

**KONRAD ADENAUER FOUNDATION: RULE OF LAW PROGRAM FOR SUB-SAHARAN
AFRICA**

WORKSHOP ON ADMINISTRATIVE LAW

- HOTEL CARDOSO, MOZAMBIQUE, 1st – 4th APRIL 2009 -

**O DIREITO ADMINISTRATIVO
EM
MOÇAMBIQUE**

por

GILLES CISTAC

**Professor Associado da Faculdade de Direito
da Universidade Eduardo Mondlane
gilles.cistac@uem.mz**

INTRODUÇÃO

"*Todos os países modernos*", escreve MAURICE HAURIUO, "*assumem funções administrativas, mas nem todos possuem o regime administrativo*"¹.

"*Assumir funções administrativas*" significa simplesmente providenciar às necessidades de ordem pública e assegurar o funcionamento de alguns serviços públicos para satisfação do interesse geral e a gestão dos assuntos de interesse público.

No que diz respeito às referidas funções, pode-se distinguir entre as funções que são exercidas directamente a favor da comunidade (polícia, justiça, acção social. etc.); e as que são direccionadas e originadas pelo uso interno da própria Administração (gestão do pessoal, compras, contabilidade, etc.). As primeiras dizem-se funções administrativas principais e as segundas auxiliares².

De modo geral, um Estado pode desempenhar essas funções sem confiá-las a um poder jurídico especial, elas se desempenham, então, sob o controlo do poder jurídico ordinário que é do judicial³.

O Reino Unido é o tipo mais acabado desses Estados sem regime administrativo^{4 5}. Com efeito, existem serviços administrativos pouco centralizados, em que todos os agentes da Administração Pública são sujeitos ao controlo dos tribunais comuns e às leis ordinárias como qualquer cidadão e só eles actuam em relação com os particulares com prévia intervenção do Poder judicial.

Nesta perspectiva, o direito é "um", no sentido de que, em princípio são as mesmas regras que regem todas as relações jurídicas dentro de um mesmo Estado, qualquer que seja a natureza dessas relações jurídicas.

Para ser mais rigoroso, isto não quer dizer que não existe um "Direito Administrativo" nos países anglosaxónicos. Em bom rigor, em todos os Estados, quaisquer que sejam, existe necessariamente, do ponto de vista material, um conjunto de regras que se chama "Direito Administrativo", que rege a organização e as competências das autoridades administrativas e define os direitos e as garantias dos administrados quando eles sofrem um prejuízo em relação

¹ HAURIUO M., *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Paris, Recueil Sirey, 11ª ed., 1927, p. 1.

² GOURNAY B., *L'Administration*, Paris, PUF, 1986, p. 7 e seguintes; BÉNOIT F.P., *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz 1968, n.º 29 e seguintes.

³ Sobre os inconvenientes práticos, vide HAURIUO M., op. cit., p. 5.

⁴ MITCHELL J.D.B., "L'absence d'un système de droit administratif au Royaume-Uni: Ses causes et ses effets", E.D.C.E., 1964, fas. N.º 18, pp. 211-225; PUGET H., "Le droit administratif américain", RIDC, 1951, pp. 601-605; GARNER J.W., "La Conception anglo-américaine du droit administratif," *Mélanges MAURICE HAURIUO*, Librairie du Recueil Sirey, 1929, pp. 337-385; LAWSON F.H., "Le droit administratif anglais", RIDC, 1951, pp. 412-426; ADAMS J.C., "Aperçu sur le droit administratif américain", RISA, vol. XXIII, 1957, pp. 453-466; BREGER M.J., "A Short Tour of American Administrative Law", em, *Direito Comparado. Perspectivas Luso-Americanas/Comparative Law. Portuguese-American Perspectives*, Vol. I (Coord. Professor Doutor Dário Moura Vicente), Ed. Almedina, 2006, pp. 337-357.

⁵ Neste sentido, MITCHELL J.D.B. escreve, "*Na linguagem dos juristas, poderia dizer, com brevidade, que não temos nenhum sistema de Direito Público porque a evolução de um tal sistema foi tornado impossível pela confiança na reparação parlamentar, confiança favorecida pelo crescimento do Parlamento e pela reticência dos tribunais*", op. cit., p. 217.

às essas autoridades. O que não existe nesses países é um “modelo europeu” e, sobretudo, um “modelo francês” de Direito Administrativo.

Todavia, as diferenças entre o regime administrativo de tipo francês e o "regime anglo-americano" residem menos nas realidades do que nas formulações que lhe exprimem. FRANCIS-PAUL BÉNOIT demonstrou perfeitamente que as diferenças consistem no que *"as regras administrativas específicas, apesar do seu número e importância, são apresentadas como sendo um carácter excepcional e derogatório do direito comum que seria o direito privado; e que este, apesar de que ele regula muito pouco a actividade da Administração Pública, é apresentado como o direito comum da sua acção. Pois, trata-se, antes de tudo, de uma questão de hábito face às necessidades e inevitáveis regras administrativas específicas"*⁶.

Na prática, pode-se verificar, de uma maneira geral, que, apesar das diferenças que subsistem entre os dois sistemas, os direitos administrativos dos países anglosaxónicos continuam a se desenvolver e distinguir-se de uma maneira mais clara dos princípios do Direito Privado^{7 8}.

Os Estados que têm um regime administrativo apresentam caracteres diferentes⁹. Por um lado, todas as funções administrativas são fortemente centralizadas e confiadas a um poder único; por outro lado, esse poder, enquanto que jurídico, isto é, enquanto que encarregado de estabelecer as normas jurídicas que regularão a sua própria actividade e actuação, não é o Poder judicial, mas o Poder Executivo¹⁰.

Resultam dessa situação várias consequências: os agentes administrativos não estão sob a autoridade directa dos tribunais comuns e das leis gerais, mas sim sob a autoridade hierárquica de superiores que pertencem ao Poder Executivo e a sua actuação é regulada por leis e regulamentos especiais; as autoridades administrativas gozam do "privilégio da execução prévia", e as suas decisões gozam de "executoriedade" sem que seja necessário nenhuma autorização prévia do Poder judicial; os agentes administrativos processados em responsabilidade têm, até um determinado ponto, uma garantia administrativa; não existe só uma espécie de jurisdição, mas uma dualidade de jurisdições, isto é, há uma jurisdição administrativa ao lado da jurisdição comum, e essas duas ordens de jurisdições são constitucionalmente separadas.

Por outras palavras, *"A Administração, (...) desenvolve-se fora de qualquer interferência dos tribunais judiciais, dos quais é independente. A Administração actua pela "via administrativa", não pela "via judicial"*¹¹.

No regime administrativo, existe um conjunto de regras próprias aplicáveis às actividades administrativas e distintas das que regem os particulares nas relações entre eles, que constituem um direito diferente do Direito Privado: o Direito Administrativo¹².

⁶ BÉNOIT, F.P., op. cit., n.º 98. O referido autor escreve sobre as razões da existência dessas concepções nos Estados-unidos de América e no Reino Unido: *"Que essas concepções tenham sido admitidas na Inglaterra e nos Estados-Unidos, se entende muito bem. São países liberais que afirmaram, como axioma fundamental da organização política, a superioridade dos direitos dos indivíduos sobre aqueles Estados. Desde logo, esta situação conduz naturalmente a colocar o princípio de que a Administração está sujeita, regra geral, ao mesmo direito e aos mesmos tribunais que os particulares, este direito e esses tribunais sendo considerados como únicos para assegurar o respeito dos direitos dos indivíduos"*, Id., ibid.

⁷ Vide, por exemplo, BELL J., "Actualité du droit administratif au Royaume-Uni 1990-1991", E.D.C.E., Rapport public 1991, n.º 43, Paris, La documentation française, 1992, pp. 309-320.

⁸ Não se deve acreditar que apenas existem no mundo dois tipos de sistemas: o regime administrativo de tipo francês e o de tipo inglês. Pelo contrário, a Inglaterra e a França tipificaram cada uma as suas características. A maior parte dos países combinaram os dois tipos de administração executiva e judiciária.

⁹ HAURIU M., *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, op. cit., p. 2 e seguintes.

¹⁰ Id., ibid.

¹¹ RODRIGUES QUEIRÓ A., *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra - 1976, p. 140.

Assim, “A definição do regime administrativo resume-se na ideia de uma centralização das funções administrativas sob a autoridade jurídica do Poder Executivo e, a seguir, de uma separação das atribuições entre o Poder Executivo e o Poder Judicial no que diz respeito à própria administração do Direito”¹³.

Por outras palavras, o que é original no sistema de administração executiva ou regime administrativo, é “a ideia do serviço público lutou com o poder executivo no interior de uma vasta organização instituída, mantida fechada pelo princípio da separação de poderes. A ideia do serviço público existe em todos os países; o próprio do sistema (...) é de ter conduzido o poder executivo, graça a esta organização engenhosa, a limitar-se objectivamente pela realizar melhor”¹⁴.

Praticamente, para diagnosticar se um Estado possui ou não um regime administrativo, “convém”, escreve MAURICE HAURIUO, “verificar um duplo critério, o de uma jurisdição administrativa que tem uma competência geral separada da jurisdição comum e de uma jurisdição dos conflitos exercida, quer pelo governo, ele próprio, quer por um tribunal de conflitos à justiça delegada, porque apenas essas instituições são o signo que a administração do direito foi partilhada entre o poder judicial e o poder executivo”¹⁵.

Quid juris em Moçambique?

A análise da referida questão, numa perspectiva histórica, permite responder pela afirmativa à pergunta da existência de um regime administrativo em Moçambique.

Com efeito, a política de assimilação das colónias portuguesas, em geral, e da de Moçambique, em particular, ao regime da organização administrativa da metrópole fez com que as colónias tenham sido consideradas como simples províncias do reino — *províncias ultramarinas* — a que se aplicavam com ligeiras alterações as leis feitas para o continente, os critérios de administração e os planos de governo estabelecidos e traçados para a metrópole¹⁶.

Nesta perspectiva, a Portaria Provincial n.º 395, de 18 de Fevereiro de 1856, vai considerar em vigor na província ultramarina de Moçambique o Código administrativo de 1842¹⁷. Assim, o sistema de administração executiva foi importado em Moçambique através da aplicação deste Código.

Alguns anos depois, o Decreto de 1 de Dezembro de 1869¹⁸, que constituía a segunda Carta Orgânica das colónias, estenderam a entrada em vigor do referido Código a todas as províncias ultramarinas.

¹² Como ensinou RAYMOND ODENT: “... les rapports sociaux ne sont pas de même nature, selon que les personnes qui en sont les sujets agissent dans un intérêt privé ou selon qu’elles agissent dans l’intérêt général. Certes cette distinction peut paraître injustifiable et propre seulement à procurer certains privilèges aux personnes dont l’activité est réputée s’exercer dans l’intérêt général. Mais, en fait de rapports sociaux, les nécessités pratiques finissent toujours par l’emporter sur les vues de l’esprit; par la force des choses, les activités publiques et les activités privées sont soumises à des techniques juridiques différenciées; les relations juridiques entre particuliers sont régies par le droit privé; les activités d’intérêt général relèvent du droit public qui règle aussi l’organisation et le fonctionnement des services publics”, *Contentieux administratif*, I, Ed. Dalloz 2007, p. 8.

¹³ HAURIUO M., op. cit., p. 3.

¹⁴ HAURIUO M., *ibid.*, p. XIV.

¹⁵ *Idem*, p. 3.

¹⁶ Sobre os aspectos históricos da introdução do regime administrativo em Moçambique, vide, CISTAC G., “História do Direito Processual Administrativo Contencioso Moçambicano”, em, <http://www.fd.ul.pt/ICJ/Iuscommunedocs/cistacgilles.pdf>; CISTAC G., *O Tribunal Administrativo de Moçambique*, Maputo, Ed. Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, 1997.

¹⁷ B.O. n.º 10 de 1856.

¹⁸ Decreto de 1 de Dezembro de 1869, reformando a administração, publicada in *Legislação Colonial 1869*, pp. 595-603.

O território colonial português era dividido em seis províncias. As províncias dividiam-se em distritos e estes em concelhos. Em Moçambique havia um Governador-Geral e nos distritos governadores subalternos. Junto ao Governador Geral existiam: o Conselho de Governo constituído pelos principais funcionários da administração central da colónia e pelo presidente da Câmara Municipal da capital. Havia ainda um Conselho de Província, que era um *tribunal administrativo*.

Assim, nasceram as estruturas administrativas que deviam sustentar o desenvolvimento do sistema de administração executiva em Moçambique. Várias reformas da administração colonial entraram em vigor posteriormente¹⁹, mas nenhuma tinha posto em causa a *ratio* do sistema que continuou a ser norteado pelos princípios organizativos do regime administrativo.

Moçambique torna-se independente no dia 25 de Junho de 1975²⁰. A primeira Constituição Moçambicana aprovada no dia 25 de Junho de 1975²¹ instituiu uma democracia popular²² que tem como objectivos fundamentais "*a edificação (...) e a construção das bases material e ideológica da sociedade socialista*"²³. Assim, a referida opção política concretizou-se na total subordinação da sociedade civil ("*o povo*") ao Estado, e deste ao partido FRELIMO²⁴, partido único, cujo papel dirigente é consagrado sem equívocos pela Constituição de 1975²⁵; o que é totalmente conforme à concepção do Estado na ideologia marxista-leninista.

Qual seria a influência do novo regime político sobre a organização administrativa e o funcionamento do sistema de administração executiva ainda existente?

DANIEL BARDONNET descreveu da seguinte maneira o processo geral de "transição administrativa" nos Estados novos: "*numa primeira fase transitória, estes Estados têm tendência em imitar as instituições da metrópole para preencher o mais rapidamente possível o vazio jurídico perante o qual se encontram. Este primeiro período caracterizado por uma importação das instituições é geralmente breve. Muito rapidamente, numa segunda fase, estes Estados são levados a afastar-se do seu modelo, a reorganizar as suas estruturas políticas e administrativas no sentido de uma melhor adaptação, e a procurar, ou melhor, a*

¹⁹ CISTAC G., *O Tribunal Administrativo de Moçambique*, op. cit., p. 10 seguintes.

²⁰ Sobre o ambiente político, vide, CAETANO M., *Depoimento*, Distribuidora Record, Rio de Janeiro, São Paulo, 1974, p. 30 e seguintes; MONDLANE E., *Mozambique. De la colonisation portugaise à la libération nationale*, Ed. L'Harmattan, 1979; MONDLANE E., "O movimento de libertação de Moçambique", ARQUIVO, Maputo (Moçambique), 5: 5-31, Abril de 1989; MUNSLOW B., *Mozambique: the Revolution and its origins*, Longman, New York, 1983; ABRAHAMSSON H. e NILSSON A., *Moçambique em transição. Um estudo da história de desenvolvimento durante o período 1974-1992*, PADRIGU/CEEI-ISRI, 1994; *O processo revolucionário da guerra popular de libertação*. Artigos coligidos do órgão de informação da FRELIMO "A voz da Revolução", desde 1963 a 1974, Edição do Departamento do trabalho ideológico da FRELIMO, Março, 1977; EGERÖ B., *Moçambique : Os Primeiros Dez Anos de Construção da Democracia*, Estudos 8, Arquivo Histórico de Moçambique, 1992.

²¹ Constituição da República Popular de Moçambique, em, Principal Legislação promulgada pelo Governo da República Popular de Moçambique (De 25 de Junho de 1975 A 25 de Junho de 1976), Volume III, Imprensa Nacional de Moçambique.

²² Artigo 2 da Constituição de 1975. Sobre as razões desta escolha, vide, ABRAHAMSSON H. e NILSSON A., *Moçambique em transição*. op. cit., pp. 10, 32 e 40 e seguintes; BALTAZAR R., *Diagnóstico institucional e organizacional do aparelho estatal em Moçambique*, República de Moçambique, Ministério da Administração Estatal, Democracia e Fortalecimento institucional, Workshop Maputo de 29 de Junho a 9 de Julho de 1993 (np), p. 11 e seguintes.

²³ Artigo 4 da Constituição de 1975. Sobre os caracteres gerais destes regimes políticos CHANTEBOUT B., *Droit constitutionnel et Science politique*, Armand Colin, Paris, 1991, p. 261 e seguintes.

²⁴ Decreto n.º 18/90: Atinente ao Estatuto jurídico do Partido Frelimo, B.R., 28 de Agosto de 1990, I Série-N.º 34. MONDLANE E., "O movimento de libertação de Moçambique", op. cit., p. 22 e seguintes; BRITO L. (DE), "Une relecture nécessaire: la genèse du parti-État FRELIMO", *Politique Africaine*, n.º 29, mars 1988, pp. 15-27; ABRAHAMSSON H. e NILSSON A., *Moçambique em transição*, op. cit., p. 29 e seguintes.

²⁵ Artigos 1, 2, 3, 5, 39, 43, 45, 50, 53, 67, 77.

*inventar métodos de acção original, destinados a fazer face aos seus problemas e, em particular, ao desenvolvimento*²⁶.

Na edificação da sociedade socialista, que vai constituir a finalidade dos novos governantes, o direito não pode ser um constrangimento ou um entrave à construção de novas relações sociais : ele subordina-se à política²⁷ e, por consequência, aos imperativos de defesa e de consolidação do socialismo. A acção da Administração encontra-se desligada de constrangimentos jurídicos demasiados estritos, implicando isto um reforço da sua capacidade de acção. Além disso, o centralismo democrático favorece, em definitivo, a emancipação política da Administração, pelo facto de que os órgãos do executivo desempenham um papel essencial na preparação das decisões.

Assim, houve um desenvolvimento do aparelho do Estado com o cuidado de respeitar uma "legalidade administrativa".

Um outro elemento importante a considerar é relativo à estrutura da organização administrativa - movida pelo *princípio de legalidade socialista* - que se instalou progressivamente depois da independência da colónia. Quando se observa, nos seus princípios organizacionais, os regimes administrativos da colónia e do Estado novo, pode considerar-se que não houve verdadeiramente rotura brutal de regime, mas, antes pelo contrário, uma certa continuidade. Algumas estruturas administrativas locais, até bem pouco tempo, funcionavam, apesar das mudanças radicais na sociedade moçambicana, com modos organizativos herdados da potência colonial.

Na verdade, a transição não foi difícil. A produção de normas jurídicas pelo aparelho de Estado com a finalidade de trazer à Administração a unidade, fiel executora das orientações decididas pelo partido FRELIMO, permitiu desenvolver um certo gosto pela racionalidade formal. Tanto como na ordem jurídica liberal, a ordem jurídica socialista implica que o conjunto dos órgãos da administração do Estado devem respeitar e aplicar as normas superiores lavradas pelos detentores do poder de Estado²⁸. Os sistemas continuam caracterizados pela hierarquia das normas. Assim, o terreno mantinha-se fértil para o desenvolvimento do sistema de administração executiva em Moçambique.

A partir dos anos 90 e até hoje, o fenómeno administrativo evolui progressivamente no sentido do desenvolvimento e consolidação do sistema de administração executiva ou regime administrativo.

Em primeiro lugar, é a afirmação constitucional da dualidade de ordens jurisdicionais. O Tribunal Administrativo é expressamente consagrado na Constituição de 1990 e a Lei Constitucional de 2004 confirma a sua constitucionalização, clarifica as suas relações com a jurisdição comum²⁹ e abre a porta a criação de "tribunais administrativos" de hierarquia inferior³⁰.

Em segundo lugar, iniciou-se um verdadeiro processo de reforma estrutural de grande amplitude. Primeiro, esta reforma consistiu numa democratização das estruturas administrativas. Em particular, a implementação do processo de descentralização administrativa, a partir de 1997³¹, teve por consequência o surgimento de uma verdadeira democracia política ao nível local. Do mesmo modo, a introdução de um processo de

²⁶ BARDONNET D., "La juridiction administrative à Madagascar", AJDA 1962, p. 399.

²⁷ Cfr., de modo geral, CHEVALLIER J., *Science administrative*, PUF 1986, p. 265 e seguintes.

²⁸ Sobre a aplicação destes princípios, vide, CHEVALLIER J., *ibid.*, pp. 266-267.

²⁹ Artigos 223, 228, 229, 230, 232 e 233 da Constituição.

³⁰ N.º 2 do Artigo 223 da Constituição.

³¹ CISTAC G., *Manual de Direito das Autarquias Locais*, Ed. Faculdade de Direito da UEM - Imprensa Universitária, 2001.

desconcentração ao nível das estruturas locais do Estado, a partir de 2004³², contribuiu para incentivar o desenvolvimento local e uma melhor participação dos cidadãos neste processo, mesmo se, na prática, várias resistências ainda estejam vivas.

Em terceiro lugar, as reformas do procedimento administrativo³³ e do processo administrativo contencioso³⁴, em 2001, contribuíram para facilitar e agilizar as relações contenciosas e não contenciosas susceptíveis de se estabelecer entre os administrados, utentes dos serviços públicos e particulares em geral, e as administrações do Estado ao nível central e local e administrações autárquicas.

Assim sendo, pode-se afirmar, sem dúvida, que Moçambique é um país com regime administrativo.

Nesta perspectiva, como analisar o seu Direito Administrativo?

O regime administrativo integra vários princípios essenciais³⁵, contudo, com a finalidade de concentrar o objecto deste estudo sobre o essencial apenas dois princípios serão desenvolvidos que constituem as peças chaves do sistema de administração executiva³⁶: a sujeição da Administração Pública a normas jurídicas diferentes das do Direito Privado (I) e a existência de uma jurisdição administrativa especializada (II).

É ao abrigo desses dois princípios que será analisado o regime administrativo moçambicano.

³² CISTAC G., “O Anteprojecto de Lei dos órgãos locais do Estado e o processo de autarcização”, *Rev. Jur. da Faculdade de Direito*, Dez-2002.- Vol. V, pp. 1-45.

³³ Decreto n.º 30/2001: Aprova as Normas de Funcionamento dos Serviços da Administração Pública e revoga o Decreto n.º 36/89, de 27 de Novembro, B.R., 15 de Outubro de 2001, Suplemento, I Série – N.º 41.

³⁴ Lei n.º 9/2001: Lei do Processo Administrativo Contencioso, B.R., 7 de Julho de 2001, Suplemento, I Série – N.º 27.

³⁵ VEDEL G. e DELVOLVÉ P., *Droit administratif*, Tomo 1, 12ª ed., Paris, PUF, 1992, p. 95 e seguintes.

³⁶ WEIL P., *O Direito Administrativo*, Coimbra, Ed. Almedina, 1977, p. 11.

I – A SUJEIÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A REGRAS DISTINTAS DO DIREITO PRIVADO

Apesar do facto de constituir, segundo a fórmula de PROSPER WEIL, “*um direito político*”³⁷ cuja existência “... *é em alguma medida fruto de um milagre*”³⁸ – o Governo é o único a deter directamente a força pública – nem por isso, se pode dizer que o Direito Administrativo seja um direito ao serviço exclusivo do Poder público e da Administração Pública.

JEAN RIVERO explanou claramente que: “*Por um lado, as normas do direito administrativo diferenciam-se das normas do direito privado enquanto conferem aos órgãos públicos poderes que não existiam nas relações entre particulares: é o conjunto das prerrogativas do poder público. Mas, ao contrário, o direito administrativo impõe amiúde à Administração obrigações muito mais estreitas do que ao do direito privado faz pesar sobre os particulares. Estes, por exemplo, escolhem livremente o fim das suas actividades, enquanto a Administração está adstrita à prossecução exclusiva do interesse geral; eles escolhem livremente os seus contraentes, enquanto para a Administração esta escolha resulta em grande parte de processos de designação automática. Poder-se-iam multiplicar os exemplos destas derrogações ao direito comum que tornam a Administração não mais poderosa, mas sim vinculada, que os particulares entre si. A quase totalidade das normas de direito administrativo pode reconduzir-se a uma ou a outra destas derrogações do direito privado – derrogações para mais e derrogações para menos – umas e outras explicáveis pelas necessidades do interesse geral e por vezes pelas do serviço público*”³⁹.

Assim, é a luz desses parâmetros que será analisado o Direito Administrativo Moçambicano, ou seja, um direito que confere à Administração prerrogativas sem equivalente nas relações privadas (A) e um direito que impõe a Administração sujeições mais estritas do que aquelas a que estão submetidos os particulares (B).

A. As prerrogativas da Administração Moçambicana à luz do direito vigente

Um dos princípios estruturante do regime administrativo é de que a Administração deve ter privilégios e poderes para cumprir eficazmente as suas missões e tarefas de interesse público, que lhes são atribuídas. As prerrogativas da Administração Moçambicana podem ser classificadas em duas grandes categorias⁴⁰. Primeiro, a Administração Pública dispõe de poderes em relação aos particulares (a); segundo, a Administração Pública beneficia de protecções especiais que lhes são concedidas, pela ordem jurídica, contra a acção dos particulares (b).

a) Os poderes

³⁷ Como explana o autor: “*De qualquer forma, os seus conceitos, regras e instituições não podem ser apreciados com a ajuda dos padrões de uso corrente no direito civil. Ele insere-se em problemas fundamentais da ciência política como são as relações entre o Estado e o cidadão, a autoridade e a liberdade, a sociedade e o indivíduo*”, Idem, p. 9.

³⁸ Idem, p. 11. Como refere o autor: “*Mas causa admiração que o próprio Estado se considere “ligado” (vinculado) pelo direito ...*”, Idem, p. 8.

³⁹ RIVERO J., *Direito Administrativo*, Livraria Almedina, Coimbra – 1981, p. 42.

⁴⁰ Esta classificação é, ao mesmo tempo, clássica e comum aos sistemas de administração executiva, cfr. BRAIBANT G., STIRN B., *Le droit administratif français*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques/Dalloz 4.^aed. 1997, p. 175 e seguintes.

A Administração Pública Moçambicana tem poderes de decisão e de execução. Por outras palavras, o que caracteriza o Direito Administrativo Moçambicano na ordem das prerrogativas, como, em regra geral, em qualquer outro sistema de administração executiva, é a faculdade que lhe é conferida de tomar decisões juridicamente executórias (1) e de garantir a sua execução material (2); como fundamentou PROSPER WEIL: “... *para satisfazer às necessidades do serviço, a administração deve dispôr dos meios de acção necessários. Daí a noção de prerrogativas de direito público ou de meios exorbitantes do direito comum. Enquanto na vida privada os direitos e obrigações só se criam por via contratual, a administração, no interesse do serviço público, deve poder impôr obrigações aos particulares unilateralmente e sem primeiro passar pelo juiz; e a sua decisão deve ser considerada juridicamente válida enquanto o interessado não a tenha feito anular pelo juiz*”⁴¹.

1. O poder de decisão

Lato sensu a decisão é um acto jurídico pelo qual uma autoridade administrativa modifica o ordenamento jurídico. O termo é expressamente consagrado na Constituição da República no que concerne à determinação do âmbito de conhecimento do Tribunal Administrativo⁴².

Na lógica do regime administrativo ou sistema de administração executiva, a decisão administrativa é concebida como uma técnica eficaz de governação (1.1.) com um conteúdo abrangente (1.2.).

1.1. A decisão administrativa como técnica eficaz de governação

No regime administrativo, a Administração Pública dispõe de privilégios quando aprova decisões. Ela pode-se dispensar, ao mesmo tempo, do consentimento de terceiros e do juiz. Nesta perspectiva, a Administração Moçambicana dispõe de duas técnicas: o poder de decisão unilateral (1.1.1.) e o privilégio da execução prévia (1.1.2.).

1.1.1. O poder de decisão unilateral

O poder de decisão unilateral pode-se definir como sendo o poder de modificar unilateralmente o ordenamento jurídico por exclusiva autoridade, e sem necessidade de obter o acordo do interessado⁴³.

Este importante poder pode exercer-se a dois níveis.

Primeiro, ao nível regulamentar com a possibilidade de a Administração aprovar actos que se aplicam a toda uma categoria de particulares (por exemplo, quando o Conselho de Ministros aprova o Regulamento de Transporte Marítimo Comercial⁴⁴ ou o Regulamento das Empresas de Segurança Privada⁴⁵ ou quando o Ministro da Saúde, por Despacho, aprova o

⁴¹ WEIL P., *O Direito Administrativo*, op. cit., pp. 22-23.

⁴² Alínea b) do n.º 1 do Artigo 229 da Constituição.

⁴³ Cfr. sobre a noção, FREITAS DO AMARAL D., *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Livraria Almedina – Coimbra, 2002, p. 21 e seguintes.

⁴⁴ Decreto n.º 35/2007: Aprova o Regulamento de Transporte Marítimo Comercial e revoga o Decreto n.º 18/2002, de 27 de Junho, B.R., 14 de Agosto de 2007, 3.º Suplemento, I Série – N.º 32. Neste caso concreto, o âmbito de aplicação deste diploma abrange os armadores nacionais envolvidos nos diferentes tráfegos e actividades.

⁴⁵ Decreto n.º 9/2007: Aprova o Regulamento das Empresas de Segurança Privada, B.R., 30 de Abril de 2007, Suplemento, I Série – N.º 17.

Regulamento de Atribuição de Casas aos trabalhadores da saúde⁴⁶) ou a todos esses (por exemplo, qualquer particular que deseja realizar uma actividade comercial estará sujeito ao Regulamento do Licenciamento da Actividade Comercial⁴⁷).

Segundo, ao nível individual, com a possibilidade de tomar decisões que se aplicam em casos individuais e concretos. É o caso, por exemplo, quando a Ministra da Mulher e da Acção Social delega competência na Directora de Recursos Humanos do seu Ministério, nomeadamente designada⁴⁸, quando a Primeira Ministra anula uma adjudicação⁴⁹ ou quando o Ministro do Interior profere um despacho de expulsão de um cidadão estrangeiro⁵⁰.

Em todos casos, a decisão da Administração Pública não está subordinada ao acordo prévio dos interessados mesmo se esses devem ser informados ou consultados.

Este poder de decisão unilateral existe, também, em matéria contratual. No âmbito dos contratos administrativos, a Administração dispõe, na fase da sua execução, de alguns poderes de acção unilateral em relação ao contraente que não têm equiparação nos contratos sujeitos ao direito privado (por exemplo, o poder de modificação unilateral do conteúdo das prestações do seu co-contratante ou o poder de rescindir o contrato por conveniência do interesse público).

Mas particularmente, o Artigo 45 do Decreto n.º 54/2005, de 13 de Dezembro⁵¹, precisa as prerrogativas da entidade pública contratante no âmbito dos contratos sujeitos à referida regulamentação. Nesta perspectiva, a Administração Pública tem a prerrogativa de: rescindir unilateralmente o contrato, suspender a execução do contrato e aplicar as sanções pela inexecução total ou parcial do contrato.

1.1.2. O privilégio de execução prévia

O privilégio de execução prévia é definido pela alínea g) do Artigo 1 do Decreto n.º 30/2001, de 15 de Outubro como “*poder ou capacidade legal de executar actos administrativos definitivos e executórios, antes da decisão jurisdicional sobre o recurso interpostos pelos interessados*”. Este privilégio constitui, de acordo com a alínea a) do Artigo 16 do referido Decreto uma garantia da Administração Pública; como estabeleceu a Primeira Secção no Acórdão WACKENHUT MOÇAMBIQUE, LIMITADA, de 30 de Outubro de 2007⁵², os principais atributos que caracterizam o acto administrativo são: “... a imperatividade, que consiste na prerrogativa que tem a Administração Pública de fazer valer a sua autoridade, tornando obrigatório o conteúdo do seu acto para todos aqueles a quem mesmo se dirige, os que têm de o acatar, no caso dos particulares; e a exigibilidade/auto-executoriedade, em virtude dos quais, em face do não acatamento ou incumprimento da decisão, pelos

⁴⁶ Despacho: Aprova o Regulamento de Atribuição de Casas aos trabalhadores da saúde, B.R., 9 de Janeiro de 2008, I Série – N.º 2.

⁴⁷ Decreto n.º 49/2004: Aprova o Regulamento do Licenciamento da Actividade Comercial, e revoga os Decretos n.º s 43/98, de 9 de Setembro, e 7/98, de 28 de Dezembro, B.R., 17 de Novembro de 2004, I Série – N.º 46.

⁴⁸ Despacho: Delega competências na Directora de Recursos Humanos, Maria das Dores Salvador Machaieie, B.R., 23 de Agosto de 2007, 2.º Suplemento, I Série – N.º 34.

⁴⁹ Despacho: Anula a adjudicação feita a favor do Grupo Mozip, Limitada, da Unidade de Produção Onze (U.P. 11), B.R., 30 de Outubro de 2007, 5.º Suplemento, I Série – N.º 43.

⁵⁰ TA-S: MOMAD ALTAF MAHMAD BASSIR, 28 de Outubro de 2003, Proc. 85/03-1ª; TA-S: MAMAD BASSIR MAHMAD IBRAIMO, 28 de Outubro de 2003, Proc. 86/03-1ª; TA-S: MOHAMED KAIUM IBRAIMO, 6 de Novembro de 2003, Proc. 87/03-1ª; TA-S: MAMAD BASSIR MAHAMAD IBRAIMO, MOMAD ALTAF MAHAMAD BASSIR e MOHAMAD KAYUM MAHOMED BACHIR, 5 de Dezembro de 2008, Proc. 88/2003-1ª.

⁵¹ Decreto n.º 54/2005: Aprova o Regulamento de Contratação de Empreitadas de Obras Públicas, Fornecimento de Bens e Prestação de Serviços ao Estado, B.R., 13 de Dezembro de 2005, 3.º Suplemento, I Série – N.º 49.

⁵² TA-S: WACKENHUT MOÇAMBIQUE, LIMITADA, 30 de Outubro de 2007, Proc. 06/2007-1ª.

particulares, a Administração Pública, em consequência do privilégio de execução prévia de que goza, pode impôr e mandar cumprir, coactivamente e por meios próprios, as obrigações criadas pelo acto por si expedido, sem necessidade de recorrer a outros poderes, nomeadamente, ao judiciário”.

O privilégio da execução prévia resulta da possibilidade que a Administração tem de tomar decisões executórias, isto é, a Administração é dispensada, para realizar os seus direitos, do prévio recurso a um tribunal. Por outras palavras, o privilégio da execução prévia significa que o acto é revestido de uma presunção de legalidade que obriga o seu destinatário a executá-lo antes de qualquer contestação⁵³.

Esta situação atribui à Administração, pelo menos, duas vantagens.

Primeiro, no âmbito do processo administrativo contencioso, o recurso contencioso não tem efeito suspensivo da eficácia da decisão impugnada⁵⁴, isto é, o facto de que o particular recorre do acto administrativo não impede este de ser executado e a Administração poderá executar este acto apesar de ter um recurso deste pendente perante o juiz.

Segundo, no caso em que um particular contesta as pretensões da Administração, é ele que deverá recorrer ao juiz; por outras palavras, como esclarece ANDRÉ DE LAUBADÉRE, “... com o privilégio de execução prévia, a Administração constrange o administrado a tomar no processo a posição desfavorável de recorrente”⁵⁵. Assim, a posição da Administração é bastante vantajosa porque, perante o juiz, é o recorrente que deverá provar a ilegalidade da decisão recorrida. O particular estará, pois, numa situação desfavorável em relação à Administração.

É importante realçar que esta prerrogativa de execução prévia está sujeita a uma obrigação: a Administração não pode renunciar neste privilégio. Com efeito, as prerrogativas da Administração Pública não lhes são atribuídas nem no seu próprio interesse, e nem no interesse dos funcionários, mas, pelo contrário, pela prossecução do interesse geral. Assim, a Administração não pode renunciar ao privilégio de execução prévia, mesmo se desejá-lo.

1.2. Um conteúdo múltiplo, diverso e abrangente

Regra geral, a Administração Pública pode apenas tomar as decisões que o direito a autoriza a praticar ou aprovar; como ensina DIOGO FREITAS DO AMARAL: “... a Administração só pode fazer aquilo que a lei lhe permitir que faça”⁵⁶; é, de uma certa forma, uma sujeição. Todavia, o domínio da sua intervenção é muito vasto. Na prática, a Administração Pública pode tomar decisões de carácter regulamentar (1.2.1.) ou individuais e concretas (1.2.2.) em vários domínios.

1.2.1. O poder regulamentar

O poder regulamentar é uma das características do poder de decisão da Administração. A título de exemplo, de acordo com a alínea f) do n.º 1 do Artigo 204 da Constituição, “*Compete, nomeadamente, ao Conselho de Ministros (...) regulamentar a actividade*

⁵³ ROUSSET M., *Droit administratif*, Vol. I, Grenoble, PUG, 1994, p. 151; WEIL P., *O Direito Administrativo*, op. cit., p. 23.

⁵⁴ N.º 1 do Artigo 29 da Lei n.º 9/2001, de 7 de Julho.

⁵⁵ LAUBADÉRE A DE., J.C. VENEZIA J.C., GAUDEMET Y., *Traité de Droit administratif*, Tome I, Paris, 13.ª Ed., LGDJ, 1994, n.º 977.

⁵⁶ FREITAS DO AMARAL D., *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, op. cit., p. 43.

económica e dos sectores sociais”. No fundamento desta disposição constitucional, o Governo aprovou vários regulamentos⁵⁷.

Por exemplo, o Governo aprovou na base do referido fundamento, o Regulamento do Consumo e Comercialização do Tabaco⁵⁸, o Regulamento de Cobrança da Taxa de Passageiros⁵⁹ ou o Regulamento sobre a Bio-Segurança relativa à Gestão de Organismos Geneticamente Modificados (O.G.M.)⁶⁰.

Assim, a Administração tem a possibilidade de tomar medidas que podem se impor a toda uma categoria de particulares ou a todos eles.

1.2.2. As decisões individuais de natureza administrativa e/ou financeira

A Administração possui, igualmente, poderes de decisão individual de natureza administrativa (1.2.2.1.) e/ou financeira (1.2.2.2.).

1.2.2.1. As decisões individuais de natureza administrativa

Os poderes de natureza administrativa são numerosos e variados; alguns exemplos práticos demonstrarão a importância desses poderes.

Em primeiro lugar, a Administração pode estabelecer unilateralmente prestações a cargo de terceiros. Trata-se de medidas pelas quais a Administração pode impor a um particular o fornecimento de bens, de serviços ou de actividades, unilateralmente, sem obter previamente o seu consentimento num quadro contratual predeterminado.

Esta prestação pode ter um carácter definitivo. É o caso, em particular, numa situação de cessão forçada como é o caso da *expropriação* em que a Administração pode obrigar um particular a ceder-lhe um bem de natureza imobiliária⁶¹.

É também, o caso, no procedimento de *alinhamento* que permite à Administração fixar o limite entre a via pública e os prédios urbanos construídos à beira⁶² e, conseqüentemente, impor aos proprietários de prédios urbanos construídos fora do alinhamento de obrigar os proprietários a recuá-los ou avançá-los em relação à via pública; é uma obrigação imposta

⁵⁷ Vide, na vigência da Constituição de 1990, CISTAC G., “Poder legislativo e Poder regulamentar na Constituição da República de Moçambique de 30 de Novembro de 1990”, *Rev. Jur. da Faculdade de Direito*, Dez-1996.- Vol. I, pp. 7-29.

⁵⁸ Decreto n.º 11/2007: Aprova o Regulamento do Consumo e Comercialização do Tabaco, B.R., 30 de Maio de 2007, I Série – N.º 22.

⁵⁹ Decreto n.º 73/2007: Aprova o Regulamento de Cobrança de Taxa de Passageiros, B.R., 24 de Dezembro de 2007, 5.º Suplemento, I Série – N.º 51.

⁶⁰ Decreto n.º 6/2007: Aprova o Regulamento sobre a Bio-Segurança relativa à Gestão de Organismos Geneticamente Modificados (O.G.M.), B.R., 25 de Abril de 2007, I Série – N.º 17.

⁶¹ Cfr. Decreto n.º 43 587: Promulga o Regulamento das Expropriações – Revoga os Decretos n.ºs 37 758 e 39 043, B.O, 8 de Junho de 1968, I Série – N.º 23. Vide, dois casos concretos, CASTELO CHIPUALE F., *Os Problemas Jurídicos Inerentes às Expropriações no âmbito da Construção da Estrada Maputo – WITBANK*, Trabalho de Fim de Curso, Fac. de Direito da UEM, 2002 (np); Decreto n.º 9/2005: Afecta ao domínio público do Estado todas as faixas laterais da Estrada Nacional N.º 1, B.R., 27 de Abril de 2005, I Série – N.º 17. Vide, também, em matéria de produção, transporte ou distribuição de energia eléctrica, cfr., Artigo 30 da Lei n.º 21/97 que regula a actividade de produção, transporte, distribuição e comercialização de energia eléctrica, como a sua importação e exportação cria o Conselho Nacional de Electricidade, B.R., 7 de Outubro de 1997, 3.º Suplemento, I Série – N.º 40; Vide, também, o Artigo 20 da Lei n.º 19/2007: Aprova a Lei de Ordenamento do Território, B.R., 18 de Julho de 2007, I Série – N.º 29; artigos 68, 69, 70, 71, do Decreto n.º 23/2008 que aprova o Regulamento da Lei de Ordenamento do Território, B.R., 1 de Julho de 2008, 3.º Suplemento, I Série – N.º 26.

⁶² CAETANO M., *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, Livraria Almedina Coimbra – 1994, p. 927; MARTINS GOMES H., “Alinhamento”, DJAP, Vol. I, Lisboa – 1990, pp. 372-373.

pela Administração a quem pretenda licença para edificar ou reedificar em terrenos confinantes com ruas ou outros lugares públicos⁶³.

Do mesmo modo, há cessão de propriedade quando há requisição forçada de bens alimentícios⁶⁴.

A prestação forçada pode ter, também, um carácter temporário. É o caso, em particular, quando a Administração, pelas necessidades impostas pela execução de uma obra pública, ocupa, temporariamente, o terreno de um particular e isto, mesmo se este não concorda com esta medida.

Em segundo lugar, a Administração possui um poder de sanção para reprimir comportamentos contrários a regulamentação vigente. Assim, sanções administrativas podem ser infligidas pela cometimento de infracções relativa à regulamentação do licenciamento da actividade industrial (multas, encerramento de estabelecimento⁶⁵).

Em terceiro lugar, o regime da função pública integra numerosos actos unilaterais que a Administração realiza desde o ingresso do agente na função pública até a sua reforma (por exemplo, despachos de despromoção, demissão ou expulsão⁶⁶).

Finalmente, no âmbito das relações contratuais, a Administração pode, em algumas circunstâncias, infligir penalidades a seu co-contratante, nomeadamente, no caso de atraso na execução de obras ou quando ocorrem infracções às obrigações assumidas pelo co-contratante⁶⁷. Ela pode, também, impor modificações unilaterais do contrato, tais como um aumento ou redução do volume das obras.

1.2.2.2. As decisões individuais de natureza financeira

A Administração Pública tem, também, poderes de natureza financeira. Primeiro, a Administração como “*sujeito activo da relação tributária*” pode cobrar *impostos* ou seja, a Administração é “*titular de direito de exigir o cumprimento das obrigações tributárias*” quando autorizada por lei⁶⁸ enquanto que é vedado a um particular exercer um poder tributário sobre um outro particular.

Segundo, quando um particular é devedor da Administração, esta pode emitir um *título executivo* para cobrança coerciva⁶⁹ ou uma certidão de dívida⁷⁰ que constitui uma decisão

⁶³ Art. 9.º do Diploma Legislativo n.º 1976 que aprova o Regulamento Geral das Edificações Urbanas, publicado no Suplemento ao Boletim Oficial, de 01 de Maio de 1960, I Série – N.º 19; alínea f) do Artigo 46, alínea a) do Artigo 72 e Artigo 87 do Decreto n.º 23/2008, de 1 de Julho.

⁶⁴ Por exemplo, no caso de iminência ou ocorrência de calamidades naturais, cfr. n.º 2 do Artigo 46 do Decreto n.º 11/2005: Aprova o Regulamento da Lei dos Órgãos Locais do Estado, B.R., 10 de Junho de 2005, 2.º Suplemento, I Série – N.º 23.

⁶⁵ Vide, Artigos 35, 36, 37, 38 e 39 do Decreto n.º 39/2003, de 26 de Novembro.

⁶⁶ Cfr., Artigo 81 e seguintes da Lei n.º 14/2009: Aprova o Estatuto Geral dos Funcionários e Agentes do Estado, abreviadamente designado por EGFAE, B.R., 17 de Março de 2009, 3.º Suplemento, I Série – N.º 10.

⁶⁷ Vide, por exemplo, em matéria de contrato de concessão de produção, transporte, distribuição, comercialização, importação e exportação de energia eléctrica, cfr. Artigo 27 do Decreto n.º 8/2000 que aprova o Regulamento que estabelece as competências e os procedimentos para atribuição, controlo e extinção de concessões de produção, transporte, distribuição e comercialização de energia eléctrica, bem como a sua importação e exportação, B.R., 20 de Abril de 2000, 3.º Suplemento, I Série – N.º 16.

⁶⁸ Artigo 8 da Lei n.º 15/2002: Estabelece os princípios de organização do Sistema Tributário da República de Moçambique, define as garantias e obrigações do contribuinte e da administração tributária, e revoga a Lei n.º 3/87, de 19 de Janeiro e a Lei n.º 8/88, de 21 de Dezembro, B.R., 26 de Junho de 2002, Suplemento, I Série – N.º 26; Artigo 4 da Lei n.º 2/2006 que estabelece os princípios e normais gerais do ordenamento jurídico tributário moçambicano e aplicáveis a todos os tributos nacionais e autárquicos, B.R., 22 de Março de 2006, I Série – N.º 12.

⁶⁹ Vide, por exemplo, o n.º 2 do Artigo 87 do Decreto n.º 23/2008, de 1 de Julho. No caso das empresas públicas, os documentos emitidos em conformidade com a sua escrita servem de título executivo contra quem se

financeira que pode ser executada jurídica e materialmente. Neste caso, o particular tem a obrigação a ordem de pagamento da quantia de dinheiro estabelecida pelo título⁷¹. Além disso, a administração tributária, em particular, pode, nos termos da lei, tomar providências cautelares para garantia dos créditos tributários em caso de fundado receio de frustração da sua cobrança ou de destruição ou extravio de documentos ou outros elementos necessários ao apuramento da situação tributária dos sujeitos passivos e demais obrigados tributários. As providências cautelares consistem na apreensão de bens, direitos ou documentos ou na retenção, até à satisfação dos créditos tributários, de prestações tributárias a que o sujeito passivo tenha direito⁷².

2. O poder de execução

Todas as decisões administrativas são executórias por si mesmas. Em particular, o “Acto administrativo definitivo e executório” constitui uma “*decisão com força obrigatória e dotada de exequibilidade sobre um determinado assunto, tomada por um órgão de uma pessoa colectiva de direito público*”⁷³. Quando o particular aceita espontaneamente executar a decisão, não há dificuldade; mas no caso em que existe uma resistência por parte do administrado, ao cumprimento da referida decisão, um conflito objectivamente aparece que suscita a questão de saber como a decisão será materialmente executada.

A Administração dispõe de duas vias para garantir o cumprimento material das suas decisões: uma via que se pode considerar de “comum” no sentido de que a Administração como o particular pode recorrer ao juiz para fazer cumprir a sua decisão (2.1); a segunda é mais original, é a própria Administração que, sem a intervenção prévia de qualquer autoridade judicial, procede ela própria, à execução material das suas decisões: é o Poder de execução forçada (2.2.).

2.1. Os processos judiciais

Estes processos são essencialmente de natureza penal. Se um particular recusa cumprir com uma decisão administrativa, ele poderá ser processado perante a jurisdição penal e condenado a penas de multas e de prisão consoante a gravidade da infracção cometida.

Esta situação subsume-se no conceito de “Desobediência” previsto no Artigo 188.º do Código Penal que estabelece que: “*Aquele que (...) faltar à obediência devida às ordens ou mandados legítimos da autoridade pública ou agentes dela, será condenado a prisão até três meses, se por lei ou disposição de igual força não estiver estabelecida pena diversa.*”

§1.º - *Compreendem-se nesta disposição aqueles que infringirem as determinações de editais da autoridade competente, que tiverem sido devidamente publicados...*”⁷⁴.

Na prática, numerosos diplomas prevêm sanções penais pela violação de normas administrativas; é o caso, em particular, das sanções penais estabelecidas pelo Código da Estrada⁷⁵ ou pela legislação tributária⁷⁶.

mostrar devedor para as referidas empresas, crf., Artigo 41 da Lei n.º 17/91: Aprova a Lei das Empresas Públicas, B.R., 2.º Suplemento, I Série – N.º 31.

⁷⁰ Artigo 157 da Lei n.º 2/2006, de 22 de Março.

⁷¹ Todavia, quando esteja em causa o pagamento de quantia certa de natureza não sancionatória e tenha sido prestada caução por qualquer das formas administradas no Direito Processual Civil, o recurso contencioso desta decisão tem efeito suspensivo (n.º 2 do Artigo 29 da Lei n.º 9/2001, de 7 de Julho).

⁷² Artigo 164 da Lei n.º 2/2006, de 22 de Março.

⁷³ Alínea a) do Artigo 1 do Decreto n.º 30/2001, de 15 de Outubro.

⁷⁴ Vide, TA-S: WACKENHUT MOÇAMBIQUE, LIMITADA, 30 de Outubro de 2007, Proc. 06/2007-1ª.

⁷⁵ Vide, em particular os artigos 58 e seguintes do Decreto-Lei n.º 39: 672, de 6 de Novembro de 1959 (Código da Estrada).

2.2. O Poder de execução forçada

De acordo com a alínea f) do Artigo 1 do Decreto n.º 30/2001, de 15 de Outubro, entende-se por “Poder de execução forçada” a “*capacidade legal de executar actos administrativos definitivos e executórios, mesmo perante a contestação ou resistência física dos destinatários*”. Este poder constitui uma garantia da Administração Pública⁷⁷.

A execução forçada é necessária e possível. É necessária para garantir o cumprimento das decisões da Administração. O que seria de uma Administração, como componente do Poder Executivo, que não poderia garantir o cumprimento material das suas decisões?

É possível porque a Administração, que toma a decisão, dispõe, ao mesmo tempo, da força pública e conseqüentemente, da força material necessária para fazer cumprí-la. Mas a Administração não pode proceder ao cumprimento forçado das suas decisões sem respeitar os trâmites processuais legalmente previstos que constituem garantias administrativas para os particulares.

Não existe no ordenamento jurídico moçambicano normas jurídicas que regulam, de forma geral, a execução forçada. Pelo contrário, são vários diplomas que estabelecem, caso a caso, o regime aplicável num determinado sector.

É o caso, em particular, em matéria de Licenciamento de Obras Particulares. Pode-se imaginar facilmente a situação na qual a autoridade licenciadora ou outras entidades com atribuições legais para o efeito ordenam a demolição de uma obra fixando para o efeito o respectivo prazo porque a obra, por exemplo, não respeita os requisitos previstos em matéria de salubridade, solidez ou segurança contra o risco de incêndio. Pode acontecer que o dono da obra opõe resistência activa ou passiva à ordem de demolição. Neste caso, a regulamentação vigente prevê um procedimento, ao mesmo tempo, equilibrado e cauteloso em relação aos direitos dos particulares e da própria Administração⁷⁸.

Primeiro, a demolição não poderá ser ordenada sem que se proceda a vistoria, com observação da execução das obras necessárias para corrigir más condições de conservação, salubridade, solidez e segurança contra risco de incêndio. Por outras palavras, a Administração deve tomar o cuidado de verificar se existe efectiva e objectivamente uma situação factual contrária aos requisitos previstos na regulamentação vigente considerados como essenciais para garantir o interesse público *lato sensu*. Assim, a demolição tem lugar quando o prosseguimento das obras for irremediavelmente incompatível com o projecto aprovado, com a segurança de pessoas ou bens, com os instrumentos de planeamento territorial ou com a legislação sobre terras, ambiente e construção. Além disso, a demolição pode também ter lugar quando, por razões de interesse público, os direitos de uso e aproveitamento da terra hajam sido revogados ou as propriedades revertidas para o Estado, ou ainda quando as construções se desenvolvam ilegalmente em zona de reserva.

Segundo, o interessado deve ser ouvido no processo para conhecer e avaliar o seu ponto de visto e argumentos. Com efeito, de acordo com a regulamentação vigente⁷⁹, “*A ordem de demolição (...) é antecedida de audição do interessado, que dispõe de 15 de dias a contar da data da sua notificação para se pronunciar sobre o seu conteúdo*”.

Terceiro, a entidade ordenante procede à demolição da obra por conta do infractor⁸⁰.

⁷⁶ Cfr., artigos 41 e seguintes da Lei n.º 15/2002, de 26 de Junho; Artigo 193 e seguintes da Lei n.º 2/2006, de 22 de Março.

⁷⁷ Alínea d) do Artigo 16 do Decreto n.º 30/2001, de 15 de Outubro.

⁷⁸ Artigo 50 do Decreto n.º 2/2004, de 31 de Março que aprova o Regime de Licenciamento de Obras Particulares, B.R., 31 de Março de 2004, I Série – N.º 13.

⁷⁹ N.º 5 do Artigo 50 do Decreto n.º 2/2004, de 31 de Março.

⁸⁰ Com efeitos, as quantias relativas às despesas quando não pagas voluntariamente são cobradas judicialmente, servindo de título executivo a certidão, passada pelos serviços competentes, comprovativa das despesas

Em todo caso, a execução forçada de um acto ilegal bem como a execução forçada irregular de um acto legal são ambas fontes de responsabilidade⁸¹.

É também o caso quando o Instituto Nacional de Viação ordena a apreensão de veículos quando não tenham a matrícula regularizada ou o título de registo de propriedade regularizados, quando sejam encontrados a transitar estando o respectivo livrete apreendido ou quando sejam encontrados a transitar sem o respectivo número de matrícula ou com um número diferente⁸².

b) As protecções

A segunda vertente das prerrogativas administrativas é constituída pelas “protecções” especiais que beneficiam à Administração. Entende-se que em razão das missões e tarefas que a Administração desempenha, esta deve-se beneficiar de algumas “protecções” que lhes permitem realizar eficazmente essas.

Nesta perspectiva, pode-se distinguir dois tipos de protecção: a dos seus agentes (A); e a dos seus bens (B).

A. A protecção dos agentes da Administração

Os funcionários das administrações públicas dispõem de uma protecção particular que lhe é garantida, não apenas no seu interesse, mas, também, no interesse da administração.

Dois pontos de vista podem ser analisados para ilustrar esta protecção. Primeiro do ponto de vista civil, os funcionários beneficiam de uma protecção contra as acções em responsabilidade (a); segundo, do ponto de vista estatutário, os funcionários beneficiam de uma protecção contra injúrias e violências a eles dirigidas (b).

a) A protecção contra as acções em responsabilidade

Regra geral, caso um funcionário cause danos decorrentes de um facto ilícito culposo não é ele próprio que deverá reparar o prejuízo causado, mas a própria Administração, o que constitui, ao mesmo tempo, uma prerrogativa, ou seja, a protecção dos funcionários, e uma sujeição porque a Administração deverá indemnizar a entidade prejudicada no lugar do funcionário causador do prejuízo^{83 84}.

Quando um funcionário actua no âmbito do serviço e das suas funções – “*dentro da sua competência legal, com observância das formalidades reputadas essenciais e para a realização dos fins da lei*”⁸⁵ - e que, nesta posição, praticou um acto ou facto ilícito, é a administração que se responsabiliza e não o funcionário⁸⁶. Com efeito, como ensinam GUY BRAIBANT e BERNARD STIRN: “... *os tribunais, ao abrigo da separação de poderes, não*

efectuadas (n.º 7 do Artigo 50 do Decreto n.º 2/2004, de 31 de Março). A resistência à autoridade ordenante é punida nos termos gerais do Artigo 186.º do Código Penal. Vide, também, o caso de demolição de obras contrárias a instrumentos de ordenamento territorial, cfr., Artigo 87 do Decreto n.º 23/2008, de 1 de Julho.

⁸¹ N.º 2 do Artigo 58 da Constituição.

⁸² Artigo 43.º do Código da Estrada.

⁸³ BRAIBANT G., STIRN B., *Le droit administratif français*, op. cit., p. 196.

⁸⁴ É de realçar o caso particular dos funcionários da fiscalização tributária que sejam arguidos em processo judicial por actos cometidos ou ocorridos em exercício ou por causa das suas funções que têm direito a ser assistidos por advogado, indicado pelo dirigente máximo do serviço, ouvido o interessado, retribuído a expensas do Estado, bem como a transporte e ajudas de custo, quando a localização do tribunal ou da entidade policial o justificarem, cfr., n.º 1 do Artigo 29 do Decreto n.º 19/2005: Aprova o Regulamento do Procedimento de Fiscalização Tributária, B.R., 22 de Junho de 2005, Suplemento, I Série – N.º 25.

⁸⁵ Artigo 464.º da Reforma Administrativa Ultramarina (RAU).

⁸⁶ Artigo 464.º da RAU.

*podem se intrometer no funcionamento da Administração e, se eles podiam julgar os funcionários pelas culpas funcionais, eles seriam inevitavelmente conduzidos a o fazer*⁸⁷.

No caso contrário, isto é, se o funcionário praticou acto ou facto ilícito fora das suas funções, o acto é meramente pessoal e o funcionário deverá assumir a exclusiva responsabilidade da reparação dos prejuízos causados.

Sendo o facto ilícito praticado pelo agente no exercício das suas funções e por causa desse exercício, a responsabilidade compete a Administração ou seja, pelos danos produzidos é responsável a pessoa colectiva de direito público a que pertença o agente⁸⁸; no caso contrário, isto é, se o funcionário excedeu os limites das suas funções – os “*actos e decisões (...) não forem praticados dentro da sua competência legal, com observância das formalidades essenciais estabelecidas na lei e para os fins desta*”⁸⁹ - responsabilidade compete exclusivamente aos titulares dos órgãos e aos agentes da pessoa colectiva de direito público, ou seja, pelos danos produzidos é responsável, única e exclusivamente, a pessoa do seu autor⁹⁰.

Todavia, a “imunidade” do funcionário não é total; a administração tem um *direito de regresso* contra o seu agente para pedir-lhe o reembolso dos indemnizações pagas à entidade prejudicada⁹¹.

b) A protecção contra as injúrias e violências

No plano estatutário, uma protecção é reconhecida aos funcionários contra injúrias e violências de que podem ser vítimas no exercício das suas funções. Esta protecção é expressamente afirmada no Estatuto Geral dos Funcionários e Agentes do Estado (alíneas c) e k) do Artigo 42) e mais particularmente, no Código Penal. Com efeito, o Artigo 182.º do referido Código prevê que: “*O crime declarado no artigo precedente, cometido contra algum agente da autoridade ou força pública (...) no exercício das respectivas funções, será punido*

⁸⁷ BRAIBANT G., STIRN B., op. cit., p. 196.

⁸⁸ Neste caso levanta-se o problema de saber se a responsabilidade pertence apenas à pessoa colectiva de direito público ou também ao autor do facto ilícito. Para MARCELLO CAETANO, em caso de *procedimento doloso* a pessoa colectiva é sempre solidariamente responsável com os titulares do órgão ou os agentes. Quer dizer que, nesta hipótese, o lesado pode exigir a indemnização à Administração ou ao titular do órgão ou agente, conforme bem lhe parecer, o que é útil sobretudo se o montante da indemnização for elevado e o titular do órgão ou agente for insolvente. Se em lugar de dolo tiver havido *negligência*, a responsabilidade perante o lesado compete exclusivamente à pessoa colectiva de direito público em causa. Mas aqui importa encarar duas sub-hipóteses: ou os titulares dos órgãos ou agentes procederam com negligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se achavam obrigados em razão do cargo, ou não. No primeiro caso, a pessoa colectiva de direito público goza do *direito de regresso* contra os titulares dos órgãos ou agentes que praticaram o facto; no segundo, não. Quer dizer: em caso de negligência grave, o lesado obtém a indemnização da Administração, mas esta pode depois reclamá-la do autor do facto ilícito culposo, que acaba por suportar o encargo correspondente; fora desse caso, é à Administração que cabe pagar a indemnização e suportar o encargo respectivo no seu próprio património; como refere explicitamente o referido autor: “*A primeira solução destina-se a proteger o lesado contra a insolvência do titular do órgão ou agente; a segunda tem por fim proteger o titular do órgão ou agente contra o risco de indemnizações devidas a outrem por faltas leves cometidas no desempenho de funções públicas*”, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, op. cit., n.º 456. A RAU, ainda vigente, estabelece apenas uma situação de responsabilidade solidária a do funcionário que praticou o acto fora da sua competência legal, com observância das formalidades essenciais estabelecidas na lei e para os fins desta com “*os que tiverem dado informação em que eles tivessem podido basear-se ou que, devendo ter informado contrariamente, não hajam dado informação escrita e nos termos legais*” (Artigo 465.º § único da RAU).

⁸⁹ Artigo 465.º da RAU.

⁹⁰ Artigo 465.º da RAU. Vide, CAETANO M., *ibid.*, n.º 456.

⁹¹ N.º 2 do Artigo 58 da Constituição; alínea c) do Artigo 16 do Decreto n.º 30/2001, de 15 de Outubro. Vide, por exemplo, o n.º 2 do Artigo 29 do Decreto n.º 19/2005, de 22 de Junho. Sobre as condições do direito de regresso, vide, na doutrina administrativista, CAETANO M., *ibid.*, n.º 456.

com prisão até três meses”⁹² e que: “Se as ofensas corporais, de que trata o artigo antecedente, forem praticadas contra as pessoas designadas no artigo 182.º, serão punidas com as penas estabelecidas para as ofensas corporais nos artigos 359.º e seguintes, mas sempre agravadas”. Do mesmo modo a coacção contra empregado público é punido nos termos do Artigo 187.º do Código Penal⁹³.

B. A protecção dos bens

Regra geral, o domínio público (a) e os bens administrativos (b) beneficiam de uma protecção especial.

a) O bens do domínio público

O regime jurídico dos bens do domínio público tem, entre outras, três características: é sujeito aos princípios de imprescritibilidade (1), inalienabilidade (2) e impenhorabilidade (3).

1. O princípio de imprescritibilidade

Nos termos da Constituição da República⁹⁴, o regime jurídico dos bens do domínio público, bem como a sua gestão e conservação deve respeitar o princípio da imprescritibilidade.

O princípio de imprescritibilidade significa que, praticamente, se um particular instalasse numa parcela do domínio público, e mesmo se este permaneça nesta um número indeterminado de anos, o referido particular jamais poderá adquirir a propriedade desta parcela por prescrição aquisitiva como ele como o poderia fazer no caso em que o terreno fosse propriedade de uma pessoa privada.

2. O princípio de impenhorabilidade

Qualquer que seja a natureza dos bens (obras públicas ou não), que fazem parte do domínio público ou não, esses são impenhoráveis. No que diz respeito aos bens do domínio público o fundamento é constitucional (n.º 3 do Artigo 98 da Constituição); no que concerne os outros, o fundamento é legislativo⁹⁵.

3. O princípio de inalienabilidade

O domínio público é inalienável⁹⁶. Por outras palavras não pode ser vendido. Assim, a Administração não pode dispor do domínio público, salvo se ela toma medidas prévias

⁹² O Artigo 181.º do Código Penal trata das ofensas, ameaças da consideração devida à autoridade e agentes específicos (magistrados, professores, examinadores públicos, etc...).

⁹³ Esta disposição prevê que: “*Todo o acto de violência para constranger qualquer empregado público a praticar algum acto de suas funções, a que a lei o não obrigar, se chegou a ter efeito, será punido, aplicando-se as disposições sobre o crime de resistência*”.

⁹⁴ N.º 3 do Artigo 98 da Constituição; alínea f) do Artigo 3 do Decreto n.º 23/2007: Aprova o Regulamento do Património do Estado, B.R., 9 de Agosto de 2007, Suplemento, I Série – N.º 32.

⁹⁵ Alínea a) do Artigo 60 da Lei n.º 9/2002 que cria o Sistema de Administração Financeira do Estado, B.R., 13 de Fevereiro, de 2002, 2.º Suplemento, I Série – N.º 7. Todavia, no que concerne os bens do domínio privado, são apenas os de “*uso especial do Estado*” que são impenhoráveis (domínio privado indisponível).

⁹⁶ Alínea a) do Artigo 60 da Lei n.º 9/2002, de 12 de Fevereiro; n.º 2 do Artigo 11 do Decreto n.º 23/2007, de 9 de Agosto.

legalmente previstas e cumprir com os procedimentos específicas de desclassificação e desafectação da coisa pública em causa.

c) Os bens administrativos

Regra geral, os bens administrativos beneficiam de uma protecção peculiar.

Com efeito, de acordo com a alínea a) do n.º 1 do Artigo 823.º do Código de Processo Civil⁹⁷: “1. Estão também isentos de penhora:

a) os bens do Estado, assim como as restantes pessoas colectivas, quando se encontrem afectados ou estejam aplicados a fins de utilidade pública...”⁹⁸.

O Direito Administrativo não é apenas um direito de prerrogativas, é, também, um direito de sujeições.

B. As sujeições da Administração Moçambicana à luz do direito vigente

O Direito Administrativo Moçambicano não integra apenas prerrogativas para Administração. A Administração Moçambicana tem, também, obrigações específicas que não existem, em regra geral, no Direito privado. Isto implica, que a referida Administração está numa situação paradoxal na qual essa está desprovida de direitos reconhecidos aos particulares.

Neste caso, alguns autores falaram de “*sujeições exorbitantes do direito comum*”⁹⁹ para caracterizar esta situação. Com efeito, em alguns casos as pessoas colectivas de Direito Público são obrigadas a praticar actos jurídicos ou materiais, a observar um comportamento pre-determinado ou a fornecer prestações.

Regra geral, essas obrigações são mais constrangedoras do que aquelas que o Direito Privado impõe para os particulares. É por isso que as administrações, às vezes, ou queixam dessas obrigações¹⁰⁰ ou tentam escapar a elas olhando para os instrumentos jurídicos do Direito Privado.

As sujeições constituem, como as prerrogativas, uma componente determinante do regime administrativo ou sistema de administração executiva¹⁰¹ e caracterizam, consequentemente, o conjunto dos elementos essenciais da actividade administrativa que exorbitam do direito comum: actos jurídicos (a), função pública (b) e regime dos bens públicos (c).

a) Sujeições e actos jurídicos

As sujeições relativas aos actos jurídicos atingem do mesmo modo as decisões (1) e os contratos administrativos (2).

⁹⁷ No que concerne o material fixo ou circulante dos caminhos de ferro, o vestuário que os empregados públicos devem usar no exercício da função e o equipamento dos militares, vide o n.º 1 do Artigo 822.º do Código de Processo Civil.

⁹⁸ Todavia, nos termos da mesma disposição legislativa, os mesmos podem ser penhoráveis se “... a execução for por coisa certa ou para pagamento de dívida com garantia real”.

⁹⁹ DUFAU V., *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif*, Paris, Ed. L’Harmattan, 2000, p. 11.

¹⁰⁰ Foi particularmente o caso em matéria de fiscalização prévia das despesas públicas realizadas pelo Tribunal Administrativo, vide, CISTAC G., *Estudo do impacto da Lei n.º 13/97, de 10 de Julho sobre o regime jurídico da fiscalização prévia das despesas públicas*, Maputo, UTRESP, Setembro de 2004 (np).

¹⁰¹ Como ensina PROSPER WEIL: “Sabe-se agora que os meios que exorbitam do direito comum podem consistir não só em prerrogativas mas também em sujeições ...”, *O Direito Administrativo*, op. cit., p. 57.

1. Decisões administrativas e sujeições

Numerosas sujeições enquadram o regime jurídico das decisões da Administração dentro das quais se pode destacar o princípio de intangibilidade das decisões individuais constitutivas de direitos (1.1.), o princípio de publicidade da actividade administrativa (1.2.) e o princípio de prossecução do interesse público (1.3.).

1.1. O princípio de intangibilidade das decisões individuais constitutivas de direitos

A decisão individual constitutiva de direitos, torna-se, em princípio, intangível desde que tenha produzido efeitos e a Administração já não a pode revogar, mesmo sendo ilegal¹⁰². O princípio da intangibilidade das decisões individuais constitutivas de direitos é uma das construções mais originais do regime administrativo¹⁰³.

1.2. O princípio de publicidade da actividade administrativa

As decisões, quer regulamentar quer individuais, são oponíveis aos particulares depois de terem sido levadas ao seu conhecimento pela publicação ou pela notificação¹⁰⁴.

No Acórdão ENTREPOSTO COMERCIAL DE MOÇAMBIQUE¹⁰⁵, a Primeira Secção do Tribunal Administrativo teve a ocasião de explicitar o princípio da seguinte forma:

“De acordo com um princípio geral de Direito Administrativo que é aplicável aos diversos órgãos da Administração Pública, o acto administrativo, para ser válido e produzir efeitos jurídicos pretendidos, tem de ser complementado com actos e formalidades que lhe vão conferir eficácia, sem os quais ele não produzirá tais efeitos.

De entre as formalidades essenciais, e para o caso em análise, a publicidade do acto constitui um passo indispensável, na medida em que o despacho recorrido tem como consequência extinguir ou diminuir os direitos da recorrente Entrepósito Comercial de Moçambique, SARL, ao pretender desanexar, por essa via, uma das parcelas do talhão 108 anteriormente concedida à recorrente por despacho de 8.6.90 da mesma entidade.

Ora, do compulsar dos autos constata-se que, na verdade, neles não se vislumbra qualquer indício de que a recorrente tivesse sido, em devido tempo e nos precisos termos em que a lei ordena, notificada do questionado despacho do Presidente do Conselho Municipal da Cidade de Maputo.

Não tendo isso acontecido, não restam dúvidas de que tal despacho encontra-se totalmente desprovido de eficácia o que tem como consequência jurídica a sua inoponibilidade perante terceiros. Este despacho pode até ser válido mas porque não lhe foi dada a devida publicidade, o mesmo é, juridicamente, ineficaz para produzir os efeitos pretendidos pelo seu autor, perante presumíveis ou conhecidos destinatários, o que o reconduz a situação de um despacho inexistente ou nulo, facto este que pode ser invocado pelos interessados e declarado pelos tribunais, por via do recurso ou oficiosamente, a todo tempo ...”¹⁰⁶.

¹⁰² N.º 2 do Artigo 126 da Lei n.º 14/2009, de 17 de Março.

¹⁰³ Este princípio foi explicitamente admitido pela Primeira Secção do Tribunal Administrativo no Acórdão MAHOMED HANIF ARUN AGIGE, de 18 de Novembro de 1999, Proc. 29/94-1ª, em, CISTAC G., *Jurisprudência Administrativa de Moçambique*, Volume 1 (1994-1999), Maputo, Ed. Tribunal Administrativo – 2003, p. 746.

¹⁰⁴ Cfr. n.º 2 do Artigo 7 e Artigo 63 do Decreto n.º 30/2001, de 15 de Outubro.

¹⁰⁵ TA-S: ENTREPOSTO COMERCIAL DE MOÇAMBIQUE, 4 de Maio de 1999, Proc. 6/96-1ª, em, CISTAC G., *Jurisprudência Administrativa de Moçambique*, Volume 1, op. cit., p. 601.

¹⁰⁶ Idem, p. 605.

1.3. O princípio de prossecução do interesse público

Os particulares escolhem livremente os seus fins; a Administração está adstrita à prossecução do interesse geral¹⁰⁷ e “... *os funcionários e demais agentes do Estado estão exclusivamente ao serviço do interesse público*”¹⁰⁸ e, ainda mais rigorosamente, em muitos casos, à prossecução do preciso fim assinalado pela lei a cada tipo de poder.

2. Contratos administrativos e sujeições

A Administração pública celebra tanto contratos de direito privado, submetidos às regras do Código Civil, como contratos administrativos. Ora o que caracteriza o contrato administrativo é precisamente, além de um conjunto original de prerrogativas, as sujeições “... *todas inspiradas pela finalidade da actividade administrativa*”¹⁰⁹.

As sujeições aparecem desde o estágio da formação do contrato: a administração não dispõe de uma competência discricionária para escolher a seu co-contratante e deve observar a este respeito regras bastante estritas¹¹⁰.

Além disso, o co-contratante tem direito não só à remuneração prevista no contrato, mas ainda ao restabelecimento do equilíbrio financeiro do seu contrato (pela revisão do contrato¹¹¹ ou pelo atribuir de uma indemnização), quando este foi fortemente abalado.

b) Sujeições e função pública

Os particulares escolhem livremente os seus empregados e os seus co-contratantes; a administração está sujeita a severas regras para o recrutamento dos agentes públicos (1). Além disso, os funcionários têm direito ao desenvolvimento da sua carreira (2) e a indisponibilidade da competência (3).

1. Competência regulada na escolha dos funcionários

A administração não dispõe de um poder discricionário de recrutamento dos seus funcionários. Deve respeitar o princípio de igual admissibilidade dos cidadãos aos empregos públicos¹¹² e não pode ter em conta o sexo, a religião ou as opiniões políticas dos candidatos¹¹³. Deve, proceder ao recrutamento por concurso público¹¹⁴.

2. O direito dos funcionários ao desenvolvimento da sua carreira

O funcionário deve poder contar com o normal desenvolvimento da sua carreira. Em particular, o Estatuto dos Funcionários e Agentes do Estado estabelece regras precisas quanto à promoção¹¹⁵ e posições dos funcionários (actividade¹¹⁶, comissão de serviço¹¹⁷, destacamento¹¹⁸, etc.).

¹⁰⁷ Artigo 5 do Decreto n.º 30/2001, de 15 de Outubro.

¹⁰⁸ N.º 2 do Artigo 5 da Lei n.º 14/2009, de 17 de Março.

¹⁰⁹ WEIL P., *O Direito Administrativo*, op. cit., p. 67.

¹¹⁰ Vide, sobre todos esses aspectos, o Decreto n.º 54/2005, de 13 de Dezembro.

¹¹¹ N.º 1 do Artigo 52 do Decreto n.º 54/2005, de 13 de Dezembro.

¹¹² Alínea d) do Artigo 36 da Lei n.º 14/2009, de 17 de Março. Princípio geral de igualdade consagrado pelo Artigo 35 da Constituição.

¹¹³ N.º 2 do Artigo 6 da Lei n.º 14/2009, de 17 de Março.

¹¹⁴ N.º 1 do Artigo 34 da Lei n.º 14/2009, de 17 de Março.

¹¹⁵ N.º 2 do Artigo 34 da Lei n.º 14/2009, de 17 de Março.

Em qualquer momento, o funcionário encontra o seu lugar numa organização complexa, feita de “carreiras”; é promovido nas “classes” integradas nestas na qual ocupa um “lugar”. A este título tem direito a uma remuneração, isto é, a um “vencimento”¹¹⁹ prolongado por um pensão de reforma fixados em leis e regulamentos¹²⁰.

3. A indisponibilidade da competência

A indisponibilidade da competência é um exemplo típico de uma sujeição a qual está sujeito o poder público.

A distribuição dos poderes na Administração Pública é regulada pelo princípio segundo o qual as competências são determinadas legalmente e de uma forma rígida.

A Primeira Secção do Tribunal Administrativo, pelo menos, em dois acórdãos, teve a oportunidade de esclarecer este princípio.

No Acórdão ESMÉLIA SANTOS SINDIQUE, de 31 de Setembro de 1997¹²¹, a Secção do Contencioso Administrativo concluiu que: “... *ela (a competência) vem da norma; ela é legal. A competência é definida pelo Direito objectivo. O órgão não pode ter outra competência além da que a norma preveja. Não pertence ao próprio órgão fazer seus poderes que lhe não sejam atribuídos*”. No Acórdão PÉRCIDA VASCO MACHAVA, de 2 de Junho de 1998¹²², a Primeira Secção enfatizou: “*É o princípio da prescrição normativa da competência, para se referir que, numa ordem constitucional de um Estado de Direito, é manifestação de duas ideias mais fundadas: a de limitação do poder público como garantia de liberdade das pessoas e a separação e articulação dos órgãos do Estado entre eles e os órgãos de quaisquer entidades ou instituições públicas. Nesta acepção, a competência é sempre fixada pelo bloco da legalidade e que esta característica se chama a legalidade da competência e a sua natureza é de ordem pública. Assim, a competência, não se presume, resultando igualmente, que ela é irrenunciável e inalienável e imodificável aquela que tive sido acolhida pela lei*”.

Assim, se o exercício da respectiva capacidade jurídica por um particular é sempre facultativa; o exercício da competência por uma autoridade administrativa não pode ser objecto de renúncia ou de delegação total. Por outras palavras, os órgãos da Administração Pública têm apenas “*os poderes e autoridade para praticar actos administrativos decorrentes das funções e atribuições definidas nos seus estatutos e regulamentos*”¹²³.

c) Sujeições e bens públicos

A indisponibilidade dos bens públicos (1), conjugada à existência de regras particularmente estritas no que concerne à aquisição, alienação, cedência e arrendamento de bens patrimoniais e imóveis do Estado (2) constituem sujeições típicas do regime administrativo.

1. A indisponibilidade dos bens públicos

¹¹⁶ Artigo 28 da Lei n.º 14/2009, de 17 de Março.

¹¹⁷ Artigo 23 da Lei n.º 14/2009, de 17 de Março.

¹¹⁸ Artigo 21 da Lei n.º 14/2009, de 17 de Março.

¹¹⁹ Alínea b) do n.º 1 do Artigo 42 da Lei n.º 14/2009, de 17 de Março.

¹²⁰ Alínea s) do n.º 1 do Artigo 42 da Lei n.º 14/2009, de 17 de Março.

¹²¹ TA-S: ESMÉLIA SANTOS SINDIQUE, 31 de Setembro de 1997, Proc. 17/96-1ª, em, CISTAC G., *Jurisprudência Administrativa de Moçambique*, Volume 1, op. cit., p. 352.

¹²² TA-S: PÉRCIDA VASCO MACHAVA, 2 de Junho de 1998, Proc. 4/97-1ª, em, CISTAC G., *Jurisprudência Administrativa de Moçambique*, Volume 1, op. cit., p. 429.

¹²³ Artigo 21 do Decreto n.º 30/2001, de 15 de Outubro.

É através da indisponibilidade, sujeição muitas vezes pesada para a administração, que a domínialidade pública se distingue mais da propriedade privada. Salvo prévia desafecção, qualquer alienação de uma parcela do domínio público está eivada de nulidade. Além disso, se determinadas utilizações do domínio por particulares são livres (por exemplo, circulação nas vias públicas), outras estão sujeitas a uma autorização, que é sempre precária e revogável¹²⁴. Mesmo que concedida por um contrato, estaria sempre sujeita à rescisão em qualquer altura, porque qualquer contrato que importe uso privativo do domínio público, é, por determinação da lei, um contrato administrativo¹²⁵.

2. As sujeições em matéria de aquisição e alienação de bens patrimoniais e cedência e arrendamento de imóveis do Estado

A aquisição e alienação de bens patrimoniais do Estado realiza-se, regra geral, por concurso público¹²⁶. Do mesmo modo, a cedência e o arrendamento de imóveis do Estado a cargo dos seus órgãos e instituições são feitas por concurso público¹²⁷.

¹²⁴ Vide, por exemplo, a figuras de “licenças especiais” para o exercício de actividades nas zonas de protecção total e parcial, cf., Artigo 9 da Lei n.º 19/97, de 1 de Outubro; Artigo 8 do Decreto n.º 66/98, de 8 de Dezembro.

¹²⁵ N.º 2 do Artigo 10 da Lei n.º 5/92: Aprova a Lei Orgânica do Tribunal Administrativo, B.R., 6 de Maio de 1992, Suplemento, I Série – N.º 19.

¹²⁶ Alínea c) do Artigo 60 da Lei n.º 9/2002, de 12 de Fevereiro; artigos 127 e 166 do Decreto n.º 17/2002, de 27 de Junho.

¹²⁷ Artigo 69 do Decreto n.º 17/2002, de 27 de Junho.

II – A EXISTÊNCIA DE UMA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA ESPECIALIZADA

A existência de uma jurisdição administrativa constitui um elemento determinante e essencial do regime administrativo ou sistema de administração executiva¹²⁸ e constitui, ao mesmo tempo, a medida da aplicação deste regime¹²⁹. Com efeito, historicamente, é o juiz administrativo que forjou as regras aplicáveis à administração e assim que se afirmou a existência de um Direito Administrativo autónomo em relação ao Direito Civil¹³⁰.

Dois princípios estruturantes essenciais regulam a justiça administrativa moçambicana: a do dualismo jurisdicional (A) e a da tutela jurisdicional efectiva (B).

A. Os tribunais administrativos: o dualismo jurisdicional

A existência de uma justiça administrativa especializada em Moçambique é fruto da história (a); história que terá uma influência decisiva sobre a estruturação do seu modelo organizativo (b).

a) Génese da Justiça Administrativa Moçambicana

O estudo da história da Justiça Administrativa em Moçambique - da metade do século XIX até o ano 2000 - caracteriza-se por dois períodos distintos se se tomar em conta o critério da estabilidade das regras aplicáveis a sua organização e funcionamento.

A primeira fase histórica inicia de 1856 até 1933 data da aprovação da Reforma Administrativa Ultramarina (1). Este período caracteriza-se por uma instabilidade crónica em termos organizativo e de regras processuais regulando o contencioso administrativo.

A segunda fase vai iniciar a partir de 1933 com a aprovação da referida Reforma Administrativa Ultramarina até a grande reforma de 2001 (2). Este período é marcado pela estabilidade das regras processuais regulando o contencioso administrativo em Moçambique.

1. Do nascimento da justiça administrativa em Moçambique à aprovação da Reforma Administrativa Ultramarina (1856-1932)

A influência profunda do direito francês está na origem da recepção do sistema de administração executiva em Portugal e, por via de consequência, na Província de Moçambique, o que originará o surgimento de uma justiça administrativa¹³¹.

A aprovação da Portaria Provincial n.º 395, de 18 de Fevereiro de 1856¹³², marca – formalmente - a data do nascimento de uma justiça administrativa em Moçambique, no sentido moderno da palavra, e consequentemente, de um Direito Processual Administrativo Contencioso.

A referida portaria vai mandar “*considerar em vigor o Código Administrativo de 18 de Março de 1842, menos no que fôr contrário ao disposto nos artigos 5.º e 8.º do decreto de 7 de Dezembro de 1836*” e, assim, introduzir, na província ultramarina, as novas regras relativas à organização administrativa, formação e atribuições dos corpos administrativos,

¹²⁸ HAURIOU M., *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, op. cit., p. 3.

¹²⁹ WEIL P., *O Direito Administrativo*, op. cit., p. 33.

¹³⁰ Idem, p. 15.

¹³¹ CISTAC G., “História do Direito Processual Administrativo Contencioso Moçambicano”, op. cit., p. 11 e seguintes.

¹³² B.O. n.º 10 de 1856.

magistrados administrativos¹³³, tribunais administrativos, administração paroquial, disposições especiais, gerais e penais sob reserva dos artigos 5.º e 8.º do Decreto de 7 de Dezembro de 1836¹³⁴.

Nos termos do referido código, reverte o contencioso administrativo aos conselhos de distrito¹³⁵. Todavia, o Artigo 5.º do Decreto de 7 de Dezembro de 1836 precisa, no que concerne à organização administrativa do ultramar, que “o Conselho de Districto, (...) será substituído por um Conselho de Governo, como se determina no artigo 6.º do presente Decreto”¹³⁶.

Nos termos do Artigo 6 do referido decreto, “Junto a cada um dos Governadores geraes haverá um Conselho de Governo composto dos Chefes das Repartições Judicial, Militar, Fiscal, e Ecclesiastica, e de mais dous Conselheiros escolhidos pelo Governador geral entre os quatros Membros mais votados das Juntas Provincias”.

O Decreto de 7 de Dezembro de 1836 consagra, do ponto de vista do contencioso administrativo, um sistema de justiça reservada¹³⁷.

O Conselho de Governo permanece como um órgão consultivo do contencioso administrativo do Governador geral. Com efeito, se o Artigo 8 do referido decreto impõe ao Governador geral a consulta ao Conselho de Governo – “O Governador geral não tomará arbitrio algum em negocio de importancia sem ouvir o Conselho” -; este “não será todavia obrigado a seguir, ou adoptar” o seu “voto” em “deliberação”. O Governador geral toma pessoalmente a decisão.

Além disso, julgar administrativamente é ainda “administrar”. É sintomática a redacção do Artigo 5 do Decreto de 7 de Dezembro de 1836 que estabelece que “O Governador geral reúne simultaneamente as attribuições administrativas e militares, com absoluta exclusão de toda e qualquer ingerencia directa ou indirecta nos negocios judiciais” (o sublinhado é nosso)¹³⁸. Visivelmente, julgar os litígios administrativos não é um negócio judicial!

Todavia, as circunstâncias peculiares dos territórios extra-europeus tornavam-no inexecutável¹³⁹. Daí as alterações que lhe foram introduzidas, quanto às províncias ultramarinas, pelo Decreto de 1 de Dezembro de 1869¹⁴⁰.

Do ponto de vista da história da Justiça Administrativa em Moçambique¹⁴¹, este diploma tem uma posição peculiar porque é neste Decreto que é mencionado, pela primeira

¹³³ Trata-se, nos termos do referido código, do governador civil e o administrador do concelho, ambos de nomeação do Governo.

¹³⁴ Decreto de 7 de Dezembro de 1836, estabelecendo a categoria, atribuições e vencimentos das auctoridades administrativas no ultramar (organização administrativa), em, Legislação do Ultramar, 1834 a 51, pp. 15-17.

¹³⁵ CAETANO M., *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Livraria Almedina Coimbra – 1994, n.º 67.

¹³⁶ O Artigo 5.º do referido decreto precisa: “O Governador geral reúne simultaneamente as attribuições administrativas e militares, com absoluta exclusão de toda e qualquer ingerencia directa ou indirecta nos negocios judiciais. As funções administrativas do Governador geral estão designadas no Decreto de dezoito de Julho de mil oitocentos trinta e cinco; assim como as suas relações com as Juntas de Districto, excepto no que diz respeito ao Conselho de Districto, o qual será substituído por um Conselho de Governo, como se determina no artigo 6.º do presente Decreto. A auctoridade militar do Governador geral está nas Leis que servem de norma aos Generaes das Provincias do Reino”.

¹³⁷ A título exemplificativo, o *Regimento para a administração da justiça nas províncias de Moçambique, estado da India, e Macau e Timor* (B.O. n.ºs 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42 e 43 de 1867) não integra, em nenhuma das suas disposições, comandos sobre o contencioso administrativo. Sobre a teoria da *justiça reservada*, vide, VIGUIER J., *Le contentieux administratif*, Paris, Ed. Dalloz - 1997, p. 14; FREITAS DO AMARAL D., IV, Lisboa, 1988, p. 84 e seguintes; CAETANO M., *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, op. cit., n.º 463; BRITO W., *Lições de Direito Processual Administrativo*, Coimbra Editora, 2005, p. 11.

¹³⁸ Vide, também, Circular n.º 39 de 18 de fevereiro de 1863, B.O. n.º 29 de 1863.

¹³⁹ CAETANO M., *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, op. cit., n.º 72.

¹⁴⁰ Decreto de 1 de Dezembro de 1869, reformando a administração, publicado em, Legislação Colonial 1869, pp. 595-603.

vez, explicitamente, o termo “tribunal administrativo”. Com efeito, nos termos do Artigo 5.º do referido Decreto: “*Junto ao governador geral ha: (...) tambem na provincia um tribunal administrativo com o titulo de conselho de provincia*”.

Esta referência formal à justiça administrativa inscreve-se, estrategicamente, na continuidade da legislação anterior, isto é, a aplicação do Código Administrativo de 1842 e da sua consolidação. A leitura do *Relatorio do ministro e secretario d'estado dos negocios da marinha e ultramar*¹⁴², esclarece, parcialmente, sobre os motivos que guiaram a criação desta nova instituição.

Com efeito, a reforma administrativa instituída pelo Decreto de 1 de Dezembro de 1869 visava introduzir “*uma prudente descentralização*” de forma a dar um espaço mais amplo à iniciativa local. Como refere, claramente, o aludido diploma: “*Em provincias assim constituídas a influencia do poder central ainda aproveita muito, mas regulada de modo que acção individual e collectiva não seja comprimida o annullada, e que possa ser empregada com vantagem, concorrendo com a intelligencia e com as forças para a criação e direcção dos aperfeiçoamentos mais necessarios, como as obras publicas, a instrucção, a educação, a beneficencia e a saude publica*”.

Assim, conforme este pensamento, duas ideias capitais dominaram todo o referido Decreto: o alargamento da esfera das atribuições das autoridades superiores da administração provincial e a concessão de uma ampla iniciativa às províncias no âmbito da prestação dos serviços públicos. A descentralização assim definida era devidamente acompanhada do ponto de vista político e administrativo. As atribuições políticas eram desenvolvidas pelo Conselho de Governo; as puramente administrativas pelo mesmo mas funcionando como “conselho de districto”. “*Preferiu-se*”, fundamentam os autores do projecto de decreto, “*crear n'este projecto de decreto um conselho de districto separado, em tudo analogo ao tribunal estabelecido no continente do reino pelo codigo administrativo*”¹⁴³. Assim, confirma-se que, nesta altura, julgar a Administração é um assunto administrativo; “*é ainda administrar*”.

O Conselho de Provincia, na sua qualidade de *tribunal administrativo*, era composto exclusivamente por administradores e funcionários¹⁴⁴ e desenvolvia as atribuições estabelecidas pelo Código Administrativo de 1842¹⁴⁵. Além disso, precisava o referido Decreto, “*O conselho de provincia serve igualmente para julgar os concursos para os diferentes empregos publicos*”¹⁴⁶.

Os diplomas aprovados até o fim deste século não trazem nada de especial em relação ao regime jurídico do *tribunal administrativo de Provincia*. Apenas confirmam alguns dados anteriormente apresentados como o facto de que o “tribunal administrativo de provincia” não integra a administração de justiça nas províncias ultramarinas¹⁴⁷ o que corrobora a natureza do modelo do contencioso administrativo ultramarino de então, isto é, o de sistema de *justiça reservada*^{148 149 150}.

¹⁴¹ CISTAC G., *O Tribunal Administrativo de Moçambique*, op. cit., p. 10 e seguintes.

¹⁴² publicado em, *Legislação Colonial 1869*, pp. 591-594.

¹⁴³ Op. cit., p. 593.

¹⁴⁴ Artigo 49.º do Decreto de 1 de Dezembro de 1869.

¹⁴⁵ Artigo 50.º do Decreto de 1 de Dezembro de 1869.

¹⁴⁶ Artigo 50.º *in fine* do Decreto de 1 de Dezembro de 1869.

¹⁴⁷ Vide, por exemplo, o Decreto de 20 de Fevereiro de 1894 que aprova o regimento da administração de justiça nas províncias ultramarinas (B.O. n.º 17 de 1894) e reorganiza as instituições judiciais do ultramar, não contempla o “tribunal administrativo”. Vide, também, a Portaria n.º 137, de 12 de Abril de 1898 que aprova o Regimento da administração de justiça nos territorios continentaes da comarca de Moçambique (B.O. n.º 16 de 1898).

¹⁴⁸ Vide, a título exemplificativo, o CAPÍTULO III do TÍTULO VIII do Código Administrativo de 1896 aprovado pelo Decreto-Lei de 4 de Maio de 1896 (sobre o Código Administrativo de 1896, vide, CAETANO M., *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, op. cit., n.º 70; CAETANO M., *Estudos de história da Administração Pública Portuguesa*, Coimbra Ed., 1994, p. 424 e 425). Assim, nos termos do Artigo 355.º do referido Código:

No princípio do século XX, dois diplomas vêm precisar, por um lado, a tramitação processual dos recursos *dos "actos e decisões das autoridades administrativas das províncias ultramarinas"*¹⁵¹, e por outro lado, regular, nas províncias ultramarinas, *"a forma do processo, a interposição e seguimento dos recursos para o Supremo Tribunal Administrativo"*¹⁵².

No princípio do século XX, uma reforma importante foi, igualmente, implementada, a da "Reorganização administrativa da província de Moçambique", através do Decreto de 23 de Maio de 1907¹⁵³. Tratava-se de lutar contra uma centralização excessiva introduzindo por isso *"o princípio essencial de todas as organizações colonias: "A descentralização de poderes de grau para grau; a concentração da autoridade em cada grau"*¹⁵⁴. Esta reforma teve consequências, do ponto de vista do contencioso administrativo, principalmente no que concerne à composição e as competências do Conselho de Província. O referido diploma introduziu alterações na sua composição e alargou as suas atribuições¹⁵⁵.

Todavia, esta reforma não conseguiu atingir os objectivos propostos; é o que revela claramente a aprovação do Decreto n.º 164 de 14 de Outubro de 1913 que reorganiza os serviços do Conselho de Província de Moçambique¹⁵⁶. Com efeito, conforme os termos do próprio Decreto: *"O Conselho de Província de Moçambique não tem podido, por motivo duma defeituosa organização, desempenhar, com a precisa regularidade, os importantes serviços da sua competência"*.

As principais razões são ligadas às múltiplas funções exercidas pelos membros do Conselho¹⁵⁷ e a sobrecarga de trabalhos correspondentes e a prevalência pelo cumprimento das tarefas que não pertenciam a esta instituição. Assim, *"Sucede, porém, que o juiz do crime, assoberbado pelos serviços da sua vara, dificilmente encontra disponível todo o tempo que o complexo expediente do Conselho de Província requiere; os chefes de serviço da Província procuram esquivar-se a servir no Conselho, para não prejudicarem os trabalhos próprios de seus cargos; os dois advogados nunca convêm roubarem aos seus escritórios e clientes o*

"As decisões não mencionadas no artigo anterior subirão, em fôrma de decreto sob consulta do supremo tribunal administrativo, á homologação do governo; porém, quando este não se conforme com a consulta, resolverá o assumpto por meio de decreto enviado ao tribunal em que se exponham claramente os motivos da divergencia e as razões de decidir".

¹⁴⁹ Todavia, a situação do "districto de Moçambique", neste fim de século, denota algumas especificidades. Com a finalidade de tornar-se uma *"uma administração da justiça acessível a todos os individuos ..."* (Portaria n.º 137, de 12 de Abril de 1898) e tomando em conta que o *"regime de justiça"* aprovado pelo Decreto de 20 de Fevereiro de 1894, não podia satisfazer a estas exigências, *"senão com um grande numero de alterações"*, a Portaria n.º 137, de 12 de Abril de 1898 extinguiu o regime dos juízes municipais e populares substituindo respectivamente pelos "juízes territoriaes e de paz" (Art. 3.º). *De jure*, a função jurisdicional exercida por esses "juízes" ("territoriaes" e de "paz") é garantida por militares (capitão-mór e commandantes militares).

¹⁵⁰ Sobre a actividade do Conselho de Província na qualidade de jurisdição administrativa de 1881 a 1893, vide, CISTAC G., *O Tribunal Administrativo de Moçambique*, op. cit., p. 26 e seguintes.

¹⁵¹ Decreto de 2 de Setembro de 1901 que dá aos governadores das colónias a faculdade de ordenarem a dissolução, de qualquer corpo administrativo eleito, B.O. n.º 46 de 16 de Novembro de 1901.

¹⁵² Decreto de 2 de Setembro de 1901 que regula, nas províncias ultramarinas, a forma do processo, a interposição e o seguimento dos recursos para o Supremo Tribunal Administrativo, B.O. n.º 46 de 16 de Novembro de 1901.

¹⁵³ Decreto de 23 de maio de 1907 – Aprova a reorganização administrativa da província de Moçambique, B.O. n.º 26 de 1 de Julho de 1907. Sobre esta reforma, vide, CISTAC G., *O Tribunal Administrativo de Moçambique*, op. cit., p. 34 e seguintes.

¹⁵⁴ Relatório introdutivo ao Decreto de 23 de maio de 1907, B.O. n.º 26 de 1 de Julho de 1907, p. 5.

¹⁵⁵ Artigo 56.º do Decreto de 23 de maio de 1907.

¹⁵⁶ B.O. n.º 45 Rectificação. – B.O. n.º 47.

¹⁵⁷ Nesta altura o Conselho de Província é composto por: o juiz da vara crime de Lourenço Marques, um dos chefes de serviço da Província, um vogal eleito pelas associações comerciais, industriais, de proprietários e dois dos vintes maiores contribuintes da capital da Província sorteados pelo Conselho do Governo (Artigo 54.º do Decreto de 23 de maio de 1907).

tempo que os processos do contencioso administrativo, fiscal e aduaneiro demandariam; e circunstância análoga se verifica quanto aos vogais sorteados pelo Conselho do Governo ...".

Essas circunstâncias necessitavam de aprovação de medidas urgentes para dar ao Conselho de Província *"uma organização que ofereça todas as garantias de competência e capacidade de trabalho"*. A reforma aprovada consagra dois tipos de medidas para corrigir os defeitos apontados.

Em primeiro lugar, o Decreto n.º 164, de 14 de Outubro de 1913 procede a uma modificação da composição do Conselho de Província no duplo sentido de se tornar o Conselho mais "judicial" e "profissional". Assim, o processo de "judicialização" traduz-se no ingresso de "Todos os juizes da Relação de Moçambique" (alínea a) do Artigo 1.º)¹⁵⁸ e o de "profissionalização" no reforço do corpo administrativo ao seu serviço (Artigos 4.º, 5.º e 6.º).

Em segundo lugar, o referido Decreto atribui "gratificações" aos juizes e vogais de forma a interessar melhor os seus membros no desempenho efectivo das funções atribuídas ao Conselho (Artigo 2.º). A partir de 1920, as gratificações aos vogais do Conselho de Província passaram a ser pagas mensalmente, independentemente do número de sessões e o referido Conselho reunira-se em sessão ordinária uma vez por semana, e *"em sessão extraordinária quando as necessidades do serviços o exigirem"*¹⁵⁹.

No dia 28 de Janeiro de 1922, o Alto Comissário da República da Província de Moçambique, MANUEL DE BRITO CAMACHO¹⁶⁰ promulga a Carta Orgânica da Província de Moçambique¹⁶¹.

A carta orgânica de 1922 consagra, pela primeira vez, de uma forma explícita, num Capítulo individualizado (Capítulo VI), a instituição do Tribunal Administrativo¹⁶². As disposições do Capítulo VI têm como objectivo racionalizar o funcionamento da instituição. A composição da jurisdição estabelecida pelo Decreto n.º 7: 030 de 16 de outubro de 1920 não está modificada. As suas decisões são recorríveis para o Conselho Colonial (Artigo 90)¹⁶³.

A Carta Orgânica de 1922, no seu Artigo 91, previa a publicação de um *regimento especial* pelo Governador em Conselho Executivo que *"regulará a ordem e forma de processo a seguir neste tribunal, fixará a respectiva tabela de emolumentos, custas e salários, e o quadro e vencimentos do pessoal da secretaria"*.

Este regimento é efectivamente publicado no n.º 29, suplemento do *Boletim Oficial de Moçambique*, de 26 de julho de 1922¹⁶⁴ e constitui o primeiro estatuto privativo do Tribunal Administrativo, Fiscal e de Contas de Moçambique.

Este diploma está dividido em nove capítulos (Capítulo I. Da organização e da competência deste tribunal; Capítulo II. Do presidente do Tribunal; Capítulo III. Do Procurador da República; Capítulo IV. Da Secretaria do Tribunal; Capítulo V. Da ordem de serviço e forma de processo; Capítulo VI. Especialidades das secções do tribunal; Capítulo VII Incidentes dos processos; Capítulo VIII. Dos emolumentos, salários e custas; Capítulo XIX. Dos recursos para o Conselho Colonial).

¹⁵⁸ O presidente da Relação será também o presidente do Conselho de Província (§. único do Artigo 1.º do Decreto n.º 164, de 14 de Outubro).

¹⁵⁹ Portaria n.º 1: 387, estabelecendo o número das sessões e a época do funcionamento do Conselho de Província, B.O. n.º 1 de 1920.

¹⁶⁰ Ele exercerá as suas funções de Março 1921 a Setembro 1923.

¹⁶¹ Decreto n.º 200, de 28 de Janeiro de 1922, Carta Orgânica da Província de Moçambique, B.O., 28 de Janeiro de 1922, I Série-N.º 4, pp. 29-38.

¹⁶² CISTAC G., *O Tribunal Administrativo de Moçambique*, op. cit., p. 45 e seguintes.

¹⁶³ CAETANO M., *O Conselho Ultramarino. Esboço da sua história*, Lisboa, Agência-Geral do Ultramar, 1967, pp. 79-84.

¹⁶⁴ Portaria n.º 212, de 26 de julho de 1922, Regimento do Tribunal Administrativo, Fiscal e de Contas, Suplemento do B.O., I Série-n.º 29, pp. 243-258.

Mais particularmente, do ponto de vista do processo administrativo contencioso, o artigo 7 do Regimento consagra o princípio fundamental de independência do Tribunal Administrativo em relação ao Poder Executivo no âmbito das suas atribuições: "*O Tribunal Administrativo, Fiscal e de Contas é independente do Poder Executivo no desempenho das suas atribuições*". Esta independência marca uma etapa importante para a autonomia da jurisdição administrativa mesmo se ainda permanece uma ligação orgânica entre o Tribunal Administrativo e a administração activa¹⁶⁵.

As sessões do Tribunal são públicas¹⁶⁶. As deliberações do Tribunal são tomadas à pluralidade de votos dos membros presentes, em caso de empate de votos, o voto do presidente é de qualidade¹⁶⁷. As decisões tomadas pelo Tribunal tomam a forma de "acórdão" que será reduzido a escrito, datado e assinado por cada um dos membros que participaram na deliberação¹⁶⁸.

Além disso, os membros têm a obrigação de estatuir sob pena de denegação de justiça¹⁶⁹. Devem responder de maneira expressa¹⁷⁰ aos requerimentos apresentados ao tribunal, através de um julgamento sempre motivado e fundado em direito¹⁷¹.

A estruturação da instituição jurisdicional administrativa prossegue-se no sentido de uma racionalização das tarefas que lhe são incumbidas e o conjunto das normas processuais estabelecidas no princípio do século XX¹⁷² constituirão o fundo do Direito Processual Administrativo Contencioso até a aprovação da RAU que consagrará a maior parte dessas regras processuais apesar do interregno de dois anos (1924-1926) durante o qual foi extinto o Tribunal Administrativo, Fiscal e de Contas pelo Decreto n.º 11: 835, de de 30 de Junho de 1926^{173 174}.

¹⁶⁵ A título de exemplo, o Presidente do Tribunal, segundo os termos do alínea 9.º do Artigo 9.º deve, "*Dar conta imediata ao Governador Geral de todo o movimento do pessoal, e informá-lo anualmente acerca do merecimento, carácter e serviço de todos os empregados da secretaria do Tribunal*". A Portaria n.º 273, de 6 de Março de 1926 vem esclarecer que "*podem ser reeleitos por uma e mais vezes seguidas os vogais não funcionários que fazem parte do Tribunal Administrativo, Fiscal e de Contas*", B.O. n.º 10, de 1926.

¹⁶⁶ Artigo 41.º § 1.º.

¹⁶⁷ Artigo 63.º da Portaria N.º 212, de 26 de julho de 1922.

¹⁶⁸ Artigo 65.º da Portaria N.º 212, de 26 de julho de 1922. A decisão é escrita e redigida pelo relator e assinado por ele e pelos outros membros que tomaram parte no voto.

¹⁶⁹ Nos termos do Artigo 72.º da referida Portaria: "*Aos vogais será descontada na gratificação mensal a quantia de 9\$50 (ouro) por cada sessão a que falem sem motivo justificado, o mesmo sucedendo ao que se abster de votar, que, além disto, fica sujeito à pena correspondente de denegação de justiça*".

¹⁷⁰ Nos termos do § 1.º do Artigo 73.º da Portaria N.º 212, de 26 julho de 1922: "*Os que demoraram os processos ficarão sujeitos a pagar uma multa de 4\$50 (ouro) por cada dia de demora, salvo caso de força maior, de que se justificarão no processo, a apreciar pelo Tribunal por ocasião do julgamento*".

¹⁷¹ Artigos 71.º e 72.º da Portaria N.º 212, de 26 julho de 1922.

¹⁷² Decreto n.º 12: 421, de 2 de outubro de 1926, Aprovando as bases orgânicas da administração colonial, B.O.M., 6 de Novembro de 1926, I Série-N.º 45; Decreto n.º 12: 499- B, 4 de Outubro de 1926, Promulgando a Carta orgânica da colónia de Moçambique B.O.M., 11 de Dezembro de 1926, I Série-N.º 50; Diploma Legislativo da Colónia : N.º 6, aprovando o regulamento do Tribunal Administrativo, Fiscal e de Contas, tabela dos emolumentos e salários do mesmo tribunal e gratificações aos seus vogais, que fazem parte integrante deste diploma, B.O.M., 20 de Agosto de 1927, I Série-N.º 34; Decreto n.º 17: 153 de 6 de Julho de 1929, Aprovando a Carta Orgânica da Colónia de Moçambique, B.O.M., 31 de Agosto de 1929, I Série-N.º 35.

¹⁷³ Decreto n.º 11: 835, Determinando que cessam em todas as colónias as funções dos Tribunais Administrativos, Fiscais e de Contas, passando as atribuições desses tribunais aos Conselhos de Finanças, B.O.M., 14 de agosto de 1926, I Série-N.º 33. Vide, sobre este período, CISTAC G., *O Tribunal Administrativo de Moçambique*, op. cit., p. 51 e seguintes.

¹⁷⁴ Sobre uma crítica da extinção das auditorias administrativas e do Supremo Tribunal Administrativo, vide, JOÃO MARIA TELLO DE MAGALHÃES COLLAÇO, *A Abolição do Contencioso Administrativo e O Poder Judicial*, Lisboa, 1924. O referido autor defende a inconstitucionalidade do Decreto n.º 9.340, de 7 de Janeiro (op. cit., p. 12 e seguintes) e defende que "*As jurisdições administrativas são um elemento de progresso e garantia das liberdades*" (op. cit., p. 19 e seguintes).

2. Da Reforma Administrativa Ultramarina à aprovação da Lei n.º 9/2001, de 7 de Julho (1933-2000)

Em 1914, com a publicação da Lei n.º 277, de 15 de Agosto de 1914 (Lei orgânica da administração civil das províncias ultramarinas¹⁷⁵) cessa o regime do Decreto de 1869 e do Código de 1842; “*mas começou cada colónia a publicar a sua legislação administrativa, o que juntamente com os diplomas metropolitanos comuns a todo o Ultramar, constituía uma inconveniente dispersão legislativa*”¹⁷⁶. O Governo central, usando da faculdade conferida pelo artigo 108 da Constituição, aprovou por Decreto-Lei n.º 23.229, de 15 de Novembro de 1933, a Reforma Administrativa Ultramarina (RAU)¹⁷⁷.

A RAU entrou em vigor em todas as colónias portuguesas no dia 1 de Janeiro de 1934¹⁷⁸.

Oitocentos e um artigos agrupados em secções, estas repartidas em capítulos que, por sua vez, são objecto de uma ordem em partes¹⁷⁹, dão uma ideia, do conjunto, de um trabalho considerável de racionalização e codificação reformadora da legislação até então aplicável.

Além da riqueza da matéria tratada (estatuto dos funcionários, organização administrativa, organização dos serviços da administração civil, organização e regime das finanças das províncias, circunscrições e postos administrativos), a RAU consagra uma Parte V – “DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO” - à organização e ao regime do contencioso administrativo nas colónias.

O Decreto-Lei n.º 23.229, de 15 de Novembro determina as condições de introdução dos recursos (o interesse e a capacidade de agir¹⁸⁰, o prazo para agir¹⁸¹, as formas do recurso¹⁸², depósito dos recursos¹⁸³), a instrução dos recursos¹⁸⁴, o julgamento¹⁸⁵ e a publicação dos acórdãos¹⁸⁶.

Assim, no início dos anos 1930 os princípios e as regras fundamentais referentes ao regime do contencioso administrativo no ultramar são estabelecidos, codificados e, por via de consequência, aplicáveis na Província ultramarina de Moçambique. Esses princípios perdurarão até à independência de Moçambique e mesmo além, até à reforma realizada pela Lei n.º 9/2001, de 7 de Julho, isto é, durante 68 anos.

A constituição de 1990 “*constitucionaliza*” o controlo de legalidade da acção administrativa através da instituição do Tribunal Administrativo: “*O controlo da legalidade dos actos administrativos e a fiscalização da legalidade das despesas públicas cabe ao Tribunal Administrativo*”¹⁸⁷. É-lhe reconhecida, para retomar a expressão do Senhor Ministro da Justiça de Moçambique, a “*dignidade constitucional*”¹⁸⁸.

¹⁷⁵ Lei n.º 277, Organizando a administração civil das províncias ultramarinas, B.O.M, 3 de outubro, Ano de 1914-n.º 40, pp. 732-739.

¹⁷⁶ CAETANO M., *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, op. cit., n.º 72.

¹⁷⁷ Decreto-Lei n.º 23.229, Aprova a Reforma Administrativa Ultramarina, D.G. 15 de Novembro de 1933, I Série-N.º 261.

¹⁷⁸ A RAU revoga toda a legislação anterior, geral ou especial, relativa às matérias que a reforma abarca, vide artigo 4 do Decreto-lei n.º 23.229, de 15 de Novembro.

¹⁷⁹ Cinco no total.

¹⁸⁰ Artigo 684 da RAU.

¹⁸¹ Artigo 685 da RAU.

¹⁸² Artigos 687 e 688 da RAU.

¹⁸³ Artigos 689 e 690 da RAU.

¹⁸⁴ Artigos 692 à 705 da RAU.

¹⁸⁵ Artigos 706 à 713 da RAU.

¹⁸⁶ Artigo 659 da RAU.

¹⁸⁷ alínea 1 do Artigo 173 da Constituição.

¹⁸⁸ Discurso de apresentação do projecto de lei orgânica do Tribunal Administrativo pelo Senhor ministro da Justiça, Anexo -4- 7 - 7C, Doc. Assembleia da República 31.04.92, p. 2.

O seu estatuto constitucional é objecto de uma Secção III (*Tribunal Administrativo*) integrada no Capítulo VI consagrado aos *Tribunais*, este mesmo fazendo parte do Título III consagrado aos *órgãos do Estado*. O constituinte moçambicano fez prevalecer a tradição *administrativista* de Moçambique que opôs alguns Estados - por exemplo Marrocos ou Tunísia -, conheceu praticamente sempre uma jurisdição administrativa. Por outras palavras, o constituinte moçambicano teve o cuidado de conciliar, por um lado, uma tradição administrativa afirmada e por outro lado, a existência de um controlo autónomo da acção administrativa através de uma instituição não demasiada cara e adaptada às realidades e às necessidades do país.

O Tribunal Administrativo é um órgão de soberania com tudo o que isso comporta em responsabilidades, nomeadamente, as que se referem ao reforço da legalidade, à garantia do respeito das leis, e à protecção dos direitos e liberdades dos cidadãos. Contribui assim para o reforço da democracia e para a afirmação das instituições democráticas.

O seu estatuto constitucional atribui-lhe para este fim garantias relacionadas nomeadamente, com as modalidades rígidas de revisão do texto fundamental, o que lhe outorga algumas certezas contra humores mutáveis e liberticidas que um legislador sem escrúpulos poderia ter.

Sem entrar no pormenor do seu estatuto, convém sublinhar que o texto constitucional insistiu sobre o poder atribuído à jurisdição administrativa. Todavia, deve admitir-se que o constituinte moçambicano só insistiu verdadeiramente sobre a determinação da área das “competências” abandonando um pouco - consciente ou inconscientemente, aliás - as questões não menos importantes relativas à sua organização, a sua composição e o seu funcionamento remetendo-se ao poder legislativo para organizar as suas áreas.

O Artigo 174 da Constituição de 1990 atribui competência ao legislador para determinar “*a competência, a organização, a composição e o funcionamento do Tribunal Administrativo*”. A lei Orgânica do Tribunal Administrativo é aprovada em 30 de Abril de 1992 e promulgada em 6 de Maio do mesmo ano¹⁸⁹.

b) O modelo organizativo do contencioso administrativo moçambicano

A apresentação prévia dos modelos organizativos do contencioso administrativo, baseado sobre a tipologia clássica estabelecida pela reconhecida doutrina na matéria (1), permitirá identificar as características do modelo organizativo moçambicano (2)¹⁹⁰.

1. A tipologia geral dos modelos organizativos

Na sua obra *Justiça Administrativa*, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE estabelece uma tipologia dos modelos básicos de organização da justiça administrativa que toma como critério principal os órgãos a quem foi sendo atribuída a competência para decidir: órgãos da Administração activa (1.1), tribunais (1.2) ou autoridades “judiciárias” (órgãos administrativos independentes, com funções de controlo) (1.3)¹⁹¹.

¹⁸⁹ Lei n.º 5/92: Aprova a Lei Orgânica do Tribunal Administrativo, Suplemento, I Série-N.º 19.

¹⁹⁰ Cfr., CISTAC G., “O Modelo do Contencioso Administrativo Moçambicano à Luz da Lei Fundamental”, Revista da ESGCT n.º 3, Dezembro 2007, pp. 150-181.

¹⁹¹ VIEIRA DE ANDRADE J., *A justiça administrativa*, Ed. Almedina - Coimbra, 3.ª Edição, 2000, p. 39 e seguintes. O que é importante na análise do referido autor é que ele estabelece uma metodologia de apreciação dos modelos de justiça administrativa. Assim, como escreve o referido autor: “*Para apreciar os modelos de justiça administrativa é importante, desde logo, ter em conta a evolução verificada no modo como se concebe a vinculação da Administração à lei e ao Direito, como se entende a divisão dos poderes entre o Legislador, a Administração e o Juiz, como se encara a sujeição da Administração ao interesse público e a garantia da*

De todo modo, esses modelos são condicionados pelo próprio conceito de Estado em que assentam ou que venham, afinal, a pressupor¹⁹².

1.1. O modelo administrativista

O modelo administrativista - chamado de “administrador juiz”¹⁹³ ou de “jurisdição ou justiça reservada”¹⁹⁴ ou “retenida”¹⁹⁵ -, é aquele em que “a decisão final dos litígios administrativos compete aos órgãos superiores da Administração activa”¹⁹⁶ ou para parafrasear DIOGO FREITAS DO AMARAL: “neste sistema, as questões litigiosas entre a Administração e os particulares são apreciadas através de um processo jurisdicionalizado por um órgão independente, mas esse órgão, em vez de proferir uma sentença, limita-se a proferir um parecer, que é ou não homologado pelo poder executivo”¹⁹⁷.

Foi o modelo liberal, típico dos primórdios do sistema de administração executiva, fortemente centralizado no governo e em que “o “contencioso” era visto como instrumento de realização do interesse público, na época concebido como interesse do Estado (isto é, do todo da sociedade), estranho aos interesses individuais que compunham as relações sociais”¹⁹⁸.

Neste modelo, o contencioso administrativo apresenta-se como “o prolongamento orgânico do executivo”¹⁹⁹. Por via de consequência, a essência desta justiça é de ser governamental. Nesta perspectiva, não é a protecção dos direitos lesados que caracteriza este modelo de justiça administrativa mas a defesa das medidas tomadas pelo Poder Público²⁰⁰. Por outras palavras, neste modelo, o contencioso administrativo é “um modo de regulação interno do bom funcionamento da Administração”²⁰¹.

protecção dos direitos e interesses dos administrados”, op. cit., p. 40. Vide também, FREITAS DO AMARAL D., IV, op. cit., p. 83 e seguintes; CAETANO M., *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, op. cit., n.º 463; CAUPERS J., “O controle jurisdicional da Administração Pública nos Estados lusófonos”, CJA n.º 3, Maio/Junho 1997, p. 3 e seguintes.

¹⁹² CHANCERELLE DE MACHETE R., “Contencioso Administrativo”, DJAP, Vol. II, p. 693; PEREIRA DA SILVA V., *Para um contencioso administrativo dos particulares (Esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação)*, Lisboa, Livraria Almedina – Coimbra, 1989, p. 31 e seguintes.

¹⁹³ VIGUIER J., *Le contentieux administratif*, op. cit., p. 14; FREITAS DO AMARAL D., IV, op. cit., p. 84 e seguintes; CAETANO M., *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, op. cit., n.º 463.

¹⁹⁴ VIGUIER J., *ibid.*, p. 15; RIVERO J., *Direito Administrativo*, op. cit., n.º 134; PEREIRA DA SILVA V., *Para um contencioso administrativo dos particulares*, op. cit., p. 28 e seguintes; BRITO W., *Lições de Direito Processual Administrativo*, op. cit., p. 25.

¹⁹⁵ GARCIA DE ENTERRIA E., *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un Cambio de Paradigma?*, Ed. Thomson, Civitas, 2007, p. 42; GARCÍA DE ENTERRÍA E., “La justicia administrativa en el cambio de siglo”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLII – n. 2, 2001, p. 674.

¹⁹⁶ VIEIRA DE ANDRADE J., op. cit., p. 42; CRUZ MATOS CALVÃO DA SILVA J.N., “Sumários desenvolvidos de Direito Administrativo II”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Macau, Ano VIII – N. 18 – 2004, p. 89.

¹⁹⁷ FREITAS DO AMARAL D., IV, op. cit., p. 86.

¹⁹⁸ VIEIRA DE ANDRADE J., op. cit., p. 42; OTERO P., “Revolução liberal e codificação administrativa: a separação de poderes e as garantias dos administrados”, em, *Estudos em honra do Professor Doutor JOÃO DE CASTRO MENDES*, Lisboa, LEX, 1994, p. 639 e seguintes.

¹⁹⁹ BIGOT G., “Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875”, *RFD adm.* 12 (2) mars-avr. 2003, p. 218. A separação das autoridades administrativas é apenas orgânica e não funcional. Com efeito, a Administração Pública mistura e combina na sua actividade várias funções: função de execução e função contenciosa.

²⁰⁰ BIGOT G., “La dictature administrative au XIXe siècle: théorie historique du droit administratif”, *RFD adm.* mai-juin 2003, p. 438 e seguintes.

²⁰¹ FOULQUIER N., *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Paris, Ed. Dalloz, 2003, p. 170.

Além disso, o Direito Administrativo em si define-se como um direito “exorbitante” e deve gozar do privilégio de jurisdição porque situa-se mesmo neste referido prolongamento orgânico do Poder executivo. O poder de administrar implica logicamente, no pensamento estruturante deste modelo, o poder de julgar administrativamente.

Hoje ultrapassado visto ser incompatível com a noção de Estado de Direito, este modelo vigorou em França até 1872²⁰², até 1904 na Espanha²⁰³ e em Portugal até 1930²⁰⁴.

Este modelo não foi exclusivamente organizado nos países europeus continentais. Pode-se identificar também este modelo em alguns países anglo-saxónicos e, mais particularmente, na Inglaterra²⁰⁵.

1.2. O modelo judicialista

No modelo judicialista, “a decisão das questões jurídicas administrativas cabe a tribunais integrados numa ordem judicial (de acordo com o princípio de que “julgar a administração é verdadeiramente julgar”), quer se trate de tribunais comuns ou de tribunais especializados em razão da matéria”²⁰⁶.

Pode-se distinguir três modelos básicos no tocante à organização do controlo da Administração por tribunais integrados numa ordem judicial.

O primeiro, é o anglo-saxónico qualificado por JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA de “não-modelo”²⁰⁷, “visto que, enquanto a sua pureza se mantém, a fiscalização jurisdicional da actividade administrativa não dá lugar a qualquer especialidade na estruturação dos tribunais”²⁰⁸. Todavia, a acelerada formação, em países como o Reino Unido ou os Estados Unidos da América, de um Direito Administrativo substantivo não poderia deixar de produzir reflexos no plano da organização jurisdicional. Mas, particularmente, o desenvolvimento das intervenções do Estado no sector económico e social induziu um crescimento considerável do contencioso administrativo, e incitou a criação de organismos especializados encarregados de dirimir conflitos entre a Administração Pública e os administrados nos termos de um procedimento mais celere e menos dispendioso que

²⁰² Em virtude da Lei de 24 de Maio de 1872, o Conselho de Estado exerce a justiça delegada, quer dizer que, como qualquer tribunal, decide “em nome do povo francês”. Vide, ROBINEAU Y., e TRUCHET D., *Le Conseil d'État*, Paris, PUF, 1994, p. 12 e seguintes; CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Paris, Ed. Montchrestien-E.J.A., 9.^a ed., 2001, n.º 67; STIRN B., *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, Paris, Ed. LGDJ, 3.^a ed., 1999, p. 111; GOHIN O., *Contentieux administratif*, Paris, Ed. Litec, 1996, n.º 28.

²⁰³ CORDÓN MORENO F., *El Proceso Contencioso Administrativo*, Editorial Aranzadi, 2.^a Ed., 2001, p. 23.

²⁰⁴ Só a partir de 1930 é que se consagrou o sistema dos tribunais administrativos, dotados de jurisdição própria, e portanto sem necessidade de homologação governamental. Sobre esta evolução, vide, OTERO P., “Revolução liberal e codificação administrativa: a separação de poderes e as garantias dos administrados”, op. cit., p. 632 e seguintes.

²⁰⁵ PEPY D., “Justice anglaise et justice administrative française”, EDCE 1956, p. 168.

²⁰⁶ VIEIRA DE ANDRADE J., *A justiça administrativa*, op. cit., p. 43; CRUZ MATOS CALVÃO DA SILVA J.N., “Sumários desenvolvidos de Direito Administrativo II”, op. cit., p. 90; BRITO W., *Lições de Direito Processual Administrativo*, op. cit., p. 26 e seguintes.

²⁰⁷ SÉRVULO CORREIA J.M., *Contencioso administrativo e Estado de Direito* (Conferência), Universidade Eduardo Mondlane, 8 de Dezembro de 1993, Maputo, p. 15. É o caso, também, em Angola, Cabo Verde e Brasil onde não existem tribunais administrativos, mantendo-se o princípio da unidade de jurisdição em todos os graus desta, ou seja, a competência dos tribunais comuns para a resolução de litígios jurídico-administrativos, vide, CAUPERS J., “O controle jurisdicional da Administração Pública nos Estados lusófonos”, op. cit., pp. 5-6; CRETELLA JÚNIOR J., *Direito Administrativo Brasileiro*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2.^a ed., 2002, n.º 741; LOPES MEIRELLES H., *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Ed. Malheiros, 17.^a ed., atualizada por EURICO DE ANDRADE AZEVEDO, DÉLCIO BALESTRO ALEIXO e JOSÉ EMMANUEL BURLE FILHO, 1990, p. 53 e seguintes.

²⁰⁸ SÉRVULO CORREIA J.M., op. cit., p. 15; PEREIRA DA SILVA V., *Para um contencioso administrativo dos particulares (Esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação)*, op. cit., p. 38.

aqueles que vigoram nos tribunais comuns. Assim foram criados “administrative tribunals” não integrados no Poder Judicial mas tendo ligações orgânicas com vários ministérios e actuando em vários sectores²⁰⁹.

O segundo, é o da especialização para o julgamento de litígios administrativos de estruturas jurisdicionais colocadas no seio do Poder Judicial numa única ordem jurisdicional. Os sistemas espanhol²¹⁰, Costa Marfinês²¹¹, Malgache²¹², Congolês²¹³, Senegalês²¹⁴ e macaense²¹⁵ ilustram perfeitamente este modelo organizativo.

Nesses referidos sistemas, os tribunais superiores possuem secções administrativas e, por vezes, como sucede em Espanha²¹⁶, a primeira instância é entregue a tribunais comuns de competência especializada nas questões administrativas.

No que diz respeito às vantagens ou inconvenientes deste modelo, JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA defende: “Comparando com a separação das ordens jurisdicionais comum e administrativa, este método tem a vantagem (que, as vezes, pode raiar o inconveniente) de conferir maior peso ao juiz das questões administrativas, na medida em que um conflito com este é ao mesmo tempo um conflito com toda a magistratura judicial. Evidencia-se em sentido contrário o inconveniente de um menor asseguramento da especialização do juiz graças à inexistência de uma carreira ao longo da qual se dedique ao mesmo tipo de questões”²¹⁷.

O terceiro, é o da especialização para o julgamento de litígios administrativos de estruturas jurisdicionais colocadas no seio de uma ordem jurisdicional separado/especializado

²⁰⁹ DANIELE LOCHAK menciona a existência de 65 categorias diferentes de “tribunais”, *La justice administrative*, Paris, Montchrestien, E.J.A., 1992, n.º 39. Nos Estados Unidos de América, os “Administrative Law Judges” são empregados pelas agências federais para conduzir os debates e audiências (“hearings”), supervisionar o procedimento administrativo e velar pelo respeito das garantias legais, vide, ROUBAN L., “La réforme des Administrative Law Judges aux Etats-Unis: vers la constitution d’un grand corps?”, RDP 1985, p. 1076. Vide também, SÉRVULO CORREIA J.M., SÉRVULO CORREIA J.M., “O Controlo Jurisdicional da Administração no Direito Inglês”, em, Estudos de Direito Público em honra do Professor MARCELLO CAETANO, Lisboa, Edições Ádica, 1973, p. 121 e seguintes; FREITAS DO AMARAL D., IV, op. cit., p. 91 e seguintes. Não se deve confundir, todavia, os “administrative tribunals” e as autoridades ou agências reguladoras, vide sobre este ponto o direito Inglês, em particular, a decisão *Court of Appeal, Winsor v. Special Railway Administrators of Railtrack Pic* (2002) EWCA Civ 955, 10 July 2002; nem com as “executive agency”, vide, BARBOSA GOMES J.B., “Agências reguladoras: a “metamorfose” do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado)”, em, www.adami.adv.br, p. 3 e seguintes. Vide, o caso muito particular do Quebec onde das decisões dos tribunais administrativos recorre-se para os tribunais judiciais num sistema de unidade de jurisdição, GARANT P., “La réforme de la justice administrative au Québec”, RFD adm. 14 (1) janv.-févr. 1998 pp. 39-52.

²¹⁰ GARCÍA de ENTERRÍA E., e FERNÁNDEZ T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid, Civitas Ediciones, 7.º ed., 2000, p. 567 e seguintes; CORDÓN MORENO F., *El Proceso Contencioso Administrativo*, op. cit., p. 85 e seguintes.

²¹¹ MARTIN BLÉOU D., “La chambre administrative de la Cour Suprême de la Côte d’Ivoire”, em *Les Cours Suprême en Afrique* (Sous la direction de Gérard CONAC e Jean de GAUDUSSON), Paris, Ed. Economica, 1988, pp. 112-146; WODIE F., “Les attributions de la chambre administrative de la Côte d’Ivoire”, RJPIC, 1968, pp. 63-78; KOUAMÉ P., “La chambre administrative de la Cour Suprême de Côte d’Ivoire”, Recueil Penant, 1967, pp. 279-288.

²¹² BARDONNET D., “La juridiction administrative à Madagascar”, AJDA 1962, pp. 396-408.

²¹³ BRETON J.M. (sous la direction), *Droit Public congolais*, Paris, Ed. Economica, 1987, p. 490 e seguintes.

²¹⁴ AURILLAC M., “La Cour Suprême du Sénégal”, RJPIC 1969, pp. 64-98; GAUTRON J.C., *Droit Public du Sénégal*, Paris, Ed. LGDJ, 1970, p. 324 e seguintes.

²¹⁵ CRUZ MATOS CALVÃO DA SILVA J.N., “Sumários desenvolvidos de Direito Administrativo II”, op. cit., p. 90.

²¹⁶ Os “Juzgados de lo Contencioso-administrativo”, vide, MEILÁN GIL J.L., “La reforma de la justicia administrativa en España”, CJA n.º 13, Janeiro/Fevereiro 1999, p. 7; CORDÓN MORENO F., *El Proceso Contencioso Administrativo*, op. cit., p. 86.

²¹⁷ SÉRVULO CORREIA J.M., op. cit., p. 16.

no âmbito do Poder Judicial. É o exemplo português²¹⁸, alemão²¹⁹, finlandês²²⁰ ou turco²²¹ no qual, o método seguido é antes o da divisão do Poder Judicial em diversas ordens jurisdicionais, uma das quais a administrativa; como escreve JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA: “*Tendencialmente, este método assegura em maior plenitude a especialização do juiz administrativo e a qualidade técnica das decisões proferidas em última instância, uma vez que a solução anteriormente referida nem sempre afasta dos plenários do tribunal supremo reunidos para apreciar litígios jurídico-administrativos juízes provenientes de secções não-administrativas*”²²².

1.3. O modelo judiciarista ou quasi-judicialista

No modelo judiciarista ou quasi-judicialista, a resolução dos litígios relativos à Administração Pública, por não ser estranha à função jurisdicional, cabe a “autoridades judiciárias”, que são órgãos administrativos independentes, alheios à orgânica dos tribunais²²³. “*Trata-se*”, escreve JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “*de órgãos com funções específicas de controle e que actuam segundo um procedimento contraditório de tipo jurisdicional, embora frequentemente sem autoridade executiva*”²²⁴.

O exemplo mais ilustrativo é o da França²²⁵ e da Grécia²²⁶. Com efeito, o “modelo francês” caracteriza-se por três especificidades²²⁷.

Primeiro, a existência de uma jurisdição especializada no contencioso administrativo separada do Poder Judicial *stricto sensu*²²⁸, “*fonte*”, para parafrasear RENÉ CHAPUS, “*de independência, igualdade e autoridade moral*”²²⁹.

Segundo, a ligação orgânica da jurisdição administrativa com o Poder executivo e uma magistratura constituída de juízes “administradores”²³⁰ porque organicamente ligados à Administração Pública.

Terceiro, a existência de uma dualidade de atribuições que são contenciosas e consultivas.

Todavia, o particularismo do sistema francês não deve ser avaliado exageradamente, como escreve DANIÈLE LOCHAK: “*o particularismo do estatuto da jurisdição administrativa, muito evidente tratando-se do Conselho de Estado, é muito menos evidente tratando-se das jurisdições subordinadas*”²³¹.

2. O modelo justicialista moçambicano: o “Estado de Justiça administrativa”

²¹⁸ FREITAS DO AMARAL D., IV, op. cit., p. 95 e seguintes.

²¹⁹ SOMMERMANN K.P., “Le système des actions et la protection d’urgence dans le contentieux administratif allemand”, RFD adm. 11 (6) nov.-déc. 1995, p. 1146.

²²⁰ MODEEN T., “La loi finlandaise sur la procédure administrative contentieuse”, RFD adm. 16 (2) mars-avr. 2000, pp. 337-341.

²²¹ BÜBÜL E. e SEILLER B., “Le contentieux administratif en Turquie”, AJDA 2005, p. 1612.

²²² SÉRVULO CORREIA J.M., op. cit., p. 16.

²²³ VIEIRA DE ANDRADE J., *A justiça administrativa*, op. cit., p. 43; CRUZ MATOS CALVÃO DA SILVA J.N., “Sumários desenvolvidos de Direito Administrativo II”, op. cit., p. 90.

²²⁴ VIEIRA DE ANDRADE J., *Ibid.*, p. 43.

²²⁵ STIRN B., *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, op. cit., p. 110 e seguintes.

²²⁶ Vide, SPILIOPOULOS E., *Droit administratif hellénique*, Paris, Ed. LGDJ, 1991, p. 273 e seguintes.

²²⁷ LOCHAK D., *La justice administrative*, op. cit., n.º 36 e seguintes.

²²⁸ PACTEAU B., *Contentieux administratif*, Paris, PUF, 3. Ed. 1994, n.º 5; SÉRVULO CORREIA J.M., op. cit., p. 16.

²²⁹ CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, op. cit., n.º 3.

²³⁰ *Ibid.*, *Ibidem*

²³¹ LOCHAK D., *La justice administrative*, op. cit., n.º 37.

A leitura da Constituição da República evidencia que, em Moçambique, se optou pela existência de um contencioso administrativo inserido no Poder Judicial (modelo judicialista) com estruturas jurisdicionais separadas e especializadas para o julgamento de litígios administrativos²³².

É de realçar, liminarmente, que a palavra “Poder Judicial” não aparece formalmente na Lei Fundamental. A Constituição da República consagra a figura dos “órgãos de soberania” nos quais se incluem os tribunais (Artigo 133 da Constituição da República) e não uma divisão em “poderes”. Assim, logicamente, não há, formalmente, a consagração de um “Poder Judicial”. O Legislador Constituinte optou por uma ordenação dos órgãos de Estado segundo as suas competências e funções, o que não significa que a Lei Fundamental tenha desprezado as dimensões fundamentais da clássica “divisão dos poderes”²³³.

Os tribunais são órgãos constitucionais aos quais é especialmente confiada a função jurisdicional exercida por juízes (Artigo 212 da Constituição da República). Organizatória e funcionalmente, o Poder Judicial é, portanto, “separado” dos outros poderes: só pode ser exercido por tribunais, não podendo ser atribuídas funções jurisdicionais a outros órgãos (Cfr. TÍTULO IX TRIBUNAIS).

Entre as categorias de “tribunais”, a Constituição da República inclui o “Tribunal Administrativo”²³⁴ e os “tribunais administrativos”²³⁵. É a Constituição de 2004 que introduz formalmente a existência de “tribunais administrativos” concretizando assim uma verdadeira hierarquia de tribunais administrativos no sentido lato da palavra. Era uma reivindicação do Parlamento desde 2001 que encontrava-se formulada com clareza no *Parecer sobre a proposta de lei que aprova o Código do Processo Administrativo Contencioso* elaborado pela Comissão dos Assuntos Jurídicos, Direitos Humanos e de Legalidade. Com efeito, a referida Comissão defendeu, nesta altura: “a necessidade que se sente da extensão do Tribunal Administrativo a todo o território nacional de forma a que a sua acção se faça sentir em todos os sectores da Administração Pública, mormente nas zonas mais recônditas, onde os conflitos com a Administração Pública são também frequentes. A este propósito recomenda-se que o assunto seja tido em conta aquando da revisão da Constituição”²³⁶.

A nova Lei Fundamental tomou em conta formalmente esta preocupação o que induziu a uma evolução constitucional notável de uma jurisdição administrativa centralizada e concentrada num único órgão, o Tribunal Administrativo²³⁷ para uma jurisdição administrativa potencialmente “desconcentrada” (“tribunais administrativos”) mais próxima dos particulares e dirigida a facilitar e garantir o exercício dos recursos contenciosos e acções administrativas contra os actos, factos e actuações ou omissões das administrações estaduais e autárquicas²³⁸.

²³² Já o Artigo 3 da Lei n.º 16/97, de 10 de Julho precisa: “O Tribunal Administrativo insere-se no poder judicial, sendo único na sua ordem”.

²³³ Sobre os aspectos históricos do surgimento do Poder Judicial em Moçambique, vide, CARRILHO J.N. e RICARDO NHAMISSITANE E., *Alguns aspectos da Constituição*, Departamento de investigação e legislação – Edicil – Ministério da Justiça, Maputo – 1991, p. 20 e seguintes.

²³⁴ Alínea b) do n.º 1 do Artigo 223 da Constituição da República.

²³⁵ N.º 2 do Artigo 223 da Constituição da República.

²³⁶ AR – V/Parecer/129/14.03., pp. 3-4.

²³⁷ CISTAC G., *O Tribunal Administrativo de Moçambique*, op. cit., p. 103 e seguintes.

²³⁸ Resta determinar qual será o modelo desta desconcentração da jurisdição administrativa: criação de tribunais administrativos regionais, provinciais, distritais...? E a sua articulação entre eles e com o Tribunal Administrativo em termos de competência de julgar. De qualquer modo, trata-se de tornar-se a Justiça Administrativa mais próxima dos particulares o que contribui à construção de um Estado de Direito ainda mais efectivo. Vide, em direito comparado, a evolução do modelo venezuelano, BADELL MADRID R., “Descentralización y desconcentración del contencioso administrativo y el contencioso de los servicios públicos”, em <http://www.badellgrau.com/Conferencia%20Descentralizacion%20y%20Desconcentracion.htm> e do modelo francês, FAVRET J.M., La “bonne administration de la justice” administrative, RFD adm. Septembre-octobre.

Assim, o legislador constituinte optou pela solução de confiar a jurisdição administrativa uma hierarquia de tribunais específicos com aquela denominação de “administrativos”²³⁹.

Ademais, a jurisdição administrativa é uma jurisdição obrigatória na sua existência mas relativa nas suas estruturas. Com efeito, o legislador não pode pôr o problema de saber se ela deve ou não existir. A Lei fundamental impõe que haja uma jurisdição administrativa (Artigo 223 da Constituição da República). Todavia, se os tribunais administrativos são verdadeiros tribunais, o legislador constituinte não tratou esses como os tribunais judiciais cuja existência é prevista de forma obrigatória na Lei Fundamental (álnea c) do n.º 1 do Artigo 223). A sua existência é sujeita a um critério de oportunidade legislativa (“*Podem existir tribunais administrativos*” (n.º 2 do Artigo 223)).

Será que os “tribunais administrativos” são tribunais menores ou de segunda classe? Será que o legislador constituinte optou para uma clara valorização da justiça administrativa?

Uma reflexão em torno das palavras “soberania”, “tribunais” e “jurisdição administrativa” permitirá esclarecer melhor as características do modelo justicialista moçambicano.

1. Como “órgão de soberania”²⁴⁰, - e nos termos do n.º 1 do Artigo 2 da Constituição da República, a soberania reside “no povo” -, o Tribunal Administrativo e os tribunais administrativos administram a justiça administrativa ao nome do povo.

2. Como “tribunais”, o Tribunal Administrativo e os tribunais administrativos herderam do princípio da independência dos tribunais que constitui uma dimensão essencial do Estado de Direito e que reserva aos juízes e aos tribunais a função de julgar; como escreve JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO: “*A independência dos tribunais significa necessariamente a separação da função de julgar (função jurisdicional) num sentido positivo e num sentido negativo. Em sentido positivo, a função jurisdicional é atribuída exclusivamente a juízes; em sentido negativo, proíbe-se o exercício da função jurisdicional por outros órgãos ou poderes que não sejam jurisdicionais*”²⁴¹.

Assim, os “Princípios Gerais”, estabelecidos no “CAPÍTULO I” do TÍTULO IX relativo aos “Tribunais”, estruturam a ordem jurisdicional administrativa. Os objectivos dos tribunais²⁴², o respeito pela Constituição da República²⁴³, a independência e as garantias de imparcialidade e irresponsabilidade dos juízes²⁴⁴, aplicam-se com a mesma força na ordem jurisdicional administrativa.

Mas se o Tribunal Administrativo e os tribunais administrativos integram-se no Poder Judicial, no seu sentido de Poder jurisdicional²⁴⁵, não se inclui no Poder judiciário²⁴⁶. A

2004, p. 944 e seguintes. Vide, também, em Portugal, FREITAS DO AMARAL D. e AROSO DE ALMEIDA M., *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*, 3.ª Ed. (Revista e actualizada), Ed. Almedina – Coimbra, 2007, p. 26 e seguintes.

²³⁹N.º 1 do Artigo 228 da Constituição da República.

²⁴⁰ Artigo 133 da Constituição da República.

²⁴¹ Cf. de forma geral, GOMES CANOTILHO J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Ed. Livraria Almedina – Coimbra, 5ª Ed., 2002, p. 654; STIRN B., *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, op. cit., p. 106 e seguintes.

²⁴² Artigo 212 da Constituição da República.

²⁴³ Artigo 214 da Constituição da República.

²⁴⁴ Artigos 217, 218 e 219 da Constituição da República.

²⁴⁵ O “*poder jurisdicional*”, escreve JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*é o conjunto de magistrados (ordinários, administrativos, fiscais, constitucionais) a quem é confiada a função jurisdicional*”, op. cit., p. 654.

Constituição da República não adoptou o figurino do princípio da unidade de jurisdição. Ao lado da magistratura ordinária existe uma magistratura administrativa com órgãos e funções independentes da magistratura ordinária²⁴⁷.

3. Como jurisdição administrativa, a Constituição da República consagra tribunais específicos (SECÇÃO III – TRIBUNAL ADMINISTRATIVO no CAPÍTULO III – ORGANIZAÇÃO DOS TRIBUNAIS), integrado por magistrados com estatuto e carreira próprios.

Assim, a Constituição da República consagra as estruturas específicas de um controlo jurisdicional da acção administrativa original consubstanciando a submissão da Administração Pública ao Direito Administrativo e que constitui assim o início de um processo de edificação, parafraseando a expressão de ANTÓNIO-CARLOS PEREIRA MENAUT²⁴⁸ de um “*Estado de Justiça Administrativa*”.

B. O princípio da tutela jurisdicional efectiva

A tutela jurisdicional efectiva tornou-se um paradigma essencial da Justiça moderna em todas as suas dimensões (a). A Justiça Administrativa moçambicana afirmou a sua adesão a este princípio consagrado formalmente pelo direito objectivo vigente (b).

a) A doutrina da tutela jurisdicional efectiva

O princípio da tutela jurisdicional efectiva é consagrado em numerosas constituições e convenções internacionais²⁴⁹. Apenas para tomar deus exemplos. A Constituição da República Federativa do Brasil dispõe, no seu Artigo 5º, XXXV que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*” o que foi interpretado, pela doutrina brasileira, como uma norma que garante a todos o direito a uma prestação jurisdicional efectiva²⁵⁰.

Do mesmo modo, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Político dispõe que:

“Cada Estado Parte no presente Pacto compromete-se a:

a) Garantir que todas as pessoas cujos direitos e liberdades reconhecidas no presente Pacto forem violados disponham de recurso eficaz, mesmo no caso de a violação ter sido cometida por pessoas agindo no exercício das suas funções oficiais;

b) Garantir que a competente autoridade judiciária, administrativa ou legislativa, ou qualquer outra autoridade competente, segundo a legislação do Estado, estatua sobre os

²⁴⁶ O “*poder judiciário*”, escreve JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, é “*o complexo organizativo da chamada magistratura ordinária tradicionalmente considerada como “magistratura comum” por ser dotada da competência geral para o julgamento dos feitos submetidos às decisões dos tribunais*”, op. cit., pp. 654-655.

²⁴⁷ Artigo 232 da Constituição da República. Desta forma, não existe, entre nós, um “Tribunal Supremo”, mas vários tribunais supremos (Tribunal Supremo, Tribunal Administrativo). De qualquer modo, o Tribunal Supremo é ainda visto como “Supremo” dada a generalidade da sua competência e a especificidade do respectivo procedimento de acesso. Neste sentido é considerado como o órgão mais representativo dos juizes.

²⁴⁸ PEREIRA MENAUT A-C., “Rule of Law y Estado de Derecho”, BFD 77 (2001), p. 98.

²⁴⁹ Cfr., CISTAC G., “Justice administrative et droits de l’homme”, em, *Code de Justice administrative du Burundi – Commenté et annoté*, Bujumbura, La Licorne, 2008, pp. 113-142.

²⁵⁰ MARINONI L.G., “O direito à tutela jurisdicional efectiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais”, Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 378, 20 jul. 2004, em, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>, Acesso 23 de Maio de 2005, p. 7.

direitos da pessoa que forma o recurso e desenvolver as possibilidades de recurso jurisdicional;

*c) Garantir que as competentes autoridades façam cumprir os resultados de qualquer recurso que for reconhecido como justificação*²⁵¹, e que:

*"1. Todos são iguais perante os tribunais de justiça. Todas as pessoas têm direito a que sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei ..."*²⁵².

Entende-se, pois, por "*Tutela jurisdicional efectiva*" um complexo de direitos que integra "*o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, cada pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar e de obter as providências cautelares, antecipatórias ou conservatórias, destinadas a assegurar o efeito útil da decisão*"²⁵³.

Nesta perspectiva, o "recurso" ou a "acção" tornam-se meios processuais que permitem a realização dos direitos. Esses meios processuais serão efectivos se só conseguem materializar a efectividade dos direitos subjectivos substantivos dos particulares em causa, fora disso, esses perderão os seus próprios fundamentos, a sua razão de ser, e a sua própria natureza²⁵⁴.

A priori, pode-se defender que não existe um meio processual típico para concretizar esta tutela dos direitos, mas que este se contrói em função do ponto de partida do processo e do seu objectivo: a efectividade.

O raciocínio deve estabelecer-se tomando em conta o justiciável: qual é o objectivo do autor da acção ou do recurso, qual é o interesse que este procura satisfazer e será que o direito admite esta procura? Se a resposta é positiva, o processo deve ser conduzido com eficácia; se a resposta é negativa, a efectividade manda recusar ao pleiteante o acesso à Justiça.

Posto isto, deve-se interrogar sobre o funcionamento do aparelho judicial: em que medida este é apto para materializar esta efectividade? Será que a conduta do processo, a organização e a finalidade das vias de recurso conseguem materializar a economia de um processo efectivo?²⁵⁵

Assim, pode-se defender que a tutela jurisdicional efectiva inter-relaciona duas figuras determinantes, a do juiz no seu trabalho de reconhecimento dos direitos substantivos dos particulares, e a do processo e dos meios processuais que permitem aos particulares ver os seus direitos concretizados.

Esta aproximação complexa tem o seu reflexo na própria estrutura do recurso ou acção efectivos. Com efeito, a sua estrutura é constituída por um conjunto de direitos²⁵⁶, e a sua afirmação pode se desdobrar em geral e especial. Por exemplo, a Constituição pode, ao mesmo tempo, estabelecer a norma geral que consagra a tutela jurisdicional efectiva que é

²⁵¹ N.º 3 do Article 2 do Pacto.

²⁵² N.º 1 do Artigo 14 do Pacto.

²⁵³ Artigo 2 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (Português).

²⁵⁴ FRISON-ROCHE M.A., "La procédure et l'effectivité des droits substantiels", em, *Procédure(s) et effectivité des droits*, AMBRA (d') D., BENOÎT-ROHMER e GREWE C (dir.), Coll. Droit et Justice, 49, Ed. Nemesis, E. Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 7.

²⁵⁵ AMBRA (d') D. e GREWE C., "Avant-propos", em, *Procédure(s) et effectivité des droits*, op. cit., p. XII; como refere CONSTANCE GREWE, "Il apparaît en définitive que droit au juge, accès aux tribunaux, droit de recours et action en justice traduisent sensiblement la même réalité, c'est-à-dire un droit qui permet non seulement de saisir effectivement le juge sans entraves financières ou juridiques excessives mais encore d'être entendu par ce juge et d'obtenir un jugement", "L'accès au juge: le droit processuel d'action", em *Procédure(s) et effectivité des droits*, op. cit., p. 41.

²⁵⁶ MARINONI L.G., "O direito à tutela jurisdicional efectiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais", op. cit., p. 10.

válida qualquer que seja a ordem jurisdicional em causa - é o caso, por exemplo, na Constituição da República de Moçambique²⁵⁷ - e estabelecer uma disposição normativa especial que determina o regime jurídico de um determinado tipo de meio processual, por exemplo, o recurso contencioso²⁵⁸.

A tutela jurisdicional efectiva aplicada ao processo administrativo contencioso integra, pois, várias componentes. Em primeiro lugar, o Direito Processual Administrativo deve, teoricamente, pôr à disposição dos justiciáveis os meios processuais adequados para lhes permitir apresentar as suas pretensões e obter, num prazo razoável, uma sentença com força de caso julgado. Isto implica que todos os pedidos podem ser apresentados ao juiz administrativo e que todos tipos de decisões podem ser proferidas por este último. Assim, a jurisdição administrativa não aparece mais como uma jurisdição com poderes limitados o que era nas suas origens²⁵⁹.

Em segundo lugar, o princípio da tutela jurisdicional efectiva pressupõe que todos os tipos de medidas urgentes podem ser solicitadas e concedidas pela jurisdição administrativa desde que a medida considerada, garanta a utilidade da decisão a proferir no processo principal. É evidente que uma sentença judicial é inútil se, no momento da sua proferição, esta não pode ser executada ou, se é impossível de lhe fazer produzir qualquer efeito, porque o juiz administrativo não decidiu das medidas urgentes que visam proteger a situação pendente no processo principal.

Finalmente, a protecção jurisdicional efectiva, no plano da execução das decisões judiciais, pressupõe a aprovação de todo tipo de medidas susceptíveis de garantir a sua execução²⁶⁰.

b) A tutela jurisdicional efectiva na ordem jurisdicional administrativa moçambicano

No âmbito do processo administrativo contencioso, o princípio da tutela jurisdicional efectiva foi o objecto de uma atenção peculiar em alguns ordenamentos jurídicos²⁶¹.

O ordenamento jurídico moçambicano consagrou directa e formalmente o princípio pela via legislativa (1) e o Tribunal Administrativo teve a ocasião de se pronunciar sobre a sua aplicação (2).

1. A consagração formal do princípio pela Lei n.º 9/2001, de 7 de Julho

De acordo com o Artigo 2 – como epígrafe “Tutela jurisdicional efectiva” - da Lei n.º 9/2001, de 7 de Julho: “*A todo o direito subjectivo público ou interesse legalmente protegido corresponde um meio processual próprio destinado à sua tutela jurisdicional efectiva*”. Assim, a Lei do Processo Administrativo Contencioso consagra formalmente o princípio da tutela jurisdicional efectiva na ordem jurisdicional administrativa.

²⁵⁷ Artigo 70 da Constituição da República.

²⁵⁸ N.º 3 do Artigo 253 da Constituição da República de Moçambique.

²⁵⁹ FREITAS DO AMARAL D. e AROSO DE ALMEIDA M., *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*, op. cit., pp. 53-54.

²⁶⁰ Idem, p. 55.

²⁶¹ Vide, por exemplo, os sistemas jurídicos espanhol (GONZÁLEZ PÉREZ J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas Ed., Tercera ed., 2001), português (DOS SANTOS MAÇÃS, M.F., *A suspensão judicial da eficácia dos actos administrativos e a garantia constitucional da tutela judicial efectiva*, Coimbra, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1996; BRITO W., *Lições de Direito Processual Administrativo*, op. cit., p. 99 e seguintes) e brasileiro (MEIRA, A.L.S., “A universalidade da tutela judicial como fator de efetividade do processo”, **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 100, 11 out. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4357>; HABER FALEIROS T., “Tutela judicial efetiva como direito”, em <http://www.ipdci.org.br/revista/arquivo/015.htm>).

Isto implica, teoricamente, que devem ser estabelecidas formas de processo necessárias para se fazer valer em juízo direitos ou interesse legítimos, devendo o Tribunal Administrativo proferir, em prazo razoável, decisão sobre pretensão deduzida em juízo, nos termos da lei. Devem ser adoptadas todas as necessárias medidas para fazer executar as decisões judiciais e decretadas as providências antecipatórias ou conservatórias adequadas a assegurar o efeito útil da decisão por ele proferido.

Em todo caso, isto implica, também, implicitamente o abandono do princípio de tipicidade dos meios processuais no Direito Processual Administrativo Contencioso vigente o que não significa abandono da juridicidade das formas processuais.

Todavia, a Primeira Secção do Tribunal Administrativo não integrou ainda esta vertente essencial da tutela jurisdicional efectiva, continuando a defender que “... *no contencioso administrativo vigora o princípio da legalidade ou tipicidade dos meios processuais...*”²⁶².

Além do facto de que não há equiparação entre o princípio da legalidade e a tipicidade dos meios processuais, o princípio da legalidade se acomoda muito bem ao abandono do princípio de tipicidade dos meios processuais do momento em que os meios processuais devem se conformar com a ordem jurídica no seu todo.

Por outras palavras, o contencioso administrativo não pode continuar a ser entendido como um contencioso limitado, já que tem de encontrar-se sempre um meio que permita o acesso ao tribunal, quando exista um direito ou interesse legalmente protegido carecido de tutela ou mesmo, em geral, quando haja um litígio emergente de relações jurídicas administrativas²⁶³. Se os meios ou formas processuais têm de estar previstos e definidos na lei – princípio de juridicidade dos meios e formas processuais -, não pode significar, para parafrasear JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE “... *que eles constituem um sistema fechado e codificado de meios processuais administrativos*”²⁶⁴.

É a luz destes princípios que deve interpretar-se a actual Lei do Processo Administrativo Contencioso, que, para além dos meios tradicionais e da possibilidade óbvia de criação de novos meios por leis especiais, não impede a utilização subsidiária do direito processual civil que permite, desde logo, o recurso aos meios acessórios, em especial, às “providências cautelares não especificadas” e, ainda encontrar, em determinadas hipóteses, regras processuais específicas e mais adequadas.

2. A aplicação do princípio pelo juiz administrativo

A Primeira Secção do Tribunal Administrativo teve a ocasião de se pronunciar, pelo menos, em quatro acórdãos, sobre o princípio da tutela jurisdicional efectiva²⁶⁵.

No Acórdão LUÍS TIMÓTEO MATSINHE, de 12 de Abril de 2002, a Primeira Secção desenvolveu um importante aspecto da tutela jurisdicional efectiva: o orgânico. Neste processo estava em causa um pedido de suspensão de eficácia de uma deliberação da Comissão Permanente do Conselho Superior da Magistratura Judicial. Uma das questões levantadas era das garantias contenciosas dos juízes. A Primeira Secção afirmou que como qualquer cidadão os juízes “*gozam do direito de acesso a uma tutela judicial efectiva*” que implica que “... *o órgão incumbido de apreciar tais recursos reúna, através da sua composição e regras de funcionamento, condições para decidir com total independência e*

²⁶² TA-S: EDSON DA GRAÇA MACHADO, 16 de Setembro de 2008, Proc. 160/2008-1ª.

²⁶³ VIEIRA DE ANDRADE J., *A justiça administrativa*, op. cit., p. 122.

²⁶⁴ Idem, p. 123.

²⁶⁵ TA-S: LUÍS TIMÓTEO MATSINHE, de 12 de Abril de 2002, Proc. 75/2000-1ª, em, CISTAC G., *Jurisprudência Administrativa de Moçambique*, Volume 2 (2000-2002), Maputo, Ed. Tribunal Administrativo – 2006, p. 501; TA-S: MONTEIRO ANTÓNIO CUMAIO, de 13 de Maio de 2003, Proc. 39/03-1ª; TA-S: JOÃO LUÍS FERREIRA ALBASINI, de 16 de Agosto de 2005, Proc. 10/02-1ª; TA-S: AUTO SERVIÇO RÁPIDO, LDA, de 2 de Maio de 2007, Proc. 23/2007-1ª.

imparcialidade ...”. No caso concreto, a Primeira Secção decidiu que a Secção do Tribunal Supremo instituída para conhecer desses recursos não estava em posição de assegurar essas garantias. Nesta perspectiva, o Tribunal Administrativo conclui que o Artigo 28 da Lei n.º 10/91, de 30 de Julho era manifestamente incompatível com o estabelecido na Constituição, recusou-se em aplicar esta disposição nos termos do Artigo 162 da Constituição e se declarou competente para apreciar e decidir recursos das deliberações do Conselho Superior da Magistratura Judicial.

No Acórdão MONTEIRO ANTÓNIO CUMAIO, de 13 de Maio de 2003, este funcionário do Estado requereu a suspensão de eficácia do despacho exarado pelo Ministro da Administração Estatal, aplicando ao requerente a pena de despromoção. Na sua resposta o órgão requerido defendia que a suspensão não devia ser decretada porque “... *se trata de aplicação de penas disciplinares a funcionários públicos, como é o caso em apreço, porque causaria grave dano ao interesse público, por reflexos negativos que poderia ter com a concessão pelo Tribunal, sobre o prestígio e a autoridade do Estado*”.

Depois de ter exposto os requisitos legalmente previstos pela Lei n.º 9/2001, de 7 de Julho para que o Tribunal concede a suspensão de eficácia, a Primeira Secção conclui que: “*Da leitura e interpretação do preceito legal acima transcrito, resulta claro que a decretação ou não do pedido de suspensão de eficácia de um acto praticado por um órgão da Administração há-de resultar da ponderação daqueles três factores, sopesando, em cada caso concreto, por um lado, o interesse particular e, por outro lado, o interesse público.*”

Este critério de avaliação estabelecido pelo legislador deve prevalecer, mesmo quando se trata de aplicação de penas disciplinares a funcionários públicos, pois, a não ser assim, estariam em causa princípios fundamentais do contencioso administrativo, maxime, o princípio da tutela jurisdicional efectiva consagrado no artigo 2 da Lei n.º 9/2001, de 7 de Julho, e que constitui a materialização do direito que assiste aos cidadãos de apresentar petições, queixas e reclamações, bem como de recorrer aos tribunais contra actos que violem os seus direitos estabelecidos na Constituição e nas demais leis” (o sublinhado é nosso).

O Acórdão JOÃO LUÍS FERREIRA ALBASINI, de 16 de Agosto de 2005, levanta questões cruciais em matéria de tutela jurisdicional efectiva. O pleiteante intentou uma acção para o reconhecimento de direitos ou interesses legalmente protegidos *in concreto* o reconhecimento do seu direito aos salários e indemnização constantes da sua petição inicial.

Todavia, não se mostrou preenchido um dos pressupostos desta acção o de que “*não tenha havido lugar à prática de um acto administrativo*” (n.º 1 do Artigo 103 da Lei n.º 9/2007, de 7 de Julho).

O interesse deste acórdão é duplo: a Primeira Secção afirmou, com clareza, o princípio da tutela jurisdicional efectiva mas dúvidas ainda se levantam sobre a sua real aplicação.

A Primeira Secção afirma com clareza o princípio da tutela jurisdicional efectiva. A premissa maior do acórdão não deixa transparecer nenhuma dúvida sobre este aspecto: “*Nos termos do artigo 2 da Lei n.º 9/2001, de 7 de Julho, a todo o direito subjectivo público ou interesse legalmente protegido corresponde um meio processual próprio destinado à sua tutela jurisdicional efectiva.*”

Decorre, deste preceito legal, que toda a pretensão tutelada pelo direito público terá de ser efectivada através do meio processual adequado e observados que sejam os pertinentes pressupostos, ou seja, o contencioso administrativo é de natureza tipificada”.

A questão fundamental relaciona-se com a aplicação do princípio acima definido e a sua dependência, na fase da sua materialização com o que a Primeira Secção chamou de “*natureza tipificada*”. Com efeito, no referido processo a Primeira Secção reparou que um dos pressupostos do meio processual proposto pelo justiciável não estava preenchido para a

espécie de acção de que lançou mão o autor o que implicou “*uma desconformidade entre o pedido e o facto que lhe dá origem*”.

Todavia, a Secção do Contencioso Administrativo conclui que – e este aspecto é determinante para a aplicação concreta do princípio da tutela jurisdicional efectiva – “*Relativamente à acção para reconhecimento de direitos ou interesses legalmente protegidos, a melhor doutrina sobre a matéria refere que dela só se lança mão (...) quando outros meios se apresentem inidóneos para a tutela jurisdicional do direito ou interesse em causa (...)*”.

Não está provado que nem o recurso, nem a acção de responsabilidade civil da Administração por actos de gestão pública, sejam ineficazes para a tutela dos direitos ora reclamados”.

Neste parágrafo, a Primeira Secção parece sugerir indirectamente ao autor da acção rejeitada os caminhos processuais para ter um provável êxito (“recurso” ou “acção de responsabilidade civil da Administração”). Neste caso, parte-se do pressuposto de que a tutela jurisdicional efectiva pressupõe um papel activo do juiz na procura do meio processual adequado para satisfazer a efectividade dos direitos subjectivos substantivos do justiciável, a questão poderia se resumir a saber porque a Secção do Contencioso que “confessou” os meios idóneos para satisfazer esta efectividade não tenha posto em movimento esses meios sobre tudo quanto o objectivo do autor da acção apareceram com clareza?

No Acórdão AUTO SERVIÇO RÁPIDO, LDA, de 2 de Maio de 2007, a Primeira Secção invocou, também, o princípio da tutela jurisdicional efectiva.

O interesse deste acórdão é de que a Primeira Secção conjugou o princípio da proibição do *Non liquet* com o princípio da tutela jurisdicional efectiva. Com efeito, neste processo o autor requereu uma “providência cautelar não especificada”, na qual pediu para o Tribunal “*ordenar, com a maior brevidade possível a suspensão da eficácia do acto da requerida de encerramento da oficina*”. Contudo, apesar do facto de que a requerente escreveu, no intróito da petição inicial, que vinha requerer uma “providência cautelar não especificada”, a Primeira Secção julgou que: “*... não há dúvidas de que a intenção da requerente foi a de, desde o início, requerer a suspensão de eficácia do despacho do requerido, o que, nos termos da Lei do Processo Administrativo Contencioso que vem invocada nos autos, só pode realizar-se através do meio processual acessório da suspensão de eficácia de actos administrativos previsto nos termos dos artigos 108 e seguintes da citada lei*”.

Assim, neste extracto pode-se depreender a vontade da Primeira Secção de consagrar o princípio da proibição do *Non liquet*. Não há nada de estranhar. A jurisprudência administrativa consagrou expressamente este princípio de uma forma constante, quer antes²⁶⁶, quer depois da entrada em vigor da Lei do Processo Administrativo Contencioso²⁶⁷. O que deve estranhar-se é de que se o referido princípio é afirmado e aplicado pela Primeira Secção

²⁶⁶ TA-S: ÂNGELA MARIA DO REGO E MELO, 24 de Novembro de 1998, Proc. 7/98-1ª, em, CISTAC G., *Jurisprudência Administrativa de Moçambique*, Volume 1, op. cit., p. 498; TA-S: CALADO RUBENS UAMUSSE, 5 de Outubro de 1999, Proc. 4/99-1ª, em, CISTAC G., *ibid.*, p. 705; TA-P: ALEXANDRE LUÍS FUMO, 31 de Dezembro de 2003, Proc. 6/03-P.

²⁶⁷ A LPAC não consagra formalmente este princípio mas a Primeira Secção considerou que apesar do facto “*Da petição inicial apresentada, não se mostra referenciada, de forma concreta, a espécie de processo de que o peticionário pretendeu lançar mão para efeitos de defesa dos seus interesses, perante esta jurisdição administrativa (...) resulta inteligível que, com tal peça, ele vem impugnar, contenciosamente, a medida disciplinar de DEMISSÃO que lhe foi aplicada pelo Director Geral Adjunto das Alfândegas ...*” (TA-S: MANUEL ANTÓNIO CHITIVA, 20 de Dezembro de 2005, Proc. 91/2005-1ª.) o que equipara a admitir a proibição do “*Non liquet*” consagrada de forma continua e estável na sua jurisprudência anterior. Vide, também, TA-S: PEDRO ESTÊVÃO MUIANGA, 7 de Dezembro de 2004, Proc. 85/01-1ª; TA-S: AIR CORRIDOR, 18 de Janeiro de 2007, Proc. 175/2006-1ª; TA-S: AUTO SERVIÇO RÁPIDO, LDA, 2 de Maio de 2007, Proc. 23/2007-1ª. Em todo caso, o n.º 1 do Artigo 8 do Código Civil proíbe o “*Non liquet*”.

desde antes da entrada em vigor da Lei do Processo Administrativo Contencioso qual seria o impedimento de aplicá-lo no Processo JOÃO LUÍS FERREIRA ALBASINI, de 16 de Agosto de 2005?

Outro aspecto digno de reparo é de que mesmo se como estabelece a Primeira Secção a “providência cautelar não especificada” “*não está previsto na Lei do Processo Administrativo Contencioso*” nada impede, na perspectiva da aplicação do princípio da tutela efectiva, a sua utilização como meio supletivo do processo administrativo contencioso no momento em que exista uma verdadeira lacuna na lei processual administrativa sempre respeitando as normas e os princípios especialmente estabelecidos nesta²⁶⁸. Assim, este meio não pode ser afastado de modo peremptório como o dá a entender o Ministério Público no referido caso²⁶⁹.

Além disso, a Primeira Secção argumentou, também, no fundamento da tutela jurisdicional efectiva que uma vez mais afirmou-se com solenidade: “*Com a constatação de tais evidências, aliada à consagração, na jurisdição administrativa, dos princípios da plenitude da tutela jurisdicional efectiva que “impõe que para todo e qualquer conflito que mereça composição judicial seja possível encontrar um tribunal competente e um meio processual que confira protecção adequada e suficiente aos interesses envolvidos dignos de tutela jurídica” (...), pode-se concluir que a questão suscitada pelo Ministério Público não é passível de constituir entrave para o Tribunal conhecer, de imediato, do mérito da presente providência cautelar ...*”.

CONCLUSÃO

Não se pode esquecer, parafraseando PROSPER WEIL que: “*... a conquista do Estado pelo direito é relativamente recente e não está ainda terminada em toda a parte. Os lentos progressos da organização internacional revelam-nos, num outro aspecto, esta repugnância de qualquer “soberania” em admitir outro julgamento além do seu*”²⁷⁰. O Direito Administrativo materializa o processo de autolimitação do Poder Público através do que MAURICE HAURIOU chamava a “*instituição administrativa*”²⁷¹.

“*Fruto de um milagre*”, como assevera PROSPER WEIL, “*o direito administrativo só subsiste, de resto, por um prodígio cada dia renovado. Nenhuma força pode constranger de facto o executivo a submeter-se à norma de direito e à sentença do juiz, mas o Estado pode, pelo menos em teoria, pôr termo, quando o desejar, à auto-limitação que consentiu. Para que o milagre se realize e se prolongue devem ser preenchidas diversas condições que dependem da forma do Estado, do prestígio do direito e dos juízes, do espírito do tempo*”²⁷².

Não se deve esquecer do cumprimento permanente dessas condições em Moçambique para consolidar o movimento de crescimento do Direito Administrativo desde a independência do país para que se realiza e prolongue o “milagre” do Direito Administrativo.

²⁶⁸ Cfr., VIEIRA DE ANDRADE J., *A justiça administrativa*, op. cit., p. 124.

²⁶⁹ No referido caso o Ministério Público proferiu o seguinte parecer: “*... Ora, este meio processual não acolhe assentimento legal nesta jurisdição (administrativa). Neste tribunal o legislador elencou as “providências” que podem correr seus termos e designou-as de meios processuais acessórios – Capítulo V, art. 108 e segs-, cuja finalidade e pressupostos diferem dos refinados na lei processual civil. A “LPAC” é um diploma legal especial, pelo que se acha afastada a aplicação da lei geral*”. É claro que o conteúdo deste parecer não parece tomar em conta o próprio princípio da tutela jurisdicional efectiva.

²⁷⁰ WEIL P., *O Direito Administrativo*, op. cit., p. 8.

²⁷¹ HAURIOU M., *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, op. cit., p. 12 e seguintes.

²⁷² WEIL P., *O Direito Administrativo*, op. cit., p. 10.