lei no sentido amplo mas, portanto, é importante compreender que a diferença apenas baseia-se no critério hierárquico, em que a lei desempenha um papel relevante no arsenal jurídico de um Estado, chamado de direito e democrático. Portanto, a questão fundamental assenta sobre o âmbito de actuação dos dois actos legislativos, em que o legislador constituinte fica na inércia, ou seja, silencioso quanto à fronteira de delimitação entre a lei e o regulamento.

Neste sentido, quando nos deparamos com a Constituição da República de Moçambique, no seu art 178 n^o 1, o legislador constituinte limita-se a atribuir ao órgão legislativo a competência de regular sobre as questões fundamentais da política no âmbito interno como externo do país. Ao analisar este artigo, percebemos que esta competência é extensiva ao Governo através da autorização da Assembleia da República, tendo em conta que as questões básicas excluem a exclusividade da competência reconhecida à Assembleia da República.

Resulta então que no Direito Constitucional Moçambicano é relevante estabelecer este critério material como objecto de distinção entre os dois actos legislativos, a saber: a lei e o regulamento; pois as questões elementares encontram seu fundamento na lei, enquanto caberá ao regulamento complementar o estabelecido, ou seja, previsto pela lei.

Face ao texto constitucional, há lugar para sublinhar três sentidos que são atribuídos ao conceito lei. Trata-se de: (i) no sentido estrito, o conceito refere-se necessariamente ao acto legislativo, ou seja, Lei da Assembleia da República, nos termos do artigo 181 da CRM⁴⁵⁰; (ii) no sentido intermédio (formal), onde o conceito de lei tem o significado de acto legislativo, qualquer que seja, isto significa Lei da Assembleia da República, decreto-lei do Governo e os demais actos dos órgãos do Estado. Este significado reflecte a ideia do legislador constituinte, quando se fala do acto legislativo. Portanto, o artigo 179 dá possibilidade à Assembleia da República autorizar o Governo para legislar sobre algumas matérias, sob forma de decreto-lei; (iii) no sentido amplo do termo pode significar um acto normativo.

⁴⁵⁰ Nos termos do art. 181 da CRM, os actos legislativos da Assembleia da República assumem a forma de lei e as demais deliberações revestem-se da forma de resolução e são publicadas no Boletim da República. Precisa de notar mais outros aspectos contidos nos art. 299 e 300 da CRM

Sendo assim, quando tomamos em conta os critérios apresentados acima, surge a relevância de identificar dois tipos de actos legislativos da competência exclusiva da Assembleia da República. Trata-se de leis e das leis de autorização legislativa.

3.5.8.3.2. O Decreto-lei

Nos termos do artigo 209 da CRM⁴⁵¹, número 1, os actos normativos do Conselho de Ministros revestem a forma de decreto-lei e de decreto. Porém, o Conselho de Ministros é constituído pelo Presidente da República, que o preside, pelo Primeiro-Ministro e pelos ministros⁴⁵².

É esta composição que corresponde ao Governo da República de Moçambique. Portanto, surge a necessidade de questionar quanto ao lugar e natureza dos vice-ministros na Constituição do Governo, pois considerando como possíveis convocados.

Os decretos-leis são aprovados de forma colegial pelos órgãos de soberania mas, portanto, ainda continuam a ser dependentes do poder da Assembleia da República através das suas competências reconhecidas pelo texto constitucional. Sendo assim, o artigo 180 da CRM determina nesta matéria que:

1. Os decretos-leis aprovados pelo Conselho de Ministros no uso da 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.
2. A Assembleia da República pode suspender no todo ou em parte a vigência do decreto-lei até à sua apreciação⁴⁵³.

Desta disposição, alguns requisitos devem ser tomados em conta para a vigência do decreto-lei considerado como acto legislativo do Governo. Trata-se de: (i) a aprovação do decreto-lei requerer uma autorização prévia da Assembleia da República; (ii) uma ratificação pela Assembleia da República, neste caso em apreço este requisito é relativo; (iii) a possibilidade de suspender a vigência do decreto-lei para sua apreciação. Para além disso, existem mais outros condicionalismos que o texto constitucional faz menção no que diz respeito às leis de autorizações legislativas.

⁴⁵¹ Constituição da República de Moçambique de 2004 tal como revista pela Lei nº 1/2018, de 12 de Junho

⁴⁵² Artigo 200 nº 1 da CRM

⁴⁵³ Artigo 180 números 1 e 2 da Constituição da República de Moçambique

Nesta ordem de ideias, é importante notar que o Governo só não tem ao seu alcance, no âmbito do exercício da competência legislativa, a possibilidade de produzir decretos-leis, sempre previamente autorizados pela Assembleia da República⁴⁵⁴.

FILOMENO, Rodrigues sustenta que aquando da aprovação do seu programa o Conselho de Ministros assume a integridade das suas funções que podem aprovar decretos-leis por via da autorização legislativa do poder legislativo⁴⁵⁵.

Daí, há necessidade de apresentar a dificuldade da fiscalização preventiva do decreto-lei baseando na falta de promulgação dos decretos-leis, pois a Constituição limita-se a assinatura; isso faz com que o Conselho de Ministros não possa os submeter ao Presidente da República para promulgação senão para uma simples assinatura.

Portanto, é reconhecida ao Presidente da República a competência em matéria de promulgação e de mandar publicar as leis no Boletim da República⁴⁵⁶; e, entretanto, os decretos-lei não precisam de promulgação mas, portanto, de assinatura e são mandados publicar pelo Presidente da República,...⁴⁵⁷ fica claro que o Presidente da República encarna nesta matéria competências distintas, dependendo do acto jurídico-normativo que se quer produzir os efeitos jurídicos. Assim, é importante assinalar que o processo de promulgação das leis releve da competência exclusiva do Presidente da República.

O Presidente da República, sendo órgão de soberania do Estado, recebe do quadro constitucional a missão de participar do processo legislativo desde a fase de iniciativa legislativa que deve ser submetido à Assembleia da República para sua deliberação e votação até à fase de sanção, que consiste num veto político ou jurídico. Assim sendo, a sanção refere-se à anuência do Presidente da República ao projecto e pode ser feita de forma expressa ou tácita.

De forma geral, o veto do Presidente da República, que se transforma numa sanção, ocorre numa das fases do processo legislativo que se chama de promulgação, em que os actos

⁴⁵⁴ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, Lisboa/Maputo, 2015. p. 475

⁴⁵⁵ RODRIGUES Filomeno, **A próxima Revisão da Constituição: Ampliação das Liberdades como Factor de Desenvolvimento**, Dissertação de Mestrado, Nampula, 2013, p. 66.

⁴⁵⁶ Artigo 162 nº 1 da CRM.

⁴⁵⁷ Artigo 209 nº 3 da CRM

dependem da recepção ou da notificação do acórdão do Conselho Constitucional sobre a constitucionalidade ou não de qualquer acto normativo.

Olhando pelo artigo 162 n° 2 da CRM, fica claro que a fiscalização preventiva ocorre no momento anterior à entrada em vigor de um acto legislativo, isto significa na fase da promulgação. Portanto, sendo o texto constitucional refere-se apenas à assinatura e publicação dos decretos-leis pelo Presidente da República, precisa de perguntar se os decretos-lei são actos normativos ou diploma tais como requer a Constituição para declarar ou verificar a sua constitucionalidade.

A expressão diploma, no sentido vasto pode abranger as leis bem como os decretos-leis no âmbito constitucional sobre qual é baseada a nossa discussão; mas será isso no sentido estrito (*stricto sensu*)?

MIRANDA, Jorge refere a Constituição de Portugal para revelar dois actos legislativos em que uns podem ser ratificados pelas provincias ultramarinas em que o ministro ultramarino os podia anular a todo o tempo quando inconstitucionais ou ilegais⁴⁵⁸.

Tomar uma posição desta natureza estaríamos perante dois actos legislativos que têm o mesmo valor na hierarquia das normas. Portanto, a lei para produzir os seus efeitos sempre passa por uma fase crucial da promulgação que pode ser acompanhada do processo de verificação da constitucionalidade para sua existência jurídica, porém isso não acontece com o decreto-lei, que só necessita de assinatura do Presidente da República, para além da autorização prévia de uma assinatura e publicação para produzir os efeitos jurídicos esperados.

Entretanto, MENDES Gilmar salienta que nem todos os instrumentos de actos normativos primários são sujeitos a uma sanção e veto. Não há veto ou sanção na emenda à Constituição em decretos legislativos e em resoluções, nas leis delegadas e na lei resultante da conversão sem alterações, de medida provisória⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ MIRANDA, Jorge. **A Ratificação no Direito Constitucional Português**, p. 353

⁴⁵⁹ MENDES Gilmar, COELHO Inocêncio, BRANCO Paulo Gustavo, **Curso de Direito Constitucional**, 4ª Edição Actualizada, Editora Saraiva, 2009, p. 921

MIRANDA Jorge, pelo contrário, reconhece que a cada matéria ou segmento de matéria objecto de autorização não pode corresponder mais que um acto legislativo do Governo, e, por conseguinte, durante o período da autorização não pode haver dois decretos-leis para a mesma matéria. Portanto, se houver veto político ou inconstitucionalidade poderá o Governo formular novo decreto-lei sobre a mesma matéria, tendo em conta que a autorização legislativa só deve considerar se utilizada quando, em razão dela, se tenha verificado um acto legislativo que altere a ordem jurídica e tenha efeitos externos⁴⁶⁰.

GOUVEIA, Bacelar reconhece que a dificuldade não é tanto saber até onde os diplomas legislativos autorizados são limitados pela lei de autorização legislativa mas saber em que vertente ocorre esta limitação, entretanto qualificá-la como consequência de fiscalização da respectiva constitucionalidade ou ilegalidade⁴⁶¹.

Assim, surge que a lei autorizada fica dependente do acto legislativo anterior, e isso explica não a relação de hierarquia entre a lei de autorização legislativa e nova nascente desta autorização mas, portanto, uma relação funcional de prevalência desta por ter valor reforçado sobre o acto legislativo comum. Porém, o mesmo autor considera que o desrespeito de um dos parâmetros da lei de autorização legislativa releva da inconstitucionalidade do acto normativo.

Portanto, podemos admitir que os decretos-leis conhecem algumas restrições que são fixadas pela própria Constituição, não sendo objecto da fiscalização preventiva, mas são submetidos ao controlo legislativo através das leis da autorização legislativa quando o artigo 179 da CRM número 1 determina que: “as leis de autorização legislativa devem definir o objecto, o sentido, a extensão e a duração da autorização”⁴⁶².

E o artigo 180 da CRM nos seus números 1 e 2⁴⁶³ estende o poder fiscalizador da Assembleia da República, via ratificação e suspensão respectivamente dos actos normativos do

⁴⁶⁰ MIRANDA, Jorge, **Manual do direito Constitucional**, Tomo V, p. 310

⁴⁶¹ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Manual de Direito Constitucional de Moçambique**, 2015. p 478

⁴⁶² Artigo 179 número 1 da Constituição da República de Moçambique

⁴⁶³ Artigo 179 n° 1 da CRM: “As leis de autorização legislativa devem definir o objecto, o sentido, a extensão e a duração da autorização.

Artigo 180, da CRM, dispõe no seu n° 1 que: “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

Governo, ou seja, do Conselho de Ministros. Isto determina obviamente que o Governo não pode legislar para além daquele previsto nesta disposição. Isso chama-se o controlo, ou seja, a fiscalização legislativa ou política diferente da fiscalização jurídica que se analisa num ponto capital de garantia da efectividade da imposição que o Governo deve observar, pois o Governo perde o poder discricionário nesta matéria.

a. Regime ou Natureza das Autorizações Legislativas

A autorização legislativa surge como um poder delegado que incide sobre uma matéria específica que o poder legislativo, através das suas competências previstas pelo quadro constitucional, pode fazer por via da delegação do poder apenas ao Governo, que não pode exercer senão através desta autorização, pois considerado como um acto legislativo da competência exclusiva da Assembleia da República.

Precisa de salientar que o instituto dos decretos-leis confere uma verdadeira delegação do poder legislativo ao Governo e tem por papel reforçar o poder executivo (Governo) e materializa, ipso facto, uma violação flagrante ao princípio de separação de poderes⁴⁶⁴, pilar de um Estado de Direito Democrático⁴⁶⁵.

O princípio da separação dos poderes aparece pela primeira vez como uma teoria política de LOCKE, Jonh, em que três poderes são indispensáveis às sociedades políticas, a saber: o poder legislativo, poder executivo e poder federativo onde, dos três poderes, compete ao poder legislativo fixar as leis com a finalidade de preservar a sociedade política e os seus membros. Assim sendo, as leis elaboradas têm força para se estabilizarem com o tempo, mas requerem, contudo, execução continuada.

Ao nosso ver, é importante compreender o que se quer do princípio de separação dos poderes num Estado de Direito Democrático para se chegar à tal conclusão. Olhando pelo

ratificação não for requerida por um mínimo de quinze deputados”. E no seu nº 2: a Assembleia da República pode suspender no todo ou em parte a vigência do decreto-lei até à sua apreciação.

⁴⁶⁴ GDI - Instituto de Apoio à Governação e Desenvolvimento, Proposta de Revisão Constitucional para Boa Governação, CIEDIMA, SARL (Central Impressora e Editora de Maputo. MAPUTO, 2011, p. 61

⁴⁶⁵ Nos termos do Art. 3 da CRM, 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.

quadro constitucional moçambicano, o artigo 134 dispõe sobre a separação e a interdependência dos órgãos de soberania, sem mencionar como isso deve acontecer.

Por seu turno, o artigo 182 da CRM trata da iniciativa de lei que pertence aos deputados, as bancadas parlamentares, as comissões da Assembleia da República, ao Presidente da República e ao Governo⁴⁶⁶ ...; Afinal será isso a violação flagrante do princípio de separação dos poderes?

A resposta é negativa, na medida em que MONTESQUIEU, Michel, inspirado do pensamento de LOCKE, Jonh, entende que os poderes legislativo, executivo e judicial devem ser atribuídos a pessoas diferentes, sem, contudo, pontuar rigorosa separação entre as funções. É no seu pensamento que assenta a verdadeira harmonia que enseja a atribuição conjunta e indivisível de três órgãos, isto significa que privilegia o princípio de co-soberania de três órgãos políticos.

TROPER Michel chama de separação de poderes o facto em que a Constituição tem sempre por objecto instituir autoridades ou órgãos ou ainda poderes constituídos e dividir competências entre eles⁴⁶⁷.

Para o mesmo autor, se uma dessas autoridades pudesse modificar a Constituição ela ampliaria suas próprias competências em detrimento das outras e destruiria assim o conjunto dos equilíbrios que o poder constituinte procurou estabelecer. Então, a separação de poderes só pode ser preservada se os poderes constituídos não dispuserem do poder constituinte, ou seja, se a Constituição for rígida.

Para GILLES CISTAC, dois tipos de factores contribuem para enfraquecimento do sistema de separação de poderes na Constituição da República de Moçambique. Trata-se dos factores de natureza interna e factores de natureza externa⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ Artigo 182 da Constituição da República de Moçambique relacionado à iniciativa de lei.

⁴⁶⁷ HAMON Francis, TROPER Michel e BORDEAU George, **Direito Constitucional**, Tradução. 27ª Edição, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, São Paulo. E.J.A. 2001, p. 36

⁴⁶⁸ GDI - Instituto de Apoio à Governação e Desenvolvimento, Proposta de Revisão Constitucional para Boa Governação, CIEDIMA, SRAL (Central Impressora e Editora de Maputo. MAPUTO, 2011, p. 56

Nos termos do artigo 134 da CRM, os órgãos de soberania concretizam-se nos princípios de separação e interdependência de poderes previstos na Constituição e devem obediência à Constituição e às leis. Esta disposição expressa o sistema democrático que caracteriza o Estado de Direito e tem por efeito o controlo recíproco de cada um dos três poderes através da Constituição e as leis como previsto na Constituição da República de Moçambique.

Segundo SIMANGO, A, é deste controlo que surge o equilíbrio do sistema de separação dos poderes⁴⁶⁹. Olhando pela natureza do regime de governo em Moçambique, não é tão óbvio determinar esse equilíbrio de modo a discriminar o funcionamento dos três poderes; pois o sistema de governo, baseado na concentração dos poderes ao proveito do Presidente da República, fragiliza, por natureza, o controlo que devia existir entre os órgãos de soberania.

O sistema presidencialista moçambicano apresenta disfunções político-organizativas. Assim sendo, os super-poderes reconhecidos ao Presidente da República emanando de modo que o Presidente da República sendo, ao mesmo tempo, Chefe do Estado e Chefe do Governo, ter a iniciativa da lei, e existir um Governo irresponsável perante o Parlamento mas responsável perante o Chefe do Estado. Tudo isto reflecte uma confusão e explica a concentração de poderes e predominância do Presidente da República⁴⁷⁰.

MIRANDA, Jorge na sua abordagem considera que a autorização legislativa incide sobre objecto individualizado com sentido prefixado, por certo tempo, de utilização única quanto a cada matéria, e parece mesmo plausível, em face do princípio preferencial constante da Constituição, que a Assembleia só a deva conceder, quando ela não possa fazer, por si, a lei e esta seja necessária⁴⁷¹.

Nos termos da previsão constitucional, a Assembleia da República pode deixar a prerrogativa ao Governo de legislar sobre outras matérias mediante autorização legislativa um acto chamado de decreto-lei. As leis de autorização legislativa referem-se aos modos específicos de ver

⁴⁶⁹ SIMANGO, A., Introdução à Constituição Moçambicana, AAFDL, Lisboa, 1999, p. 105

⁴⁷⁰ GDI - Instituto de Apoio à Governação e Desenvolvimento, Proposta de Revisão Constitucional para Boa Governação, CIEDIMA, SRAL (Central Impressora e Editora de Maputo. MAPUTO, 2011, p. 57

Artigo 207 da CRM, o Conselho de Ministros responde perante o Presidente da República e a Assembleia da República pela realização da política interna e externa e presta-lhes contas das suas actividades nos termos da lei.

⁴⁷¹ MIRANDA, Jorge, **Manual do Direito Constitucional**, Tomo V, p. 311

o exercício da competência legislativa da perspectiva das relações entre a Assembleia da República e o Governo.

Esta posição não coincide com a ideia de GILLES CISTAC, quando considera esta delegação como um enfraquecimento do legislativo que pode levar à personalização do poder do Chefe do Estado, em detrimento do interesse da Nação⁴⁷².

Pelo contrário, o mesmo na sua abordagem sobre os três poderes do Estado, considera que o instituto de contra-poderes poderia ser útil em Moçambique, devido aos desequilíbrios institucionais e ao défice da separação de poderes que se verifica no aparelho dirigente do Estado e na sociedade⁴⁷³.

Neste contexto, é relevante mencionar quadro directrizes de limites, o qual obedece este instituto, nomeadamente: os limites substanciais, formais, subjectivos e temporais⁴⁷⁴. Assim sendo, o objecto sobre o qual incide o instituto refere-se à lei e ao decreto-lei autorizado que constitui a nossa preocupação neste estudo.

- ✓ Limites substantivos: (i) a lei de autorização deve definir o significado da autorização, ou seja, o objectivo e o critério da matéria legislativa a estabelecer, a solidificação dos princípios ou a linha orientadora a seguir pelo Governo. Olhando pela realidade jurídica constitucional, resulta que: (ii) as leis de autorização legislativa ocorrem só nas matérias que não são previstas no artigo 178 n° 2 da CRM; (iii) A autorização assenta sobre uma ou outra matéria, não pode haver autorizações em branco, no caso contrário estaríamos a subverter o próprio âmbito e o sentido das autorizações; (iv) tem de definir o objecto e a extensão da autorização; (v) as autorizações legislativas não podem ser utilizadas mais de uma vez, sem prejuízo da sua execução parcelada ou da respectiva prorrogação⁴⁷⁵.

⁴⁷² CISTAC G. O Conselho Constitucional como Regulador do Sistema Jurídico, p. 8 citado por GDI - Instituto de Apoio à Governação e Desenvolvimento, Proposta de Revisão Constitucional para Boa Governação, CIEDIMA, SARL (Central Impressora e Editora de Maputo. MAPUTO, 2011, p. 61)

⁴⁷³ Idem, p. 68

⁴⁷⁴ MIRANDA, Jorge. **Op. Cit.**, p. 312

⁴⁷⁵ Art, 179 n° 2 da CRM

- ✓ Limites formais: (i) a autorização legislativa tem de ser explícita e autónoma; tem de constar de uma lei de autorização⁴⁷⁶, com a sua peculiar tramitação; (ii) o acto autorizado tem de revestir a forma de decreto-lei, nunca de decreto regulamentar; (o acto autorizado tem de se reportar a determinada lei de autorização, expressamente invocada⁴⁷⁷);
- ✓ Limites subjectivos: (i) somente pode haver autorização legislativa da Assembleia da República ao Governo, não a qualquer outro órgão ou entre quaisquer outros órgãos; (ii) a autorização legislativa, pela gravidade da vicissitude de competência que provoca, só pode ser concedida por uma Assembleia na plenitude de funções, não por uma Assembleia dissolvida, e não pode ser exercida e pedida por um Governo demitido. Isso explica a caducidade das autorizações com a dissolução e com a demissão e a impossibilidade de propostas de lei de autorização de Governo demitido. (iii) a autorização legislativa implica uma relação entre a Assembleia e o Governo, porque este é politicamente responsável perante aquela; dá-se intuitu personae; e de certa Assembleia a certo Governo. Por isso não apenas cessa com o termo da legislatura, a dissolução e a demissão como não se transmite ou renova automaticamente com a nomeação de novo Governo; (iv) o Governo não pode autorizar outro órgão a servir-se da autorização legislativa, porque não há subdelegação senão quando a norma a prevê (*delegatis non potest delegare*)⁴⁷⁸.

De tudo que foi dito acima, resulta que as leis de autorizações legislativas apenas verificam-se quando alguns pressupostos são observados, nomeadamente a relação estrita entre os dois órgãos de soberania, isto significa que a Assembleia da República, como o Governo, deve estar em pleno exercício de suas funções, tais previstas pela Constituição; daí fica de fora uma Assembleia da República dissolvida bem como um Governo demitido.

Portanto, o artigo 179 n.º 3 da CRM limita-se a estabelecer que as autorizações legislativas caducam com o termo da legislatura ou a dissolução da Assembleia da República. Isto resolve juridicamente o primeiro aspecto, pois o Presidente da República, dentro de prerrogativas

⁴⁷⁶ Art. 209 n.º 2 da CRM dispõe que: “os decretos-lei e os decretos, referidos no número anterior, devem indicar a lei ao abrigo da qual são aprovados”.

⁴⁷⁷ MIRANDA, Jorge, **Op. Cit.**, p. 312

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p.p. 314-315

constitucionais, tem a competência de dissolver a Assembleia da República nos termos do artigo 187 n° 1 da CRM⁴⁷⁹; mas quanto ao segundo aspecto referente ao Governo demitido, o legislador constituinte parece ciente no que diz respeito aos efeitos que podem resultar das autorizações legislativas no caso de demissão do Governo.

Ao nosso ver, o artigo 179 n° 3 da CRM foi emprestado no direito comparado sem tomar em conta o sistema de governo em que a República de Moçambique se encontra e a sua interpretação restritiva seria mais adequada e idealizada no sistema de governo parlamentarista ou semi-presidencialista, onde o Primeiro-Ministro é fruto da maioria parlamentar; sistema que admite que a dissolução da Assembleia da República ou do Parlamento implicaria automaticamente a demissão do Governo. Por este motivo, o artigo supracitado requer sua harmonização com o sistema de governo em que se encontra o Estado Moçambicano⁴⁸⁰.

Portanto, para a reforma do sistema de governo de Moçambique o legislador constituinte deveria adoptar o sistema de governo semi-presidencialista de pendor parlamentar⁴⁸¹.

Assim sendo, o sistema de governo semi-presidencialista assegura uma divisão equilibrada de poderes entre o Presidente da República, a Assembleia da República e o Governo, com forte componente parlamentar que habilite a Assembleia da República a fiscalizar a acção do Governo. Haveria nesta dupla responsabilidade política do executivo perante o Chefe do Estado e perante a Assembleia da República⁴⁸².

⁴⁷⁹ Art. 187 n° 1 da CRM estabelece que: a Assembleia da República pode ser dissolvida pelo Presidente da República caso rejeite, após debate, o Programa do Governo.

⁴⁸⁰ Art. 145 da CRM prevê que: (1) o Presidente da República e Chefe do Estado simboliza a unidade nacional, representa a Nação no plano interno e internacional e zela pelo funcionamento correcto dos órgãos do Estado; (3) O Presidente da República é o Chefe do Governo

⁴⁸¹ OLIVEIRA FF. O Mito do Presidencialismo na Guiné-Bissau, In Estudos Comemorativos dos Vinte Anos da Faculdade de Direito de Bissau, Vol. II 1990-2010, 2010, p. 1288 citado por GDI - Instituto de Apoio à Governação e Desenvolvimento, Proposta de Revisão Constitucional para Boa Governação, CIEDIMA, SARL (Central Impressora e Editora de Maputo. MAPUTO, 2011, p. 72)

⁴⁸² MUCOBORA T., Sistema de Governo no Projecto da Constituição Moçambicana, In Contributo para o Debate sobre a Revisão Constitucional, Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, Maputo, Imprensa Universitária, 2004, pp. 91-125; citado por GDI - Instituto de Apoio à Governação e Desenvolvimento, Proposta de Revisão Constitucional para Boa Governação, CIEDIMA, SARL (Central Impressora e Editora de Maputo. MAPUTO, 2011, p. 72)

Apesar da clareza do quadro constitucional, na prática não se pode recusar as interações entre poderes constituídos. A própria Constituição institui o princípio de interdependência dos órgãos de soberania⁴⁸³, o que estabelece já um potencial de intervenção dos outros poderes no domínio do poder jurisdicional. Deve se situar esta intervenção no âmbito da forma do Estado Moçambicano, que é presidencialista⁴⁸⁴.

Não obstante a consideração que GOUVEIA, Bacelar traz em qualificar o sistema actual de governo moçambicano não ser presidencialista, apesar de ter alguns dos seus traços baseados na legitimidade democrática do Presidente da República⁴⁸⁵. Os acentuados poderes conferidos ao Presidente da República, de que cumpre realçar a sua posição na condução do Governo; estes elementos suscitam a qualificação do sistema de governo moçambicano com um semi-presidencialismo presidencializante, em que o pendor da dimensão presidencial é mais acentuado do que o pendor da dimensão parlamentar.

Limites temporais: (i) a autorização legislativa não pode ser para todo o tempo ou por tempo indeterminado, sob pena de se destruir a regra de reserva de competência; tem de ser a termo certo final, e não para esta ou aquela circunstância ou sob condição; (ii) a autorização tem de ser, pelo mesmo motivo, por um tempo relativamente curto, pelo tempo adequado e necessário; e se esse tempo não for suficiente deverá ser prorrogada mediante a previsão de uma nova lei⁴⁸⁶.

⁴⁸³ A Constituição da República de Moçambique prevê no seu artigo 134 que: os órgãos de soberania assentam nos princípios de separação e interdependência de poderes consagrados na Constituição e devem obediência à Constituição e às leis. Este princípio de interdependência nos revela as relações existentes entre o poder executivo e o poder legislativo, em que o primeiro participa na iniciativa legislativa e pode aprovar os decretos-leis, apesar de que a reserva da competência legislativa seja atribuída à Assembleia da República, bem como a possibilidade de dissolver a Assembleia da República. É face ao poder jurisdicional que o executivo exerce vários poderes, nomeadamente os de nomear e exonerar os titulares deste órgão de soberania; e por fim quanto à relação entre o poder legislativo e o poder jurisdicional, este último, apesar de que as leis sejam criadas pelo primeiro, se comporta como guardião, ou seja, fiscalizador da conformidade destas leis à Constituição.

⁴⁸⁴ GDI - Instituto de Apoio à Governação e Desenvolvimento, Proposta de Revisão Constitucional para Boa Governação, CIEDIMA, SARL (Central Impressora e Editora de Maputo. MAPUTO, 2011, p. 186-187

⁴⁸⁵ GOUVEIA, Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, p.p. 384-385

⁴⁸⁶ MIRANDA, Jorge, **Op. Cit.**, p. 315

Assim sendo, resulta que a não observância destes limites no âmbito das leis de autorizações legislativas implicaria que os actos normativos praticados sejam inconstitucionais e podem ser anuláveis.

E MIRANDA, Jorge explicita os tipos de inconstitucionalidade dos actos normativos praticados sem observar os limites que podem ser orgânica quando são violados os limites substantivos, subjectivos e temporais; e formal quando refere-se aos limites formais e inconstitucionalidade material quando resulta de desvio de poder legislativo ou na falta ou insuficiência de sentido⁴⁸⁷.

Assim sendo, os limites no âmbito das leis da autorização legislativa devem olhar pelos mecanismos estabelecidos pelo texto constitucional para que os actos normativos produzam os efeitos esperados no ordenamento jurídico.

b. Da Ratificação dos Decretos-Leis

A ratificação dos decretos-leis surge como um novo instituto no contexto de relação entre os dois órgãos de soberania no âmbito do processo legislativo relacionado. Sendo assim, no âmbito dos decretos-leis, o Governo, em Conselho de Ministros, é considerado como único titular que tem a competência de aprovar os actos legislativos nesta matéria. Neste contexto, o Governo pode aprovar decretos em qualquer domínio da vida nos termos da disposição constitucional.

A delimitação da extensão em matéria legislativa do Governo deve resultar das normas constitucionais que, de modo dependente, estabelecem: reserva de Assembleia de parlamento em geral, reserva radical de competência legislativa da Assembleia da República, reserva relativa da Assembleia da República. Nas restantes matérias existe uma concorrência legislativa do Governo e da Assembleia da República e vice-versa⁴⁸⁸.

Nos termos do artigo 180 n.º1 da CRM, os decretos-leis aprovados pelo Conselho de Ministros no uso de autorização legislativa são considerados ratificados se, na sessão da

⁴⁸⁷ Idem, p. 316

⁴⁸⁸ GOMES, Canotilho, **Direito Constitucional**, 6ª Edição Revista Almedina, COIMBRA, 1993, p. 876

Assembleia da República imediata, a sua ratificação não for requerida por um mínimo de quinze deputados.

GOUVEIA, Bacelar considera que a apreciação dos actos legislativos não configura qualquer ratificação legislativa⁴⁸⁹.

Em matéria de ratificação de actos legislativos, em Cabo Verde, apenas estão sujeitos a ratificação os decretos legislativos (não os decretos-leis), o que alarga consideravelmente a esfera de autonomia do Governo⁴⁹⁰; e, por outro lado, é importante mencionar que não pode haver suspensão dos decretos legislativos como acontece no direito moçambicano.

O processo de ratificação dos decretos-leis reforça o âmbito de fiscalização de constitucionalidade, ou seja, de ilegalidade, uma vez requerida. Este pedido deve ser feito por pelo menos quinze deputados directamente na sessão da Assembleia da República que nos pressupõe um dos requisitos para além de ser publicado no Boletim da República.

VALLE, Jaime salienta que a ratificação parlamentar dos decretos-leis autorizados pela Assembleia da República integra-se na função de fiscalização política, sendo aquele o âmbito material de aplicação deste mecanismo⁴⁹¹.

Sendo o mecanismo de fiscalização da actividade legislativa no âmbito das autorizações legislativas, isso não impede que seja feito o controlo sucessivo requerido ao Conselho Constitucional pelos deputados.

O processo da ratificação dos decretos-leis pode ter várias consequências que podem ser compreendidas de forma seguinte:

- (i) Forma expressa: o acto legislativo autorizado pode ser apreciado a pedido dos deputados tal como previsto pela Constituição e receber uma apreciação positiva.

⁴⁸⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Manual de Direito Constitucional**, Vol II. Edições Almedina. COIMBRA, 2005, p. 1251

⁴⁹⁰ ALEXANDRINO. Jose Melo, **Elementos de Direito Público Lusofono**, 1ª Edição Lisboa. Coimbra Editora, COIMBRA. 2011, p. 132

⁴⁹¹ VALLE, Jaime. **A participação do Governo no exercício da função legislativa**, COIMBRA, 2004, p. 266

- (ii) Forma tácita: o acto legislativo autorizado pode ser apreciado sem que haja o pedido de apreciação ou tendo ser feito, do fim da sessão da Assembleia da República nada foi pronunciado sobre a matéria requerida.
- (iii) Recusa de ratificação: a recusa de ratificação tem como consequência a revogação nos termos da Constituição. Nesta circunstância, nota-se que a revogação poderá implicar a cessação de vigência do decreto-lei.
- (iv) Outro aspecto que precisa de mencionar tem a ver com alteração do acto legislativo apreciado que pode culminar com a modificação do texto que só pode vigorar no futuro.

Nesta ordem de ideia, GOUVEIA, Bacelar denota que a ratificação parlamentar dos decretos-leis autorizados integra a faculdade que se defere ao órgão parlamentar de, aberto o procedimento de fiscalização, suspender provisoriamente, a título cautelar, a vigência dos actos legislativos abrangidos⁴⁹².

Portanto, GOMES, Canotilho, no âmbito da ratificação tácita, faz observar que em Portugal, com a Revisão da Constituição de 1982, o instituto de ratificação tácita dos decretos-leis deixou de ter relevância jurídico-constitucional⁴⁹³.

Para este autor, se os deputados não pretendem pedir a submissão dos actos legislativos do Governo para sua ratificação isso não implica qualquer confirmação pela inércia dos diplomas legislativos do Governo, isto é, os decretos-leis. Esta é uma resposta mais correcta e ajustada a um Estado Constitucional Democrático, na medida em que se o Governo pode aprovar os decretos-leis, mesmo fora dos casos de urgência e necessidade e de uso de autorizações legislativas, não se compreendia a latitude da ratificação tácita.

GOMES Canotilho e MOREIRA, Vital consideram a ratificação tácita como uma utopia jurídica baseada sobre a inércia da Assembleia da República e cujos efeitos jurídico-políticos se revelaram relativamente distúrbios ao regime político instituído⁴⁹⁴.

⁴⁹² GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, LISBOA/MAPUTO. 2015, p. 481

⁴⁹³ GOMES, Canotilho, **Direito Constitucional**, 6ª Edição Revista, Livraria Almedina COIMBRA, 1993, p. 901

⁴⁹⁴ *Ibidem*

Contudo, o mecanismo de fiscalização resume-se na prerrogativa absoluta e não no condicionalismo, que parece complexa nas relações entre os órgãos de soberania, atribuída à Assembleia da República suspender na totalidade ou de forma parcial a vigência do decreto-lei apenas da sua autorização uma vez requerida a sua apreciação.

3.5.8.3.3. Os Actos Regulamentares ou Regulamentos

Como as leis, os regulamentos podem ser também aplicáveis a um conjunto de pessoas ou colectividade, proibindo, por exemplo, a prática de actividade determinada, ou a um grupo determinado de pessoas (Código de Estrada).

O regulamento é um acto administrativo que consiste num conjunto de disposições escritas gerais e abstractas subordinadas à lei e/ou a Constituição, emanadas por órgãos incumbidos de exercer a função administrativa sobre a matéria própria da sua competência⁴⁹⁵.

Os órgãos, ou seja, as autoridades competentes, para editar os regulamentos são definidos pelo texto constitucional ou pelas leis específicas, ou seja, através deles é dada uma porção de competência decorrente das regras gerais que orientam a administração pública ou a organização administrativa.

A Constituição da República de Moçambique levanta duas importantes indicações em matéria dos actos administrativos, o reconhecimento de regulamentos administrativos, embora tais indicações apresentam defeito de pensar só no âmbito estadual, sem tomar em conta o poder administrativo regulamentar não estadual⁴⁹⁶⁴⁹⁷. Estas indicações referem-se aos artigos 142 e 143 da CRM⁴⁹⁸.

✓ Poder Regulamentar do Presidente da República

⁴⁹⁵ MACIE, Albano. **Lições de Direito Administrativo Moçambicano** Vol. I, Escolar Editora, Editores e Livreiros, Lda. 2012, p. 72

⁴⁹⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, CEDIS, LISBOA/MAPUTO, 2015, p. 411

⁴⁹⁷ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, CEDIS, LISBOA/MAPUTO, 2015, p. 411

⁴⁹⁸ Art. 142 n° 4 da CRM dispõe que: “Os actos regulamentares do Governo revestem a forma de decreto, quer quando determinados por lei regulamentar, quer no caso de regulamentos autónomos”.

Art. 143 n°1 al. c) da CRM determina que “são publicados no Boletim da República, sob pena de ineficácia: ... os decretos-leis, os decretos, as resoluções, e os demais diplomas emanados do Governo”.

Nos termos do 145 n° 1 da CRM:” 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 Estado⁴⁹⁹”. Desta disposição, o Presidente da República dispõe de um poder regulamentar exercido de forma discricionária para garantir o bom funcionamento das instituições estatais sobretudo em caso de crise institucional.

✓ **O Poder Regulamentar do Governo**

A Constituição atribui no seu artigo 142 n° 4⁵⁰⁰ ao Governo o poder regulamentar geral através dos actos jurídicos chamados Decreto, quer a lei regulamentar, quer os regulamentos autónomos. Resulta deste artigo que o poder regulamentar é partilhado e que o decreto elaborado pelo Governo não pode ser ab-rogado, ou seja, modificado apenas por assinatura do Primeiro-Ministro.

Assim sendo, o exercício da actividade regulamentar do Governo deve ter a forma de decreto, sem prejuízo da lei que o autoriza, numa situação ou matéria específica. Porém, numa situação em que se encontra face aos regulamentos independentes, o Governo pode emanar regulamentos conforme o artigo 203 al. f), i) e j) bem como o número 3 do mesmo artigo da CRM.

CAETANO, Marcelo admite que os regulamentos do Governo desenvolvem-se em articulado que constitui a própria matéria de um decreto ou que forma um todo autónomo aprovado por decreto distinto de que se considera parte integrante. Em ambos os casos se está em presença de um decreto regulamentar. Enquanto o decreto regulamentar é promulgado pelo Presidente da República, no direito moçambicano, o decreto passa pela assinatura do Primeiro-Ministro.

✓ **Poder Regulamentar do Ministro**

De forma isolada, os ministros podem, portanto, elaborar regulamentos sob a forma de decreto quando para tal especialmente autorizados por lei⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ Artigo 145 n° 1 da CRM

⁵⁰⁰ Artigo 142 n° 4 da CRM

⁵⁰¹ CAETANO, Marcelo, **Manual de Direito Administrativo**, VOL I. 10ª Edição. Revista e Actualizada Almedina. COIMBRA., p. 103

O texto constitucional não diz nada sobre a competência de emissão de regulamentos dos ministros, tendo em conta que estes não têm constitucionalmente esse poder. Portanto, por via de exceção, a lei pode conferir este poder ou por via de delegação do decreto presidencial e pelo decreto do Governo.

Assim sendo, os actos normativos dos ministros podem revestir a forma de diploma ministerial, através do qual os ministros podem regulamentar no âmbito da organização e funcionamento dos seus ministérios.

Portanto, o artigo 109 n° 3 da Constituição Portuguesa admite regulamentos do Governo sem ser por decreto, há que aceitar a possibilidade da existência de regulamentos ministeriais⁵⁰²503.

✓ Poder Regulamentar da Administração

Nos termos da Lei n° 8/2003, de 19 de Maio, no seu artigo 17 n° 1 alínea j), o Governador Provincial pode tomar providências e dirigir instruções adequadas ao Comandante Provincial da Polícia da República de Moçambique, no âmbito da preservação da ordem e segurança públicas.

Esta disposição vem reforçar a ideia de CAETANO, Marcelo, quando determina que é da competência do governador civil elaborar regulamentos autónomos sobre matérias incluídas nas suas atribuições policiais, obrigatórios em todo o distrito⁵⁰⁴.

Resulta então que é conferida a competência ao Governador Provincial para elaborar normas regulamentares no âmbito do bom funcionamento dos serviços bem como para a ordem e segurança públicas no seio da sua circunscrição territorial, sem prejuízo das matérias da competência do Governo.

⁵⁰² Idem, p. 107 Estes regulamentos podem tomar geralmente a forma de portaria.

⁵⁰³ Idem, p. 107 Estes regulamentos podem tomar geralmente a forma de portaria.

⁵⁰⁴ CAETANO, Marcelo, **Manual de Direito Administrativo**, VOL I. 10ª Edição. Revista e Actualizada Almedina. COIMBRA, p.103

Assim sendo, o artigo 19 n° 2 da mesma disposição considera que os actos normativos do governador revestem a forma de circular, e por via disso, pode ainda regulamentar quando há urgência.

✓ **As Autarquias Locais**

O artigo 271 da CRM dispõe que: “as autarquias locais dispõem de poder regulamentar próprio, no limite da Constituição, das leis e dos regulamentos emanados das autoridades com poder tutelar”.

Deste artigo resulta que embora as autarquias locais tenham poder de regulamentar, esse poder deve observar o prescrito constitucional bem como o princípio da legalidade e hierarquia institucional de que depende esta estrutura. Assim, são chamados de posturas municipais os regulamentos decorrentes dos dois órgãos colegiais.

CAPITULO IV: DIREITO COMPARADO NO ÂMBITO DA RECEPÇÃO PRÁTICA DAS NORMAS INTERNACIONAIS NA ORDEM INTERNA

Breve Introdução

Este capítulo refere-se ao estudo de pluralidade de sistemas jurídicos existentes acolhedores de normas do direito internacional para aperfeiçoar o sistema e minimizar os problemas encontrados no direito interno aquando do surgimento de conflito de natureza internacional. O Direito Comparado, sendo um estudo jurídico, visa analisar os pontos divergentes e convergentes entre dois ou mais sistemas de modo a melhorar o direito em estudo ou seja explicar as razões que levaram o legislador constituinte ou os aplicadores de direito a tomar posição perante uma situação jurídica constitucional determinada. Por isso, o estudo do direito interno deve ser antecedido de algumas questões preliminares provindas de sistemas jurídicos externos, e a partir disso a compreensão do direito em estudo torna-se explícito e evidente. Assim sendo no âmbito da globalização, a percepção do processo legislativo deve ser acompanhada pela introdução de normas, institutos de diversos direitos estrangeiros capazes de tornar-lo mais adequado, coerente e realista no concerto das nações. Neste contexto, para a compreensão do tema sobre a hierarquia de normas no direito constitucional moçambicano recorre-se a uma abordagem comparativa sobre os diferentes sistemas jurídicos estrangeiros, nomeadamente: direito francês, direito brasileiro, direito de Timor-Leste e direito italiano. Em cada sistema apresenta os possíveis mecanismos jurídicos aplicados para definir a posição de normas internacionais na ordem interna.

4.1. Direito Comparado

O direito comparado surge como uma noção que visa estabelecer uma relação entre dois sistemas jurídicos do ponto de vista macro-comparativo ou micro-comparativo, de modo a apresentar as vantagens e desvantagens que podem resultar destes sistemas.

O estudo macro-comparativo consiste em estudar de forma comparativa dois ou mais sistemas jurídicos considerados na sua totalidade, ou pelos seus critérios essenciais; este estudo pode também se referir a uma abordagem comparativa entre famílias jurídicas; enquanto que a micro-comparação refere-se ao estudo comparativo das respostas de direito encontradas a partir de dois ou mais sistemas jurídicos dos Estados distintos para uma determinada preocupação.

MICHEL Fromont sustenta que a macro-comparação refere-se à comparação das ordens jurídicas culturalmente muito distantes entre si, enquanto a micro-comparação refere-se aos casos em que estejam a comparar ordens jurídicas culturalmente próximas⁵⁰⁵.

O Direito Comparado surge como uma disciplina jurídica que tem por objecto a comparação de direitos, ou seja, o estudo comparativo sistemático de diferentes ordens jurídicas, por normas, ordens jurídicas estaduais, com vista a identificar as semelhanças e as dissemelhanças que existem entre essas ordens jurídicas e a explicar as razões que presidem as semelhanças e as diferenças encontradas⁵⁰⁶.

Resulta que o Direito Comparado é um estudo autónomo no âmbito da ciência jurídica que tem um objecto e um método específicos, a pluralidade de sistemas jurídicos estaduais e o método comparativo, para facilitar a formação dos juristas que pretendem entender as razões de diferentes ordens jurídicas com a finalidade de dar solução ao sistema jurídico em estudo.

É nesta senda de ideias que ASCENSÃO nos ensina que o estudo de um ordenamento jurídico deve ser antecedido de certas reflexões sobre os sistemas jurídicos estrangeiros ao sistema jurídico em questão. É a partir disso que podemos conseguir identificar devidamente o ordenamento jurídico que nos interessa⁵⁰⁷.

A incorporação legislativa se finaliza com as situações de inserção, num ordenamento jurídico, de regras, instituições de outro ordenamento jurídico estrangeiro. Resulta que essa recepção é fruto de uma fenomenologia, e não um acto eventual e irresponsável. É neste contexto que surge o processo da recepção das normas que deve ser precedido de rigorosa ciência de direito comparado, tomando em consideração as causas e motivos que levaram a criação de determinada regra ou instituto jurídico, e as circunstâncias sociológicas em que nasceu, seu estudo prático, além das causas que fundamentam seu sucesso ou fracasso.

⁵⁰⁵ MICHEL Fromont, *Grands Systemes de Droit Etrangers*, 5ª Edição Paris, Dalloz, 2005, pp.1-2

⁵⁰⁶ PATRÍCIA Jerónimo, *Lições de Direito Comparado*, 1ª Edição Braga-Portugal, 2015, p. 12

⁵⁰⁷ ASCENSÃO, J. Oliveira de, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, p. 241

De facto, a incorporação legislativa traduz se a partir da produção dos efeitos jurídicos na ordem interna até as actividades dos juristas que possam lhe dar a verdadeira dimensão na resolução dos conflitos.

Nesta ordem de ideias, ASCENSÃO, Oliveira, sustenta que: “as grandes discussões científicas são geralmente para todos, ora porque decorrem da substancia do objecto ou porque reflectem sobre um assunto da norma semelhante. A arbitragem dos resultados práticos nos Estados de grande produção científica promove as possibilidades de compreensão do nosso próprio sistema e progresso”⁵⁰⁸.

Surge então que partindo da natureza dos temas científicos abordados no âmbito jurídico, há possibilidade de encontrar respostas a situações difíceis e análogas enfrentadas por ordenamento jurídico dos países menos avançados nesta matéria; porém a melhoria bem como a compreensão deste ordenamento jurídico dependerá bastante desta comparação.

Para IVO DANTAS, o campo de utilização do Direito Comparado divide-se em dois grupos em que o primeiro recorre ao sistema do direito estrangeiro para fiscalizar como os fenômenos sociais, políticos e econômicos influenciam ou são analisados pelos outros povos; e o segundo assenta sobre a disponibilidade dos aspectos indispensáveis na análise do sistema para compreensão dos institutos de direito que existem nos ordenamentos jurídicos diferentes tendo em conta actualmente a tendencia versa sobre o problema da universalismo dos termos da ciência jurídica⁵⁰⁹.

No âmbito deste estudo, podemos nos focalizar no segundo grupo relacionado com o profissional pois este nos ajuda á descrever como o direito estrangeiro trata das normas do direito internacional na ordem interna e identificar a posição que essas normas ocupam na ordem jurídico-constitucional interna.

⁵⁰⁸ ASCENSÃO, Oliveira de, **O Direito: Introdução e Teoria Geral**, p. 142

⁵⁰⁹ WELITON Carvalho, **Funções do Direito Comparado**, Revista de Informação Legislativa, Brasília A 44 n°. 175 Jul./Set. 2007, pp 61-62

4.2. Estudo Comparado da Recepção Prática das Normas Internacionais na Ordem Interna

4.2.1. Direito Francês

O artigo 55 da Constituição da República Francesa de 1958 prevê que: “os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, a partir da sua publicação, autoridade superior à das leis, sujeito, para cada acordo ou tratado, à sua aplicação pela outra parte⁵¹⁰.”

Apesar do seu primado sobre as leis, podemos dizer que os tratados não possuem força superior à Constituição, tendo em conta que a lei fundamental francesa prevê a faculdade de controlo da constitucionalidade dos tratados. Assim sendo, se a doutrina permanece equívoca ou divergente sobre a relação existente entre a Constituição e o tratado internacional, nos termos do artigo 54 da Constituição da República Francesa que dispõe que: “se o Conselho Constitucional, convocado pelo Presidente da República, Primeiro-Ministro, presidente de uma ou de outra assembleia ou sessenta deputados ou sessenta senadores declarar que um acordo internacional comporta uma cláusula inconstitucional, a autorização de ratificar ou aprovar o acordo internacional referido pode intervir apenas depois da revisão da Constituição⁵¹¹.”

Esta disposição constitucional concretiza a ideia do primado das normas constitucionais sobre os tratados internacionais que se quer que a supremacia constitucional tenha por fundamento o controlo de constitucionalidade dos actos normativos. Isto implica que em caso de inconformidade das normas internacionais a constituição, uma possível revisão constitucional pode ser contemplada de modo que haja uma harmonização das normas.

Dois aspectos merecem ser analisados, o primeiro tem a ver com a fiscalização de constitucionalidade que pode ser requerida por um dos órgãos do Estado tal como definido pelo

⁵¹⁰ Artigo 55 da Constituição da República Francesa de 1958

⁵¹¹ Article 54 de la Constitution de la Republique Française dispose que: “Si la Cour Constitutionnelle saisie par le President de la République, par le Premier ministre, le President de l’une ou autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu’un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l’autorisation de ratifier ou d’approuver l’engagement international en cause ne peut intervenir qu’après la révision de la Constitution” Constitution de la Republique Française de 4 de Outubro de 1958. Isto significa que: “Se o Tribunal Constitucional interposto pelo Presidente da República, pelo Primeiro-Ministro, o Presidente de uma ou outra assembleia ou por sessenta deputados ou sessenta senadores, declara que um compromisso internacional contém uma cláusula contrária à Constituição a autorização para ratificar ou aprovar o acordo internacional em questão só pode intervir após a revisão da Constituição”. Constituição da República Francesa de 4 de Outubro de 1958

artigo 54 da CRF, este fenômeno reconhece a superioridade da constituição em relação as demais restantes normas, pois lhes devem obediência; e o segundo aspecto surge quando há inconstitucionalidade de tratados ou acordos que requer a revisão da constituição, nesse contexto, fica claro que esse processo visa adequar as normas constitucionais aos acordos ou tratados.

O primeiro aspecto reflete o pensamento jurídico *mutatis mutandis* do artigo 18 da Constituição da República de Moçambique sem dar aos órgãos do Estado a possibilidade do Conselho Constitucional declarar que um acordo internacional tem uma clausula inconstitucional para ser ratificado ou aprovado depois da revisão da constituição, embora a jurisprudência francesa escolheu por uma solução hierárquica a favor da Constituição.

Portanto, olhando pela disposição contida no artigo 246 da Constituição da República de Moçambique, o legislador constituinte estabelece duas condições em que devem ser submetidos ao Conselho Constitucional os acórdãos e decisões inconstitucionais: (i) quando há desaplicação de qualquer norma com base na sua inconstitucionalidade; (ii) quando o Procurador-Geral da República ou Ministério Público requer a apreciação abstracta da constitucionalidade ou da ilegalidade de qualquer norma cuja aplicação tenha sido recusada com a justificação de inconstitucionalidade ou ilegalidade por decisão judicial insusceptível de recurso.

Em outras palavras, podemos sustentar que há reconhecimento do primado da Constituição em detrimento de outras normas existentes sem previsão da revisão constitucional, como acontece no Direito Francês, mas, portanto, há inércia quanto às normas internacionais inconstitucionais enquanto incorporadas na ordem interna; embora seja uma opção irreversível.

Nesta hipótese, em conformidade com o artigo 54 da Constituição Francesa, o Tribunal Constitucional declarou algumas cláusulas dos tratados internacionais inconstitucionais em maior parte dos casos e não em todos. Assim sendo, foi realizada a revisão constitucional. Esta questão da supremacia da constituição é relativa e depende do ponto de vista do tribunal competente nesta matéria. Assim, as duas ordens jurídicas considerando como autónomas na sua criação, a questão revela-se sem fundamento.

FAVOREU propõe que: “*Mieux vaut considerer que le probleme de hierarchie de normes constitutionnelles et internationales ne se pose pas meme dans le cas francais ou la*

*procedure de l'article 54 semble pourtant impliquer une relation de hierarchie. Il y a coexistence de deux systemes de normes sans interpenetration, du moins au niveau constitutionnel*⁵¹².”

No Direito Constitucional moçambicano, à luz da disposição contida no artigo 246 da CRM, preocupámo-nos em saber se: um tratado internacional pode ser declarado inconstitucional na ordem jurídica moçambicana? E qual o mecanismo aplicável para o efeito? Neste contexto, é indispensável notar que o Conselho Constitucional, sendo um órgão jurídico-constitucional, lhe foi atribuída a competência de apreciar e declarar a inconstitucionalidade das leis e a ilegalidade dos actos normativos dos órgãos do Estado. Porém, será que o tratado é um acto normativo dos órgãos do Estado?

Os órgãos são elementos integrantes do Estado enquanto ser juridicamente constituído. Sendo assim, os órgãos do Estado entendem-se pois o centro autónomo institucionalizado de emanção de uma vontade que lhe é atribuída, seja qual for a relevância, o alcance e os efeitos (externos ou mesmo interno) que ela assuma, o centro de formação de actos jurídicos do Estado no Estado⁵¹³.

Nesta abordagem, os poderes reconhecidos a cada um dos órgãos fazem com que se distinga um dos outros para realização de um fim definido pela Constituição. Por isso, por exemplo, o Governo, como órgão de soberania, limita-se, no âmbito dos tratados internacionais, na negociação dos mesmos, e à Assembleia da República ratificar os tratados internacionais.

E os actos jurídicos são considerados como acto consciente e internacional cuja finalidade é estabelecer relações entre as pessoas para criar, modificar ou extinguir direitos, ou seja, a manifestação de vontade cujo objectivo é a produção dos efeitos jurídicos e, por sua vez, essas consequências ou efeitos jurídicos são conhecidos pela ordem jurídica⁵¹⁴.

Portanto, os tratados internacionais constituem também uma manifestação de vontade capaz de produzir efeitos no sistema jurídico. Porém, das formas dos actos normativos

⁵¹² FAVOREU, L.M, *le Controle de constitutionalité du traité de Maastricht et le developpement du droit constitutionnel international*” cité par ONDOL A.A. *Etude de Rapports entre le droit communautaire et la Constitution en France*, Paris, I. Marmullan, 2001, p. 157

⁵¹³ MIRANDA Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, Coimbra Editora. 1997, p. 42

⁵¹⁴ Idem, p. 49

que assumem os órgãos do Estado no Direito Constitucional moçambicano somente temos: a lei, decreto-lei, decreto, resolução, moção, conforme a competência de cada órgão. Assim, a Constituição limita-se a orientar o nível hierárquico dos tratados internacionais, que é aquele das normas infra-constitucionais uma vez incorporados. Isso nos leva a sustentar que naturalmente o tratado não constitui um acto normativo emanado da ordem interna, mas, portanto, um acto solene bilateral ou multilateral, isto é, um acordo entre os Estados.

4.2.2. Direito Brasileiro

É difícil identificar na Constituição Federal Brasileira, de modo evidente, as normas sobre o direito internacional geral no direito interno senão a posição dos tratados de direitos humanos. Porém, algumas disposições, apesar da sua insuficiência, tratam do procedimento de incorporação dos tratados internacionais no Direito Constitucional brasileiro, a saber: o artigo 49⁵¹⁵, número I e artigo 84, número VIII, em que o poder judiciário tem a possibilidade de aplicar directamente essas disposições não obstante a transformação legislativa, como determina o artigo 102, número III, alínea b), artigo 105, número III, alínea a) e o artigo 109, número III).

Assim, o direito brasileiro, como o direito moçambicano, reconhece de forma genérica a natureza infra-constitucional de normas do direito internacional nas suas ordens internas. Para além disso, precisa de notar que os dois sistemas jurídicos orientam-se numa vertente soberanista, refutando a supremacia das normas do direito internacional colocando-lhes naturalmente numa posição paralela no ordenamento jurídico.

Portanto, no direito brasileiro o direito internacional dos direitos humanos pode assumir uma posição hierárquica superior em relação às restantes normas do direito internacional. Neste contexto, as normas relativas aos tratados internacionais dos direitos humanos garantem não só a hierarquia constitucional das normas dos tratados, como denota o artigo 5 parágrafo 3 da Constituição Federal do Brasil, bem como a possibilidade de afastar a competência da justiça

⁵¹⁵ Nos termos do artigo 49, e da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I. Resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou actos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao património nacional.

estadual para a justiça federal caso haja violação grave dos direitos humanos de modo a assegurar o cumprimento originando dos tratados internacionais nesta matéria.

O artigo 109, parágrafo 5, dispõe que: “aos juízes federais compete processar e julgar: (V) as causas relativas a direitos humanos a que se refere o parágrafo 5 deste artigo”.

À luz de tudo que precede, há lugar de sublinhar que a incorporação de normas do direito internacional, ou seja, dos tratados internacionais na ordem jurídica interna, obedece a uma condição, tal como previsto pelo Texto Constitucional Federal. Nos termos do artigo 49 é da competência particular do Congresso Nacional: (I) “resolver de forma definitiva sobre tratados, acordos ou actos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao património nacional”.

E isso necessita da ratificação do Presidente da República, que deve ser acompanhado da promulgação e publicação no diário oficial da união.

O direito internacional público é incorporado no direito brasileiro através da reunião de desejo de poder executivo, que celebra o tratado e do poder legislativo que o referenda, e através disso autoriza o Presidente da República a concluir a manifestação do consentimento do Estado, através o mecanismo de ratificação do mesmo⁵¹⁶.

Portanto, a Constituição da República de Moçambique limita-se a uma função paramétrica no âmbito da integração e interpretação de direitos fundamentais. Nesta senda de ideias, há necessidade de sublinhar que o direito internacional tem uma certa influência no constitucionalismo destes Estados que pode culminar com a revisão da Constituição.

COUTINHO, Francisco Pereira nos ensina que: “as eminentes instigações exteriores que acabaram com as alterações legislativas no sistema de direito moçambicano resultaram dos instrumentos de *soft law* adotados por instâncias internacionais de fiscalização política do respeito dos direitos humanos”⁵¹⁷.

⁵¹⁶ Para um estudo detalhado dessa sistemática, v. OLIVEIRA, Mazzuoli Valério de. **Direito dos Tratados**, 2ª Edição Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 417 e ss.

⁵¹⁷ COUTINHO, Francisco Pereira, O Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana, in O Direito Internacional Publico nos Direitos da Língua Portuguesa. Março 2018 cfr. Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. Assim sendo, a *soft law* refere-se à flexibilidade

Podemos dizer que a falta de disposições claras no direito brasileiro sobre o direito internacional geral comum dificulta obviamente a aplicação do direito não convencional ou seja o costume internacional.

4.2.3. Direito de Timor-Leste

A Constituição timorense, como uma das constituições mais modernas no Continente Africano, determina uma norma específica no seu artigo 9 relacionado à relação entre o direito internacional e o direito interno. Este artigo com epígrafe recepção do direito internacional dispõe que:

1. A ordem jurídica timorense adopta os princípios de direito internacional geral ou comum.
2. As normas constantes de convenções, tratados e acordos internacionais vigoram na ordem jurídica interna mediante aprovação, ratificação ou adesão pelos respectivos órgãos competentes e depois de publicadas no jornal oficial.
3. São inválidas todas as normas das leis contrárias às disposições das convenções, tratados e acordos internacionais recebidos na ordem jurídica interna timorense.

Na base deste artigo, precisa de notar que o legislador constituinte prevê um regime de recepção plena do direito internacional geral e das normas constantes das convenções, tratados e acordos internacionais, deixando uma abertura das normas internacionais à constituição timorense.

Assim sendo, é óbvio dizer que as normas de direito internacional integram a ordem jurídica interna sem qualquer processo de transformação para a produção dos seus efeitos. Esta posição não se verifica quando se trata da recepção das mesmas normas no direito constitucional de Moçambique.

Olhando pelo artigo 9 n° 1 da Constituição de Timor-Leste, percebe-se que o legislador constituinte timorense pretende que seja submetida a uma recepção automática plena a aplicação dos princípios de direito internacional geral na ordem jurídica interna. Sendo assim, a Constituição não prevê nenhuma norma de observância de regras ou formas constitucionais

que possuem os Estados no contexto de negociação e de organização através de resoluções, de códigos de conduta e recomendações não equiparadas ao direito formal hierarquizado e sancionador.

específicas para vincular o Estado aos princípios de direito internacional, em oposição ao direito convencional, que exige o processo de aprovação, ratificação e publicação.

No entanto, a posição hierárquica das normas do direito internacional geral na ordem interna parece ser preocupante, pelo silêncio manifestado do artigo 9 nesta matéria. Portanto, a doutrina defendida por MOREIRA Vital e CANOTILHO Gomes, MACHADO Jonatas e MIRANDA Jorge através do sistema relativista ou qualificado, em que o lugar dos princípios de direito internacional no ordenamento jurídico português é definida pela natureza do princípio em questão⁵¹⁸.

A Constituição revela-se clara no que diz respeito à posição dos tratados internacionais em relação às leis nacionais. Assim sendo, os tratados internacionais têm uma posição supra-legal por força do artigo 9 n.º 3 do texto constitucional, o qual condiciona a validade das leis ordinárias e a sua conformidade com o direito convencional.

Desta hipótese, há necessidade de sustentar que esta posição de supra-legalidade do direito convencional caracteriza a maioria dos Estados de língua portuguesa, salvo o Estado moçambicano, em que o artigo 18 reafirma a posição de paridade entre os tratados internacionais e as leis nacionais.

Sendo assim, há lugar de determinar que a Constituição de Timor-Leste não dispõe, de forma directa e expressamente, a posição do direito convencional no direito interno. Continua a ser válido indicar ainda a Constituição de Portugal⁵¹⁹ e as diversas constituições de Cabo Verde⁵²⁰, de São-Tomé e Príncipe⁵²¹ e de Angola⁵²² prevêm que as normas do direito convencional internacional são sujeitas ao processo de fiscalização de constitucionalidade, apontando, por consequência, para a existência, com um certo grau de clareza, de uma posição infra-constitucional do direito convencional.

⁵¹⁸ MACHADO, Direito Internacional: do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro, 179-181; MIRANDA, Curso de Direito Internacional Público, 2009, p. 152-155; CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, 2007, I (Artigo 1-107), pp. 251-273.

⁵¹⁹ Artigos 277. n.º 2; 278, n.º 1 279, n.º 1 e 4 e 280, n.º 3 da CRP de 1976

⁵²⁰ Artigos 277-278 da Constituição da República de Cabo Verde.

⁵²¹ Artigos 144, n.º 2; 145 e 146 da Constituição de São-Tomé e Príncipe.

⁵²² Artigo 227 al. b; 228 n 1; 229 n.º 2, 3 e 4 da Constituição da República de Angola de 2010

O Direito Constitucional timorense tem dificuldades de identificar, de forma expressa, as normas que submetem o direito internacional convencional ao processo de fiscalização, mas limita-se ao processo de fiscalização preventiva⁵²³ que poderá ocorrer no momento da promulgação da lei enviada pela Assembleia da República; e o processo de fiscalização concreta previsto pelo artigo 152 n° 1 da lei fundamental⁵²⁴. em que há desaplicação da norma inconstitucional.

Precisa de salientar que no Direito Constitucional timorense, no seu artigo 85 alínea a) é de competência exclusiva do Presidente da República promulgar os diplomas legislativos e mandar publicar as resoluções do Parlamento Nacional que aprovem acordos e ratifiquem tratados e convenções internacionais. Deste artigo resulta que fica de fora a ideia segundo qual compete somente ao Presidente da República promulgar os tratados internacionais e as convenções, mas, portanto, é preciso assinalar que ainda compete-lhe mandar publicá-los.

No direito moçambicano o legislador constituinte limitou-se a dispor no seu artigo 162 n°1 que cabe ao Presidente da República promulgar e mandar publicar as leis no Boletim da República, sem nenhuma referência expressa sobre a publicação dos tratados, convenções e acordos internacionais. Porém, um aspecto importante que precisa de salientar é que no domínio das relações internacionais, onde o Presidente da República encontra-se revestido do poder de celebrar tratados internacionais⁵²⁵.

Uma posição infra-constitucional de normas convencionais pode enfrentar dificuldades quando se trata da norma aplicável vis-a-vis de uma situação internacional que surge de um conflito entre a Constituição e o tratado internacional.

O direito timorense reconhece a existência de direitos materialmente fundamentais, embora sejam contidos na Constituição, mas, portanto, passam a adquirir um valor constitucional com efeito da abertura do texto constitucional. Olhando pela realidade da Constituição de Moçambique, o Direito Constitucional timorense tem uma previsão de uma abertura dos direitos

⁵²³ Artigo 149 n° 1 da CRTL

⁵²⁴ Artigo 152, n° 1 da CRTL

⁵²⁵ Artigo 161 alínea a) da CRM dispõe que: no domínio das relações internacionais, compete ao Presidente da República b) celebrar tratados internacionais

fundamentais tão limitada, ao aceitar como direitos só materialmente fundamentais apenas aqueles que constam das leis, não estendendo a abertura dos direitos fundamentais aos direitos humanos previstos nas convenções internacionais⁵²⁶.

De tudo que precede, é importante salientar que o artigo 23 da CRTL ao consagrar que os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes da lei pretende estabelecer o princípio da cláusula aberta ou da abertura da constituição ao outro catálogo dos direitos fundamentais, e permite a existência dos direitos só materialmente fundamentais. Isto significa que estes direitos têm a materialidade ou a substância de uma norma constitucional, mas não se encontram na Constituição, ou seja, no sentido formal não são constitucionais.

4.2.4. Direito Italiano

O direito italiano não contém nenhuma disposição semelhante ao artigo 54 da Constituição da República da França nem ao artigo 18 da Constituição da República de Moçambique. Os acórdãos do Conselho Constitucional a partir de 2007 deram resposta, e com motivações às vezes surpreendentes, à questão de relação entre a Constituição e os tratados internacionais.

No contexto do Conselho Constitucional Italiano, os tratados são sujeitos à Constituição e cabe ao Conselho Constitucional conservar o direito de verificar se os tratados são conforme ou não à Constituição, pretendendo até pensar retirar os tratados da ordem jurídica interna italiana.

Quanto à recepção de normas internacionais no ordenamento interno, a Itália faz parte dos Estados que adoptaram uma abordagem dualista. O mecanismo de adaptação mais frequentemente utilizado pelo direito convencional consiste na recepção para reenvio ou em processo de recepção ordinária através da reformulação de normas internacionais em direito italiano. Este último, em princípio, não tem uma disposição semelhante àquela do artigo 18 da Constituição moçambicana, no âmbito da posição das normas do direito internacional.

⁵²⁶ Os países de língua portuguesa prevêm a abertura dos direitos fundamentais àqueles constantes na lei e no direito internacional, como é o caso das constituições de Guiné-Bissau (artigo 29-1), Angola (artigo 26 n° 1), Cabo Verde (artigo 17 n° 1 e Portugal (artigo 16 n° 1).

Porém, à luz de certa doutrina, o artigo 117 alínea 1 da Lei Constitucional de 18 de Outubro de 2001 consagra a supremacia de normas internacionais e comunitárias sobre as normas do direito interno. Esta orientação, sustentada pela jurisprudência recente do Conselho Constitucional italiano, não é unanimemente discutida pela doutrina.

O Tribunal Constitucional Italiano, nos seus acórdãos n° 348 e 349, proferidos no dia 22 de Outubro de 2007, tira dúvidas estatuidando que o artigo 117 alínea 1 se inscreve no mecanismo de adaptação do direito interno ao direito internacional e à superioridade do direito convencional, no caso em apreço, a Convenção Europeia para salvaguarda de direitos e liberdades fundamentais de 1950 não pode derogar a Constituição, que continua a ser superior. Isto significa que a norma convencional contrária à Constituição pode ser expulsa do ordenamento jurídico italiano. O mesmo raciocínio foi observado pelo tribunal nos seus dois acórdãos sub-citados.

No primeiro, acórdão 311, de 26 de novembro de 2009, o tribunal confirma orientação segundo a qual a norma nacional em contradição com a norma convencional viola o art. 117, al. 1 da Constituição. Assim sendo, cabe ao juiz constitucional em caso de conflito entre a norma nacional e convencional interpretar a primeira em conformidade com o segundo usando todos os critérios disponíveis para resolver o conflito. Isso implica que não é em caso de impossibilidade, que pode sustentar a questão perante o juiz constitucional. Esse último deve olhar pelo equilíbrio entre obrigações internacionais e outras normas constitucionalmente garantidas.

Neste contexto, precisa de mencionar que o Direito Constitucional moçambicano não partilha esta posição, tendo em conta que o princípio de supremacia do texto constitucional que aceite a infra-constitucionalidade de normas de direito convencional, por um lado e, por outro, o facto de que o Conselho Constitucional de Moçambique só aprecia e declara inconstitucionais os actos normativos emanados dos órgãos do Estado. Isso determina claramente a limitação do poder do Conselho Constitucional quando surge conflito entre as duas normas.

COUTINHO, Francisco Pereira admite que o bloco da legalidade a que se refere a Constituição deve ser interpretado em sentido amplo, de modo a incluir o direito internacional que tenha sido incorporado na ordem jurídica interna nos termos do art. 18 da CRM⁵²⁷.

Ainda para o mesmo autor, os juízes moçambicanos admitem afastar normas internacionais com fundamento na sua inconstitucionalidade. Se em causa estiver um conflito entre normas de direito internacional e normas de actos normativos infra-constitucionais internos, os juízes moçambicanos tendem a resolvê-lo atribuindo prevalência ao direito internacional, não obstante a Constituição prever a aplicação das normas temporalmente mais recentes. Mais uma vez o princípio hierárquico fica invertido olhando neste contexto pelo comportamento do juiz constitucional ao dar privilegio as normas do direito internacional.

Esta posição do juiz constitucional moçambicano estabelece um imbróglio quando se trata da interpretação da disposição do artigo 2 numero 4 da CRM que se quer que as normas constitucionais prevaleçam sobre todas as restantes do ordenamento jurídico. Deste artigo, acreditamos que não estaremos errados admitir que as normas de direito internacional são subordinadas as normas constitucionais.

Resulta que a fiscalização da aplicação das normas do direito internacional cabe ao Conselho Constitucional; este processo releve do sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade e legalidade, em que devem ser remetidas obrigatoriamente ao Conselho Constitucional nos termos de alinea a) e b) do artigo 146 da CRM.

Para além disso, o legislador constituinte moçambicano não foi feliz para determinar de forma expressa a missão fiscalizadora do conselho constitucional declarar um acordo ou tratado internacional comporta uma clausula de norma inconstitucional, portanto indispensável no momento de conflito entre as duas ordens normativas.

⁵²⁷ COUTINHO, Francisco Pereira. O Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana, in O Direito Internacional Público nos Direitos da Língua Portuguesa. Março 2018, p. 252

CAPITULO V: HIERARQUIA DAS NORMAS NO DIREITO CONSTITUCIONAL MOCAMBICANO: UMA EXPERIENCIA A PARTIR DO DIREITO COMPARADO

5.1. A Constitucionalidade dos Tratados Internacionais no Ordenamento Jurídico Moçambicano

O fenômeno de hierarquia de normas é uma problemática e suscita vários debates doutrinários. Por isso, na sua abordagem, MIRANDA Jorge considera a expressão hierarquia como um obstáculo grave. Porém, a opinião científica reconhece a necessidade de hierarquizar as normas jurídicas, mas ainda continua a discutir a verdadeira definição que o conceito possui⁵²⁸.

A Constituição da República de Moçambique conhece dificuldades da posição hierárquica das normas do direito internacional na ordem interna. Em face da disposição do artigo 18 do texto constitucional de 2004, precisa de notar que há necessidade de distinguir as normas do direito internacional geral ou comum das normas do direito internacional particular.

Neste sentido que JUSTINO Felisberto alega que o texto constitucional em moçambique não trata de forma expressa o lugar hierárquico das normas do direito internacional, na medida em que não existe uma cláusula geral de recepção dessas normas e princípios⁵²⁹. Assim sendo, a maioria das normas e princípios do direito internacional geral ou comum constitui o direito imperativo e impõe-se a todos os sujeitos do direito internacional público, isto implica os Estados e as suas constituições. E em termos hierárquicos, essas normas são consideradas como supra-constitucionais. Mais uma vez, há necessidade de argumentar que o princípio hierárquico é invertido pois sendo imperativo para um Estado, o direito internacional deve prevalecer sobre as fontes do direito incluído na constituição. Precisa de mencionar que a simples violação das normas e princípios do direito internacional poderá implicar a responsabilidade internacional do Estado.

Esta argumentação foi reforçada pela alocução da Procuradora-Geral da República, referindo-se à nulidade dos actos inerentes ao empréstimo contraído pela EMATUM, SA proferida pelo Conselho Constitucional sobre as dívidas públicas, alegou que: “o acórdão pronunciou-se sobre actos que vinculam o Estado a duas ordens jurídicas distintas, designadamente a

⁵²⁸ MIRANDA Jorge, Fiscalização da Constitucionalidade, 2007, p. 32

⁵²⁹ JUSTINO, Felisberto, O Regime Jurídico do Acesso de Cidadãos a Justiça Constitucional Moçambicana, 2018, p. 507

moçambicana, atenta à qualidade dos sujeitos que a praticaram, e a inglesa, atendendo os termos contratuais segundo os quais a lei aplicável é inglesa e o foro competente para conhecer os litígios daí decorrentes também em inglês.”⁵³⁰

Apesar de declarar a nulidade dos actos praticados pelos servidores, porque inconstitucionais ou ilegais; o acórdão do Conselho Constitucional não produz nenhum efeito na ordem internacional, pois o princípio do direito internacional não deixa espaço ao Estado evocar as normas internas para exonerar da sua responsabilidade decorrente de contrato celebrado no âmbito internacional.

Sobre a questão em discussão, nota que o legislador constituinte reforça a sua inércia; tendo em conta que as disposições constitucionais só limitam-se em determinar a natureza jurídica do Conselho Constitucional⁵³¹, guardião da Constituição, sem portanto descrever taxativamente a sua competência⁵³² em matéria de tratados internacionais considerados inconstitucionais. E isso determina que, nada mais, nada menos, o Conselho Constitucional tem como vector a salvaguarda do direito interno face a inconstitucionalidade de certos actos normativos que podem surgir no ordenamento jurídico interno.

Na mesma senda de ideias, BASTOS, Fernando critica a posição do legislador constituinte, ao subordinar o direito internacional ao texto constitucional sem que seja auxiliada pela previsão de qualquer mecanismo de fiscalização da constitucionalidade ou da legalidade do direito internacional, pois o artigo 213⁵³³ da CRM não faz referência a normas internacionais ou as fontes do direito internacional⁵³⁴. Portanto, qual é o significado destas leis ou princípios? O

⁵³⁰ Jornal, Verdade.co.mz, p. 5 do dia de 22 de Maio de 2020 acesso aos 30 de Maio de 2020.

⁵³¹ Art. 240 da CRM dispõe que: (1) O Conselho Constitucional é o órgão de soberania ao qual compete especialmente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional. (2) A organização, funcionamento e o processo de verificação e controlo da constitucionalidade, da legalidade dos actos normativos e as demais competências do Conselho Constitucional fixadas por lei.

⁵³² Em termos das competências reservadas ao Conselho Constitucional, o Art. 243 da CRM limita-se a dispor que cabe ao Conselho Constitucional, al. a) apreciar e declarar a inconstitucionalidade das leis e a ilegalidade dos actos normativos dos órgãos do Estado.

⁵³³ Art. 213 da CRM estabelece que: “nos feitos submetidos a julgamento os tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição”.

⁵³⁴ BASTOS, Fernando Lourenço. O Direito Internacional na Constituição Moçambicana de 2004, Artigo Científico, p. 22. <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Bastos-Fernando-O-Direito-Internacional-na-Constituicao-mocambicana-de-2004.pdf> acesso no dia 20 de Junho de 2019

nosso entendimento limita-se a fazer uma interpretação extensiva da lei para dar significado ao sentido da lei, isto é, lei no sentido geral pode ser acto normativo ou os tratados ou acordos incorporados e recebidos na ordem interna; sendo inconstitucionais os tribunais devem desaplicar e remetê-los ao Conselho Constitucional para efeitos.

A omissão do legislador moçambicano pode suscitar várias questões, pelo facto de que o poder judiciário vê o seu âmbito de actuação limitado aquando da fiscalização preventiva das normas do direito internacional enquanto há extensão do poder legislativo por via do mecanismo de ratificação que não dá lugar a nenhum controlo de constitucionalidade propriamente dito.

Portanto, COUTINHO, Francisco salienta que a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos constituem principais peças do direito internacional dos direitos humanos que podem ser usados para evitar a aplicação de normas legislativas inconstitucionais⁵³⁵.

Parafraseando, o mesmo autor reforça a sua ideia alegando que a aplicação do direito internacional pelos juízes moçambicanos é fiscalizada pelo Conselho Constitucional. É neste sentido que o texto constitucional moçambicano prevê o processo de fiscalização concreta da constitucionalidade e legalidade do direito internacional, nos termos do qual devem ser remetidas obrigatoriamente para o Conselho Constitucional.⁵³⁶

A nossa posição frente ao que foi dito acima concilia com a ideia do Professor COUTINHO, Francisco na sua argumentação sobre os dois aspectos citados mas, portanto, deixar o Conselho Constitucional controlar a constitucionalidade ou ilegalidade dos tratados internacionais só quando lhes forem remetidos pelos juízes dos tribunais no momento da sua aplicação não é suficiente para sustentar a protecção da Constituição, porém achamos que, para além das competências reconhecidas ao conselho constitucional, há necessidade da previsão

⁵³⁵ COUTINHO, Francisco Pereira, O Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana, in Catalogação na Publicação GOUVEIA, Jorge Bacelar e COUTINHO, Francisco Pereira (coord.). Direito Internacional Público nos Direitos da Língua Portuguesa. Lisboa: CEDIS, 2018., p. 254

⁵³⁶ COUTINHO, Francisco Pereira, O Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana, in Catalogação na Publicação GOUVEIA, Jorge Bacelar e COUTINHO, Francisco Pereira (coord.). Direito Internacional Público nos Direitos da Língua Portuguesa. Lisboa: CEDIS, 2018., p. 252

expressa constitucionalmente do conselho constitucional de declarar o acordo ou tratado internacional inconstitucional como acontece no direito francês, processo esse que intervém á partir da fiscalização preventiva, cuja competência pertence ao Presidente da República. A este último cabe a competência de celebrar os tratados internacionais nos termos de al. b) do Artigo 161 da CRM que, ao nosso entender, podemos dizer que os tratados internacionais deviam ser objecto da fiscalização preventiva como acontece com as leis nos termos do Artigo 162 n° 2 da Constituição da República de Moçambique⁵³⁷ e ao mesmo tempo garantir a efectividade do artigo 18 da CRM.

Daí a missão de evitar que uma norma inconstitucional possa surgir no ordenamento jurídico interno reconhecido a único órgão, guardião da Lei Fundamental, que nós chamamos de Conselho Constitucional.

Ao contrário, a fiscalização concreta assenta essencialmente em duas modalidades. Trata-se do recurso das decisões que apliquem a norma que seja arguida de inconstitucional durante um processo judicial; o recurso das decisões dos tribunais que recusem a aplicação de uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade. No fim, o Tribunal Constitucional procede ao controlo da inconstitucionalidade por omissão, ou seja, verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais⁵³⁸.

A competência dos tribunais alemães em matéria de constitucionalidade e meramente incidental, isto é, cabe-lhes apenas admitir o incidente e remeter a decisão para os tribunais constitucionais, enquanto os tribunais portugueses têm competência para conhecer e decidir, embora das suas decisões caiba recurso para o Tribunal Constitucional.

Por força de um entendimento rígido do princípio da separação de poderes, é muito diferente este aspecto. No Direito Francês não é atribuída aos tribunais competência para conhecer e, portanto, para decidir, questões de constitucionalidade. A fiscalização da constitucionalidade

⁵³⁷ Artigo 163 n° 2 da CRM: “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”.

⁵³⁸ CARDOSO, Costa Manuel da. A Jurisdição Constitucional em Portugal, Coimbra, 1992, Antunes Miguel Lobo, “Tribunal Constitucional”, in Dicionario Jurídico da Administração Pública, Vol. VII, Lisboa, 1996, p.p. 433-452.

exerce-se apenas em abstracto, através de um órgão político (o Conselho Constitucional), e é limitada ao controlo preventivo e circunscrito aos domínios da inconstitucionalidade orgânica e da garantia dos direitos fundamentais⁵³⁹.

5.2. Processo de Incorporação das Fontes de Direito Internacional na Ordem Interna Moçambicana

A questão da inserção das fontes de direito internacional no ordenamento jurídico moçambicano é resolvida pelo artigo 18 da Constituição da República de Moçambique.

De facto, a disposição citada determina que: “as normas de direito internacional podem surtir consequências conforme a sua respectiva forma de recepção. O legislador constituinte moçambicano não deixa claro o seu pensamento ao nível do direito interno. Duas opções podem ser conotadas mediante o direito internacional:

O legislador pretendeu abranger, de forma geral, todas as fontes do direito internacional ao utilizar os termos de normas de direito internacional distintas dos tratados e acordos internacionais. O legislador constituinte moçambicano admite a capacidade da incorporação no seu ordenamento jurídico das normas internacionais que possam ser encontradas no direito internacional, nomeadamente em costumes internacionais, em tratados e em acordos internacionais, em actos de direito derivado emitidos no âmbito das organizações internacionais de que seja membro⁵⁴⁰.

Na sua abordagem, JUSTINO Felisberto estabelece a distinção entre as normas do direito internacional para determinar o regime da posição hierárquica do direito internacional. Por esse motivo, considera por um lado, as normas do direito internacional publico geral que são hierarquicamente supra constitucionais e por outro lado as normas do direito internacional publico convencional ou particular (acordos e tratados) que são hierarquicamente infraconstitucionais.

⁵³⁹ FERREIRA, Almeida Carlos de. **Introdução ao Direito Comparado**, 2ª Edição Livraria Almedina. COIMBRA 1998

⁵⁴⁰ BASTOS FERNANDO. O Direito Internacional na Constituição Moçambicana de 2004. p. 15-16

Neste contexto, o direito internacional público geral não obedece ao princípio de constitucionalidade e para efeitos não pode ser sujeito a fiscalização da constitucionalidade⁵⁴¹.

O legislador constituinte ao determinar que as normas do direito internacional produzam efeito conforme a sua respectiva forma de recepção pretendia que o costume internacional incorporasse as fontes de direito interno tal como, da mesma maneira que as resoluções das Organizações Internacionais (OI) de que é membro produzem efeito consoante o que estiver estabelecido no seu tratado constitutivo.

Assim sendo, o artigo 18 n° 1 dispõe que a vigência interna depende da sua aprovação, ratificação e publicação oficial, em conformidade com o procedimento de vinculação internacional do Estado moçambicano, na decorrência da utilização da expressão validamente. Decorrem desta disposição três aspectos importantes, nomeadamente: regular a obrigatoriedade do direito internacional do Estado deve ser procurado no contexto do direito constitucional interno; a publicação no jornal oficial de Moçambique é uma condição para produção dos efeitos internacionais e, por fim, os meios de cessação de vigência devem ser encontrados no Direito Internacional.

5.3. Procedimento de Vinculação Internacional do Estado Moçambicano

O procedimento de vinculação do Estado moçambicano é dividido em três períodos chamados de fases seguintes: a negociação, a expressão do consentimento a estar vinculado internacionalmente e a confirmação interna do consentimento. As fases do procedimento de vinculação internacional podem ser apresentadas da seguinte forma:

a. Fase de Negociações

A fase de negociação é aquela em que se determina o conteúdo das estipulações que virão a constituir o tratado. Nota-se que as suas formalidades têm várias maneiras, conforme se as negociações acontecem entre dois ou mais Estados. Assim sendo, em Moçambique esta fase encontra-se dividida entre o Presidente da República e o Governo, ou seja, o Conselho de

⁵⁴¹ JUSTINO, Felisberto, O regime Jurídico do Acesso de Cidadãos a Justiça Constitucional Moçambicana, 2018, p. 507

Ministros. Isso encontra-se estipulado no artigo 203 alínea g), quando diz que compete ao Conselho de Ministros: “preparar a celebração de tratados internacionais e celebrar, ratificar, aderir e denunciar acordos internacionais em matérias da sua competência governativa”. E, por outro lado, compete ao Presidente da República celebrar tratados internacionais, nos termos do artigo 160 alínea b) e artigo 161 alínea b).

b. Manifestação Internacional do Consentimento do Estado Moçambicano a Ser Vinculado

O único efeito de assinatura e encerrar as negociações e colocar os Estados na situação de só poderem renunciar ou admitir o texto, tal como foi assinado, impedido-lhes, portanto, a faculdade de lhe introduzir alterações⁵⁴².

Neste contexto, denota-se ainda que nesta fase as competências são repartidas entre o Presidente da República e o Governo. Ao analisar os artigos 160, 161 e 203, entendemos a matéria da competência para assinatura de tratado e acordos internacionais quanto aos órgãos envolvidos.

Os acordos internacionais são sempre em conformidade com a função político-administrativa do Governo, sendo as suas etapas assim delineadas, certamente por ambas as fases, atomizáveis do ponto de vista teórico, recaírem sob a responsabilidade do mesmo órgão, que é o Governo⁵⁴³.

Fica claro que a Assembleia da República é o único órgão competente para aprovar ou ratificar os tratados internacionais nos termos do artigo 178 alínea e), t) e u)⁵⁴⁴ da CRM; isso demonstra a exclusividade da Assembleia da República, órgão de soberania, que desempenha o papel de confirmar a expressão do consentimento das vinculações internacionais.

⁵⁴² CUNHA, J. S. da. PEREIRA, M. DA A. DO V. **Manual de Direito Internacional Público**. 2ª Edição, Almedina. COIMBRA 2004 p. 229

⁵⁴³ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Internacional Público**, Introdução, Fontes, Relevância, Sujeitos, Domínio, Garantia. 3 Edição. Almedina. COIMBRA 2010. P. 391

⁵⁴⁴ Artigo 178 da CRM dispõe que: é da exclusiva competência da Assembleia da República, alínea e), aprovar e denunciar os tratados que versem sobre matérias da sua competência; alínea t) ratificar e denunciar os tratados internacionais; e alínea u) ratificar os tratados de participação de Moçambique nas organizações internacionais de defesa.

Esta divisão das competências de negociação e de manifestação do consentimento entre os órgãos de soberania revela a diferença estabelecida entre os tratados e acordos internacionais na ordem interna moçambicana. Quanto à competência do Governo para ratificar acordos internacionais isso pode ter efeito a nível do direito interno moçambicano.

Na divisão das competências entre o Executivo e o Legislativo faz-se atribuindo ao Governo o poder para ratificar, isso devia ser submetido a uma prévia aprovação do tratado por outro alto órgão legislativo competente, em especial a Assembleia da República.

Portanto, existe uma grande divisão de competências em matéria de denúncia de tratados e acordos internacionais entre o Governo e a Assembleia da República de forma muito evidente. Isso resulta do artigo 178 n.º 1, em consonância com o artigo 203 n.º 1 da CRM. Denota ainda que há matérias da competência exclusiva da Assembleia da República nos termos do n.º 2 do artigo 178. Assim sendo, cabe ao Governo denunciar todos acordos internacionais sobre as restantes questões, ou seja, matérias da sua competência governativa previstas no artigo 203 da CRM.

Desta posição podemos reter que o tratado internacional é um acto mais relevante em relação ao acordo internacional, pois o tratado passa pela fase de negociação e deve ser adoptado com intervenção do Presidente da República, mediante uma preparação prévia realizada pelo Governo. Depois vem a fase de aprovação e ratificação, que são da competência da Assembleia da República, enquanto que o acordo internacional é da competência do órgão da soberania desde a primeira fase até à conclusão do mesmo, e toma em consideração a matéria da competência legislativo-administrativa.

5.4. Posição da Lei Referendaria no Direito Constitucional e as Normas Legislativas de Natureza Regulamentar

O referendo consiste em, através dele, o povo não aprovar ou rejeitar um específico acto jurídico-público, seja uma convenção internacional, seja uma lei, seja um acto de administração local autárquica, mas sim decidir se tal acto deve ser aprovado ou rejeitado⁵⁴⁵.

⁵⁴⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Estrutura Constitucional da Democracia, Editora Coimbra, COIMBRA 2007, p. 308

No âmbito da teoria de KELSEN, a hierarquia entre as normas refere-se a um tipo especial de relação entre normas jurídicas entendidas sob aspecto da sua validade. Quanto à relação de articulação entre as normas, a hierarquia constitui uma relação de autoridade; isto significa que a norma inferior deve obediência à norma superior; fora disso, a norma inferior será considerada como inválida.

Le controle de la conformité de la norme législative à la constitution s'analyse comme la garantie de rapport d'autorité: en cas de non conformité de la loi, celle-ci ne peut être promulguée et n'intègre pas l'ordre juridique. En conséquence, lorsque ce controle fait défaut, on doit considérer que la suprémacie de la norme constitutionnelle n'est plus assurée dès lors que la subordination de la norme de rang législatif n'est pas sanctionnée⁵⁴⁶.

A fiscalização da constitucionalidade dos actos legislativos visa estabelecer uma relação entre as normas de hierarquia inferior e as normas de nível superior, em que estas últimas assumem a posição da autoridade e por consequência as restantes normas lhe devem uma certa subordinação.

Assim sendo, o facto de o Presidente da República recusar de pedir ao Conselho Constitucional a constitucionalidade das normas que lhe são submetidas para promulgação como prevê o artigo 162 da Constituição da República de Moçambique para verificar a sua validade pode pôr em causa o principio de subordinação da norma legislativa à Constituição.

Porém, podemos salientar que uma lei promulgada pelo Presidente da República pode contrariar a constituição entretanto ser uma norma válida no ordenamento jurídico; isto significa que apesar de contrariar a Constituição esta norma pode ainda conservar o seu estatuto de norma válida.

⁵⁴⁶ O controlo da conformidade da norma legislativa à Constituição analisa-se como sendo a garantia da relação de autoridade: em caso da não conformidade da lei, essa não pode ser promulgada e nem integra a ordem jurídica. Como consequência, quando este controlo falhar deve-se considerar que a supremacia da norma constitucional não está garantida, ou seja, assegurada, desde que a subordinação da norma do âmbito legislativo não está sancionada". CYRIL BRAMI, *la Hierarchie des Normes en Droit Constitutionnel Français: Essai d'Analyse Systemique*, Tese de Doutoramento, 2008, p. 25

Em Portugal, por exemplo, a ideia de referendo surge com o projecto de lei de reforma da constituição requerida por CASTRO, José Luciano sob a forma de ratificação popular das alterações constitucionais⁵⁴⁷.

Decorre desta ideia que a soberania popular assenta no princípio de inalienabilidade que exige, para alteração de alguns aspectos do texto constitucional, a ratificação do povo, considerado como o soberano primário, excepção feita quando há delegação especial de poder.

BEAUD, Olivier aborda a questão do princípio de inalienabilidade do poder constituinte⁵⁴⁸ como forma moderna de inalienabilidade da soberania⁵⁴⁹. Para ele, o poder de revisão constitucional é limitado por este princípio.

Portanto, as disposições constitucionais ligadas à soberania popular não podem ser revistas senão através do poder constituinte originário, e não pelo poder de revisão. E no sentido contrário, isto é, admitindo que sejam revistas pelo poder de revisão; a natureza do sistema e da fundação da soberania seria apagada face a qualquer artigo votado pelo legislador constitucional. Daí a necessidade de limitar materialmente o poder de revisão constitucional para fortalecer o princípio da soberania do Estado e o tornar mais rígida face às diversas manobras do poder legislativo.

BEAUD, Olivier alega que se o parlamento reunido em formação para a revisão da constituição, neste sentido o parlamento comporta-se como soberano. Porém, para este autor, o legislador constitucional não é soberano. Assim, em virtude do princípio de inalienabilidade do poder constituinte, somente o povo pode pôr em causa a soberania⁵⁵⁰.

MIRANDA, Jorge reconhece ainda algo relacionado com o referendo sobre a inconstitucionalidade quando MADEIROS Goulart fez proposta à Assembleia Constituinte em

⁵⁴⁷ MIRANDA, Jorge. **Referendo no Direito Português**, p.154

⁵⁴⁸ BEAUD Olivier, *La Puissance de l'Etat.*, in Kemal Gozler, *Le pouvoir de revision constitutionnelle*, Villeneuve d'Ascq, *Presses universitaires du Septentrion*, 1997, 2 volumes, p. 300

⁵⁴⁹ OLIVIER Beaud, *La Souverainete de l'Etat, ...* t, in Kemal Gozler, *Le pouvoir de revision constitutionnelle*, Villeneuve d'Ascq, *Presses universitaires du Septentrion*, 1997, 2 volumes, p. 300

⁵⁵⁰ BEAUD, Olivier, *la Puissance de Etat*, in Kemal Gozler, *Le pouvoir de revision constitutionnelle*, Villeneuve d'Ascq, *Presses universitaires du Septentrion*, 1997, 2 volumes, p. 300

1911, considerando que o “Supremo Tribunal de Justiça como instância superior julgará qualquer pedido contra a promulgação de leis que violam a Constituição. A partir deste tribunal, existem recursos para a nação que serão consultados directamente sobre a questão”⁵⁵¹.

Surge então que o referendo tem a ver com a votação popular, através do sufrágio individual e directo dos cidadãos, conducente a uma deliberação política, a uma indicação, aos órgãos de governo ou de gestão ou, porventura, a outros efeitos constitucionais ou legalmente previstos.

O referendo pretende ser o principal mecanismo de democracia directa, via este instituto, o povo ou mais exactamente o corpo eleitoral participa através da consulta ou deliberação do processo decisório⁵⁵².

Olhando o artigo 136 n° 2 da CRM, o referendo que tem por objecto tal como mencionado no número 1 pode ser organizado sob proposta da Assembleia da República, aprovada pela maioria absoluta dos seus membros e por iniciativa de pelo menos um terço de deputados para ulterior decisão do Presidente da República⁵⁵³. Esta iniciativa tem a forma de um projecto de lei. Portanto, as condições em que o Conselho Constitucional pode exercer as suas competências são definidas pela lei.

Nota-se que o referendo não pode ser objecto de qualquer matéria, por isso podemos dizer que não pode haver referendo nas questões relacionadas às alterações da Constituição, salvo as matérias constantes no artigo 300 n° 1 da CRM⁵⁵⁴; e nem pode ter objecto sobre as matérias de competência exclusiva da Assembleia da República, com a excepção das matérias previstas no artigo 178 n° 2 da CRM⁵⁵⁵ quando refere-se a convenção internacional.

Nos termos do artigo 300 da CRM, o legislador constituinte é óbvio em determinar as matérias que devem ser obrigatoriamente submetidas ao referendo, tendo em consideração que

⁵⁵¹ BEAUD, Olivier., **Op. Cit**, p. 154

⁵⁵² BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola et al. (org.) Dicionário de Política, Vol. I, 11ª Edição, Editora Unb, Brasília, 1998, pág. 1074

⁵⁵³ Artigo 136 n° 2 da CRM

⁵⁵⁴ Nos termos do art. 300 n°1 este artigo refere-se aos limites materiais das leis da revisão constitucional

⁵⁵⁵ O Art. 178 n° 2 da CRM prevê a competência exclusiva da Assembleia da República.

trata-se de alteração do núcleo essencial do sistema jurídico que necessita da confirmação do titular do poder soberano e guardião do poder constituinte.

Tecnicamente falando, pode se ter uma revisão profunda e radical da Constituição sem que seja necessário utilizar a técnica do referendo; nomeadamente: (i) o regime presidencialista pode mudar para semi-presidencialista sem que seja necessário aprovar esta reforma por referendo. Esta proposta nem fere a forma republicana de Governo alínea b) do nº 1 do artigo 300 da CRM, nem o princípio do sufrágio universal na designação dos titulares electivos dos órgãos de soberania ... alínea e) do nº 1 do artigo 300 da CRM; (ii) a mudança do modo de apuramento dos resultados das eleições que na Constituição vigente obedece ao sistema de representação proporcional - nº 2 do artigo 135 da CRM - para um modo diferente, por exemplo, um sistema maioritário integrando um escrutínio uninominal em círculos eleitorais que coincidem com as áreas administrativas dos distritos para a eleição dos deputados da Assembleia da República não fere o artigo 300 nº 1 da CRM e reduz consideravelmente o número de deputados consagrando, ao mesmo tempo, uma maior responsabilidade do eleito perante o seu eleitorado; (iii) a proposta de revisão constitucional pode acrescentar mais direitos fundamentais, reforçar a independência dos juízes e a autonomia das autarquias locais sem que seja necessário um referendo⁵⁵⁶.

Assim sendo, o referendo serviria para resolver o problema dos limites materiais da revisão constitucional, pois só o povo, titular da soberania, os poderia ultrapassar, ou para vencer o bloqueamento ideológico que a Constituição traria consigo; ou para eliminar a regra da maioria qualificada de dois terços para a aprovação de alterações à Constituição; ou ainda, na hipótese de não se formar na Assembleia a maioria qualificada exigida tal como recomendado para viabilizar a própria revisão⁵⁵⁷.

Para o mesmo autor, o referendo tem como funções a fundamentação que se resume em princípio democrático, por povo, por direito natural estar acima da Constituição e esta mesma apelar para participação directa e activa dos cidadãos na vida pública.

⁵⁵⁶ GDI - Instituto de Apoio à Governação e Desenvolvimento, Proposta de Revisão Constitucional para Boa Governação, revisto por GILLES CISTAC, CIEDIMA, SARL, Central Impressora e Editora de Maputo. 2011, p. 37

⁵⁵⁷ MIRANDA, Jorge **Op. Cit.**, p. 87

Nesta ordem de ideias, o princípio hierárquico encontra-se de novo invertido, na medida em que a Constituição surge da vontade popular que está no topo e, porém, a supremacia da Constituição não está garantida, pois o texto constitucional deve obediência ao acto referendário, fruto da soberania popular.

O poder de revisão encontra-se limitado pelo princípio da inalienabilidade do poder constituinte originário como forma de inalienabilidade da soberania. Resulta que há necessidade de apresentar uma hierarquia de normas, ou seja, disposições que tomam em consideração as normas que põem em causa a soberania do povo; estas normas encontram-se numa posição superior no sistema jurídico.

Esta ideia foi reforçada por WIGNY, Pierre, quando salienta que “*la Constitution est superieur au pouvoir dont elle regle l’organization et le fonctionnement. Mais elle est inferieur á la Nation dont elle exprime la volonté souveraine. Rien ne peut empecher un Etat independent de modifier son organization politique*”⁵⁵⁸.

A soberania caracteriza um poder sem limites absolutos, é um princípio abstracto que caracteriza a instância que contém a autoridade última. Sendo assim, a soberania constitui o carácter essencial do Estado moderno considerado como superior a qualquer outra entidade, que possa ser no âmbito interno do âmbito do Estado. Juridicamente, existe um vínculo de identidade entre a soberania e o Estado. A soberania tem um carácter indivisível, portanto, a soberania caracteriza-se por o que é supremo, porém o que é supremo é indivisível⁵⁵⁹.

Esta posição apresenta algumas fraquezas face aos princípios gerais de interpretação e das regras básicas do constitucionalismo ocidental. Na verdade, o que está em causa

⁵⁵⁸ 558 “A Constituição é superior ao poder de que regula a organização e o funcionamento. Mais a constituição é inferior à Nação de que expressa a vontade soberana. Nada pode impedir um Estado independente modificar a sua organização política. WIGNY, Pierre. *Droit constitutionnel: principes et droit positif*, Bruxelles, Bruylant, 1952, t. I. p. 214 in Kemal Gozler, *Le pouvoir de revision constitutionnelle*, Villeneuve d’Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 1997, 2 volumes,

⁵⁵⁹ “*La souveraineté caracterize un être ou une puissance sans limite, absolue. Elle est un principe abstrait qui caracterize l’instance qui detient l’autorité ultime. La souveraineté est le caracter essentiel de l’Etat moderne, considerée comme superioire á toute autre entité, qu’elle soit á l’interieur de l’Etat. En droit, il existe un lien d’identité entre la souveraineté et l’Etat. La souveraineté a un caracter indivisible, or si la souveraineté caracterize ce qui est suprême, alors ce qui est suprême est indivisible*”.

é a oposição da Constituição, e não já um processo para a modificar, o que pressupõe a admissão das suas regras, mas um processo para substituir; e saber se deve ou não dar-se, e de que forma, a ruptura da ordem constitucional.

Face a esta dificuldade, o legislador constituinte moçambicano foi feliz nesta matéria, com a previsão da disposição do artigo 300 n° 1, que não admite referendo sobre alguns aspectos da revisão constitucional, mas ao mesmo tempo denegar o exercício do poder soberano reconhecido à Nação tal como sublinha o artigo 2 da CRM⁵⁶⁰.

A análise do referendo tem por objecto relevar uma nova falha na articulação hierárquica que se pretende ser organizada nas relações entre a Constituição e as demais normas jurídicas bem como delimitar o sistema constitucional a partir do princípio hierárquico que pretende que a norma inferior seja subordinada à norma superior para sua validade mas, portanto, não é isso que está a ser visto com a questão de referendo; daí a questão de saber o lugar do referendo no ordenamento jurídico.

Concretement, erige en principe l'impossibilité de vérifier par voie juridictionnelle la conformité de la norme législative adoptée par referendum à la Constitution revient à admettre que, dans l'hypothèse d'un conflit entre ces deux normes, leur incompatibilité objective ne sera pas réglée.

Isto demonstra que diante de duas normas consideradas contraditórias, em que nenhum órgão do Estado é competente para determinar qual das duas terá por consequências nesta incompatibilidade. Assim sendo, nota-se que a lei referendária pode revestir-se da inconstitucional, portanto, sem ter uma sanção determinada que atinge a sua validade jurídica.

Portanto, uma certa divergência entre a via democrática, cujo povo é titular lhe atribuindo um papel importante no acto de referendo e o papel reconhecido ao Conselho Constitucional que tem por objecto fiscalizar a actividade legislativa. Daí, há necessidade de formular o princípio da imunidade jurisdicional do referendo; isto implica que a norma resultante do referendo encontra-se fora da hierarquia; isto é, a superioridade da Constituição é viciada por

⁵⁶⁰ Nos termos do artigo 2 da CRM, no seu numero 1 a soberania reside no povo.

esta imunidade da jurisdição em favor do referendo. E, sendo assim, diante de uma Constituição aprovada desde logo por referendo; será que pode se falar da supremacia constitucional sobre o acto referendário?

MIRANDA, Jorge reconhece que em alguns casos, o referendo mostra-se um instrumento adequado ou simplesmente possível para se ultrapassarem difíceis situações políticas, noutros não deixa ele próprio de acarretar problemas jurídico-constitucionais⁵⁶¹.

Neste contexto, é importante relevar que, embora possa haver revisão constitucional, a soberania popular ainda é estática, partindo do princípio de inalienabilidade da soberania tal como o artigo 2 n° 1 da CRM o prevê: “o povo é soberano”. Esta disposição é inalienável e indivisível, pois nenhum direito nem sujeito pode resistir à vontade do povo, e nem pode ser transmissível por qualquer motivo que seja.

5.5. Posição da Lei de Revisão Constitucional no Direito Constitucional Moçambicano

Há dificuldades de compreender o facto pelo qual o poder constituinte que forma um complexo de disposições destinando a permanecer mais do que outros preceitos, cabe à lei de revisão constitucional modificar essa vontade inicial. O poder da criatura jamais pode impor ao seu criador como alegam certos doutrinários. Este pensamento pode apresentar uma hierarquia invertida das normas jurídicas, pelo facto de que o poder constituinte originário poderá ser alterado pelo poder derivado; isto é, a Lei da Revisão Constitucional.

Portanto, TROPPER Michel, argumenta que *lorsqu'il s'agit de fonder une pratique nouvelle, ce modo de raisonnements sert de standar et de modele pour evaluer tous les raisonnements de la dogmatique juridique. Desormais, on ne peut plus raisonner qu'en se conformant á la logique de Marshall, em d'autres termes, même contraire aux principes de la logique, la decision Marbury est reactrice, au dela d'une norme et d'une institution nouvelle,*

⁵⁶¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Estrutura Constitucional da Democracia. Tomo VII. Coimbra Editora, COIMBRA, 2007, p. 30

*d'une logique spécifique à l'institution du contrôle de constitutionnalité des lois et désormais contraignante*⁵⁶².

A própria consagração de um instrumento de revisão constitucional é um aspecto considerável pelas funções que lhe são reconhecidas, de que se pretende deixar a margem ao aperfeiçoamento do sistema constitucional e de que se pretende que o mesmo facilite observar a evolução da realidade constitucional⁵⁶³.

Mais uma vez, surge uma outra questão que precisa de ser colocada, quando nos termos do artigo 304 da CRM no seu número 2 condiciona a publicação da Constituição, no seu novo texto, junto com a lei de revisão⁵⁶⁴. Ao olhar esta disposição constitucional questionamos o seguinte: no âmbito da hierarquia das normas, será que a Lei da Revisão Constitucional tem a mesma posição hierárquica que a Constituição? Ou seja, qual é a posição jurídica da Lei da Revisão Constitucional?

O nosso entendimento é de que a Lei da Revisão Constitucional, embora origine a nova Constituição, ou seja, as novas alterações, modificações inseridas na Constituição, tem como fundamento a constituição pré-existente, que lhe dá um suporte favorável para que as alterações sejam realizadas observando todos limites estabelecidos pelo mesmo texto constitucional, apesar da sua publicação conjunta. Portanto, há um porém relativamente às novas alterações, tendo em consideração a questão da cronologia no momento da publicação. Entretanto, o artigo 304 n° 1 ao inserir as alterações da Constituição no lugar próprio, mediante as substituições, as supressões e os aditamentos necessários, o legislador constituinte pretende, por um lado, indicar os preceitos atingidos pelo processo de revisão e, por outro, que a Constituição seja publicada na sua nova versão juntamente com as disposições alteradas.

⁵⁶² TROPPER, Michel, *la Theorie de la Hierarchie des Normes Comme Contrainte* (2000b: 215-228) in *revue de theorie constitutionnelle et de philosophie du droit*. p. 196

⁵⁶³ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Op. Cit**, p. 661

⁵⁶⁴ Art. 304 n° 4 da CRM dispõe que: “a Constituição, no seu novo texto, é publicada conjuntamente com a lei de revisão”.

Assim sendo, a originalidade, a independência bem como a absolutidade constituem traços distintivos do poder constituinte por referência a outros poderes do Estado com outras notas distintivas, a saber: “o poder dos poderes”.

A expressão da vontade estatal justifica a existência contínua do poder constituinte originário conforme as estruturas possíveis da efectividade do texto constitucional de tal maneira que esse poder produza um novo texto constitucional.

Neste contexto, GOUVEIA, Jorge Bacelar admite que o poder constituinte, na sua qualidade de poder supremo do Estado, jamais pode desvincular-se das exigências da soberania popular e da legitimidade democrática: se há poder que deve ser democrático, essa conclusão aplica-se, antes de tudo, à manifestação do poder constituinte⁵⁶⁵.

Assim sendo, a soberania constitui o alicerce do poder constituinte na concretização de um ordenamento jurídico bem estruturado, pelo facto de ser um poder supremo, independente e autónomo, em que todas as decisões do Estado encarnam a vontade popular. Isto significa que o povo é único e exclusivo soberano primário.

5.6. Lugar da Constituição na Hierarquia das Normas na perspectiva do Artigo 43 da CRM

5.6.1. Cláusula Aberta

O direito surge como um conjunto de normas jurídicas que regula a conduta dos homens para tornar favorável a sobrevivência da espécie. Portanto, nota-se que a vida está sempre em constante transformação devido a diversas situações ou circunstâncias de natureza humana ou natural que exigem do legislador um acompanhamento apropriado de modo que a ordem jurídica se adapta a essas novas realidades.

Para a compreensão desta realidade, o legislador constituinte prevê um dos princípios fundamentais, pilar de um Estado de Direito Democrático, quando dispõe no seu artigo 35 da CRM 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

⁵⁶⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, p. 185

nascimento, religião, grau de instrução, posição social, estado civil dos pais, profissão ou opção política”⁵⁶⁶.

Esta previsão justifica a razão de ampliar os direitos fundamentais, corrente de internacionalização das constituições contemporâneas, onde se depara com a teoria de um instrumento jurídico transnacional para o indivíduo. Esta internacionalização faz com que os direitos fundamentais possam dispor-se segundo uma hierarquia ou segundo um critério mais formal.

No âmbito do critério mais formal, os outros direitos fundamentais constantes da Constituição e da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (direitos fundamentais em sentido formal) gozam das garantias gerais de fiscalização da constitucionalidade e da revisão constitucional; e/ou, por outro lado, os direitos fundamentais conferidos por lei e por fontes de direito internacional que devam ser considerados como direitos fundamentais (em sentido material)⁵⁶⁷.

A partir desta ideia dois aspectos merecem ser analisados no que diz respeito à amplitude da norma referente aos direitos e garantias fundamentais; em primeiro lugar, a expressão cláusula aberta, e em segundo lugar o vocábulo cláusula de não tipicidade. Portanto, alguns autores consideram que as duas expressões são empregadas como sinónimas⁵⁶⁸.

Contudo, é importante notar que destas expressões decorre que a cláusula aberta se resume em que os direitos enumerados estão na situação de ampliação, enquanto que a cláusula da

⁵⁶⁶ O artigo 35 da CRM prevê o princípio da universalidade e igualdade e reconhece a igualdade de todos cidadãos perante a lei sem distinção nenhuma e ao mesmo tempo garante a inviolabilidade dos direitos tais como: a vida, a liberdade, a educação, a segurança, a profissão. Este artigo encontra o seu fundamento no artigo 42, quando determina que: “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis”. Isto implica que não excluem os direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela aprovados ou dos tratados em que a República de Moçambique faz parte.

⁵⁶⁷ MIRANDA, Jorge, Os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Portuguesa, Revista Espanhola de Derecho Constitucional, Ano 6. Num. 18. Septiembre-Diciembre 1986., p.p. 135-136

⁵⁶⁷ MIRANDA Jorge, **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 153.

⁵⁶⁸ MIRANDA Jorge, **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 153

não tipicidade mantém-se a sua oposição. Isto significa que existe uma incompatibilidade com o paradigma determinado.

Surge então que se o legislador constituinte reconhece outros direitos fundamentais fora daqueles que constam no artigo 42 da CRM, e, por evidência, que os direitos que não são categorizados conservam com estes uma ligação de tipicidade. Daí resulta o que chamamos de direitos tipicamente fundamentais.

A expressão cláusula aberta dos direitos fundamentais tende a ilustrar com precisão a ideia de ampliação de tais direitos para além daqueles previstos na disposição constitucional. Os efeitos directos deste dispositivo constitucional no ordenamento jurídico visam a não aplicação à espécie do princípio hermenêutico do *inclusio unis alterius est exclusius*.

Assim sendo, quaisquer direitos podendo inferir em regime e em princípios admitidos pelo legislador constituinte, bem como estabelecidos nos tratados internacionais, são válidos junto do ordenamento jurídico interno.

A norma resultante do artigo 42 da Constituição de 2004 surgiu com a primeira Constituição da República Popular de Moçambique. Na verdade, a posição do legislador constituinte de 1975 repousou na igualdade entre homens sem distinção de raça, sexo, em direitos e deveres. O princípio de igualdade constitui uma linha orientadora para a concretização de qualquer acção do poder jurídico-público do Estado.

Neste contexto, o constituinte apresenta uma visão nítida ao colocar a protecção da dignidade da pessoa humana ao mais alto nível do ordenamento jurídico, reforçada na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.

Portanto, antes de analisar a atitude do legislador constituinte, a escolha de um critério sério e eficaz de tornar o núcleo de existência dificulta a função de encontrar direitos fundamentais fora do catálogo.

Três critérios são importantes para delimitar o conteúdo dos direitos fundamentais. Trata-se de: (i) os direitos fundamentais atribuem situações jurídicas subjectivas (gerais e constantes) a todos ou a certos grupos de indivíduos; (ii) os direitos fundamentais têm como função a protecção e a garantia de determinados bens (jurídicos) das pessoas ou de determinado conteúdo

do *status* pessoal ou relações na sociedade; (iii) a ideia de direitos fundamentais deve gravitar em torno do princípio da dignidade da pessoa humana⁵⁶⁹570.

Apesar desta ideia avançada, nota-se que os direitos fundamentais são apresentados de forma clara e por si só estão em harmonia com as transformações da vida social do homem, exposto às novas conquistas.

SILVA, José Afonso realça que a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem na evolução histórica dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso⁵⁷¹.

A clareza do conceito dos direitos fundamentais assenta sobre o objecto, na medida em que precisa de ter precisão na definição do conceito dos direitos fundamentais. Por isso, apesar desta dificuldade, o conceito não pode impedir a busca dos padrões seguros capazes de detectar os direitos fundamentais num ordenamento jurídico vigente.

ANDRADE, José Vieira, determinado a encontrar o núcleo de tal conceito, entende pela existência de direitos material e formalmente fundamentais. É relevante sustentar que pode existir direito consagrado em texto constitucional que não são, em substância, fundamentais. E, por conseguinte, a possibilidade de norma infra-constitucional revelar direito materialmente fundamental⁵⁷².

MIRANDA, Jorge entende que todo direito fundamental em sentido formal também é em substância. Portanto, reconhece a possibilidade de direitos materialmente fundamentais para além daqueles previstos no catálogo constitucional⁵⁷³. A questão que se levanta na ideia do autor

⁵⁶⁹ ANDRADE, José Carlos V. de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p.p. 84-85

⁵⁷⁰ ANDRADE, José Carlos V. de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p.p. 84-85

⁵⁷¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 18ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2000., p. 179.

⁵⁷² ANDRADE, José Carlos V. **Op. Cit.**, p.78 no mesmo sentido cfr. José Joaquim Gomes Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 379. Interessante notar que GOMES Canotilho reconhece que a cláusula aberta dos direitos fundamentais da Constituição Portuguesa inspirou-se na Carta Magna Brasileira de 1891 (op. Cit., p. 390).

⁵⁷³ MIRANDA, Jorge. **Op. Cit.**, p. 9

é aquela baseada na delimitação do conteúdo dos direitos fundamentais para situá-los para além do catálogo.

Embora persistam dúvidas sobre a existência de direitos formalmente substanciais, acreditamos que é indispensável reconhecer que, para além dos direitos fundamentais formalmente materiais, há um outro sentido baseado na substância, que é consagrado no texto constitucional. Portanto, SILVA, José Afonso, olhando pelos direitos individuais, pretende classificar os direitos em: (i) direitos individuais expressos, (ii) direitos individuais implícitos, (iii) direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais⁵⁷⁴.

GOMES, Canotilho sustenta que o princípio do Estado de Direito refere-se, principalmente, a um princípio ingrediente do âmbito material, procedimental e formal que visa dar resposta ao problema do conteúdo, da extensão e da forma de executar as acções do Estado. Para uma decisão no âmbito de um Estado de Direito a Constituição tem por objecto afirmar o esqueleto do poder político e a ordenação social de acordo com a capacidade jurídica⁵⁷⁵.

O princípio de Estado funda-se na ideia da legalidade, em que a lei ocupa um lugar privilegiado na realização das actividades ou funções do Estado. Neste sentido, nas suas acções, o Estado deve pautar pelo respeito, ou seja, observância da lei, para garantir os direitos bem como os interesses relevantes e juridicamente protegidos do cidadão que podem levar à responsabilização do Estado pelos danos causados aos seus administrados em caso de violação.

Assim sendo, resulta na última fase a não admissão da equiparação entre os direitos decorrentes dos tratados internacionais aos direitos encontrados no regime e dos princípios adoptados pela Constituição.

5.6.2. Posição da Constituição na Hierarquia das Normas na perspectiva do Artigo 43 da CRM

Face ao Direito Constitucional, existe uma doutrina hermenêutica que determina o nível constitucional dos direitos fundamentais decorrentes dos tratados internacionais. Precisa de

⁵⁷⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 194

⁵⁷⁵ GOMES, Canotilho., **Op. Cit.**, p. 239

assinalar os debates, ou seja, discussões que ganham cada vez mais o mundo jurídico desde a perspectiva histórica do constitucionalismo moçambicano.

TRINDADE, Cançado recorda que se uma vez mais a compatibilização entre esses tratados e o direito interno que a nova Constituição explicitasse a promoção e a protecção dos direitos humanos, entendidos estes como abrangendo tanto os consagrados na própria Constituição ou os decorrentes do regime democrático que ela estabelece, quanto os consagrados nos tratados humanitários⁵⁷⁶.

Esta questão revela vários obstáculos em que este pensamento resultou para assegurar a dignidade constitucional aos tratados internacionais de protecção aos direitos humanos. Porém, esta teoria não está literalmente evidente.

Na ideia de TRINDADE, Cançado, a hermenêutica do paradigma constitucional funda-se na verificação de que a protecção dos direitos humanos não pode mais reclamar tão somente a competência nacional exclusiva⁵⁷⁷.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece a competência territorial dos Estados em matéria de protecção dos direitos fundamentais, quando dispõe no seu artigo 8⁵⁷⁸ que: “toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes face aos comportamentos contrários aos direitos fundamentais reconhecidos pelo texto constitucional ou pela legislação interna”.

Apesar deste reconhecimento, a mesma Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵⁷⁹ orienta ao mesmo tempo que: “todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a um julgamento justo e público perante um tribunal independente e imparcial para proferir uma

⁵⁷⁶ TRINDADE, Cançado. *A Protecção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*. 2ª Edição. Brasília Jurídica: Editora Universidade de Brasília, 2000. P. 171

⁵⁷⁷ *Idem*, p. 3-4

⁵⁷⁸ Artigo 8 da DUDH determina que: “todo ser humano tem direito de receber dos tribunais nacionais competentes remédio efectivo para os actos que violam os direitos fundamentais que sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.

⁵⁷⁹ Artigo 10 da DUDH dispõe que: “todo o ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial para decidir sobre os seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.

decisão sobre os seus direitos e obrigações ou dos argumentos de qualquer acusação no âmbito criminal movido contra ele.

Desta disposição, fica claro que a questão de exclusividade da competência nacional dos direitos exige que a tutela dos direitos fundamentais seja garantida pelos tribunais nacionais, portanto reconhece-se também pelos mesmos instrumentos internacionais que os indivíduos, qualquer que seja a sua residência, sejam justiciáveis das jurisdições dos direitos humanos através do recurso, tal como prevê a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

No fundo exige-se uma atitude de entendimento secreto entre as ordens jurídicas doméstica e internacional. Assim sendo, as normas do tratado internacional dos direitos humanos aplicam-se não só numa acção conjunta dos Estados-membros na realização do propósito comum de protecção, mas também e sobretudo no contexto do ordenamento jurídico interno de cada um dos Estados.

É óbvio dizer que os tratados internacionais relacionados com os direitos humanos ocupam um lugar primordial através da sua função na conjuntura actual do mundo jurídico; sobretudo quando alguns autores defendem que o século XX adoptou o fim do socialismo e o capitalismo, apesar de não conseguir acabar com a miséria e o desemprego, ficando como ideologia os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana.

GOUVEIA, Bacelar considera que a enumeração dos factores que impedem as medidas discriminatórias ajuda o intérprete, aplicador na operacionalização do princípio da igualdade, fornecendo-lhe uma listagem de critérios ou índices que, à priori, não considera legítimos para justificar um tratamento diferenciado⁵⁸⁰.

Partindo desta ideia, há necessidade de salientar que o artigo 35 da CRM, conjugado com o artigo 41 do texto legal, visa a promoção dos direitos fundamentais dos direitos humanos inscritos nos tratados internacionais à categoria jurídica alta do sistema jurídico moçambicano.

⁵⁸⁰ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, p. 224

Nesta ordem de ideias, precisa de salientar que baseando em uma interpretação sistemática e teleológica do texto e invocando a força expansiva dos valores da dignidade da pessoa humana, além do princípio da máxima efectividade das normas constitucionais e da natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, julga o nível constitucional dos tratados de direitos humanos⁵⁸¹.

Sobre o princípio de máxima efectividade, GOMES, Canotilho apresenta o seu raciocínio segundo o qual deve ser reconhecido a uma norma constitucional o significado que maior eficácia lhe é atribuída⁵⁸².

Porém, dos artigos 35 e 41 da CRM, a interpretação da máxima efectividade não colide com aquela que atribui aos tratados de direitos humanos *status* de norma constitucional como está previsto no artigo 43 da CRM.

Este é um caso que bem se exemplifica pelo recurso à Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo preceito inicial permite ampliar a listagem daqueles critérios: “ao ser humano é reconhecida capacidade de gozo dos direitos e liberdades nos termos desta declaração sem discriminação nenhuma ou qualquer à sua condição social⁵⁸³.”

Porém, é preciso notar que a intervenção normativo-constitucional nesta veste da regulação dos direitos fundamentais está longe, no⁵⁸⁴ entanto, de ser a regra, já que essa é a missão de que normalmente se desincumbe a lei infra-constitucional⁵⁸⁵.

Nota-se que este artigo da DUDH constitui um dos critérios que transcendem sobre os direitos fundamentais inseridos na ordem constitucional do Estado. Isto significa que a

⁵⁸¹ FLÁVIO Fonseca, **Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil**. Arquivos de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, n.º. 1, 1999. p. 84.

⁵⁸² GOMES, Canotilho. J.J. Gomes, **Op. Cit**, p. 1149

⁵⁸³ Art. 2 §1 da DUDH dispõe que: “todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. 2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição político-jurídica ou internacional do país ou território a que pertence uma pessoa, quer se trata de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

⁵⁸⁴ GOUVEIA, Jorge Bacelar, Regulação, p. 451

⁵⁸⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar, Regulação, p. 451

interpretação máxima da efectividade ultrapassa todos os critérios definidos no direito constitucional interno, embora deva velar pelo princípio da supremacia constitucional.

Portanto, a consagração dos direitos fundamentais na CRM não se reduz ao respectivo texto constitucional, mas antes acolhe e, para alguns, mesmo com valor hierárquico constitucional, outras fontes⁵⁸⁶.

A interpretação sistemática e teleológica pode verdadeiramente sustentar a ideia da infra-constitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Daí, é um método aberto para ser empregue que consiste em demonstrar a ideia da posição hierárquica- constitucional dos direitos humanos decorrentes dos tratados internacionais.

A tese do padrão constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos ainda enfrenta vários problemas no âmbito da sua auto-afirmação.

Para garantir a dignidade constitucional destes tratados, o artigo 16 da Constituição da República de Portugal tem algo de semelhante no que diz respeito ao conteúdo, à norma contida no artigo 43 da CRM no ordenamento jurídico moçambicano.

A partir destas disposições, GOMES Canotilho sustenta que, a partir do artigo 16 da Constituição Portuguesa, os direitos fundamentais não formalmente constitucionais ou fazem parte da categoria de constitucionalidade ou são direitos independentes não recalcitrantes nas estruturas normativo-constitucionais, e, nesse sentido, não integrarão na categoria da legalidade, mas na categoria da constitucionalidade⁵⁸⁷.

A dificuldade manifesta do artigo 43 da CRM no âmbito da interpretação não acertada em matéria de tratados internacionais de direitos humanos ao integrar a ordem jurídica interna a nível infra-constitucional fica dependente da defesa selectiva em favor de alguns desses instrumentos internacionais.

GOMES Canotilho considera que a literatura portuguesa divide o nível hierárquico em forma normativa supra-legal e legal. Para ele, a literatura jurídica dominante em Portugal

⁵⁸⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, p. 325

⁵⁸⁷ GOMES Canotilho, **Op. Cit.**, p. 856

considera os tratados internacionais em situação de infra-constitucionalidade; isto determina que o autor é defensor da tese da supra-legalidade e não da paridade entre os tratados internacionais e a Constituição.

Mais uma vez surge a questão do lugar, ou seja, da posição do direito internacional convencional na hierarquia das normas no Direito Constitucional moçambicano, tendo em conta os dois critérios que separam a doutrina, isto é: o aspecto infra-constitucional, mas supra-legislativo dos tratados internacionais, por um lado e, por outro, a paridade hierárquico-normativa entre as normas do direito internacional e os actos normativos legislativos.

Na mesma hipótese recai a ideia de FLAVIA Piovesan, seguindo a de OLIVEIRA Mazzuoli⁵⁸⁸, de que por falta do argumento ao paradigma constitucional dos tratados internacionais acabam percebendo da mesma maneira a ideologia partilhada.

A nossa posição, quanto a este argumento, assenta no critério da supra-legalidade que, apesar de acolher as normas do direito convencional, abre espaço para os tratados internacionais dos direitos humanos desempenhar a sua função privilegiada pelo reconhecimento da utilidade da Declaração Universal dos Direitos do Homem na aplicação dos preceitos inseridos no texto constitucional interno de modo a garantir a protecção efectiva dos direitos e da dignidade da pessoa humana.

Posição reforçada por um lado pela declaração de constitucionalidade do nº 5 do artigo 22 do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 55/2008 de 30 de Dezembro, por inutilidade superveniente de uma decisão de mérito e por outro lado a declaração de inconstitucionalidade da norma contida no nº 7 do artigo 27 do Regulamento dos Mecanismos e Procedimentos para Contratação de Cidadãos de Nacionalidade Estrangeira, aprovado pelo Decreto nº 37/2016, de 31 de Agosto por contrariar os princípios constitucionais de segurança jurídica (art 85, nº 3) e do direito ao trabalho (artigo 84, nº 1)⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ OLIVEIRA Mazzuoli de., *Direitos Humanos, Constituição e Tratados Internacionais: Estudo Analítico da Situação e Aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. P. 239

⁵⁸⁹ Acórdão nº 1/CC/2017, de 9 de Maio

Para o autor acima citado, essa disposição não impede que outras cláusulas possam igualmente funcionar, mas já microscopicamente, ao nível de direitos fundamentais, em particular, não tanto numa escala macroscópica, que só aquela cláusula pode dar⁵⁹⁰.

Pelo contrário, ainda que não confirma a paridade dos tratados internacionais de direitos humanos face à Constituição Portuguesa, MIRANDA Jorge apresenta dois aspectos implicando limites de expansão dos tratados no ordenamento jurídico lusitano. Trata-se de: (i) de forma peremptoriamente, afirma que aos direitos fundamentais não se aplicam o regime orgânico da Carta Magna nem os limites da revisão constitucional; (ii) não podem ser considerados direitos fundamentais todos os que derivam de tratados internacionais; senão os análogos aos do texto constitucional ou aqueles derivados dos seus princípios; (iii) à lei portadora dos direitos fundamentais, enquanto existir, devem ser aplicados o regime dos direitos, liberdades e garantias previstos na Constituição Portuguesa⁵⁹¹.

De tudo que precede, é claro dizer que as alterações ou revisões que podem intervir em qualquer momento, assim, a lei pode ser revogada ou modificada por uma outra de mesmo valor ou de valor igual ou ainda de valor superior de modo que seja protegida face à hierarquia de normas.

Porém, procura-se saber a posição das normas do direito internacional geral, com especial destaque sobre as normas chamadas de *ius cogens*⁵⁹². É importante salientar que as normas de *ius cogens* têm a natureza obrigatória e intangível, em que todos os Estados são obrigados a observar de modo a garantir os direitos inerentes à pessoa humana; isto significa a matéria ligada com o direito internacional humanitário, onde a dignidade da pessoa humana é a causa principal no cumprimento deste direito.

⁵⁹⁰ GOUVEIA, Jorge Bacelar, **Direito Constitucional de Moçambique**, p. 327

⁵⁹¹ MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV (direitos fundamentais) 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 156 e 158

⁵⁹² É nulo um tratado que no momento de sua conclusão conflitue com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de direito internacional geral da mesma natureza.

Alguns autores salientam que, como os princípios podem ou não ser necessariamente positivados em documentos de direito internacional, a sua identificação é fortemente alicerçada na jurisprudência de tribunais internacionais e nacionais assim como na doutrina internacional.

Neste contexto, nos termos do artigo 17⁵⁹³, a Constituição da República de Moçambique prevê que no seu n.º 2 que Moçambique aceita, observa e aplica os princípios da Carta da Organização das Nações Unidas. Nota-se que esta Carta originou-se a Convenção de Viena relativa aos tratados, o pacto internacional dos direitos civis e políticos; sendo assim, ao aceitar a Carta, a República de Moçambique admite igualmente os diversos tratados multilaterais bem como os princípios imperativos dos quais se integram os parâmetros do acesso à justiça e da proporcionalidade. Esse fenómeno explica a posição supra-constitucional dos tratados multilaterais que não podem ser afastados através das normas do direito interno.

Olhando pela disposição do artigo 43 da CRM que dispõe que: “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”, JUSTINO Felisberto entende que a interpretação dos direitos fundamentais em harmonia com a declaração universal dos direitos humanos tem o significado de reconhecer o aspecto supra-constitucional das normas do direito internacional público comum, especialmente os princípios mais essenciais contidos nas normas contidas na Declaração Universal, esta posição foi reforçada pelo André Gonçalves e Quadros Fausto⁵⁹⁴.

De forma geral, o Estado de direito assenta no respeito dos direitos humanos fontes da dignidade da pessoa humana, nesse sentido o homem merece uma proteção universal através das normas e princípios universais na positivação dos direitos fundamentais no âmbito de direito

⁵⁹³ Artigo 17 da CRM dispõe que: “1. A República de Moçambique estabelece relações de amizade e cooperação com outros Estados na base dos princípios de respeito mútuo pela soberania e integridade territorial, igualdade, não interferência nos assuntos internos e reciprocidade de benefícios.

2. A República de Moçambique aceita, observa e aplica os princípios da Carta da Organização das Nações Unidas e da Carta da União Africana”.

⁵⁹⁴ André Gonçalves, Quadros Fausto, Op. Cit, p. 117

interno, por consequente, deve observar e aplicar os critérios de interpretação olhando pelos critérios próprios da Declaração Universal dos direitos humanos.

GOMES Canotilho salienta que os direitos fundamentais tal como estruturam⁵⁹⁵ o Estado de Direito no plano interno, surgem também, nas vestes de direitos humanos ou direitos do homem, como um núcleo básico do Direito Internacional vinculativa das ordens jurídicas internas. Estado de direito e o Estado que respeita e cumpre os direitos do homem consagrados nos grandes pactos internacionais. O direito internacional geral, sendo um direito *cogente*, a doutrina considera que o *jus cogens* tem uma certa relação íntima com a fundamentalidade do conjunto de normas do direito internacional e com uma fonte jusnaturalista do direito internacional⁵⁹⁶.

Nos termos do artigo 53 da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados, um aspecto relevante caracterizou a existência do *jus cogens* e consiste em orientar para conceptualização do princípio geral do direito internacional geral.

Por isso o *jus cogens* surge como uma norma cuja derrogação é proibida e que só pode ser alterada por uma nova regra de direito internacional geral com a mesma natureza.

Ius cogens é um conjunto de regras admitidas e reconhecidas pelos Estados, membros da sociedade internacional, como norma cuja autorização é permitida e que só pode ser alterada por uma nova regra de direito internacional geral com o mesmo género⁵⁹⁷.

O *jus cogens* assenta sobre os princípios que não dependem da manifestação da vontade estadual. A sua relevância caracteriza-se, de certa forma, pela finalidade de natureza ética da sua matéria ou conteúdo, na medida em que visa determinar uma categoria de valores localizados acima do poder soberano do Estado⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ GOMES Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 6ª ed., Op. Cit., pp. 232-233

⁵⁹⁶ BAPTISTA, Eduardo. *Ius Cogens em Direito Internacional*, Lisboa: Lex, 1997; MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**, 2009, p. 119 e ss CUNHA Joaquim, **Manual de Direito Internacional Público**, 2. Ed. COIMBRA: Almedina, 2004, pp 189-191.

⁵⁹⁷ OLIVEIRA, Barbara Nazareth, MARCELINO Gomes Carla de e PÁSCOA, SANTOS Rita dos. **Os Direitos Fundamentais em Timor-Leste: Teoria e Prática**, COMIBRA Editora, Almedina 2015, p. 91

⁵⁹⁸ OLIVEIRA, Barbara Nazareth, MARCELINO Gomes Carla de e PÁSCOA, SANTOS Rita dos. **Os Direitos Fundamentais em Timor-Leste: Teoria e Prática**, COMIBRA Editora, Almedina 2015, p. 92

Porém, confrontando esses princípios com artigo 2 n° 4 da CRM⁵⁹⁹, é importante salientar que estamos em face de uma pirâmide invertida, em que as normas de *ius cogens* são reconhecidas por todos Estados-parte da comunidade internacional ou não. Na base deste princípio, há necessidade de reconhecer a prevalência das normas do direito internacional público geral sobre todas normas do ordenamento jurídico dos Estados-parte ou não da comunidade internacional. Daí resulta a relatividade da soberania dos Estados, em que o direito internacional tem um papel preponderante na manutenção da paz e segurança internacionais.

Ainda, é relevante salientar que esta tese encontra limites na recepção das normas de direitos humanos na ordem jurídica interna quanto à sua posição hierárquica no ordenamento jurídico. Portanto, olhando pelo rigor jurídico, o não respeito da posição hierárquica das normas constitucionais no sistema interno poderá ter consequência directa no processo de validade dos tratados internacionais, independentemente do nível hierárquico que os ditos tratados terão na ordem jurídica.

É neste contexto que MIRANDA, Jorge argumenta que o *jus cogens* tem como características: (i) faz parte integrante do direito internacional geral; (ii) pressupõe aceitação e reconhecimento, e é aceite pela comunidade internacional no seu conjunto; (iii) tem força vinculativa hierarquicamente eminente a qualquer outro preceito do direito internacional; (iv) aplica-se de forma *erga omnes*; (v) a violação do *jus cogens* carece da invalidade de norma contrária, embora haja responsabilidade internacional; (vi) é evolutivo e susceptível de transformação e de enriquecimento pelo aditamento de novas normas⁶⁰⁰.

O princípio fundamental da prevalência dos direitos humanos não está em harmonia com outras normas também de importância capital para a arquitectura da ordem jurídica capaz de autorizar o raciocínio da paridade dos tratados internacionais de direitos humanos com a Constituição⁶⁰¹.

⁵⁹⁹ Artigo 2 n° 4 da CRM dispõe que: “as normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico”.

⁶⁰⁰ MIRANDA, Jorge, **Curso de Direito Internacional Público**, 2012, p. 121

⁶⁰¹ SOUSA, Carvalho Weliton. **Direitos Fundamentais: Constituição e Tratados Internacionais**. Tese de Doutoramento, 2003, p. 264

Neste contexto, a doutrina admite esta corrente e defende a paridade hierárquica entre os tratados internacionais sobre direitos humanos e a Constituição, só precisa se alinhar, posto que há pontos divergentes.

Embora haja esta divergência, FLAVIA Piovesan et al. entende que quando há conflito entre um direito fundamental acolhido na Constituição e aquele previsto em tratado internacional deve prevalecer aquele que for mais favorável ao ser humano.

Na verdade, deve-se tomar o ordenamento jurídico como uma pirâmide hierárquica, em que prevalece a Constituição ou tratado internacional. Esta foi a ideia avançada por ANTÓNIO Augusto e FLAVIA Piovesan.

Já PEREIRA André e FAUSTO, Quadro argumentam a posição no sentido da prevalência do tratado internacional de direitos humanos quando houver conflito como texto constitucional. No Direito Constitucional timorense os princípios de direito internacional geral (*ius cogens*) são recebidos através da adoção na ordem jurídica interna e detêm o mesmo conteúdo e alcance que têm na ordem internacional⁶⁰².

5.7. Valor Constitucional das Normas do Direito Constitucional

A supremacia normativa constitucional face ao direito internacional tal como prevê o artigo 2 n° 4 da Constituição da República de Moçambique deixa algumas dúvidas, pois a globalização ou a internacionalização dos Estados nos últimos séculos tem por consequência a integração dos princípios e normas do direito internacional nos textos constitucionais nacionais. Esta situação afasta todo paradigma de igualdade entre os Estados soberanos.

Para COUTINHO, Francisco Pereira estes princípios constituem expressões de um constitucionalismo internacional em gestação que se materializa nas ditas normas imperativas de

⁶⁰² Cfr. O artigo 9 da CRTL, a aplicação dos princípios de direito internacional geral no ordenamento jurídico interno é submetido a uma recepção automática plena; isto significa que a eficácia interna daqueles princípios não é dependente de qualquer processo particular, sendo necessária somente a sua validade judicial internacional.

direito internacional comum ou de *ius cogens*, as quais funcionam como restrições heterônimas ao próprio poder constituinte interno⁶⁰³.

Assim sendo, nos termos do artigo 18 n.º 2 da Constituição da República de Moçambique, podemos mencionar que as normas do direito internacional foram colocadas no mesmo nível hierárquico que os actos normativos infraconstitucionais da Assembleia da República e do Governo. Estes actos, nos termos do artigo 142 da CRM referem-se aos actos legislativos (leis, e decretos-lei), os actos da Assembleia da República (lei, moções e resoluções) os actos regulamentares (Decretos). Resulta que os tratados e os acordos são matérias que estão internamente reguladas por acto legislativo e regulamentar por via do princípio *lex posterior derogat lex priori*. Portanto fica claro há paridade entre os tratados, as leis e decretos lei; esta realidade pode ser realizada no âmbito dos acordos que podem prevalecer sobre leis, decretos-leis ou decreto do Governo que tenham início da sua vigência no momento posterior.

⁶⁰³ COUTINHO, Francisco Pereira, O Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (Coord.), o Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa, Lisboa: CEDIS, 2008, p. 238.

CONCLUSÃO E RECOMENDAÇÕES

1. Conclusão

O presente estudo circunscreve-se em torno da “Hierarquia de Normas no Direito Constitucional Moçambicano: um Experiencia á partir do Direito Comparado”, tema esse que visava não somente apurar a posição e o valor das normas do Direito internacional na Constituição da República de Moçambique, mas também a hierarquia das normas jurídicas no sistema jurídico interno.

A globalização, a migração e o surgimento de novos sujeitos do direito internacional constituem os aspectos indispensáveis na transformação das relações internacionais. Esta situação tem originado vários conflitos dentro do Direito Constitucional estadual e dos vários regimes jurídicos pelo facto que cada regime jurídico contém normas específicas no processo de internacionalização do direito, ou seja, no processo da constitucionalização do direito exterior. Por isso, o direito nacional, para lidar com as normas exteriores, às vezes de diferentes países, enfrenta vários obstáculos quanto a sua aplicação.

Face a esta divergência normativa, duas correntes nasceram para minimizar os conflitos que poderão surgir, trata-se da teoria monista e a teoria dualista, em que cada uma defende o direito a ser aplicado a um caso concreto. É a partir destas correntes que o direito constitucional procurou resolver a questão da constitucionalização das normas do direito internacional na ordem interna optando uma delas tendo em consideração o princípio da supremacia da constituição como prevê o artigo 2 n^o4 da constituição da República de Moçambique.

Em sede do artigo 18 da Constituição da República de Moçambique, o legislador constituinte optou por colocar as normas do direito internacional ao mesmo título que as leis, decretos e decretos-lei emanados da Assembleia da República e do Governo, respectivamente. Desta complexidade, o Direito Constitucional moçambicano orienta o seu sistema jurídico no contexto da supremacia das normas constitucionais como previsto no artigo 2 n^o4 da CRM sem tomar em conta não só das várias transformações do direito no âmbito da ordem jurídica internacional global, mas também do respeito de forma escrupulosa do critério hierárquico das normas jurídicas no sistema jurídico interno; isto significa que o legislador constituinte não olhou

pela diferença existente entre o direito internacional geral ou comum e direito internacional especial.

Esta posição é recusada pelo direito internacional global, pois exige o seu primado e impõe sanções pelo seu não respeito. Neste contexto, os Estados-membros da organização internacional encontram espaço para adequar o seu direito de forma a harmonizar o relacionamento do direito interno com as normas do direito internacional. Há necessidade de mencionar que as normas ou princípios do direito internacional global tem um carácter imperativo, *ius cogens* e são impostos a todos membros da comunidade internacional, incluído os seus textos constitucionais. Esta situação justifica de forma evidente, em termos hierárquico, a posição de supra constitucionalidade das normas do direito internacional geral, ideia contrária da realidade jurídica constante do artigo 18 da CRM.

Quanto a incorporação de normas do direito internacional na ordem interna, o direito constitucional ao admitir que as normas do direito internacional têm sua consequência de acordo com a sua respectiva forma de recepção; nos leva a falar do costume internacional, isto é o direito internacional particular integra a ordem interna. E a produção dos efeitos na ordem interna esta relacionada com aprovação, ratificação e publicação no Boletim da Republica conforme o processo de vinculação externa do Estado moçambicano.

Olhando pela lei referendaria, o artigo 136 da Constituição da República de Moçambique dá a possibilidade ao povo para se pronunciar sobre as questões de relevante interesse nacional. Portanto o artigo 300 n^o2 da CRM determina de modo obrigatório as materias que devem ser submetidas ao referendo para a revisão da constituição apesar deste processo pertencer ao poder de revisão da constituição; mas por tratar-se de alteração do núcleo essencial do sistema jurídico, há necessidade da confirmação do titular do poder soberano e guardião do poder constituinte.

Constamos que o referendo tem por papel dar solução ao problema dos limites materiais da revisão constitucional em que o poder legislativo, nem a propria constituição tem resposta, senão o povo, titular da soberania, os poderia ultrapassar, ou para vencer o bloqueamento ideológico que a Constituição traria consigo; ou para eliminar a regra da maioria qualificada de dois terços para a aprovação de alterações à Constituição; ou ainda, na hipótese de não se formar

na Assembleia a maioria qualificada exigida tal como recomendado para viabilizar a própria revisão⁶⁰⁴.

Nesta ordem de ideias, a voz do povo encontra se colocada no topo da estrutura jurídica para formular uma nova orientação do sistema jurídico, é neste caso concreto, o princípio hierárquico encontra-se de novo invertido, na medida em que a Constituição surge da vontade popular, porém, a supremacia da Constituição não está garantida, pois o texto constitucional deve obediência ao acto referendário, fruto da soberania popular. O poder de revisão encontra-se limitado pelo princípio da inalienabilidade do poder constituinte originário como forma de inalienabilidade da soberania.

o referendo visa relevar uma nova falha na articulação hierárquica que se pretende ser organizada nas relações entre a Constituição e as demais normas jurídicas bem como delimitar o sistema constitucional a partir do princípio hierárquico; portanto, não se verifica neste contexto.

Concretement, erige en principe l'impossibilité de vérifier par voie juridictionnelle la conformité de la norme législative adoptée par referendum à la Constitution revient à admettre que, dans l'hypothèse d'un conflit entre ces deux normes, leur incompatibilité objective ne sera pas réglée.

Isto demonstra que diante de duas normas consideradas contraditórias, em que nenhum órgão do Estado é competente para determinar qual das duas terá por consequências nesta incompatibilidade. Assim sendo, nota-se que a lei referendária pode revestir-se da inconstitucional, portanto, sem ter uma sanção determinada que atinge a sua validade jurídica; isso também fere o princípio hierárquico que tem por fundamento a fiscalização da constitucionalidade dos actos normativos.

No que diz respeito a lei de revisão constitucional, constatou-se que a Lei da Revisão Constitucional tem como objecto a constituição pré-existente que lhe dá auxílio propício para que hajam as alterações da constituição tendo em conta os limites previstos pelo mesmo texto constitucional, apesar da sua publicação conjunta. Portanto, há um porém relativamente às novas alterações, tendo em consideração a questão da cronologia no momento da publicação. Entretanto,

⁶⁰⁴ MIRANDA, Jorge **Op. Cit.**, p. 87

o artigo 304 n° 1 ao inserir as alterações da Constituição no lugar próprio, mediante as substituições, as supressões e os aditamentos necessários, o legislador constituinte pretende, por um lado, indicar os preceitos atingidos pelo processo de revisão e, por outro, que a Constituição seja publicada na sua nova versão juntamente com as disposições alteradas.

Porém, a transformação do sistema jurídico requer um diálogo permanente entre o juze constitucional e o constituinte. Esta prática, que põe em evidência as lógicas contraditórias, a saber, a mudança e a conservação, obriga a negar a ideia do monopólio do poder de revisão no âmbito da revisão constitucional. Resulta que há necessidade de mencionar que o processo da modificação constitucional não pode ser considerado como da competência exclusiva do legislador constituinte, apesar de ser o órgão hierarquicamente superior, a vontade de impor a sua vontade pode lhe ser reduzida. Por isso, o poder cujo dispõe o legislador constituinte, soberano em matéria constitucional, não afasta a competência do juiz constitucional de se opor contra os actos normativos que podem perturbar a coerência do sistema constitucional.

Na perspectiva do artigo 43 da constituição da República de Mocambique, a demais, a interpretação das normais constitucionais relativas aos direitos fundamentais em harmonia com a Declaração Universal dos direitos humanos e a Carta Africana dos direitos do Homem e dos Povos tal como determina o artigo 43 da RCM mostra um reconhecimento constitucional de que apesar da vigência destas normas, os direitos fundamentais devem ser interpretados de acordo os instrumentos do DIP.

Para além disso, de acordo com artigo 17 n°2 ao aceitar, observar e aplicar os princípios da Carta das Nações Unidas e da Carta da União Africana o direito constitucional moçambicano se vincula aos princípios e normas constantes dos instrumentos do direito internacional.

De acordo com a disposição constante non artigo 2 n°4, JUSTO Felisberto constata que o texto constitucional limita se a usar a expressão “todas as restantes normas” sem estabelecer

nenhuma categoria, isto pode ser concluído que trata se de normas de âmbito convencional qualquer que seja o tipo de convenções⁶⁰⁵.

A questão de hierarquia das normas no Direito Constitucional dos Estados e a posição ocupada pelas normas do direito internacional público na ordem interna ainda suscita divergências nos debates entre os juristas, tendo em conta que não há disposição constitucional que orienta esta posição hierárquica de forma expressa. De forma geral, pode-se admitir que o direito internacional convencional ocupa uma posição ora infra-constitucional, ora supra-legal ou supra constitucional, na medida em que pode existir a sobreposição deste à Constituição no âmbito da interpretação e na integração de direitos humanos e fundamentais bem como das normas do *ius cogens*, ou seja, do direito internacional geral.

Desta forma, percebe-se que o direito interno quando trata da hierarquia das fontes de direito reconhece a supremacia da Constituição em relação às outras normas existentes. Isto significa que a Constituição está no cume do ordenamento jurídico. É a partir daí que se explica a situação do fundamento de validade de todas as normas jurídicas (artigo 2 n°4 da CRM), critério que aceita a interpretação extensiva na adopção e aplicação dos princípios gerais de direito internacional, bem como do costume internacional.

Esta posição do legislador constituinte moçambicano justifica-se pelo princípio de juridicidade normativa, que pretende que o sistema jurídico seja mais coerente e rigoroso baseado nas normas hierarquizadas e prevendo qualquer mecanismo de controlo ou não da constitucionalidade. Isto significa a verificação da conformidade ou não das normas com a Constituição. A sujeição de todas as normas à Constituição decorre da exigência de uma coerência necessária do sistema jurídico moçambicano para a prevalência de um complexo de regras e princípios tendentes a proteger o interesse nacional ou soberano do Estado.

Para além desta conformidade das normas de direito internacional à Constituição, precisa de obedecer aos pressupostos formais exigidos pela Constituição da República de Moçambique sobre os tratados. Trata-se do processo formal de vinculação e de publicação dos

⁶⁰⁵ JUSTINO, Felisberto, Op. Cit., p. 197

tratados (artigo da CRM). Assim sendo, estes aspectos permitem identificar a natureza infra-constitucional do direito internacional tal como definido pelo texto constitucional⁶⁰⁶.

A ideia formal pretende que a Constituição submete as normas internacionais e supra-nacionais não permite descrever a realidade das interpretações de sistemas jurídicos. Neste contexto, a hierarquia abre espaço para o princípio de coordenação entre os sistemas jurídicos, e mantendo a autonomia da ordem constitucional, que precisa às vezes integrar à Constituição os elementos decorrentes do direito internacional ou direito regional ou comunitário.

Questionar sobre a posição hierárquica das normas jurídicas no ordenamento jurídico moçambicano importa levar a debate os direitos fundamentais para a compreensão da posição das normas do direito internacional. Sendo assim, o primado da Constituição perante o direito internacional suscita várias discussões; pois percebe-se que esta superioridade é puramente relativa, e não absoluta, como foi dito acima, no sentido em que a Constituição da República de Moçambique, por via da comunidade internacional, aceitou as normas do direito internacional geral “*ius cogens*” enquanto valores de natureza humana e generalizada.

Neste contexto, o artigo 42 da CRM consagra a aceitação de outros direitos fundamentais que podem originar das leis. Na mesma ordem de ideia, o artigo 43 reconhece a interpretação e a integração dos preceitos constitucionais relacionados com os direitos fundamentais de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos. Posição defendida por GOUVEIA, quando afirma que a Constituição de Moçambique não restringe o catálogo de direitos fundamentais bem como admite outras fontes que constitui uma cláusula aberta aos direitos fundamentais atípicos.

O Direito Constitucional moçambicano a adaptar à posição da prevalência das normas constitucionais sobre todas as normas restantes estaria a excluir as ordens jurídicas internacionais, regionais e dificilmente pode acolher a complexidade jurídica dentro do seu

⁶⁰⁶ Algumas constituições determinam obviamente a posição do Direito Internacional na hierarquia das fontes de direito aplicável. O art. 18 n° 2 da CRM prevê que as normas de direito internacional têm o mesmo valor que assumem os actos normativos infra-constitucionais emanados da Assembleia e do Governo. Pelo contrário, a Constituição de Cabo Verde dá primazia ao direito internacional no que diz respeito à posição hierárquica, o art. 12 n° 4 prevê que as normas e os princípios do Direito Internacional geral ou comum e do Direito Internacional convencional validamente aprovados ou ratificados têm prevalência, após a sua entrada em vigor na ordem internacional e interna, sobre todos os actos legislativos e normativos internos de valor infra-constitucional”.

ordenamento jurídico. Sendo assim, no âmbito da integração regional, o seu processo requer o estabelecimento de ambiente seguro juridicamente e judicialmente para alcançar o desenvolvimento integral do país bem como da região. Estes critérios são baseados sobre as estratégias económicas, políticas, regras de ética à harmonização legislativa de cada Estado.

2. Recomendações

Do estudo feito, vários aspectos merecem uma atenção particular de modo a melhorar a problemática da hierarquia de normas, depois da recepção das normas do direito internacional no ordenamento jurídico. Por isso, apresentamos as sugestões seguintes:

- ✓ No âmbito da divergência normativa, que o legislador constituinte, tendo em conta o princípio da supremacia das normas constitucionais previsto pelo artigo 2 n^o4 da constituição da República de Moçambique, poderá tomar em consideração as várias transformações do direito no âmbito da ordem jurídica internacional mundial cada vez globalizado; através da determinação da posição hierárquica infra-constitucional de normas do direito internacional de modo a permitir que as normas do direito internacional obedece ao princípio de constitucionalidade.
- ✓ Que seja habilitado ainda através do controlo preventivo, de forma evidente, o conselho constitucional a fiscalização a constitucionalidade de todas as normas do sistema jurídico interno incluído os tratados ou acordos internacionais para responder ao princípio da supremacia da constituição.
- ✓ Que a sujeição de normas a constituição abrange todas normas do ordenamento jurídico incluído as normas do direito internacional para garantir a mínima coerência do ordenamento jurídico que transcende os princípios que um Estado soberano pretende preservar.
- ✓ No âmbito dos direitos humanos, que haja a previsão taxativa de uma disposição constitucional apta a orientar explicitamente a posição hierárquica ocupada pelas normas do direito internacional dos direitos humanos de modo a evitar a sobreposição destas à Constituição, no âmbito da interpretação e na integração de direitos humanos e fundamentais bem como das normas. Isso poderá se realizar através E no caso concreto, o legislador constituinte poderá admitir colocar as normas constantes no 43 da CRM, isto é, normas do direito internacional dos direitos humanos, na posição supra constitucional que põe em causa o paradigma da soberania nacional e o constitucionalismo nacional do Estado Moçambicano.

- ✓ Há necessidade de transformar o processo da modificação constitucional atribuindo competência ao legislador constituinte mais outros órgãos, apesar de ser o órgão hierarquicamente superior, embora o poder de cujo dispõe o legislador constituinte não impede o juiz constitucional de se opor contra os actos normativos que podem perturbar a coerência do sistema constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Obras Científicas

A. DARBON et J. Du Bois De GAUDUSSON, *La Creation du Droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997

ALBARELLO, Luc, DIGNEFFE Françoise, HIERNAUX Christian Maroy, RUQUOY Daniel, GEORGES, Pierre de Saint, **Práticas e Métodos de Investigação em Ciências Sociais**, Gradiva Editor, 2ª Edição, Setembro de 2005

ALEXANDRINO. José Melo, **Elementos de Direito Público Lusófono**, 1ª Edição Lisboa. Coimbra Editora, COIMBRA. 2011

ALMEIDA Carlos Ferreira de, **Introdução ao Direito Comparado**, 2ª Edição Livraria Almedina. COIMBRA 1998

ALVAREZ, Conde Henrique, Curso de Derecho Constitucional, 3ª Edição, Espanha Madrid 1999

AMARAL Diogo Freitas do, **Manual de Introdução ao Direito**, Vol. I. Coimbra: Livraria Almedina 2004

_____, **Curso de Direito Administrativo**, Vol. II, COIMBRA, 2008

ANDRADE, Jose Carlos Vieira de, **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987

ANDRADE, Manuel A. Domingues de, **Fontes de Direito/Vigência, Interpretação e Aplicação da Lei**, BMJ 102. 1961

ANTONIO C. N., **O Direito Hoje e Com Que Sentido? O Problema Actual da Autonomia do Direito**, Instituto Piaget, Lisboa. 2002

ANTONIO E. Perez Luno, **Los Derechos Fundamentales**, 6ª Edição. Madrid: Editorial Tecnos, 1995

ANTUNES, Miguel Lobo. “Tribunal Constitucional” in Dicionário Jurídico da Administração Pública, Vol. VII, Lisboa, 1996

ASCENSÃO José Oliveira de, **Direito Civil: Teoria Geral, Relações e Situações Jurídicas**, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2002

_____, **O Direito: Introdução e Teoria Geral**, 13ª Edição, Almedina, COIMBRA, 2008

BAPTISTA, Eduardo. ***Ius Cogens em Direito Internacional***, Lisboa: Lex, 1997

BARROSO, Luís Roberto, **Interpretação e Aplicação da Constituição**, São Paulo, Saraiva. 1996

BECHILLON, D de. ***Hierarchie des normes et hierarchie des fonctions normatives de l'Etat***, Paris, Economica, 1996.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola et al. (org.) **Dicionário de Política**, Vol. I, 11 Edição, Editora Unb, Brasília, 1998

BONAVIDES Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1996

_____. **Curso de Direito Constitucional**, 10ª Edição. São Paulo. 2000

BRANCO, PGB; GILMAR, M; COELHO, I. M., **Curso de Direito Constitucional**, 4ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2008

CABRITA, Isabel, **Direitos Humanos: Um Conceito em Movimento**, Edição Almedina, COIMBRA: Almedina. 2011.

CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo**, VOL I. 10 Edição. Revista Actualizada Almedina. COIMBRA, 2005

CARDOSO, Costa Manuel da. **A Jurisdição Constitucional em Portugal**, Coimbra, 1992

CARVALHO, Hamilton S.S de, **ESTADO FORTE**, Hobbesianismo e Maquiavelismo na Actualidade Politico-Constitucional Global (o Caso de Regime Jurídico-Constitucional Moçambicano), Chiado Editora, Editor Rita Costa, Lisboa, 2016

_____, **Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Biomédico**, Lisbon Press, LISBON, 2020

CARVALHO J. Eduardo, **Metodologia do Trabalho Científico**, “Saber Fazer da Investigação para Dissertação e Teses, Editora Escolar, Lisboa. 2009

CHARLES Rousseau, **Droit International Public**, 8ª Edição, Paris 1976

CISTAC, Gilles, **História da Evolução Constitucional da Pátria Amada, em Evolução**, Maputo, Edição. Instituto de Apoio a Governação e Desenvolvimento, 2009

Compêndio de Documentos – Chave dos Direitos Humanos da União Africana, HEYNS e KILLANDER (Editores), **Pretoria University Law Press (PULP)** Cape Town, 2008.

CORDEIRO A. M., **Tratado de Direito Civil I – Introdução Fontes do Direito, Interpretação da Lei, Aplicação das Leis no Tempo**, Doutrina Geral, 4ª Edição. Almedina. COIMBRA 2012

COSTA José Manuel Cardoso da. **A Jurisdição Constitucional em Portugal**, Coimbra, 1992,

CUNHA Paulo Ferreira da, **Teoria da Constituição (Direitos humanos. Direitos Fundamentais)**. Lisboa: Editorial Verbo, 2000

_____, **Teoria da Constituição**, Tomo II. Lisboa: Verbo, 2000

CUNHA, Joaquim da Silva, PEREIRA, M. da A. do Vale. **Manual de Direito Internacional Público**. 2ª Edição, Almedina. COIMBRA, 2004

DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER P., e PELLET A. **Direito Internacional Público**, 2ª Edição. Paris 2002

DUVERGER, Maurice, **Constitutions et Documents Politiques**, 14ª Edição. Paris: Presses Universitaires de France, 1996

EISENMANN, C. **la Justice Constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d’Autriche**, Paris, LGDJ, 1928

FERNANDES Antonio Jose, **Introdução a Ciência Política: Teorias, Métodos e Temáticas**, Porto editora, Porto, 2008

FERREIRA, Almeida Carlos de. **Introdução ao Direito Comparado**, 2ª Edição Livraria Almedina. COIMBRA 1998

FLAVIO FONSECA, **Direitos humanos globais, Justiça Internacional e o Brasil**. Arquivos de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, nº. 1, 1999

Fundação Calouste Gulbenkian, **Metodologia da Ciência do Direito**, 2ª Edição. Lisboa, 1969

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Introdução ao Estudo do Direito: Teoria Geral do Direito**, 2ª Edição, São Paulo, 2003

GDI - Instituto de Apoio à Governação e Desenvolvimento, Proposta de Revisão Constitucional para Boa Governação, CIEDIMA, SARL (Central Impressora e Editora de Maputo. MAPUTO, 2011

GILISSEN Jonh, **Introdução Histórica ao Direito**, Tradução de A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros, 5ª Edição. Lisboa 1979.

_____, **La Coutume**, Turnhowt 1982

GOMES, J.J. Canotilho e MOREIRA, Vital, **Constituição da República Portuguesa Anotada**, Vol. II, 1991

GOMES, J.J. Canotilho, **Direito Constitucional**, 6ª edição revista, Livraria Almedina. COIMBRA. 1993

GOUVEIA Jorge Bacelar, **Arrendamento Urbano, Constituição e Justiça-Perspectivas de Direito Constitucional e de Direito Processual**, Lisboa, 2004

_____, **Estudos de Direito Público de Língua Portuguesa**, Almedina, COIMBRA, 2004

_____, **Manual de Direito Constitucional**, Edições Almedina, Vol. I Almedina, Coimbra 2005

_____, **Manual de Direito Constitucional**, Vol. I. Edições Almedina. Almedina, COIMBRA, 2005

_____, **Manual de Direito Constitucional**, Vol. II. Almedina, COIMBRA, 2005

_____, **Manual do Direito Constitucional**, Introdução Parte Geral, Parte Especial, Vol. I Almedina, Lisboa 2005

_____, **Manuel de Direito Internacional Público, Introdução, Fontes, Relevância, Sujeitos, Domínio, Garantia**. 3ª Edição. Almedina. COIMBRA 2010

_____, **Direito Constitucional de Moçambique**, IDiLP, Lisboa, 2015

GOUR C., **Hierarchie des Textes de la Legalite en Droit Public Cambodgien**, Annales de la faculté de droit de Phnom Penh, 1962

GRECO, Marco Aurélio. **Norma Jurídica Tributária**, EDUC, Saraiva, 1974

GREGÓRIO, Jorge, **Introdução ao Estudo do Direito**, QJ Sociedade Editora, Lisboa, 2009

GUELFY Filomusi, Enciclopédia Gluridica, 6ª Edição, 1910

HAMON Francis, TROPER Michel e BORDEAU George, **Direito Constitucional**, Tradução. 27ª Edição, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, São Paulo. E.J.A. 2001

_____, **Direito Constitucional**, 27ª Edição, (Tradução de Carlos Souza). Barueri, São Paulo, 2005

HANS Kelsen, *Theorie pure du droit*, Paris, Dalloz, trad. Ch Eisenmann, 1962

_____, *Theorie Generale des Normes*, Paris, PUF, 1996

_____, *Theorie Generale du Droit et de l'Etat*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1997

HAYEK Friedrich A, **Os Fundamentos da Liberdade**, Editora Visão, Londres, 1983

HENRIQUES, Ribeiro. **As Relações Entre o Direito Internacional e o Direito Interno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

JUSTINO, Felisberto, O Regime Jurídico do Acesso de Cidadãos á Justiça Constitucional Moçambicano, em Fiscalização Concreta a Luz da Constituição de 2004, Editorial Eundza, Beira 2018

KEMAL Gozler, *Le pouvoir de revision constitutionnelle*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 1997, 2 volumes

KLAUSS Stern, **Derecho del estado de la Republica Federal Alemanha**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987

KOSTA, Emilio Kafft, **O Constitucionalismo Guineense e os limites Materiais de Revisão**, AAFDL, Lisboa, 1997

LACHAUME, J. F. **La hierarchie des actes administratifs executoires en droit public francais**, Paris, LGDJ, 1966

FAVOREU, L, ***Droit Constitutionnel***, 6ª Edição. Paris Dalloz, 2003

LAKATOS E MARCONI, **Metodologia do Trabalho Científico**, 2ª Edição, Atlas, São Paulo, 1992

LAMBERT Eduard, **La Function du Droit Civil Comparé**, Paris. 1902

LEGRAND Andre, WIENER Celine, *Le Droit Public, Droit constitutionnel, Droit administratif, Finances publiques, Institutions Europeennes, Direction de l'information legale et administrative*, Paris. Edition 2017

MACHADO, J. Baptista, **Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador**, Edições Almedina. COIMBRA, 2008

MACIE, Albano, **Lições de Direito Administrativo Moçambicano Vol.I**, Escolar Editora, Editores e Livreiros, LDA. 2012

MAGALHÃES, Jose Barbosa , **Estudos sobre o Novo Código do Processo Civil**, 2 (1947)

MARTINS, Ana Maria Guerra. ROQUE Miguel Prata, **O Tratado que estabelece uma Constituição para Europa**. Almedina. COIMBRA, 2004

MENDES Gilmar, COELHO Inocêncio, BRANCO Paulo Gustavo, **Curso de Direito Constitucional**, 4ª Edição Actualizada, Editora Saraiva, 2009

MENDES, G. F.; COELHO I. M.; BRANCO, PG.G. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2009

MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional**, Tomo I, Preliminares a Experiência Constitucional, 3ª Edição Revista, COIMBRA, 1987

_____, **Manual de Direito Constitucional, Tomo I**, 6ª Edição, revista e Actualizada, COIMBRA Editora 1997

_____, **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

_____, **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, 3ª Edição, Revista e Actualizada, Coimbra Editora, COIMBRA 2000

_____, **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, COIMBRA. 2000

_____. **Teoria do Estado e da Constituição**. 1 Edição Rio de Janeiro: Forense, 2002

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, Actividade Constitucional do Estado*, Tomo V, 3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2004

_____, **Manual de Direito Constitucional, Estrutura Constitucional da Democracia**, Editora Coimbra, COIMBRA 2007

_____, **Referendo no Direito Português**, Editora Coimbra, COIMBRA 2007

_____, **A Ratificação no Direito Constitucional Português**, Editora Coimbra, COIMBRA 2004

MIRANDA, Jorge/RUI Madeiras, **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo III - Organização do Poder político, Garantia e Revisão da Constituição, Disposições transitórias, Coimbra, 2007

MIRANDA Jorge, **Manual de Direito Constitucional, Preliminares, O Estado e Os Sistemas Constitucionais**, Tomo I, 8ª Edição. COIMBRA 2009

MINAYO, **Avaliação por Triangulação de Métodos: Abordagem de Programas Sociais**. Rio de Janeiro. Fiocruz, 2010,

MORANGE J, “*La hierarchie des textes dans la Constitution du 4 Octobre 1958*”, Dal. 1959

MUCOBORA T., Sistema de Governo no Projecto da Constituição Moçambicana, In Contributo para o Debate sobre a Revisão Constitucional, Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, Maputo, Imprensa Universitária, 2004

OLIVEIRA, Barbara Nazareth, GOMES Carla de Marcelino e SANTOS, Rita Pascoa dos, **Os Direitos Fundamentais em Timor-Leste: Teoria e Prática**, 1ª Edição. Março, COMIBRA Editora, Almedina 2015

ONDOL A.A. **Etude de Rapports entre le droit communautaire et la Constitution en France**, Paris, I. Marmullan, 2001

PATRÍCIA Jerónimo, **Lições de Direito Comparado**, 1ª Edição Braga-Portugal, 2015

PAULINO Augusto Raul, **O Rugido da Toga: Lições do Juiz Paulino (I)**, 1ª Edição, Alcance Editores, Maputo, 2016

PERREIRA A. Gonçalves, QUADROS de FAUSTO. **Manual de Direito Internacional Público**. 3 Edição, Almedina. COIMBRA. 1993

PFERSMANN, O. **Hierarchie des normes” in, Dictionnaire de la culture juridique**, (Direction S. RIALS et D. ALLAND), PUF, Quadrige, Paris. 2003

PIOVESAN Flávia, **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 14ª Edição, Revista actualizada, São Paulo, 2013

PIRES, Francisco Lucas, **Teoria da Constituição**. 1976, A Transição Dualista, Coimbra, 1988

PLANIOL, **Traité Elementaire du Droit Civil**, 12ª Edição 1 Vol. n° II

PREVOST, J.F **Le droit referendaire dans l’ordonnement de la Cinquième Republique”**, RDP, 1977

QUERMONE J L., **L’evolution de la hierarchie des actes juridiques en droit public francais**, These, Caen, 1952

RENE David. **Les Grands Systemes de droit contemporains**, 2ª Edição, Paris, 1966

RIBEIRO Henriques. **As Relações entre o direito internacional e o direito interno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

RICHARDSON, Roberto Jerry, **Pesquisa Social: Metodologia e Técnicas**. São Paulo: Atlas. 1999

RODRIGUES Filomeno, **a Justiça Constitucional Moçambicana: um breve olhar sobre a jurisprudência do Conselho Constitucional**. 1ª Edição, Alcance Editores. MAPUTO. 2017

SANCHEZ Agesta, in SILVA, Jose Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 25ª Edição, 2005

SARLET, I.W, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 6ª Edição, Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado

SEVERINO Antônio Joaquim, **Metodologia do Trabalho Científico**, 23ª Edição, revista e actualizada, São Paulo, 2012

SILVA, Jose Afonso da, **Princípios Constitucionais Fundamentais**, Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região, BRASÍLIA, V. 6, N. 4, p. 17-22, Out./Dez. 1994

_____, **Curso de direito constitucional positivo**, 18ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2000

_____, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 25ª Edição, 2005

SILVA, Germano Marques da, **Introdução ao Estudo do Direito**, 3ª Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009

SIMANGO, Americo, **Introdução a Constituição Moçambicana**, AAFDL, Lisboa, 1999

SINAY, L. *Bibliothèque d'ouvrages de droit social*, LGDJ, Coll. Tome 22, 1890

SOUSA Marcelo Rebelo de, GALVÃO Sofia, **Introdução ao Estudo de Direito**, 5ª Edição, Lisboa 2000

SOUSA, Marcelo Rebelo de, Direito Constitucional, sobre a *Vexata questio* dos limites materiais de revisão constitucional

SOUTO, Claudio, SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro, LTC; São Paulo, EDUSP, 1981

TRINDADE, Antônio Augusto Cansado. **Tratado de Direito Internacional dos direitos Humanos**. Porto Alegre: 2 Ed. Sergio Antônio Fabris Editor. 2003

VALLE Jaime, **A participação do Governo no exercício da função legislativa**, COIMBRA, 2004

VAZ, Manuel Afonso, **Lei e reserva de lei: a causa de lei na Constituição Portuguesa de 1976**, Porto, 1996

VIERA, Sónia, Como Elaborar Questionários, São Paulo: Atlas, 2009

VILELAS, José, **Investigação: o Processo de Construção do Conhecimento**, Editora Silabos, Lisboa, 2009

Revistas Científicas

ALMEIDA. Fabio Portela Lopes de, Os Princípios Constitucionais entre Deontologia e Axiologia: Pressupostos para uma Teoria Hermenêutica Democrática, *Revista Direito GV*, São Paulo 4 (2) p. 493-516/Jul-Dez. 2008

ANTUNES Miguel Lobo, “Tribunal Constitucional”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. VII, Lisboa, 1996

BALDI, Carlo, Estado de Sítio in BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola et al. (org.) *Dicionário de Política*, Vol. I, 11ª Edição, Editora Unb, Brasília, 1998

BARROS, Daniela Madruga Rego. Pluralismo Jurídico: Uma Questão de Facto ou Direito? *Revista da Esmape*, Recife, v. 9, n. 1, p. 185-222, Jul./dez. 2004.

BEAUD Olivier, *La Puissance de l'Etat.*, in Kemal Gozler, *Le pouvoir de revision constitutionnelle*, Villeneuve d'Ascq, *Presses universitaires du Septentrion*, 1997, 2 volumes

_____, *La Souverainete de l'Etat, ...* t, in Kemal Gozler, *Le pouvoir de revision constitutionnelle*, Villeneuve d'Ascq, *Presses universitaires du Septentrion*, 1997, 2 volumes

BOBBIO. Norberto, **Teoria do Ordenamento Jurídico**, 2ª Edição Revista, Tradução Baptistas Fernando e SUDATTI Ariani, São Paulo, 2003

CARVALHO Weliton, Funções do Direito Comparado, Revista de Informação Legislativa, Brasília A 44 N. 175 Jul./Set. 2007

COUTINHO, Francisco Pereira. O Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicano, in Catalogação na Publicação BACELAR GOUVEIA, Jorge e PEREIRA COUTINHO, Francisco (coord.). Direito Internacional Publico nos Direitos da Língua Portuguesa. Lisboa: CEDIS, 2018

CURY Paula Maria Nasser, Métodos de Direito Comparado: Desenvolvimento ao longo do Século XX e Perspectivas Contemporâneas, Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 6(2): 176-185, julho-setembro 2014

FLAUSS, J.F *Justice Constitutionnelle et démocratie referendaire*, Ed. du Conseil de l'Europe, coll. *Science et technique de la démocratie*, nº 14, 1996

GEORGES, Pierre de Saint, in Práticas e Métodos de Investigação em Ciências Sociais, Gradiva Editor, 2ª Edição: Setembro 2005

GOMES J.J Canotilho, Direito Constitucional, 6ª Edição Revista Almedina, COIMBRA, 1993

GOUR, C. Hierarchie des textes de la legalite en droit public cambodgien, Annales de la faculte de droit de Phnom Penh, 1962, vol. IV

HANS Kelsen, A Garantia Jurisdicional da Constituição (Justiça Constitucional), DIREITO PÚBLICO Nº1 – Jul-Ago-Set/2003

JAYME, Erik. Sociedade Multicultural e Novos Desenvolvimentos no Direito Internacional Privado. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, v. 1, p. 93-103, Mar. 2003.

JUNIOR, Alberto do Amaral, Noções do Direito e Direito Internacional, 3ª Edição, revista e ampliada, Brasília 2008

LOURENÇO, Lúcio Augusto, Teoria Pura do Direito Segundo o Pensamento de Hans Kelsen, JURISMAT, Portimão, 2017 nº 10.

- MACHADO, J. Baptista. Direito Internacional: do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro, 179-181
- MAROY Christian, in Práticas e Métodos de Investigação em Ciências Sociais, Gradiva Editor, 2ª Edição: Setembro 2005
- MIRANDA, Jorge, Os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Portuguesa, Revista Espanhola de Derecho Constitucional, Ano 6. Num. 18. Septiembre-Diciembre 1986
- MORANGE, J. “*La hierarchie des textes dans la Constitution du 4 Octobre 1958*”, Dal. 1959, chron. 23
- OLIVEIRA FF. O Mito do presidencialismo na Guiné-Bissau, In Estudos comemorativos dos vinte anos da Faculdade de Direito de Bissau, Vol. II 1990-2010, 2010
- OLIVEIRA, Mazzuoli Valério de. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Brasil, In Controle de convencionalidade, um panorama Latino-Americano. 1ª Edição Brasília-DF, Ed. Gazeta Jurídica, 2013
- OLIVEIRA Mazzuoli Valério de. Curso de Direito Internacional Público. 2ª Edição. Ver. Actual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007
- RAPHAEL PAOUR, Les Contraintes Juridiques de la hierarchie des normes, in Revue de theorie constitutionnelle et de philosophie du droit, 21. 2013
- RANGEL Vicente Marotta, Os Conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais, in VI Congresso do Instituto Hispano Luso-Americano de Direito Internacional, Venezuela de 3-12 de Outubro de 1967
- RUI Baltazar, Revisão Constitucional, Democracia e Estabilidade Política in Revista do Direito da Língua Portuguesa, n 8, Julho/Dezembro de 2016
- SILVA, Carlos Burity da, a *Necessidade da Revisão do Código Civil Angolano-Princípios Estructurantes e Eixos Fundamentais da Reforma*, in Revista de Direito Internacional da Língua Portuguesa, ano I, número 2 de 2013
- TROPPER, Michel, *la Theorie de la Hierarchie des Normes Comme Contrainte* (2000b: 215-228) in *revue de theorie constitutionnelle et de philosophie du droit*.

Artigos Científicos e Trabalhos de Fim do Curso

BASTOS, Fernando Lourenço. O Direito Internacional na Constituição Moçambicana de 2004, Artigo Científico, p. 22. <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Bastos-Fernando-O-Direito-Internacional-na-Constituicao-mocambicana-de-2004>

BRAMI Cyril, *La Hierarchie des Normes en Droit Constitutionnel Français: Essai d'analyse Systemique*. Tese para Obtenção do Grau de Doutor em Direito Público pela a Universidade de Cergy Pontoise, 2008

CARL Schmitt, Teoria de la Constitución. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1928, in João Trindade C. Filho, Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, s/d.

CARVALHO, Weliton Sousa, Direitos Fundamentais: Constituição e Tratados Internacionais, Tese de Doutoramento em Direito, 2003

HENRIQUES Jose Henriques, O Direito Internacional e a Constituição de Moçambique: Encontros e Desencontros à Luz do Pluralismo Jurídico Global, In Tese de Doutoramento, Lisboa 2015

QUERMONE, J. *L'évolution de la hierarchie des actes juridiques en droit public francais*, These, Caen, 1952

Legislações e Jurisprudência

MOÇAMBIQUE, República Popular de, **Constituição da República Popular de Moçambique** (1975), Publicada pelo Boletim da República, I Serie, nº1 de 25 de Junho de 1975

MOÇAMBIQUE, República de Moçambique, **Constituição da República de Moçambique** (1990), publicada no Boletim da República, I Serie, nº44, Suplemento, de 2 de Novembro de 1990

República de Moçambique, **Constituição da República de Moçambique** (2004), publicada no Boletim da República, I Serie, nº51 de 22 de Dezembro de 2004, incluído a Lei de Revisão Pontual da Constituição (Lei nº1/2018 de 12 de Junho, publicado no Boletim da República, I Serie nº 115, 2º Suplemento, de 12 de Junho de 2018

República de França, Constituição da República Francesa, de 3 de Junho de 1958

República de Angola, Constituição da República de Angola, aprovada em 3 de Fevereiro e promulgada no dia 5 de Fevereiro de 2010

República de Portugal, Constituição da República Portuguesa aprovada em 2 de abril de 1976 incluído a versão actual do anexo a LC nº 1/2005 de 12 de agosto.

Senato della Republica de 2018, Constituicao da Republica Italiana, de 22 de dezembro de 1947

República Democrática de Timor de Leste, Constituição da Republica Democrática de Timor Leste de 20 de Maio de 2002

República Democrática de Timor de Leste, Constituição da Republica Democrática de Timor Leste, Parlamento Nacional, DILI 2017

Republica Democrática de Timor de Leste, Constituição Anotada-República Democrática de Timor Leste, Direitos Humanos, Centro de Investigação Interdisciplinar, 2011

Republica de Cabo Verde, Constituição da Republica de Cabo Verde, aprovada em 1992

Republica Federativa de Brasil, Constituição da Republica Federativa do Brasil, aprovada em 05 de Outubro de 1988

República Democrática de Sao Tome e Principe, aprovada em 1990

República Democrática do Congo, Constituição da República Democrática do Congo, aprovada e promulgada em 18 de fevereiro de 2006, incluído as alterações introduzidas em 2011

República de Moçambique, Lei nº1/2018 de 12 de Junho, Lei da Revisão Pontual da Constituição da República de Moçambique, Boletim da República, I Serie, nº 115 de 12 de Junho de 2018

Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 26 de agosto de 1789

Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n 217-A (III), em 10 de dezembro de 1948

Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos de 1981

Carta da Organização das Nações Unidas, assinada em São Francisco a 26 de Junho de 1945

Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada em 23 de Maio de 1969

República de Moçambique, Decreto nº 6/84, Quarta-feira, 19 de Setembro de 1984, in Boletim da República, I Série - Número 38 de 19 de Setembro de 1984.

República de Moçambique, Código Civil de 1966 – aprovado pelo Decreto Lei nº 47 344, de 25 de novembro de 1966, aplicável a Moçambique pela Portaria n 22 869, de 4 de setembro de 1967, e actualizado pelo Decreto lei nº 3/2006, de 23 de agosto

Acórdão nº 10 do Conselho Constitucional de 2014, de 24 de Setembro

Acórdão nº 4 do Conselho Constitucional de 2015, de 16 de Julho

Acórdão nº 1 do Conselho Constitucional de 2017, de 9 de Maio

Acórdão nº 8 do Conselho Constitucional de /2017 de 06 de Novembro

Acórdão nº 4 do Conselho Constitucional de 2019, de 21 de Maio

Acórdão nº 7 do Conselho Constitucional de 08 de Maio