

Acórdão n.º 03/CC/2022

de 17 de Junho

Processo n.º 02/CC/2021

Fiscalização sucessiva abstracta da constitucionalidade e da legalidade

Acordam os Juízes Conselheiros do Conselho Constitucional:

I

Relatório

Dois mil cidadãos, devidamente identificados nos autos, representados pelo advogado Doutor Duarte da Conceição Casimiro, Bastonário da Ordem dos Advogados de Moçambique (OAM), vêm ao Conselho Constitucional solicitar, ao abrigo do disposto na alínea g) do n.º 2 do artigo 244 da Constituição da República (CRM) e da alínea g) do n.º 2 do artigo 60, da Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto, Lei Orgânica do Conselho Constitucional (LOCC), a apreciação e declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade ou ilegalidade das normas constantes do Código de Processo Penal (CPP), aprovado pela Lei n.º 25/2019, de 26 de Dezembro, bem como as que se contêm na Lei n.º 18/2020, de 23 de Dezembro, que introduz alterações àquele Código.

Passando de imediato à concretização das normas cuja declaração da inconstitucionalidade ou da ilegalidade é requerida pelos peticionários, aqui se indicam os pertinentes dispositivos legais, a saber:

- artigo 256 e n.º 1 do artigo 159, ambos do CPP, na redacção dada pela Lei n.º 18/2020, de 23 de Dezembro;

Acórdão nº 03/CC/2022, de 17 de Junho

- alínea b), do n.º 2 do artigo 59 e n.º 2 do artigo 61, ambos do CPP;
- alínea b), do n.º 1 do artigo 72 do CPP;
- n.º 3 do artigo 209; artigo 294; n.º 2 do artigo 212 e n.º 1 do artigo 421, todos do CPP.

Os requerentes aduzem, como fundamentos, a factualidade que sinteticamente ora se alinha:

- O artigo 256 do CPP, na redacção dada pela Lei n.º 18/2020, de 23 de Dezembro, viola os comandos constitucionais estabelecidos nos n.ºs 3 e 4 do artigo 56; no n.º 2 do artigo 59; no n.º 1 do artigo 61 e no artigo 64, todos da CRM, porquanto não contém prazos de prisão preventiva para todas as fases processuais até à decisão final;
- Com a revisão pontual do artigo 256 do CPP, efectuada pela Lei n.º 18/2020, já citada, o legislador ordinário não fixou neste dispositivo legal o prazo de prisão preventiva, desde a) pronúncia até à decisão judicial condenatória em primeira instância; b) decisão judicial condenatória em primeira instância até à decisão final com trânsito em julgado, violando, deste modo, o disposto no n.º 1 do artigo 64 e no n.º 1 do artigo 61, ambos da CRM, lançando a norma ao vício da inconstitucionalidade por omissão;
- Como suporte da alegação anteriormente trazida, atinente à imprecisão dos limites das penas e das medidas de segurança, os peticionários citam o decidido no Acórdão n.º 4/CC/2013, de 17 de Setembro, do Conselho Constitucional, segundo o qual:

(i) A proibição imposta pelo n.º 1 do artigo 61 da Constituição é aplicável, por extensão, à prisão preventiva, enquanto medida privativa de liberdade.

(ii) Da interpretação do disposto na parte final do n.º 1 do artigo 64, segundo o qual a lei deve fixar os prazos de prisão preventiva, conjugada com o n.º 1 do artigo 61, ambos da Constituição, resulta que o legislador tem de fixar esses prazos de tal forma que a duração da prisão preventiva esteja definida.

- Entendem, os requerentes, que a inconstitucionalidade por omissão é reforçada pelo artigo 255 do CPP que estabelece sobre a extinção da prisão preventiva, em particular, as alíneas b) e e) dos n.ºs 1 e 2, respectivamente, nos termos do qual as medidas de coacção extinguem-se de imediato: a) com a sentença absolutória, mesmo que dela tenha sido interposto recurso; ou b) com o trânsito em julgado da sentença condenatória;

- Depois de referirem as eventuais consequências nefastas que poderão advir da eliminação que se verifica das alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 256 do CPP, aprovado pela Lei n.º 25/2019, já mencionada, os impetrantes sustentam que a pronúncia não confirma juridicamente a existência de prova do cometimento do crime. Consideram que um tal entendimento violaria frontalmente o preceito constitucional plasmado no n.º 2 do artigo 59 da CRM, que confere aos arguidos o benefício e gozo da presunção de inocência até decisão judicial definitiva, princípio este que é igualmente consagrado no n.º 1 do artigo 3 do CPP;

- Aduzem ainda, os requerentes, que atribuir à pronúncia a confirmação da existência de prova (e que nessa medida justifica a prisão preventiva até ao julgamento sem que lhe tenha sido fixado o prazo) é negar a actividade probatória que decorre na instrução em julgamento, conforme se depreende do Livro VIII, Título II, Capítulo III, artigos 385 e seguintes do CPP;

- Segundo os impetrantes, o n.º 2 do artigo 256 do CPP está inquinado de inconstitucionalidade material, uma vez que o Código Penal não prevê o tipo legal de crime denominado “criminalidade violenta” e “criminalidade altamente organizada”. O uso desta denominação pode conduzir à incerteza, insegurança, imprevisibilidade e violação de Direitos Humanos, manifestamente contrário ao apanágio do Estado de Direito Democrático e daí os peticionários concluem que se trata de uma atipicidade e, como tal, a lei penal adjectiva não deve admitir a prisão preventiva, em obediência ao comando constitucional ínsito no artigo 64;

- De acordo com os requerentes a alínea b), do n.º 2 do artigo 59 do CPP, na versão introduzida pela Lei n.º 25/2019, de 26 de Dezembro, atribuiu a função de *dirigir a instrução* ao Ministério Público, cuja finalidade descrita no artigo 307 do CPP é a mesma que a da instrução preparatória que constava do artigo 12 do Decreto-Lei n.º 35007, de 13 de Outubro de 1945, já revogado, e ao mesmo tempo fazem notar que ali o legislador suprimiu o termo “preparatória” consignado no artigo 235 da CRM, gerando assim, uma aparente inconstitucionalidade. Pois, a instrução ocorre em todo processo, desde a notícia do crime até ao julgamento;

- Na sequência, os peticionários referem ainda que o n.º 2 do artigo 61 do CPP, ora em causa, atribuiu competência especial ao Serviço de Investigação Criminal de, por iniciativa própria, colher notícia dos crimes, impedir, quanto possível, as suas consequências, descobrir os seus agentes e levar a cabo os actos necessários e urgentes destinados a assegurar os meios de prova.

Esta tarefa atribuída ao Serviço de Investigação Criminal viola a Constituição da República no seu artigo 235;

- No entender dos requerentes, é incompreensível que um órgão *ab initio* coadjuvante (n.º 1 do artigo 61 do CPP) assumia a liderança na função persecutória do crime e do criminoso e da própria instrução do processo-crime (artigo 307 do CPP), pois, ao pretender condicionar os efeitos prosseguidos pelas normas de direito fundamental à edição de normatização infraconstitucional regulamentar resultaria na eliminação dos limites consubstanciados nos direitos fundamentais e na equiparação do poder estatal ao poder constituinte, com conseqüente ameaça ao Estado Constitucional;

- No seguimento do seu petítório, os impetrantes consideram que a alínea b) do n.º 1 do artigo 72 do CPP, que consagrou uma excepção à obrigatoriedade de assistência do defensor nos processos que não possa dar lugar à aplicação de pena de prisão ou de medida de segurança de internamento, viola o disposto no n.º 2 do artigo 62 da CRM, segundo o qual, *O arguido tem o direito de escolher livremente o seu defensor para o assistir em todos os actos do processo, devendo ao arguido que por razões económicas não possa constituir advogado ser assegurada a adequada assistência jurídica e patrocínio judicial;*

De acordo com os requerentes, a inconstitucionalidade daquele dispositivo assenta no facto de o direito à defesa não contemplar espaço para qualquer derrogação;

- Referindo-se, sucessivamente, ao n.º 3 do artigo 209; artigo 294; n.º 2 do artigo 212 e n.º 1 do artigo 421, todos do CPP, os impetrantes entendem que estes dispositivos legais violam os princípios de presunção de inocência, da titularidade exclusiva da acção penal pelo Ministério Público, da judicialização dos meios de coacção e de obtenção da prova, previstos no n.º 2 do artigo 59 e do artigo 235, ambos da CRM;

- Passando à concretização do anteriormente alegado, aqueles sustentam que o legislador do CPP, (...) *ao consagrar a possibilidade de limitação de direitos fundamentais através da revista e busca, pela autoridade judiciária, no n.º 3 do artigo 209 do CPP, abre espaço para que da definição desta, constante do artigo 17 do CPP, o Ministério Público possa limitar direitos fundamentais, facto já declarado inconstitucional por Acórdão n.º 04/CC/2013, de 17 de Setembro (...);*

- Consideram como *Mais grave ainda o facto de, no n.º 3 (entenda-se n.º 4) do artigo 209 do CPP, a realização de revista e busca prescindir da ordem da autoridade judiciária, autorizando os órgãos dos Serviços de Investigação Criminal a sua realização somente por se tratar de crime de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou integridade de qualquer pessoa. Notando que “criminalidade violenta ou altamente organizada” além de não ter assento legal substantivo, seria uma qualificação feita por agentes do SERNIC (...);*

- Observam os requerentes a este respeito que tal (...) *situação, para além de não configurar flagrante delito, caso em que os órgãos dos Serviços de Investigação Criminal estariam autorizados a efectuar diligências independentemente de qualquer ordem judicial, o conceito de criminalidade violenta e de criminalidade altamente organizada constitui uma porta aberta para incluir qualquer tipo legal de crime e praticar arbitrariedades contra os direitos e liberdades fundamentais (...)* e concluem que semelhante permissão é inconstitucional, por conferir poderes a uma autoridade administrativa (SERNIC) para a limitar direitos fundamentais;

- Os impetrantes, ao examinar a configuração da prova testemunhal consagrada no n.º 1 do artigo 159 do CPP, põem em causa a actual redacção dada pela Lei n.º 18/2020, de 23 de Dezembro, por admitir a prova testemunhal por (*ouvir dizer*) e consideram estar-se perante uma inconstitucionalidade indirecta, na medida em que a prova testemunhal de conhecimento directo é uma garantia do direito à defesa dado aos arguidos, em conformidade com o estabelecido no artigo 62 da CRM;

Entendem, por último, que as normas atrás elencadas e que vêm sendo postas em crise com base na motivação aqui já expendida, são de igual modo supervenientemente inconstitucionais no plano formal, por regularem matéria que é da exclusiva competência do legislador constituinte e porque se mostram contrárias ao preceituado no n.º 4 do artigo 2 da CRM, sustentam que, por mais este fundamento, as mesmas (...) *devem (...) ser revogadas (...)* pelo Conselho Constitucional.

Juntaram:

Comprovativos de mais de 2.000 assinaturas de recorrentes desta lide e pertinentes documentos.

Admitido o pedido, em cumprimento do disposto no artigo 51 da Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto, Lei Orgânica do Conselho Constitucional, do mesmo foi notificada a Assembleia da República, para se pronunciar, querendo, sobre o requerido, na qualidade de órgão autor das normas impugnadas, e fê-lo nos termos que, em síntese, se alinham:

- Quanto à alegada inconstitucionalidade do artigo 256 do CPP, na redacção dada pela Lei n.º 18/2020, de 23 de Dezembro, este dispositivo legal não enferma de nenhum vício de inconstitucionalidade, contrariamente ao afirmado pelos peticionários, pois nele se contêm todos os prazos de prisão preventiva até decisão final;

- A prisão preventiva só é permitida nos casos previstos na lei, que fixa os respectivos prazos e define nos artigos 232, 234 e 245 todos do CPP, os requisitos e fundamentos em que a mesma deve ocorrer, estabelecendo-se, assim, a garantia constitucional do direito à liberdade e da observância do princípio da presunção de inocência previsto no n.º 2 do artigo 59 da CRM;

- A pretendida verificação da inconstitucionalidade por omissão, que é suscitada pelos requerentes, sob a alegação da falta de indicação de todos os prazos de prisão preventiva, em manifesta violação do preceituado no n.º 1 do artigo 64 da CRM, não tem assento no direito moçambicano, onde se consagra apenas que a *inconstitucionalidade deve ser pelo acto material, facere*;

- No que se refere à violação do (i) exercício exclusivo da acção penal pelo Ministério Público (ii), do princípio da ampla defesa e do contraditório e (iii) do princípio da jurisdicionalização dos meios de obtenção de prova que, segundo os requerentes, decorre do estabelecido na alínea b) do n.º 2 do artigo 59; n.º 2 do artigo 61; artigo 209 e do artigo 294, respectivamente, todos do CPP, importa referir que o SERNIC é o braço da investigação criminal e ao Ministério Público a quem se subordina e, por isso, o legislador ao lhe conceder a excepção de, por iniciativa própria, colher notícia dos crimes, descobrir os seus agentes e assegurar os meios de prova, bem como efectuar as buscas e revistas, sem a prévia autorização da autoridade judiciária, não se traduz na violação da exclusividade da acção penal adstrita ao Ministério Público e antes visa garantir a materialização da salvaguarda dos indícios criminais que concorrem para a descoberta da verdade material e aqui se sublinha que a sua validação e confirmação fica dependente do juiz, sob pena de nulidade;

- Quanto à excepção prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 72 do CPP, referente à não obrigatoriedade de assistência de defensor, trata-se de uma faculdade concedida ao arguido,

Acórdão nº 03/CC/2022, de 17 de Junho

em caso de crimes que não importam a pena de prisão, pela sua menor gravidade e não consubstancia violação do direito ao contraditório e assistência jurídica, cabendo ao arguido decidir sobre a questão;

- Relativamente à pretensa inconstitucionalidade indirecta do disposto no n.º 1 do artigo 159 do CPP, na redacção dada pela Lei n.º 18/2020, de 23 de Dezembro, que de acordo com os peticionários viola a prova testemunhal por *ouvir dizer*, sem conhecimento directo, afectando a garantia de defesa dada ao arguido, consignado no artigo 62 da CRM, reafirma-se que não se trata de *fofoca* mas, sim, tem a ver com adopção de um mecanismo que permite ao juiz ter amplos elementos de avaliação e aferição da verdade material e não põe em causa o direito de defesa que assiste ao arguido;

A terminar, a Assembleia da República conclui que as normas aqui trazidas, sob pretexto de sua inconstitucionalidade, não violam a Constituição da República, pelo que o pedido requerido por dois mil cidadãos deve ser considerado improcedente.

II

Fundamentação

O presente processo de fiscalização sucessiva abstracta da constitucionalidade e da legalidade foi desencadeado por quem tem legitimidade, nos termos da alínea g) do n.º 2, do artigo 244 da Constituição da República (CRM) e da alínea g) do n.º 2, do artigo 60 da Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto, entretanto, revogada pela Lei n.º 2/2022 de 21 de Janeiro, Lei Orgânica do Conselho Constitucional (LOCC), actual alínea g) do n.º 2 do artigo 64.

O Conselho Constitucional é o órgão especialmente competente para administrar a justiça, em matérias de natureza jurídico-constitucional, ao abrigo do preceituado no n.º 1 do artigo 240, e, por isso, lhe cabe conhecer do pedido nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 243, ambos da CRM.

Na presente lide, o Conselho Constitucional tem por objecto a fiscalização da constitucionalidade e/ou da legalidade das seguintes normas processuais penais:

- n.º 1 do artigo 159 e artigo 256, ambos do Código do Processo Penal (CPP), na redacção dada pela Lei n.º 18/2020, de 23 de Dezembro;

- alínea b) do n.º 2 do artigo 59 e n.º 2 do artigo 61, ambos do CPP;

Acórdão nº 03/CC/2022, de 17 de Junho

- alínea b) do n.º 1 do artigo 72 do CPP;
- n.º 3 do artigo 209; n.º 2 do artigo 212; artigo 294; e n.º 1 do artigo 421, todos do CPP.

Da falta de fixação dos prazos da duração da prisão preventiva para cada fase processual

Considerando que a questão que se discute logo de início nesta lide se prende com os prazos de duração máxima de prisão preventiva, estabelecidos no artigo 256 do CPP, com a nova redacção introduzida pela Lei n.º 18/2020, cujas normas constituem, pretensamente, uma afronta à Constituição da República e visando lançar luz à compreensão da essência do problema em causa, neste momento revela-se necessário recorrer à confrontação do teor daquele dispositivo legal com o constante da redacção original, aprovado pela Lei n.º 25/2019, e aqui se reproduz o respectivo conteúdo:

Artigo 256

(Prazos de duração máxima da prisão preventiva)

1. A prisão preventiva extinguir-se-á quando, desde o seu início, tiverem decorrido:

(...)

c) 14 meses, sem que tenha havido condenação em 1ª instância;

d) 18 meses, sem que tenha havido condenação com trânsito em julgado.

2. (...).

(...).

Na redacção dada pela Lei n.º 18/2020, de 23 de Dezembro

Artigo 256

(Prazos de duração máxima da prisão preventiva)

1. A prisão preventiva extinguir-se-á quando tiverem decorrido:

a) 4 meses desde o seu início, sem que tenha sido deduzida acusação;

b) 4 meses depois da notificação da acusação, sem que, havendo lugar à audiência preliminar, tenha sido proferido despacho de pronúncia.

2. *Os prazos referidos no número 1 do presente artigo são elevados, respectivamente, até 6 e 10 meses, em caso de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, ou quando se proceder por crime punível com pena de prisão de máximo superior a 8 anos.*
3. *Os prazos referidos no número 1 do presente artigo são elevados, respectivamente, para 12 e 16 meses quando o procedimento for pelas infracções descritas no número 2 do presente artigo e se revelar de excepcional complexidade, relativamente à qualidade dos ofendidos ou pelo carácter altamente organizado do crime.*
4. *A excepcional complexidade a que se refere o presente artigo apenas pode ser declarada durante a 1ª instância, por despacho fundamentado, oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, ouvidos o arguido e o assistente.*
5. *No caso de o arguido ter sido condenado à pena de prisão, estando o processo em recurso, a prisão preventiva extingui-se-á se ela tiver a duração da pena fixada em primeira instância.*
6. *A prisão preventiva pode ser extinta, por decisão do juiz relator, quando, estando o processo em recurso, a prisão preventiva tiver durado por tempo correspondente à metade da pena fixada, desde que verificados os pressupostos da liberdade condicional.*
7. (...).
8. (...).

Do cotejo das duas transcrições acima exibidas respeitantes à mesma norma é notória a diferença de configuração no tratamento dos prazos de duração máxima da prisão preventiva.

Com efeito, aquando da aprovação da Lei n.º 25/2019, Lei de Revisão do Código de Processo Penal, de 15 de Fevereiro de 1929, o respectivo artigo 256 contemplava quatro momentos da duração máxima da prisão preventiva, concretamente:

- a) 4 meses desde a prisão preventiva, sem que tenha sido deduzida a acusação;
- b) 8 meses depois da notificação da acusação, sem que havendo lugar à audiência preliminar, tenha sido proferido despacho de pronúncia;
- c) 14 meses, sem que tenha havido condenação em 1ª instância;
- d) 18 meses, sem que tenha havido condenação com trânsito em julgado.

Ora, com a revisão pontual do CPP, operada pela Lei n.º 18/2020, o artigo 256 apresenta-se sem as alíneas c) e d) do n.º 1 que fixavam os prazos, respectivamente, desde a a) pronúncia até à decisão judicial condenatória em primeira instância e b) decisão judicial condenatória em primeira instância até à decisão final com trânsito em julgado, ao que acresce o facto de ter sido reduzido o prazo que constava da alínea b) de 8 para 4 meses depois da notificação da acusação, sem que, havendo lugar à audiência preliminar, tenha sido proferido despacho de pronúncia.

Nesta circunstância, a supressão das referidas alíneas do novo normativo legal foi entendida, pelos requerentes, como desconforme dos comandos constitucionais estabelecidos nos n.ºs 3 e 4 do artigo 56; no n.º 2 do artigo 59; no n.º 1 do artigo 61 e no n.º 1 do artigo 64, porquanto não contém prazos de prisão preventiva para todas as fases processuais até à decisão final e, por isso, viola os princípios da liberdade, de presunção de inocência e da previsibilidade dos prazos de prisão preventiva e concluem por considerar verificada a inconstitucionalidade por omissão. Sustentam ainda a sua convicção no decorrente do artigo 255 do CPP que estabelece a extinção da prisão preventiva, em particular, as alíneas d) e e), segundo as quais as medidas de coacção extinguem-se de imediato: d) com a sentença absolutória, mesmo que dela tenha sido interposto recurso, ou e) com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

É de todo inquestionável que existe tensão ou conflito entre alguns direitos, liberdades e garantias e o interesse, também justificado no Estado de Direito Democrático, de uma eficaz administração da justiça penal. Uns e outros são sujeitos à compressão, sendo as cedências determinadas em função da aplicação da regra de concordância prática entre os interesses conflitantes. Este exercício de ponderação cabe, num primeiro plano, ao legislador e, na fase da aplicação do direito, aos tribunais e a outras entidades.

Nesta senda, a Constituição permite a restrição da liberdade nos casos em que a lei determinar, desde que tenha efeitos gerais e abstractos e sem efeito retroactivo (artigo 56, n.º 4 da CRM). Esses casos estão expressamente previstos no artigo 32, nos n.ºs 1 e 2 do artigo 234 e na alínea a) do n.º 1 do artigo 243, todos do CPP, tornando legítima a aplicação da prisão preventiva quando, no caso concreto, se verifique que há indícios fortes de crime grave e insuficiência ou inadequação de outras medidas de coacção menos severas para o arguido. Nesta perspectiva, a lei define a excepcionalidade, a necessidade e a adequação como pressupostos materiais da prisão preventiva.

Refira-se, porém, que além da indicação dos requisitos e fundamentos, a lei pode ainda restringir a liberdade do arguido por via da sua duração, o que faz no n.º 1 do artigo 256 do CPP, ao determinar que *[a] prisão preventiva extinguir-se-á quando, desde o seu início, tiverem decorrido a) 4 meses desde o seu início, sem que tenha sido deduzida acusação; b) 4 meses, depois da notificação da acusação, sem que, havendo lugar à audiência preliminar, tenha sido proferido despacho de pronúncia e no n.º 5 estipulando que, no caso de o arguido ter sido condenado à pena de prisão, estando o processo em recurso, a prisão preventiva extinguir-se-á se ela tiver a duração da pena fixada em 1ª instância.*

Neste quadro, verifica-se que a fixação de prazos de prisão preventiva constitui uma imposição constitucional, nos termos do n.º 1 do artigo 64, à luz da qual o legislador ordinário deve regulamentar os limites da duração máxima da prisão preventiva. Ou seja, impôs-lhe o estabelecimento de prazos mas, para além das proibições de excesso e de indeterminação ou indefinição das sanções, não prescreveu quaisquer parâmetros sobre a periodicidade ou a duração dos mesmos.

Em cumprimento daquele mandato constitucional, o legislador ordinário estipulou prazos cujos *terminus* ocorrem com a acusação, a pronúncia e o trânsito em julgado da condenação em primeira instância, salvo se, antes do trânsito em julgado, tiver decorrido o tempo da condenação em primeira instância.

Discordantes desta opção de não se indicar de forma expressa e autonomizada os prazos de prisão preventiva para as fases subsequentes à prolação do despacho de pronúncia, os petionários sustentam, sem apresentar fundamento constitucional, que os prazos da prisão preventiva devem coincidir com todas as fases processuais, sob pena de constituir uma restrição ao direito do arguido à liberdade. Sucede, porém, que a correspondência destes prazos com as fases processuais, além de não constituir imposição constitucional, traduz tão-somente uma correspondência meramente tendencial e não plena. Aliás, a este propósito importa ter presente o artigo 215.º do CPP de Portugal, na sua redacção actual, introduzida pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, que provavelmente foi a fonte de inspiração, isto a julgar pelo teor, *ipsis verbis*, de uma parte dos respectivos segmentos normativos reflectidos no artigo 256 da Lei n.º 25/2019, de 26 de Dezembro, com a epígrafe (**Prazos de duração máxima da prisão preventiva**) (exceptuando a forma de indicação de duração máxima dos respectivos períodos e aqui se menciona, a título de exemplo, a alínea d) do n.º 1 do artigo 256 do CPP Moçambicano: *18 meses, sem que tenha havido condenação com trânsito em julgado*, enquanto no de Portugal

Acórdão nº 03/CC/2022, de 17 de Junho

lê-se, na alínea d) *Um ano e seis meses sem que tenha havido condenação com trânsito em julgado*), de que sobreveio o Acórdão n.º 2/2008, de 4 de Janeiro, do Tribunal Constitucional Português¹ que, ao debruçar-se sobre a correspondência dos referidos prazos com as fases processuais, veio a decidir, fixando o sentido de que a *ideia central do sistema é a de fazer coincidir, ao menos tendencialmente, a duração máxima (acumulada) de prisão preventiva com o termo das sucessivas fases processuais. Dentro de cada fase processual, os prazos de duração máxima de prisão preventiva são ainda pré-determinados segundo a gravidade do tipo legal de crime e a complexidade do procedimento.*

No seguimento deste entendimento, são teoricamente concebíveis prazos de prisão preventiva que vigorem até à acusação; ao recebimento da acusação, na falta de audiência preliminar; à pronúncia; à condenação em 1ª instância, etc., todavia, não existe, nem é exigível, coincidência total entre os prazos de prisão preventiva e as etapas processuais e, desde logo, a ausência de indicação expressa dos prazos previstos nas alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 256, na versão da Lei n.º 25/2019, de 26 de Dezembro, não pode ser interpretada como um atentado contra a liberdade dos arguidos.

Os requerentes, ao invocarem as alíneas d) e e) do n.º 1 do artigo 255 do CPP, para sustentar a obrigatoriedade de prazos intercalares, olvidaram atentar para a restrita dimensão do seu alcance. Com efeito, o referido dispositivo consagra uma de duas modalidades de causas de extinção da prisão preventiva e que não se confunde com as causas constantes dos n.ºs 1 e 5 do artigo 256 do CPP.

Conforme se mostra óbvio, num caso, a prisão preventiva extingue-se com acto que, com ressalva da sentença absolutória, põe termo ao processo, sem associação a qualquer prazo: i) o despacho de arquivamento dos autos de instrução, quando não for requerida audiência preliminar; ii) o despacho de não pronúncia, quando tenha transitado em julgado; iii) o despacho que rejeitar a acusação, no âmbito do saneamento do processo; iv) a sentença absolutória, mesmo que dela tenha sido interposto recurso; v) a sentença condenatória quando tenha transitado em julgado; vi) a sentença não transitada em julgado que condene em pena inferior à prisão já sofrida (n.ºs 1 e 2 do artigo 255 do CPP).

Enquanto, noutro caso, a prisão preventiva cessa com a sua caducidade: i) 4 meses a contar da detenção; ii) 4 meses a contar da notificação da acusação; iii) o tempo correspondente à pena

¹Publicado no *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, Vol. 71º, 2008, Pgs. 127 a 139
Acórdão nº 03/CC/2022, de 17 de Junho

fixada em primeira instância ou à metade dela desde que, neste último caso, estejam verificados os pressupostos da liberdade condicional (n.ºs 1, 5 e 6 do artigo 256 do CPP). Mas, ocorrendo a prolação da acusação inicia-se, no dia seguinte, um novo prazo de duração máxima e no dia seguinte à prolação do despacho de pronúncia inicia um novo prazo que, no limite, corresponderá ao prazo da condenação em 1ª instância, salvo se, antes do seu termo, ocorrer trânsito em julgado da decisão condenatória.

Entretanto, mostrando-se esgotados os prazos sem que se produzam os actos correspondentes ocorre a extinção da medida e o arguido é posto em liberdade, sem embargo da sujeição a outras medidas de coacção não privativas da liberdade (n.ºs 1 e 3 do artigo 259 do CPP).

No entender dos peticionários, consideram haver violação do princípio da liberdade quando se regista a ultrapassagem do prazo estipulado sem que um determinado acto se produza e, como tal, determina a extinção da medida de coacção e a consequente soltura dos arguidos (artigo 259 CPP). Por essa razão, reivindicam o incremento de prazos de prisão preventiva porque esse aumento será directamente proporcional às possibilidades de soltura imediata do arguido, por esgotamento dos referidos prazos.

Sendo, porém, sabido que cabe à lei definir as condições nas quais o arguido fica em prisão preventiva ou em liberdade provisória, a opção de não estabelecer mais prazos de caducidade não pode implicar que o direito à liberdade esteja a ser coarctado, principalmente no contexto em que a lei prevê ainda a possibilidade de cessação da prisão preventiva com a sua revogação.

No que se refere à modalidade de cessação, por via de revogação, mostra-se relevante realçar a mudança de regime entre o código revogado e o código actual.

Com efeito, no domínio do CPP de 1929, na redacção introduzida pelo Dec.-Lei nº 185/72, de 31 de Maio, as possibilidades de revogação da prisão preventiva e consequente soltura do arguido apenas estavam previstas para as situações de *prisão preventiva sem culpa formada*. Em contrapartida, após a culpa formada, a prisão preventiva só podia ser revogada em recurso interposto do despacho de pronúncia, do despacho que a tiver ordenado posteriormente ou, na decisão final, quando do teor da decisão devesse resultar nova apreciação da legalidade da prisão (artigos 308º e 309º do CPP de 1929). Isto equivale a dizer, com a culpa formada, a qual se mantinha até decisão final (§ 3º do artigo 308º do CPP/1929), ficava eliminada a possibilidade de soltura do arguido.

Adoptando uma opção marcadamente de ruptura com o anterior regime jurídico-processual penal, o legislador ordinário moçambicano enveredou por outro caminho. Efectivamente, não se estabelece, formalmente, a distinção entre prisão sem culpa formada e prisão com culpa formada. Adicionalmente, e em obediência à excepcionalidade da prisão preventiva, não são previstas quaisquer restrições temporais para a soltura do arguido.

Na verdade, existe a possibilidade de soltura dos arguidos, a todo o momento, mesmo após a pronúncia e, neste sentido, se aponta a via do mecanismo de reexame periódico dos pressupostos da prisão preventiva, no âmbito do qual pode decidir-se a respeito da sua manutenção, substituição ou revogação quando deixarem de se verificar os pressupostos que fundamentaram, inicialmente, a decretação da medida (artigo 254 do CPP). E, independentemente deste reexame trimestral, a prisão preventiva deve ser revogada ou substituída por outra medida de coacção logo que se verifiquem as circunstâncias que tal justifiquem, em conformidade com a alínea b) do n.º 1 do artigo 253 do CPP.

Chegados a esta parte, é de salientar que, em caso de prisão preventiva, assume particular relevância o princípio da duração razoável do processo, através do qual se garante a celeridade da sua tramitação, evitando dilações indevidas de modo a que o arguido seja julgado em período de tempo oportuno e conheça, com a máxima brevidade, a sua condição (presumido inocente, ilibado ou culpado).

É neste pressuposto que devem ser entendidos os artigos 356 e 358, ambos do CPP, cujas normas obrigam a que, após a decisão de pronúncia, os autos sejam imediatamente remetidos ao tribunal competente para efeitos de julgamento e que a respectiva audiência deva ser realizada na data mais próxima possível sem ultrapassar 45 dias, após a recepção do processo no tribunal. Neste caso, estando o arguido preso, a audiência deve ser fixada com precedência sobre qualquer outro julgamento (n.º 4 do artigo 358 do CPP).

O legislador moçambicano fixou todos os prazos de prisão preventiva correspondentes a todas as fases processuais (da acusação até à decisão final com o trânsito em julgado), tendo, para o efeito, optado por dois critérios. Trata-se, pois do critério que atende a duração da prisão preventiva em meses e o critério da duração da prisão preventiva por decisão judicial condenatória.

Os prazos de prisão preventiva constantes dos números 1 a 4 do artigo 256 do CPP foram computados por meses e os prazos referidos nos números 5 e 6, do mesmo artigo, são determinados por decisão judicial condenatória do arguido.

Em qualquer das fases processuais em que se encontrem os autos, o respectivo arguido saberá com clareza o prazo de duração da sua prisão preventiva, quer por via do prazo estabelecido pelo critério dos meses, quer pelo critério da duração da sua pena concreta aplicada pelo tribunal.

Pelo exposto, nota-se com clarividência que houve uma evolução positiva do direito processual penal e também demonstra a elasticidade da opção político-legislativa doméstica na fixação de prazos de prisão preventiva, sem que isso signifique uma afronta às normas constitucionais e aos seus princípios.

Ou seja, a fixação de prazos de prisão preventiva por recurso a dois critérios devidamente identificados para todas as fases processuais até à decisão final não viola o n.º 3 do artigo 56 da CRM (*A lei só pode limitar os direitos, liberdades e garantias, nos casos expressamente previstos na Constituição*).

A restrição da liberdade tem amparo constitucional e o artigo 256 do CPP só a contempla nos precisos termos em que a Constituição autoriza.

Nota-se, de igual modo, que não foi infringido o comando do n.º 1 do artigo 64 da CRM (*A prisão preventiva só é permitida nos casos previstos na lei, que fixa os respectivos prazos*), pelo legislador ordinário na sua soberana escolha de dois critérios para a fixação de prazos de prisão preventiva para todas as fases processuais. Primeiro, porque a exigência da escolha da fixação por um único critério não advém da Constituição. Segundo, porque da análise conjugada dos n.ºs 5 e 6 do artigo 256 do CPP apreende-se que o prazo máximo da prisão preventiva coincide com a duração da condenação em 1ª instância, mesmo que o recurso dela interposto não tenha sido decidido.

Da sindicabilidade da inconstitucionalidade por omissão

Sustentando, os requerentes, que há uma evidente omissão relativa à indicação de prazos intercalares entre a pronúncia e o trânsito em julgado da sentença condenatória, importa neste âmbito que se comece por referir o tipo e a extensão dos actos sindicáveis, a saber: a *fiscalização por acção*, isto por um lado, e por outro, a *fiscalização por omissão*, consoante

Acórdão nº 03/CC/2022, de 17 de Junho

tenha por objecto actos praticados ou omissões juridicamente relevantes, respectivamente. Na primeira, fiscaliza-se uma norma jurídica existente e emanada de um órgão do poder legislativo que está em contradição com a Constituição. Na segunda, fiscaliza-se um comportamento traduzido no incumprimento do dever de emanar actos legislativos que concretizem determinados direitos que a Constituição impõe. As medidas legislativas são necessárias para tornar plenamente efectivos direitos que, por falta de regulamentação, permaneceriam inócuos.

Sucedede, contudo, que na ordem jurídico-constitucional moçambicana, o Conselho Constitucional apenas aprecia e declara a inconstitucionalidade das leis e a ilegalidade dos actos normativos dos órgãos do Estado [alínea a) do n.º 1 do artigo 243 da CRM]. É um sistema de fiscalização de inconstitucionalidade que se traduz na violação da Constituição por acção.

No caso sujeito, mesmo que se admitisse a sindicabilidade por omissão, o que não é o caso, a inutilidade deste exercício seria por demais evidente, uma vez que está em causa o direito à liberdade que se insere no quadro dos direitos e liberdades individuais e, como tal, é directamente aplicável (n.º 1 do artigo 56 da CRM) e não carece de qualquer intervenção legislativa para o tornar efectivo.

Refira-se, outrossim, que a considerar se tratar, eventualmente, de um direito que requeresse a *interposition legislatoris* para a sua concretização, o Conselho Constitucional estaria desde logo vedado de impor à Assembleia da República a adopção de qualquer medida legislativa porque prevalece, nesta matéria, os princípios de separação e interdependência de poderes consagrados na Constituição em que assentam os órgãos de soberania e devem obediência à Constituição e às leis, nos termos do artigo 134 da CRM.

Da norma contida no n.º 2 do artigo 256 do CPP

Quanto à problematização do n.º 2 do artigo 256 do CPP que, segundo os requerentes, não prevendo o Código Penal o tipo legal de crime denominado *criminalidade violenta* ou *altamente organizada*, esta denominação pode conduzir à incerteza, insegurança, imprevisibilidade e violação de Direitos Humanos, urge que nos detenhamos na sua análise sob uma dupla perspectiva.

Com efeito, de acordo com o estabelecido no n.º 1 do artigo 60 da CRM *Ninguém pode ser condenado por acto não qualificado como crime no momento da sua prática* e para tornar operante este princípio da legalidade, que é estruturante do Direito Penal num Estado de Direito

Democrático, impõe-se ao legislador ordinário a necessidade de, na definição de crimes, usar uma linguagem precisa e delimitadora, com repúdio de preceitos abertos ou vagos que proporcionem ou admitam a via analógica, assegurando-se, desde modo, a efectividade da prevalência do princípio da tipicidade que subentende a garantia constitucional de uma especificação dos factos que integram o tipo legal de crime.

Contrariando este princípio, o impugnado enunciado normativo empregou a expressão *criminalidade violenta* ou *altamente organizada*, que de acordo com o entendimento dos petionários, semelhante normaçãõ proporciona o arbítrio do julgador, encarregado de a preencher, face à natureza aberta, de cláusula geral, do n.º 2 do artigo 256 do CPP e daí solicitam a sua erradicação do ordenamento jurídico por via da declaração de inconstitucionalidade.

A este respeito, não é despiciendo que se faça o primeiro reparo: a “*criminalidade altamente organizada*” é um conceito que não traduz um tipo legal de crime em específico, mas uma categoria de crimes.

Na sequência, é *mister* referir que na caracterização normativa do delito, o legislador pode fazer uso de *tipo fechado* e de *tipo aberto*. Designa-se por *tipo aberto* o que não possui descrição minuciosa da conduta criminosa e cabe ao poder judiciário, na análise do concreto, complementar a tipicidade mediante um juízo de valor.

No caso vertente, considerando que, se a norma deve ser formulada *de modo ao seu conteúdo se poder impor autónoma e suficientemente, permitindo um controlo objectivo na sua aplicação individualizada e concreta* (Castanheira Neves, 1984, p. 334) *nem sempre é possível alcançar uma total determinação – nem será, porventura desejável – bastando que o facto punível seja definido com suficiente certeza: a própria natureza da linguagem impede uma determinação integral, sendo certo que pode representar-se negativamente uma enumeração demasiado casuística, a multiplicar a eventualidade das lacunas a dificultar a determinação do que é essencial em cada caso*².

Salvaguardado o que se acaba de dizer, a proibição de normas penais indeterminadas não é absoluta porque se reconhece que não é possível assegurar, em todos os contextos, o grau de absoluta determinação e precisão.

²In **Acórdãos do Tribunal Constitucional**, 49.º volume, p. 354 e seguintes, 2001.
Acórdão nº 03/CC/2022, de 17 de Junho

Neste sentido, em direito comparado também o Acórdão n.º 93/01, de 13 de Março de 2001, do Tribunal Constitucional Português, no decurso de decisivas considerações que foi tecendo ao longo da apreciação da questão judicanda, veio a citar o Parecer n.º 32/80 (*in Pareceres citados*, 14.º vol., 1983, p. 60), que *reconhece que uma relativa indeterminação dos tipos legais de crime pode mostrar-se justificada, sem que isso signifique violação dos princípios da legalidade e da tipicidade*, acabando por sufragar este posicionamento, admitindo que (...) *não sendo possível a determinação absoluta - o que a doutrina igualmente corrobora - é constitucionalmente compatível um certo grau de indeterminação*³.

Assim sendo, não se mostra violado o princípio da legalidade e a segurança jurídica não foi posta em causa, pois as normas penais que, sendo indeterminadas, são determináveis, e daí que soçobra a invocada inconstitucionalidade material da norma aqui posta em crise.

Nesta sede, acresce referir que a eficácia da declaração de excepcional complexidade da respectiva instrução preparatória, na 1ª instância, relativamente à qualidade dos ofendidos ou pelo carácter altamente organizado do crime, pressupõe a existência de um despacho fundamentado, ouvidos o arguido e o assistente.

Das normas contidas nos n.ºs 5 e 6 do artigo 256 do CPP pretensamente violadoras da proibição de prazos indefinidos consagrada no n.º 1 do artigo 61 da CRM

Os peticionários argumentam que a ausência de prazos de prisão preventiva entre o despacho de pronúncia e o trânsito em julgado viola o princípio da previsibilidade dos referidos prazos. Concluem que o artigo 256 do CPP fixa prazos de prisão preventiva indefinidos, tendo tal imprecisão sido sancionada pela decisão contida no Acórdão n.º 4/CC/2013, de 17 de Setembro, do Conselho Constitucional que, ao apreciar a constitucionalidade do § 3º do artigo 308º do CPP de 1929, declarou que (...) *na espécie de processos em causa a duração da prisão preventiva com culpa formada não se acha definida e, nestes termos, a norma constante do § 3º do artigo 308º do CPP viola a norma que resulta da interpretação conjugada do disposto no n.º 1 do artigo 64, in fine, e no n.º 1 do artigo 61, nos termos da qual a lei não deve fixar prazos de prisão preventiva de duração indefinida*.

Em síntese:

³ *Idem, ibidem.*

- (i) *A proibição imposta pelo n.º 1 do artigo 61 da Constituição é aplicável, por extensão, à prisão preventiva, enquanto medida privativa de liberdade.*
- (ii) *Da interpretação do disposto na parte final do n.º 1 do artigo 64, segundo o qual a lei deve fixar os prazos de prisão preventiva, conjugada com o n.º 1 do artigo 61, ambos da Constituição, resulta que o legislador tem de fixar esses prazos de tal forma que a duração da prisão preventiva esteja definida.*

A invocação da violação do n.º 1 do artigo 61 da CRM, suscitada pelos petionários, tem apenas razão no pressuposto de que no artigo 256 do CPP, o legislador fixou, efectivamente, prazos até à decisão final, facto que é negado pelos mesmos. Isto porque só pode ser qualificado como indefinido um prazo que seja existente.

Debruçando-nos sobre o alegado, há que referir que após o despacho de pronúncia, a prisão pode extinguir-se por uma das três formas: i) sentença absolutória; ii) trânsito em julgado da sentença condenatória; iii) decurso (integral ou parcial) do tempo de pena aplicada em primeira instância, conforme ressalta do preceituado no artigo 255 do CPP.

Atentando para o enunciado do n.º 5 do artigo 256 do CPP, flui da sua letra e espírito que o prazo máximo de prisão preventiva nele fixado é o período da condenação em primeira instância, conforme se lê: *no caso de o arguido ter sido condenado à pena de prisão, estando o processo em recurso, a prisão preventiva extinguir-se-á se ela tiver a duração da pena fixada em 1ª instância.*

Sobre alegada violação do n.º 1 do artigo 64 da CRM de que se socorrem os petionários como um dos fundamentos da pretendida declaração da inconstitucionalidade do artigo 256 do CPP, importa atermo-nos neste caso ao seu enunciado textual:

A prisão preventiva só é permitida nos casos previstos na lei, que fixa os respectivos prazos. Deste segmento normativo mostra-se estabelecida a garantia constitucional do direito à liberdade, cabendo à lei ordinária a definição dos casos de prisão preventiva e dos respectivos prazos e nele não se descortina alguma imposição visando a fixação de prazos para todas as fases até à decisão judicial final. A este respeito, importa tecer o seguinte considerando:

Contrariamente à argumentação dos requerentes, o artigo 256 do CPP não contempla apenas prazos para duas fases, concretamente, até à dedução da acusação ou até à prolação do despacho de pronúncia.

Com efeito, dispõe o n.º 5 daquele preceito legal que *no caso de o arguido ter sido condenado à pena de prisão, estando o processo em recurso, a prisão preventiva extinguir-se-á se ela tiver a duração da pena fixada em primeira instância*”. Estabelece, por sua vez, o n.º 6 do citado artigo que *“A prisão preventiva pode ser extinta por decisão do juiz relator, quando, estando o processo em recurso, a prisão preventiva tiver durado por tempo correspondente à metade da pena fixada, desde que verificados os pressupostos da liberdade condicional*”.

Neste sentido, para além do que já foi expandido no concernente aos dois critérios de fixação de prazos da prisão preventiva, extrai-se, como corolário, o seguinte:

- como prazo máximo, a prisão preventiva não pode ser superior à duração da condenação, medida esta que se apresenta como remédio no caso de atraso no julgamento de recursos com detidos preventivamente;
- ou seja, o prazo máximo da prisão preventiva é igual ao período da condenação, independentemente de ter havido ou não trânsito em julgado da condenação, mesmo que o processo ainda esteja em recurso;
- o prazo máximo de prisão preventiva para reclusos com boa conduta não deve ultrapassar metade da condenação em primeira instância, havendo recurso.

Colocados perante este quadro, a invocada inconstitucionalidade das normas inscritas nos números 5 e 6 do artigo 256 do CPP por violação da proibição de prazos indefinidos consagrada no n.º 1 do artigo 61 da CRM, mostra-se insustentável, porquanto, como já se disse, todos os prazos estão devida e legalmente estabelecidos e fixados.

Da norma constante da alínea b) do n.º 2 do artigo 59 do CPP

Relativamente à alegada inconstitucionalidade da norma ínsita na alínea b) do n.º 2 do artigo 59 do CPP que, no entender dos impetrantes, viola o princípio de presunção de inocência, é importante nesta sede transcrever o seu conteúdo: compete, em especial, ao Ministério Público: b) *dirigir a instrução*. Dizem os Requerentes que, *literis, (...) há aqui uma aparente inconstitucionalidade* somente pelo facto de o legislador ter suprimido o termo «preparatório» a que a Constituição alude no seu artigo 325, ao dispor que *Ao Ministério Público compete (...) dirigir a instrução preparatória dos processos-crimes, exercer a acção penal (...)*⁴.

⁴ Sublinhado nosso

Os Requerentes reconhecem que a questão que levantam é «aparente». Nos termos do Dicionário Universal da Língua Portuguesa, Porto Editora, a palavra aparente significa. *que só existe na aparência; evidente; visível; suposto, fingido*, daí a fundamentação do pedido basear-se na eliminação da palavra «preparatória» da competência do Ministério Público de «dirigir a instrução», conforme a alínea b) do artigo 59 do CPP.

A reforma do processo penal de 1929 em 2019 trouxe algumas inovações que requerem uma interpretação actualística, conforme a Constituição. A nova reforma processual introduziu novos conceitos quanto à configuração do processo-crime, importando, para este caso, as suas fases iniciais, nas quais incidem os poderes do Ministério Público.

No regime anterior, regulado pelo Decreto-Lei n.º 35007, de 13 de Outubro de 1945, a instrução dividia-se em preparatória e contraditória, sendo que a primeira era dirigida pelo Ministério Público e a segunda estava a cargo do juiz de instrução criminal. Neste contexto, a função do Ministério Público era de exercer a acção penal, solicitando aos tribunais o reconhecimento do direito de punir do Estado, o que lhe confere um meio de poder que justifica a sua actuação, nomeadamente, a *acção penal*.

A instrução preparatória destinava-se a fundamentar a acusação, sendo ao Ministério Público que cumpria recolher ou dirigir a recolha dos elementos de prova bastantes para submeter ao poder judicial as causas criminais, através da acusação. Com efeito, o artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 35007, prescrevia que *A instrução preparatória abrange todo o conjunto de provas que formam o corpo de delito e tem por fim reunir os elementos de indicição necessários para fundamentar a acusação*. O juiz era alheio a esta fase, salvo no que respeitasse à decisão sobre a prisão preventiva ou à aplicação provisória de medidas de segurança, porque estas eram do domínio da *quasi jurisdição*.

No actual regime processual, aprovado pela Lei n.º 25/2019, de 26 de Dezembro, a instrução teve uma nova roupagem: o que anteriormente correspondia à *instrução preparatória* equivale hoje à «instrução», cujo regime está previsto nos artigos 307 a 331 do CPP, nos termos seguintes: *A instrução compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação*.

No regime anterior, depois da instrução preparatória, fase a cargo do Ministério Público, seguia-se sempre a «instrução contraditória», nos processos de querela e, facultativamente, nos

processos de polícia correcional, dependendo da complexidade da causa (art.º 34.º e 35.º do Decreto-Lei n.º 35007). A fase da instrução contraditória estava a cargo do juiz de instrução criminal, entidade diferente da acusação, que é o Ministério Público. A instrução contraditória era habilitada ao juiz, com a função de comprovar a acusação, que terminava com a pronúncia ou despronúncia.

Actualmente, com a reforma de 2019, a «fase da instrução contraditória» corresponde à fase da «audiência preliminar», a cargo do juiz de instrução, tendo por finalidade obter uma decisão de submissão ou não da causa a julgamento, através da comprovação da decisão de deduzir acusação ou de arquivar os autos da instrução (art.º 332, n.º 1 do CPP). Esta fase finda com a pronúncia ou despronúncia e só existe nos processos ordinários e é facultativa.

Depois deste excursus, é nítido concluir que a eliminação da palavra «preparatória» da alínea b) do artigo 59 do CPP, quanto às competências do Ministério Público de «dirigir a instrução» não bule com a terminologia constitucional na enunciação das competências do Ministério Público de «dirigir a instrução preparatória». O objectivo do enunciado pelo artigo 235 da Constituição de entregar a «instrução preparatória» ao Ministério Público não foi posto em causa pela reforma, continuando a separação nítida entre as funções de direcção da instrução preparatória (hoje instrução somente) e as de instrução contraditória (hoje audiência preliminar).

Da norma consagrada no n.º 2 do artigo 61 do CPP

Antes da análise da norma inscrita acima, e sindicada nos presentes autos, é mister fazer-se a sua citação neste momento: n.º 2 do artigo 61 (Competência dos Serviços de Investigação Criminal), *competete, em especial, aos serviços de investigação criminal, mesmo por iniciativa própria, colher notícia dos crimes e impedir, quanto possível, as suas consequências, descobrir os seus agentes e levar a cabo os actos necessários e urgentes destinados a assegurar os meios de prova.*

Os Requerentes dizem que esta norma é incompatível com a função do Ministério Público de «exercer a acção penal», nos termos do artigo 235 da Constituição, que prescreve que *Ao Ministério Público compete (...) exercer a acção penal (...).*

Para aquilatarmos a compatibilidade ou não do enunciado no n.º 2 do artigo 61 do CPP com o artigo 235 da CRM é preciso discernir o sentido “*colher notícia dos crimes e impedir, quanto*

possível, as suas consequências, descobrir os seus agentes e levar a cabo os actos necessários e urgentes destinados a assegurar os meios de prova”, por um lado, e, por outro, de “exercer a acção penal”, para verificar se a função do SERNIC bule ou não com a do Ministério Público.

Comecemos pela última, o conteúdo de *exercer a acção penal*.

Historicamente, a acção penal competia, regra geral, ao Ministério Público e tinha natureza pública. Contudo, a acção penal podia ser exercida excepcionalmente pelas autoridades administrativas, quanto às transgressões de posturas, regulamentos e editais; pelas autoridades policiais, quanto às infracções que devessem ser julgadas em processos sumários e a todas as contravenções e pelos organismos do Estado com competência para a fiscalização de certas actividades ou execução de certos regulamentos especiais, quanto às contravenções verificadas nesse âmbito (artigos 1.º a 3.º do Decreto-Lei n.º 35007).

É a Constituição de 2004 que veio concentrar exclusivamente o exercício da acção penal pelo Ministério Público (artigo 234), retirando todas as anteriores veleidades quanto a esta matéria.

Ora, o que significa «exercer a acção penal»?

A acção penal é um meio processual a cargo do Ministério Público, como ponto de partida do processo-crime. Por este facto, a acção penal é uma das formas de que o Estado dispõe para restabelecer a paz social que tenha sido alterada pelo cometimento do crime, independentemente de o procedimento criminal depender da acusação particular, da queixa do ofendido, entre outros. Mas o cerne é que a acção penal é exercida unicamente pelo Ministério Público, independentemente de casos em que a sua promoção dependa da actividade particular.

Portanto, a exclusividade da acção penal nas mãos do Ministério Pública representa a exclusividade da titularidade do *ius puniendi* nas mãos do Estado.

Ora, será que a colheita pelo SERNIC de *notícia dos crimes e impedir, quanto possível, as suas consequências, descobrir os seus agentes e levar a cabo os actos necessários e urgentes destinados a assegurar os meios de prova*, belisca a exclusividade da acção penal pelo Ministério Público?

A resposta a esta questão é negativa. A colheita de notícia de crimes, a descoberta de seus agentes e a realização de actos necessários e urgentes destinados a assegurar os meios de prova

não se localiza no âmbito da titularidade da acção penal, mas no âmbito da direcção da instrução.

Nos termos do artigo 235 da Constituição, a direcção da instrução incumbe ao Ministério Público, redacção concretizada pela alínea b) do n.º 2 do artigo 59 do CPP.

A instrução, cuja direcção cabe ao Ministério Público, compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação (artigo 307 do CPP).

Na direcção da instrução, o Ministério Pública é auxiliado ou assistido pelos Serviços de Investigação Criminal (SERNIC). É neste contexto que faz carreira a concentração do poder de «direcção» da instrução nas mãos do Ministério Público. Consequentemente, os órgãos dos serviços de investigação criminal actuam sob a directa orientação do Ministério Público e na sua dependência funcional (cfr. artigo 308 do CPP).

O regime moçambicano optou, dentre os vários sistemas de dependência das polícias de investigação criminal (dependência autónoma, sistema de completa ou total dependência e dependência funcional em relação ao Ministério Público), pelo modelo de dependência funcional que implica “o reconhecimento de autonomia (organização) da própria polícia que, originariamente, cumpre funções (...). Mas, actuando no processo, as polícias passam a estar sob (responsabilidade de) autoridades judiciais e não sob as ordens hierárquicas a que pertencem” (CUNHA, José Manuel Damião da., “Relacionamento entre autoridades judiciais e polícia no processo penal”, *in* Manuel Monteiro Guedes valentes (Coord). “I Congresso do Processo Penal”, Coimbra: Almedina, Janeiro, 2005, p. 103.). Neste sistema de dependência funcional, existe (i) uma rigorosa delimitação de competências entre as autoridades judiciais, isto é, entre o Ministério Público e as polícias, no caso o SERNIC, que realizam as tarefas de investigação, mas sob direcção daquela; (ii) maximização de recursos para o combate à criminalidade, tendo em conta o conceito aberto de polícia criminal; (iii) adequação do SERNIC à estrutura do processo penal que começa por uma instrução dirigida pelo Ministério Público.

A essência deste modelo é a de permitir uma certa mobilidade e uma certa pro-actividade e, portanto, muito dependente das próprias estratégias de prevenção criminal, o que justifica que, embora numa inteira dependência ao Ministério Público, porque dirigente da instrução, o

SERNIC possa recolher *notícia dos crimes e impedir, quanto possível, as suas consequências, descobrir os seus agentes e levar a cabo os actos necessários e urgentes destinados a assegurar os meios de prova*, nos termos do artigo 61, n.º 2 do CPP.

Em conclusão, a concessão de faculdades previstas no n.º 2 do artigo 61 do CPP ao SERNIC não bule com as funções de direcção da instrução dos processos penais, pois este é funcionalmente dependente do titular da acção penal (Ministério Público) e tal justifica-se por motivos conexos a uma teleologia, visando a ligação entre actividade da polícia ou de prevenção de perigos e a de prossecução das finalidades do processo (CUNHA, José Manuel Damião da, *Relacionamento entre autoridades judiciárias e polícia no processo penal*, *ob. cit.*, p. 61-80).

Da segunda parte da alínea b) do n.º 1 do artigo 72 do CPP, por violar o princípio da ampla defesa e do contraditório previsto no n.º 2 do artigo 62 da CRM

Passando, desta vez, ao exame da segunda parte da alínea b) do n.º 1 do artigo 72 do CPP, que consagra a excepção referente à não obrigatoriedade de assistência do defensor no processo que não possa dar lugar à aplicação de pena de prisão ou de medida de segurança de internamento, importa aqui observar que o suscitado problema se relaciona com a segunda parte deste segmento normativo que é objecto de questionamento.

Ora, dispoño o n.º 2 do artigo 62 da CRM que *O arguido tem o direito de escolher livremente o seu defensor para o assistir em todos os actos do processo, devendo ao arguido que por razões económicas não possa constituir advogado ser assegurada a adequada assistência jurídica e patrocínio judicial*, facilmente se alcança que se está no domínio do quadro normativo jurídico-legal que se prende com a expressão do Direito Processual Penal constitucionalizado, cujo funcionamento se caracteriza, essencialmente, pela aplicação de medidas sancionatórias, embora nem todas sejam privativas de liberdade, a saber: a) a multa; b) a prestação de trabalho socialmente útil e c) a interdição temporária de direitos, elencadas no artigo 71 do Código Penal. Justamente, mostrando-se estas medidas como parte integrante do quadro sancionatório previsto no dispositivo legal antes referido, revela-se como imperativo constitucional que na aplicação das mesmas o arguido deva estar coberto do direito de escolher livremente o seu defensor sem conhecer excepções legais, sob cominação de inconstitucionalidade.

Assim sendo, a segunda parte da alínea b) do n.º 1 do artigo 72 do CPP, nos termos da qual cessa a obrigatoriedade de assistência na audiência preliminar e na audiência de julgamento quando se trata *de processo que não possa dar lugar à aplicação de pena de prisão ou de medida de segurança de internamento*, está eivada do vício de inconstitucionalidade, por infringir o comando do n.º 2 do artigo 62 da CRM.

Das normas consagradas no n.º 3 e no n.º 4 alíneas a) e b), do art.º 209, no n.º 2 do artigo 212, artigo 294 e no n.º 1 do artigo 421, todos do CPP

Os Requerentes aduzem que são inconstitucionais (i) o n.º 3 do artigo 209 *As revistas e as buscas são autorizadas ou ordenadas por despacho pela autoridade judiciária competente, devendo esta, sempre que possível, presidir à diligência;* (ii) as alíneas a) e b) do n.º 4 do mesmo artigo 209 *Ressalvam-se das exigências contidas no número 3 as revistas e as buscas efectuadas por órgão dos serviços de investigação criminal nos casos: a) de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa; b) em que os visados consentam, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado;* (iv) n.º 2 do artigo 212 *2. Nos casos referidos nas alíneas a) e b) do número 4, do artigo 209, as buscas domiciliárias podem também ser ordenadas pelo Ministério Público ou ser efectuadas por órgão de polícia criminal. É correspondentemente aplicável o disposto no número 5 do artigo 209;* (v) artigo 294 *1. Para além dos casos previstos no número 4 do artigo 209, órgãos de polícia criminal actuam sem prévia autorização da autoridade judiciária: a) à revista de suspeitos em caso de fuga iminente ou de detenção e a buscas no lugar em que se encontrarem, salvo tratando-se de busca domiciliária, sempre que tiverem fundada razão para crer que neles se ocultam objectos relacionados com o crime, susceptíveis de servirem a prova e que de outra forma poderiam perder-se; b) à revista de pessoas que tenham de participar ou pretendam assistir a qualquer acto processual, sempre que houver razões para crer que ocultam armas ou outros objectos com os quais possam praticar actos de violência. 2. É correspondentemente aplicável o disposto no número 5 do artigo 209 e* (vi) n.º 1 do artigo 421, todos do CPP, *A autoridade judiciária, se não for o Ministério Público, ou a entidade policial que tiverem procedido a detenção, apresentam o detido, imediatamente ou no mais curto prazo possível, ao Ministério Público junto do tribunal competente para o julgamento.*

A questão de fundo que é colocada a este Conselho Constitucional gira em torno de saber se as excepções previstas nas alíneas a), b) e c) do n.º 4 do artigo 209, no n.º 1 do artigo 421 do CPP e, por remessa a estas alíneas pelo n.º 2 do artigo 212 e o artigo 294 limitam os direitos fundamentais e suas garantias por serem incompatíveis com os princípios de judicialização dos meios de prova, de presunção da inocência (n.º 2 do artigo 59 da CRM) e da titularidade exclusiva da acção penal pelo Ministério Público (artigo 235 da CRM), que permitem a realização de revistas e buscas domiciliárias por órgãos do SERNIC, quer por iniciativa própria, quer por ordem do Ministério Público, sem que estes actos tenham sido previamente autorizados ou ordenados pela autoridade judiciária competente e sem a sua presidência, nos casos, respectivamente:

a) - *de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa;*

b) - *em que os visados consentam, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado;*

c) - *à revista de suspeitos em caso de fuga iminente ou de detenção e a buscas no lugar em que se encontrarem, salvo tratando-se de busca domiciliária, sempre que tiverem fundada razão para crer que neles se ocultam objectos relacionados com o crime, susceptíveis de servirem a prova e que de outra forma poderiam perder-se;*

d) - *à revista de pessoas que tenham de participar ou pretendam assistir a qualquer acto processual, sempre que houver razões para crer que ocultam armas ou outros objectos com os quais possam praticar actos de violência.*

A regra geral sobre os meios de obtenção da prova, em particular, através das revistas e buscas, é a sua judicialização. Esta regra significa que as revistas e buscas só podem ser ordenadas ou autorizadas pelo tribunal. Portanto, a procura da verdade material não se faz a todo o transe, para com isso afirmar que existem limites aos meios de obtenção da prova. Há, no entanto, que conciliar o estatuto do arguido, como sujeito processual e como objecto de meios de prova; aliás, esta exigência alarga-se ainda mais quanto a outras pessoas que não sejam sujeitos processuais que podem ser objecto de meios de prova, o que impõe a consideração, em especial, do princípio de presunção de inocência ligado directamente ao princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana.

Contudo, a regra de judicialização dos meios de prova é estabelecida pelo n.º 3 do artigo 209, sofrendo restrições previstas nas alíneas a) e b) do mesmo artigo e no n.º 1 do artigo 421 do CPP e, por remessa a estas alíneas pelo n.º 2 do artigo 212 e o artigo 294 do mesmo Código.

A questão que se coloca é a de saber se estas restrições são ou não compatíveis com o princípio geral de judicialização dos meios de obtenção da prova e da presunção de inocência, quando excepcionalmente se admite que o SERNIC, por iniciativa própria, ou por ordens do Ministério Público, possa realizar as revistas e buscas?

Para darmos resposta a esta questão, importa uma análise detalhada de cada restrição:

1.º - *a excepção da alínea a) do n.º 4 do artigo 209 do CPP, (...) as revistas e as buscas efectuadas por órgão dos serviços de investigação criminal nos casos: de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa.*

Neste primeiro caso, trata-se de conflito entre dois valores jurídico-constitucionais, nomeadamente, a presunção da inocência da pessoa objecto de revistas e buscas e a preservação da vida e a integridade física das pessoas que possam estar em risco por actividades *de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada*.

É um verdadeiro conflito de normas e princípios sobre direitos fundamentais.

Ora, como resolvê-lo?

A solução deste problema passa pela aplicação da «lei de sopesamento» de valores em jogo, segundo a qual *(...) a medida permitida de não satisfação ou de afectação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro (...) dentro das possibilidades jurídicas, aquilo que é exigido por um princípio foi inserido em uma relação com aquilo que é exigido pelo princípio colidente, ficando claro que o peso dos princípios não é determinado em si mesmo ou de forma absoluta e que só é possível falar em pesos relativos* (ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva . São Paulo: Malheiros, 2014, pp, 167-168).

Trata-se, no fundo, de utilização pelo juiz das ferramentas de ponderação, que se instrumentaliza através do princípio da proporcionalidade. As directivas gerais no Ordenamento Jurídico Nacional estão inseridas no artigo 56 da Constituição.

De acordo com o artigo 56 da CRM, é possível traçarmos as espécies de restrições a direitos fundamentais admissíveis. Os direitos fundamentais podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas. Assim, uma norma constitucional pode restringir o conteúdo de um direito fundamental ou uma norma ordinária pode também restringir um direito fundamental desde que tenha como base uma norma constitucional. Deste enunciado, resultam, respectivamente, as restrições efectuadas directamente pelas normas constitucionais (restrições directamente constitucionais), previstas nos números 2 e 3 do artigo 56 da CRM e as restrições efectuadas por lei, com carácter geral e abstracto e sem efeito retroactivo, que são restrições indirectamente constitucionais, previstas no n.º 4 do artigo 56 da CRM.

O caso em análise enquadra-se nas chamadas cláusulas restritivas implícitas previstas no n.º 2 do artigo 56 da CRM, que ocorrem quando *os direitos fundamentais colidentes de terceiros e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional estão em condições de, excepcionalmente e com a devida consideração à unidade da Constituição e à ordem de valores por ela protegida, restringir, em relações individualizadas, também os direitos fundamentais irrestringíveis* (ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, ob. cit., p. 295).

Portanto, segundo o n.º 2 do artigo 56 da Constituição, «*O exercício dos direitos e liberdades pode ser limitado em razão da salvaguarda de outros direitos ou interesses protegidos pela Constituição*».

Com efeito, cabe ao Juiz Constitucional não decidir sobre a importância que alguém pode atribuir ao princípio da preservação da vida e da integridade física das pessoas que possam estar em risco por actividades *de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada* ou ao princípio da presunção da inocência da pessoa objecto de revistas e buscas, mas definir qual é a importância que se deve atribuir aos dois princípios, no caso concreto das alíneas a), b) e c) do n.º 4 do artigo 209; do n.º 1 do artigo 421, todos do CPP e, por remessa a estas alíneas pelo n.º 2 do artigo 212 e pelo artigo 294 do CPP.

É preciso, neste sentido, aplicar uma dogmática diferenciada para o âmbito de cada princípio ou norma sobre os direitos fundamentais em colisão, da qual resulta que no caso em análise, a norma sobre a preservação da vida e da integridade física das pessoas em iminência de violação tem precedência em face do princípio de salvaguarda da presunção da inocência e da judicialização dos meios de obtenção da prova em processo penal. Não se trata de declarar

inválidos os princípios de presunção de inocência e da judicialização dos meios de obtenção de prova, mas de dar preferência a outros direitos fundamentais, segundo o critério de ponderação dos valores em jogo.

Aliás, como enunciado no próprio artigo 209 do CPP, o princípio regra é o de judicialização dos meios de obtenção da prova (n.º 3), mas a excepção só ocorre nos casos de preservação de valores superiores, designadamente, a vida e a integridade física das pessoas.

Portanto, não há incompatibilidade do disposto no n.º 3 e na alínea a) do n.º 4 do artigo 209, do CPP com o artigo 56 da Constituição.

2.º - Em relação à alínea b) do artigo 209, *em que os visados consentam, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado*, se viola o princípio da judicialização dos meios de prova e de presunção da inocência. Esta disposição salvaguarda a liberdade e a auto-determinação do cidadão objecto de revistas e buscas, visto que se exige, previamente, o seu consentimento, que como garantia, deverá ficar documentado para a posterioridade. De contrário, a prova resultante será nula e de nenhum efeito processual.

Não há igualmente uma situação de inconstitucionalidade.

3.º -Em relação ao n.º 1 do artigo 294, do CPP, *quanto à revista de suspeitos em caso de fuga iminente ou de detenção e buscas no lugar em que se encontrarem, salvo tratando-se de busca domiciliária, sempre que tiverem fundada razão para crer que neles se ocultam objectos relacionados com o crime, susceptíveis de servirem a prova e que de outra forma poderiam perder-se e à revista de pessoas que tenham de participar ou pretendam assistir a qualquer acto processual, sempre que houver razões para crer que ocultam armas ou outros objectos com os quais possam praticar actos de violência.*

A questão que procura salvaguardar esta norma é somente a dos «suspeitos em caso de fuga iminente ...» e os de «salvaguarda da segurança», respectivamente.

São situações de (i) urgência, excepcional e (ii) cautelar, cujo objectivo é salvaguardar (i) as provas e o efeito útil da actividade processual subsequente e (ii) evitar que se ponha em causa a vida e a integridade física das pessoas que se encontram em determinado lugar onde se realizará um acto processual, valores que, como atrás sublinhamos, preponderam sobre a judicialização dos meios de prova e a presunção de inocência.

Portanto, o n.º 1, nas suas alíneas a) e b) não é incompatível com os valores constitucionais, colhendo as justificações anteriores.

Da norma da alínea b) do n.º 1 do artigo 159 do CPP

Incidindo, por último, na análise sobre a questionada inconstitucionalidade do n.º 1 do artigo 159 do CPP, aprovado pela Lei n.º 18/2020, que altera o CPP, e consigna o seguinte: *A testemunha é inquirida sobre factos de que possua conhecimento directo e que constituam objecto da prova, bem como do modo por que soube o que depõe e se disser que soube de vista, será inquirida em que tempo e lugar viu, se estavam aí outras pessoas que também vissem e quais eram ou se disser que soube de ouvido, será inquirida de quem ouviu, em que tempo e lugar, e se estavam aí outras pessoas que o ouvissem também e quais eram, escrevendo-se todas as respostas que interessem ao processo na descoberta da verdade material.*

De acordo com a fundamentação dos Requerentes, a presente norma põe em causa a «prova testemunhal», visto que esta é uma garantia do direito à defesa dos arguidos, conforme estatuído no artigo 62 da CRM, ao admitir que a prova testemunhal assente também no ***ouvir dizer***, facto meramente propalativo de ***fofoca***.

Será esta aferição verdadeira, isto é, é inconstitucional o depoimento baseado em «ouvir dizer», conforme interpretação dos requerentes do n.º 1 do artigo 159 do CPP? Coloquemo-la à prova.

A norma que consta do n.º 1 do artigo 159 do CPP prescreve que a testemunha é inquirida sobre factos de que possua conhecimento directo e que constituam objecto da prova (...) *ou se disser que soube de ouvido, será inquirida de quem ouviu, em que tempo e lugar, e se estavam aí outras pessoas que o ouvissem também e quais eram, escrevendo-se todas as respostas que interessem ao processo na descoberta da verdade material*⁵.

Ora, é a parte sublinhada que constitui o pomo da questão e que segundo os Requerentes viola o direito de defesa do arguido. Deste modo, é preciso encontrar, em primeiro lugar, o conteúdo do direito de defesa, sequencialmente, o conteúdo da prova testemunhal e a relação que esta tem com o direito de defesa do arguido.

O direito de defesa previsto no n.º 1 do artigo 62 da CRM integra o leque de direitos, liberdades e garantias fundamentais, contudo, traduz uma norma de carácter programático a salvaguardar

⁵ O sublinhado é nosso.

pela lei, e actua, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, onde se estabelece a real essência do direito de defesa do arguido, em certa perspectiva. Doutro ponto de vista, o direito de defesa é assegurado pela intervenção da assistência e patrocínio judiciário, assente na livre escolha do defensor pelo arguido que lhe assista em todos os actos judiciais, na liberdade de produção da prova necessária para a sua defesa (que, em caso de dúvidas, prevalece o princípio *in dubio pro reo*) e na garantia de um juiz natural e de um tribunal independente, cujos juízes actuam com respeito aos princípios da imparcialidade e independência.

Portanto, seria incompatível com o direito de defesa as eventuais normas do processo penal que importassem o encurtamento inadmissível, um prejuízo injustificável e insuportável das reais possibilidades de defesa do arguido perante um devido processo que corre contra ele.

Passemos, então, à análise do objecto e limite da prova testemunhal, conforme estabelece o n.º 1 do artigo 159 do CPP: *A testemunha é inquirida sobre factos de que possua conhecimento directo e que constituam objecto da prova, bem como do modo por que soube o que depõe e se disser que soube de vista, será inquirida em que tempo e lugar viu, se estavam aí outras pessoas que também vissem e quais eram ou se disser que soube de ouvido, será inquirida de quem ouviu, em que tempo e lugar, e se estavam aí outras pessoas que o ouvissem também e quais eram, escrevendo-se todas as respostas que interessem ao processo na descoberta da verdade material.*

Desta norma resultam dois tipos de testemunho. A primeira parte diz respeito ao testemunho directo, quando a testemunha depõe sobre os factos que viu ou tenha sobre eles conhecimento directo, isto é, factos que pessoalmente observou com os seus próprios sentidos e não quando se lhes refira vaga e abstractamente, numa espécie de *fama est*. A par do testemunho directo, a lei não proíbe de modo absoluto o testemunho indirecto, que se acha previsto na segunda parte do n.º 1 do artigo 159 do CPP, quando diz que a testemunha *se disser que soube de ouvido, será inquirida de quem ouviu, em que tempo e lugar, e se estavam aí outras pessoas que o ouvissem também e quais eram, escrevendo-se todas as respostas que interessem ao processo na descoberta da verdade material.*

O testemunho indirecto é prestado através de terceiras pessoas, consubstanciando-se num depoimento de «ouvir dizer», pelo facto de provir de uma percepção exterior dos sentidos e só chega ao conhecimento da testemunha através de veículos que lhe são alheios. Contudo, o regime de depoimento indirecto é restrito.

O depoimento indirecto é de carácter excepcional, visto que o Código do Processo Penal proíbe a valoração de tais depoimentos se o juiz não puder chamar as pessoas referidas pela testemunha no depoimento indirecto, isto é, o juiz deve chamar as pessoas das quais a testemunha «ouviu dizer» a depor no tribunal, sob pena de o depoimento produzido não poder, naquela parte, servir como meio de prova (artigo 160 do CPP). Deste modo, o depoimento através de «ouvir dizer» ou indirecto só pode ser valorado se o juiz puder chamar a respectiva fonte a depor.

As restrições constantes do artigo 160 do CPP sobre o depoimento indirecto colocam limites ao juiz na apreciação da prova produzida, visto que *Se o depoimento resultar do que se ouviu dizer a pessoas determinadas, o juiz pode chamar estas a depor. Se o não fizer, o depoimento produzido não pode, naquela parte, servir como meio de prova (...)* (n.º 1 do artigo 160 do CPP).

Portanto, é nesta situação que é possível o exercício do contraditório na audiência de julgamento, através do interrogatório e do contra-interrogatório, quer da testemunha de *ouvir dizer*, quer da testemunha que serviu de fonte, materializando-se, deste modo, o princípio do direito de defesa prescrito no n.º 1 do artigo 62 da Constituição.

A regulamentação do procedimento constante da parte final do n.º 1 do artigo 159 do CPP revela-se compatível com as garantias de direito de defesa e os princípios de imediação e estrutura acusatória do processo penal moçambicano, pois permite uma adequada ponderação dos interesses em jogo, nomeadamente, os da defesa, que pode, efectivamente, confrontar os depoimentos das testemunhas da acusação e vice-versa, expediente que ocorre através de um processo justo e regular sob direcção de um tribunal imparcial e independente, preocupado com a descoberta da verdade material.

Contudo, o depoimento através de «ouvir dizer», ou depoimento indirecto, seria incompatível com o direito de defesa se eventualmente a inquirição da fonte da qual a testemunha ouviu dizer fosse impossível e o tribunal tiver utilizado a parte referente ao *ouvir dizer*, como meio de prova dos factos (n.º 3 do artigo 160 do CPP), mas isso perante o caso concreto, pois o problema reconduz-se à fiabilidade que o depoimento de *ouvir dizer* ao arguido inspira.

Neste contexto, contrariamente ao entendimento dos requerentes, o *ouvir dizer* de *fofoca* não floresce nem tem a virtualidade de transgredir o disposto no n.º 1 do artigo 65 da CRM.

III

Decisão

Em face de todo o exposto, o Conselho Constitucional delibera:

1º declarar inconstitucional a norma contida na alínea b), do n.º 1 do artigo 72 do Código de Processo Penal por violar a norma contida no n.º 2 do artigo 62 da CRM;

2º não declarar inconstitucionais as normas ínsitas nos dispositivos legais que se seguem:

- alínea b) do n.º 2 do artigo 59 e n.º 2 do artigo 61, ambos do CPP;

- n.º 1 do artigo 159 e artigo 256, ambos do CPP, na redacção dada pela Lei n.º 18/2020, de 23 de Dezembro;

- n.º 3 e n.º 4 do artigo 209, n.º 2 do artigo 212, artigo 294 e n.º 1 do artigo 421, todos do CPP.

Dê-se cumprimento ao disposto no artigo 57 da Lei Orgânica do Conselho Constitucional.

Maputo, 17 de Junho de 2022

Lúcia da Luz Ribeiro _____

Mateus da Cecília Feniase Saize (Relator) _____

Manuel Henrique Franque _____

Domingos Hermínio Cintura _____

Ozias Pondja _____

Albano Macie _____

Albino Augusto Nhacassa _____

DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei vencido contra a inatacabilidade que se verifica na decisão relativa aos n.ºs 5 e 6 do artigo 256 CPP, na sua nova redacção introduzida pela Lei n.º 18/2020, pelas seguintes razões:

Atentando para o enunciado do n.º 5 do artigo 256 do CPP, fica indubitavelmente assente que o prazo máximo de prisão preventiva nele fixado é o período da condenação em primeira

instância, conforme se lê: “*no caso de o arguido ter sido condenado à pena de prisão, estando o processo em recurso, a prisão preventiva extinguir-se-á se ela tiver a duração da pena fixada em 1ª instância*”.

A *vexata quaestio* que se ergue de imediato consiste em saber se, perante o conteúdo da norma antes transcrita, estar-se-á ou não diante de um prazo indefinido e se o for, quais as implicações jurídico-legais, sabido que o tal preceito deve ser articulado com a lei penal?

Efectivamente, com a aprovação do novo Código Penal através da Lei n.º 24/2019, de 24 de Dezembro, estabeleceu-se, como duração da pena, o seguinte:

«Artigo 61

1. *A pena de prisão tem, em regra, a duração mínima de 3 dias e a duração máxima de 24 anos.*
2. *Excepcionalmente, o limite máximo previsto na lei para a pena de prisão pode atingir os 30 anos, não podendo, em caso algum, ser excedido.*
3. *...»*

Como se sabe, materialmente, a prisão preventiva tem um carácter instrumental e é um instituto provisório que deve ser aplicado com razoabilidade. A pena é uma espécie de sanção imposta a uma pessoa singular ou colectiva, por ter infringido normas incriminadoras e que consiste na restrição ou privação de um determinado bem jurídico, com o fim de retribuir, prevenir e/ou reeducar o infractor.

Em rigor, apenas quando a parte dispositiva do julgamento constitua sentença condenatória transitada em julgado é que a privação da liberdade se mostra plenamente justificada porque, nessa altura, supera-se a presunção de inocência e, considerando o arguido culpado, desencadeia-se o processo de satisfação da pretensão punitiva do Estado. A prisão preventiva carece de uma justificação excepcional que se exprime na exigência dos requisitos materiais da necessidade, da adequação e da proporcionalidade.

Fixado assim o pertinente quadro normativo, parece-nos pacífico o entendimento de que quando o n.º 5 do artigo 256 do CPP dispõe que «*O arguido ter sido condenado a pena de prisão ...*» tem-se em vista que o agente tenha sido condenado a uma pena que varia de 3 dias a 30 anos. Elucidando, através de exemplo: um agente é condenado a uma pena de 10 anos de prisão em primeira instância, e havendo recurso, “*a prisão preventiva extinguir-se-á se ela tiver a duração da pena fixada em primeira instância*”, ou seja, extinguir-se-á decorridos 10 anos de prisão, que correspondem à condenação em primeira instância.

Com semelhante prescrição normativa equivale a dizer que o agente antecipou o cumprimento da pena de prisão de 10 anos, com a prisão preventiva, porque na primeira instância, havendo recurso, não existe ainda condenação definitiva, ou seja, transitada em julgado.

Nesse contexto, viola-se o princípio de presunção de inocência consignado no n.º 2 do artigo 59 da CRM que proclama: «*Os arguidos gozam da presunção de inocência até decisão judicial definitiva*».

Versando, como é evidente, sobre medidas de coacção privativas ou restritivas da liberdade física da pessoa, que no caso é a prisão preventiva, o procedimento do legislador devia se ter conformado com o disposto no n.º 1 do artigo 61 da CRM, que proíbe penas e medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida.

Neste particular, resulta inquestionável que o n.º 5 do artigo 256, já citado, não determina em concreto o prazo de prisão preventiva e antes submete a sua determinação para um evento incerto, que é a pena que o agente vier a ser condenado no julgamento em primeira instância. Ou seja, conforme ensinam os insignes constitucionalistas, em comentário ao n.º 1 do artigo 30º da Constituição da República Portuguesa, cujo conteúdo é similar ao n.º 1 do artigo 61 da CRM, consubstancia o que se designa de *sanção de duração indefinida* que *seria aquela em que o limite máximo não fosse definido pela lei, mas ficasse dependente de uma decisão administrativa ou judicial*, (...) ⁶. Mostrando-se, deste modo, que o limite máximo do prazo de prisão preventiva não é conhecido antes da decisão judicial e antes está dependente desse veredicto, o estabelecido no n.º 5 do artigo 256 do CPP constitui a expressão paradigmática de uma *sanção de duração indefinida* que, nesta vertente, corporiza de forma inequívoca o que se apelida de inconstitucionalidade material.

No tocante ao enunciado normativo plasmado no subsequente n.º 6 do referido artigo, a formulação que o mesmo exhibe suscita insuperáveis equívocos, como a seguir se verá.

Com efeito, se se orientar a interpretação no sentido de que a extinção da prisão preventiva dependerá do bom comportamento e de outros requisitos da liberdade condicional, os quais serão avaliados de acordo com o critério do juiz relator, quando, estando o processo em recurso, a prisão preventiva tiver durado por tempo correspondente à metade da pena fixada, esta situação nos remete, sem esforço [antes da sentença definitiva], para o instituto de liberdade condicional que vem consagrado no artigo 153 e seguintes do Código Penal, o qual é aplicável

⁶ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2ª edição revista, actualizada e ampliada, Wolters Kluwer, p. 680, Coimbra Editora, Coimbra, 2010

apenas aos condenados, segundo se lê no seu n.º 1, que dispõe: *Os condenados a penas privativas de liberdade de duração superior a seis meses podem ser postos em liberdade condicional pelo tempo que restar para o cumprimento da pena, quando tiverem cumprido metade desta e mostrarem capacidade e vontade de se adaptar à vida honesta.*

Ora, perante esta circunstância é bastante controverso que se possa afastar a ideia de que igual consagração representa uma antecipação de cumprimento de pena, ante a inegável evidência: o prazo de prisão preventiva é estendido de forma irrazoável, fazendo-o coincidir, parcial ou integralmente, com o cumprimento da pena aplicada em primeira instância, quando o processo respectivo se encontrar em instância de recurso. Isto por um lado e, por outro, no lugar de se determinar que a prisão preventiva extingue-se, efectivamente, quando a metade do tempo de pena tiver sido atingido, antes depende de uma decisão judicial que constitui o condicionalismo determinante de prazo de prisão preventiva. Donde, ressalta com irrecusável nitidez a inconstitucionalidade material do n.º 6, aqui em exame, decorrente da indefinição do prazo nele fixado, à semelhança do dispositivo legal precedente.

Tal é meu entendimento, sem embargo de reconhecer o brilhantismo que exorna a extensão do presente Acórdão.

17 de Junho de 2022

Ozias Pondja _____

DECLARAÇÃO DE VOTO

Não posso acompanhar a fundamentação e a decisão deste Conselho Constitucional no que se refere aos números 2, 5 e 6, todos do artigo 256 do Código do Processo Penal (CPP), pelas seguintes razões:

1.º- Quanto à não fixação de prazos de prisão preventiva para cada fase processual pela Lei n.º 18/2020, de 23 de Dezembro (CPP).

Uma das questões que é colocada a este Conselho é descortinar, se o artigo 256 do CPP fixa ou não os prazos de prisão preventiva para todas as fases processuais?

Cotejando o CPP, é possível traçar as seguintes principais fases do processo penal, tendo como referência o processo comum:

- *a fase da instrução*, com a finalidade de investigar a existência de crime, determinar seus agentes e sua responsabilidade, estando a cargo do Ministério Público, auxiliado pelo Serviço Nacional de Investigação Criminal (art.ºs 307 e seguintes do CPP). A *instrução* finda, entre outros, com a *acusação* ou *arquivamento*. (art.ºs 330 e 324 do CPP);

- *a fase de audiência preliminar*, que tem como finalidade obter uma decisão de submissão ou não da causa a julgamento, através da comprovação da decisão de deduzir a acusação ou de arquivar os autos da instrução (art.º 332 do CPP). É uma fase facultativa que pode ser requerida pelo arguido ou assistente, que não existe nos processos especiais previstos no artigo 306 do CPP, e é dirigida pelo juiz de instrução, assistido pelo SERNIC. A fase de *audiência preliminar* termina com o *despacho de pronúncia ou não pronúncia* (art.º 354 do CPP);

- *a fase de julgamento*. Tanto pode ser subsequente à *acusação*, quando não tenha lugar a *audiência preliminar*, ou subsequente à *pronúncia*, quando precedida de audiência preliminar, e termina com a proferição de sentença, seja ela condenatória ou absolutória (art.ºs 414 e 415 do CPP).

- *a fase de recurso ordinário*, que é uma etapa facultativa. Este estágio finda com a proferição da decisão final irrecorrível.

Portanto, como se pode depreender, o processo penal compreende quatro fases, nomeadamente, a instrução, a audiência preliminar, o julgamento e o recurso. A instrução e o julgamento são as fases obrigatórias e a audiência preliminar e o recurso, fases facultativas a cargo dos interessados.

De acordo com o preceituado nos n.ºs 1 [alíneas a) e b)], 4 e 5 do artigo 256 do CPP, os prazos de duração da prisão preventiva neles fixados são os seguintes:

- “a) 4 meses desde a prisão preventiva, sem que tenha sido deduzida a acusação.

- b) 4 meses depois da notificação da acusação, sem que havendo lugar à audiência preliminar, tenha sido proferido despacho de pronúncia.

4. *No caso de o arguido ter sido condenado à pena de prisão, estando o processo em recurso, a prisão preventiva extinguir-se-á se ela tiver a duração da pena fixada em primeira instância.*

Acórdão nº 03/CC/2022, de 17 de Junho

5. A prisão preventiva pode ser extinta, por decisão do juiz relator, quando, estando o processo em recurso, a prisão preventiva tiver durado por tempo correspondente à metade da pena fixada, desde que verificados os pressupostos da liberdade condicional”.

Portanto, os prazos referidos nas alíneas a) e b) do n.º 1, no n.º 4 e no n.º 5, todos do artigo 256 do CPP abrangem as fases processuais de instrução, de audiência preliminar e de recurso, respectivamente. Como sabido, a instrução finda com a «*acusação*»; a audiência preliminar com a proferição de «*despacho de pronúncia*» a fase de recurso com a «*proferição da sentença definitiva – caso julgado*».

Ora, deste enunciado legal depreende-se que o artigo 256 do CPP não estabelece os prazos de duração da prisão preventiva desde a notificação da pronúncia, havendo lugar, ou da acusação até o julgamento e condenação em primeira instância.

Perante o constatado, duas questões se erguem: i) se a falta deste prazo de prisão preventiva constitui uma inconstitucionalidade? ii) se o CPP terá ou não estabelecido algumas diligências destinadas a acelerar a fase de julgamento e decisão em primeira instância?

Começo com a segunda questão. No direito processual anterior, para a duração da prisão preventiva, com culpa formada, até à decisão em primeira instância, não havia prazo fixado, para o que a referida lacuna deveria ser colmatada com recurso ao §2.º do artigo 337.º do CPP de 1929 que impunha um conjunto de diligências destinadas a apressar a data de julgamento. Deste modo, quando a prisão preventiva tivesse ultrapassado um ano, seis meses ou três meses – conforme se trate, respectivamente, de processo de querela, correcional, ou por último, polícia correcional ou transgressões, o Ministério Público deveria obrigatoriamente informar o Procurador-Geral da República, quando souber que estão excedidos os prazos mencionados, para tomar ou propor as devidas providências que se acharem convenientes, incluindo a de requerer ao tribunal que marque a audiência de discussão e julgamento ou ordene as diligências devidas para acelerar o andamento do processo em causa.

Todavia, esta solução vigorou até o Acórdão n.º 4/CC/2013, de 13 de Setembro, do Conselho Constitucional, que veio declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade desta omissão do prazo de prisão preventiva naquela fase (acusação/pronúncia até a decisão em primeira instância). Contudo, o novo Código não deu resposta a esta lacuna, repristinando-a.

Em relação à primeira questão, resta concluir que a omissão do prazo de duração da prisão preventiva desde a acusação ou a pronúncia até a fase de julgamento e decisão em primeira instância é incompatível com o regime constitucional previsto no n.º 1 do artigo 61 e n.º 1 do artigo 64, os quais impõem, respectivamente, que o legislador deve fixar os prazos de duração da prisão preventiva e que tais prazos devem ter duração definida e limitada, o que determina a sua inconstitucionalidade.

Quanto aos demais fundamentos desta conclusão, adiro aos argumentos apresentados na primeira declaração de voto.

2.º - Em relação aos prazos de prisão preventiva previstos nos números 5 e 6 ambos do artigo 256 do CPP, entenda-se Lei n.º 18/2020, de 23 de Dezembro.

Adiro aos fundamentos da primeira declaração, com o seguinte acréscimo:

Resulta ainda dos n.ºs 5 e 6 do artigo 256 do CPP a determinação arbitrária da prisão preventiva, violando-se i) o princípio da igualdade entres os agentes submetidos à prisão preventiva pelo cometimento dos mesmos tipos legais de crime e ii) o princípio da previsibilidade da prisão preventiva. Em relação à igualdade, nota-se que os números 1 a 4 do artigo 256 do CPP determinam expressamente prazos de prisão preventiva a todos os agentes em igualdade de circunstâncias: *generalidade e abstracção*; ao passo que os n.ºs 5 e 6 submetem a cada agente um prazo diverso, pois depende da pena que o agente vier a ser condenado em primeira instância; aliás esta forma de ser da lei processual põe em causa a previsibilidade da prisão preventiva e elimina desde logo a essência da providência de *habeas corpus*, pois como dizer que o prazo de prisão preventiva está esgotado, enquanto é idêntico ao da condenação?

Mais do que isso, estas normas constituem a periclitacão do princípio da celeridade processual, na medida em que, correspondendo a prisão preventiva, nos termos dos números 5 e 6 do artigo 256 do CPP, a antecipação do cumprimento da pena imposta em primeira instância, o juiz de recurso pode remeter-se à inércia já que a demora na tomada de decisão não afecta em concreto a situação legal prisional do agente.

É nosso entendimento que o recurso a mecanismos de direito penal está constitucionalmente sujeito a limites bastante estritos e consideráveis, devendo sempre intervirem os critérios de «necessidade», «adequação» e «proporcionalidade» das medidas de coacção a impor aos agentes de crimes antes de tomada de decisão final transitada em julgado. Daí que, o facto de o n.º 1

do artigo 64 da Constituição dispor que *A prisão preventiva só é permitida nos casos previstos na lei, que fixa os respectivos prazos*, não significa que o Legislador Constituinte passou um «cheque em branco» ao Legislador Ordinário para agir de forma ilimitada, pois este está sempre limitado, não só pelas normas, mas também pelos princípios estruturantes da Constituição, que colocam em primazia o direito à liberdade, a presunção de inocência e a proibição de penas com duração ilimitada e indefinida.

Por isso, os números 5 e 6 do artigo 256 do CPP, é minha convicção, são inconstitucionais.

3.º - Em relação aos conceitos indeterminados utilizados no n.º 2 do artigo 256 do CPP.

Diz o n.º 2 do artigo 256 do CPP que: *Os prazos referidos no número 1 do presente artigo são elevados, respectivamente, até 6 e 10 meses, em caso de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, ou quando se proceder por crime punível com pena de prisão de máximo superior a 8 anos”.*

É minha posição que esta norma é parcialmente inconstitucional quanto à utilização das expressões *criminalidade violenta ou altamente organizada*, pois o Legislador emprega conceitos vagos e indeterminados para qualificar os casos que são objectos de elevação dos prazos de prisão preventiva. Ora vejamos:

O n.º 2 deste artigo 256 dispõe sobre a elevação dos prazos de prisão preventiva:

- nos casos de «terrorismo». Quanto a esta terminologia não se levantam problemas de melindre, visto que o conceito de «terrorismo» foi concretizado no ordenamento jurídico nacional através da Lei n.º 5/2018, de 2 de Agosto, Lei que estabelece o regime jurídico de prevenção, repressão e combate ao terrorismo: *quer no artigo 3 desta lei, quer no respectivo glossário define-se claramente o conteúdo do conceito de «terrorismo», o que reforça o princípio da reserva de lei, retirando qualquer interpretação fora dos cânones legalmente definidos.*

- os casos da «*criminalidade violenta ou altamente organizada*», que serão objecto posterior do nosso posicionamento, chocam com os valores constitucionais; ou

- «*quando se proceder por crime punível com a pena de prisão de máximo superior a 8 anos*». Esta terceira alternativa engloba genericamente todas as situações em que o agente tenha cometido um crime em cuja moldura penal abstracta caiba pena superior a 8 anos de prisão.

As três situações são alternativas, isto é, ou a situação do agente se enquadra numa ou noutra para justificar a elevação dos prazos de prisão preventiva. Analisando a segunda alternativa, que é a da «*criminalidade violenta ou altamente organizada*», resulta que abrange todas as situações em que o agente terá cometido crime punível com a moldura penal abstracta inferior a 8 anos, pois se for superior, o caso enquadrar-se-á na terceira opção do n.º 2 do artigo 256.

Perante esta interpretação, urge questionar que situações serão essas de «*criminalidade violenta ou altamente organizada*», puníveis com molduras penais abstractas inferiores a 8 anos de prisão; ou melhor, que tipos de crimes seriam esses?

No Direito Comparado, por exemplo, o português, o Código do Processo Penal tratou de definir o conteúdo de «*criminalidade violenta ou altamente organizada*». Diz o artigo 1.º do Código de Processo Penal Português que «*criminalidade violenta*» corresponde a “*condutas que dolosamente se dirigirem contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual ou a autoridade pública e forem puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 5 anos*” [alínea j)] e «*criminalidade altamente organizada*» “*as condutas que integrarem crimes de associação criminosa, tráfico de órgãos humanos, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influência, participação económica em negócio ou branqueamento*” [alínea m)].

A falta de definição pelo Código de Processo Penal nacional do que seja «*criminalidade violenta ou altamente organizada*», coloca nas mãos do magistrado um poder discricionário ilimitado de determinação de condutas criminosas que integram o conteúdo do conceito de «*criminalidade violenta ou altamente organizada*». Portanto, os conceitos de «*criminalidade violenta ou altamente organizada*» são indeterminados e imprecisos, criando uma margem ampla de poder de decisão, ou um espaço de liberdade de actuação que põe em causa o princípio da reserva de lei e da tipicidade.

A «*criminalidade violenta ou altamente organizada*» é um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos, com uma graduação inconveniente para a defesa dos direitos e liberdades fundamentais. Aliás, regra geral, quando o Legislador, em particular, utiliza conceitos indeterminados em preceitos de tipo incriminador deve fornecer um glossário que delimite o âmbito de interpretação, já que a sua falta leva a interpretações doutrinárias inacabáveis incompatíveis com o princípio da reserva de lei.

Deste modo, é minha convicção que o n.º 2 do artigo 256 do CPP, na redacção dada pela Lei n.º 18/2020, de 23 de Dezembro, é inconstitucional na parte relativa ao emprego de expressões “*criminalidade violenta ou altamente organizada*” para agravar a prisão preventiva, sem indicar expressamente os tipos de crimes abrangidos ou suas categorias.

Maputo, 17 de Junho de 2022

Albano Macie _____