

Acórdão nº 04 /CC/2013
de 17 de Setembro

Processo nº 03/CC/2013

Acordam os Juízes Conselheiros do Conselho Constitucional:

I

Relatório

Maria Alice Mabota e outros mil novecentos e noventa e nove cidadãos, todos devidamente identificados nos autos, solicitam ao Conselho Constitucional, ao abrigo do disposto na alínea g) do nº 2 do artigo 245 da Constituição da República de Moçambique (CRM), a apreciação e declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade das normas contidas nos dispositivos do Código de Processo Penal (CPP) que abaixo se mencionam:

- a) alínea a) do § 2º do artigo 291º do CPP, segundo a qual «é inadmissível a liberdade provisória, devendo efectuar-se a captura, nos crimes puníveis com as penas dos nºs 1º, 2º, 3º e 4º do artigo 55º do Código Penal»;

- b) números 1º, 2º e 3º do § único do artigo 293º do CPP, conforme a redacção dada pela Lei nº 2/93, de 24 de Junho, na parte em que, a par do juiz, confere ao Ministério Público e às *autoridades de Polícia de Investigação Criminal* a competência para ordenar, por escrito, prisão preventiva fora de flagrante delito, definindo tais autoridades como sendo os *directores, inspectores e subinspectores* da mesma Polícia, os *oficiais da Polícia da República de Moçambique com funções de comando*, os administradores de distrito, chefes de posto administrativo ou presidentes de conselho executivo de localidade, respectivamente, onde não haja oficiais da polícia com funções de comando;
- c) § 3º do artigo 308º do CPP, segundo o qual «mantém-se a culpa formada até à decisão final, a não ser que em qualquer recurso o arguido seja despronunciado ou absolvido»;
- d) § 1º do artigo 311º do CPP, que estabelece que «os presos não poderão comunicar com pessoa alguma antes do primeiro interrogatório. O juiz ou agente do Ministério Público na instrução preparatória poderá ordenar em decisão fundamentada que o arguido continue incomunicável depois do primeiro interrogatório, conquanto que a incomunicabilidade não exceda quarenta e oito horas».

Os Requerentes fundamentam o pedido de declaração de inconstitucionalidade alegando, em substância, o seguinte:

a. Da inconstitucionalidade da alínea a) do § 2º do artigo 291º do CPP, sobre a incaucionabilidade dos crimes em abstracto puníveis com penas de prisão maior

- Como *questão prévia*, os Requerentes invocam um Acórdão «proferido no âmbito do Processo nº 214/99-C», em que a 2ª Secção do Tribunal Supremo se pronunciou no sentido de que «...a norma da alínea a) do § 2º, do artigo 291º do C.P.Penal, ao estabelecer a incaucionabilidade dos crimes em abstracto puníveis com pena de prisão maior fixa, sem consideração pelas razões de necessidade, adequação e proporcionalidade, que sustentam a imposição da prisão preventiva nos casos concretos, deve ser tida por inconstitucional, por violação dos princípios da liberdade e da presunção da inocência até decisão final...».
- Assinalam também que, apesar desta decisão, «continua a haver discrepância na interpretação do referido dispositivo, propiciando a violação massiva dos princípios em referência, o que é propiciado pela falta de uniformização de legislação e (...) desrespeito pelo carácter pedagógico das decisões dos tribunais superiores, nomeadamente do Tribunal Supremo».
- No que respeita à questão de fundo, alegam que a norma impugnada «tem sido interpretada de forma literal e como um imperativo absoluto por parte dos juízes, na medida em que na aplicação da norma ao caso concreto não admitem caução, nem arbitram liberdade provisória sob termo de identidade e residência nos crimes

em abstracto puníveis com pena de prisão maior», o que revela «...recurso abusivo da prisão preventiva, provoca uma disfunção da legislação penal em relação à constituição penal e afecta a previsibilidade do sistema judicial vista a discrepância entre o Supremo e os tribunais de primeira instância».

- Consideram que, «tendo em conta o desrespeito pelo carácter pedagógico das decisões do Supremo, que se escusa na falta de obrigatoriedade de obediência a acórdãos deste tribunal, tal [foi possível] «devido à omissão do mesmo órgão [Tribunal Supremo] e da Procuradoria-Geral da República, que têm a obrigação de suscitar a fixação por assento de jurisprudência uniformizadora de cumprimento obrigatório».
- Alegam ainda que o Tribunal Supremo reiterou a decisão que proferiu no referido Processo nº 214/99-C num Acórdão posterior (MP vs A. Manhenje e outros – Processo nº 94/2008, do Tribunal Judicial da Cidade de Maputo), e tendo em conta que a reiteração se deu «...após a institucionalização do Venerando Conselho Constitucional, decerto este órgão tem conhecimento dos fundamentos vertidos na presente petição, uma vez que devem ser remetidos, obrigatoriamente, todos os acórdãos em que haja recusa de aplicação de qualquer norma com arrimo na sua inconstitucionalidade nos termos do artigo 247 al. a) da Constituição da República».

- Em conclusão parcial afirmam que «[o] dispositivo legal em apreço consubstancia uma situação abstracta de antecipação da culpa, o que contraria as bases em que se funda o Estado Social de Direito, como é a República de Moçambique, onde constitucionalmente estão consagrados os princípios da liberdade e da presunção da inocência, nos termos do artigo 59 da Constituição da República». Assim, «o preceito deve ser declarado inconstitucional devendo manter-se o entendimento de que devem ser tomadas em consideração as razões de necessidade, adequação e proporcionalidade, que sustentam a imposição da prisão preventiva nos casos concretos e nunca basear-se na mera prognose da perigosidade».

b. Da inconstitucionalidade dos nºs 1º, 2º e 3º do § único do artigo 293º do CPP, na redacção dada pela Lei nº 2/93, de 24 de Junho

- Os Requerentes consideram que estes preceitos legais são inconstitucionais, porque, de um lado, contrariam as disposições conjugadas do nº 1 do artigo 64 e do nº 4 do artigo 223 da Constituição, pois «a faculdade [que o primeiro preceito] confere ao legislador ordinário para fixação dos parâmetros da prisão preventiva, encontra-se limitada, uma vez que, [nos termos do segundo], no ordenamento jurídico moçambicano “os tribunais judiciais são tribunais comuns [...] em matéria criminal [...]», do outro lado, ofendem as normas constantes dos artigos 134 e 59 da CRM, que consagram, respectivamente, o princípio da separação de poderes e o princípio da liberdade.

- Entendem que «[a] limitação da liberdade de um arguido nos termos do processo é actuar sobre a esfera dos direitos do arguido, pelo que apenas um ente com competência de dizer o direito, ou seja, o juiz pode fazê-lo...», não parecendo, assim, razoável que «...polícias, administradores distritais e chefes de localidade, muitos dos quais sem formação em direito, possam ter o poder [de] intervir sobre liberdade dos cidadãos, um dos baluartes do Estado Social de Direito», em que «as matérias concernentes aos direitos fundamentais devem ser tratada[s] por órgãos jurisdicionais (os tribunais) e, «[m]ais do que isso, ao estatuir-se que apenas o tribunal pode determinar sobre os direitos e liberdades fundamentais é, na verdade, efectivar o princípio da separação de poderes, que no dispositivo legal em causa se encontra extremamente afectado».

- Concluem, parcialmente, que os nºs 1º, 2º e 3º do § único do artigo 293º do CPP, na redacção dada pela Lei nº 2/93, de 24 de Junho, fere princípios fundamentais plasmados na Constituição, «de entre os quais destacam-se o princípio da separação de poderes e o princípio da liberdade, previstos nos artigos 134 e 59, [...], respectivamente». Por isso, entendem que os preceitos em causa devem ser declarados inconstitucionais e, por conseguinte, «determinar-se que apenas o juiz deve emitir mandados de captura, podendo o Magistrado do Ministério Público emitir ordem de captura, a título excepcional, e na ausência do juiz, uma vez que se trata de um ente quase jurisdicional».

c. Da inconstitucionalidade da manutenção da culpa formada até à decisão final em conformidade com o § 3º do artigo 308º do CPP

- Os Requerentes consideram que o conteúdo deste preceito contraria a norma contida no nº 1 do artigo 61 da CRM, que proíbe «penas e medidas de segurança privativas ou restritivas de liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida», porquanto o aludido preceito legal «suscita situações de medidas privativas da liberdade indefinidas, na medida em que a lei não impõe prazos dentro dos quais deve ser proferida a decisão final ou decisão do recurso, caso seja interposto», pelo que «é inconstitucional positivamente, ou estamos em face de uma inconstitucionalidade por omissão, dada a necessidade de uma norma que fixe prazos de prisão preventiva nos casos de culpa formada».

d. Da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 311º do CPP

- Entendem os Impetrantes que a norma constante deste dispositivo legal contraria o disposto no nº 4 do artigo 63 da CRM, disposição que estatui que «[o] advogado tem o direito de comunicar pessoal e reservadamente com o seu patrocinado, mesmo quando este se encontre preso ou detido em estabelecimento civil ou militar».
- Concluindo, parcialmente, afirmam que a norma legal em causa «tem um potencial lesivo para o arguido e para o advogado e fere a Constituição que elege, entre as garantias fundamentais do cidadão perante a justiça, o direito de ser assistido pelo advogado em

qualquer momento da sua detenção...». Por isso, deve ser declarada inconstitucional, e garantir-se o acesso do advogado ao arguido, ainda que [este] não tenha sido submetido ao primeiro interrogatório...».

Os Requerentes concluem pedindo «que o Douto Conselho Constitucional aprecie a inconstitucionalidade dos artigos do Código de Processo Penal retro mencionados, devendo-os declarar inconstitucionais, e ordenar a sua não aplicabilidade».

Juntam documentos de identificação nos termos da lei.

Recebido, autuado e registado, o pedido foi concluso ao Venerando Presidente do Conselho Constitucional, o qual lavrou a fls. 14 dos autos, em 7 Março de 2013, um Despacho admitindo o pedido de apreciação da constitucionalidade.

No mesmo Despacho, o Presidente do Conselho Constitucional ordenou que do pedido fosse notificada a Assembleia da República para se pronunciar, querendo, sobre o pedido, na sua qualidade de Órgão autor das normas impugnadas, no prazo de 45 (quarenta e cinco dias), em conformidade com o disposto no artigo 51 da Lei nº 6/2006, de 2 de Agosto, Lei Orgânica do Conselho Constitucional (LOCC), na nova redacção dada pela Lei nº 5/2008, de 9 de Julho.

A notificação à Assembleia da República foi efectuada no dia 11 de Março de 2013, como consta de fls. 18 e 19 dos autos, em observância ao disposto no nº 3 do artigo 45 da LOCC. Todavia, o prazo fixado na supracitada disposição legal

esgotou-se sem que o Conselho Constitucional tivesse recebido o pronunciamento da Assembleia da República.

Nestes termos, e observando-se o disposto no nº 1 do artigo 63 da LOCC, o processo seguiu os trâmites legais subsequentes, tendo o Presidente do Conselho Constitucional elaborado o Memorando que consta de fls. 23 a 36 e o Conselho Constitucional fixado a orientação de fls. 37 a 42 dos presentes autos.

O Conselho Constitucional deliberou, ao abrigo do disposto no nº 3 do artigo 63 da LOCC, deferir ao Venerando Presidente do Conselho Constitucional a faculdade de designar o relator, tendo-o feito.

Na fase da instrução, os Impetrantes foram notificados para juntarem ao processo cópias dos Acórdãos atinentes aos autos nºs 214/99-C, *MP vs Kadiwala* e 94/2008/TJCM, *MP vs A. Manhenje* e outros, referidos na petição. Porém, aqueles juntaram apenas fotocópia do primeiro Acórdão e em relação ao segundo pronunciaram-se nos termos que constam de fls. 49 dos autos, solicitando que o Conselho Constitucional requisitasse junto do Tribunal Judicial da Cidade de Maputo o Acórdão proferido pelo Tribunal Supremo, uma vez que o mesmo *«não foi divulgado e os subscritores da acção de inconstitucionalidade não são parte daquele processo»*.

O Conselho Constitucional, tendo em conta que no processo constitucional o juiz pode, *ex officio*, proceder a averiguações para o apuramento da verdade material, independentemente do contributo das pessoas ou entidades que suscitaram a questão de inconstitucionalidade, usou a prerrogativa que consta

no nº 1 do artigo 44 da LOCC, para requisitar a cópia do referido Acórdão junto do Tribunal Supremo (fls. 46).

II Fundamentação

O presente pedido de fiscalização sucessiva abstracta de constitucionalidade foi apresentado por quem tem legitimidade para o fazer, nos termos da alínea g) do nº 2 do artigo 245 da Constituição da República de Moçambique.

Constitui objecto do pedido de declaração de inconstitucionalidade de normas contidas em actos legislativos (lei e decreto-lei), pelo que o Conselho Constitucional é, nos termos do disposto na alínea a) do nº 1 do artigo 244 e no nº 1 do artigo 245, todos da Constituição, o órgão competente para apreciar e decidir as questões suscitadas nos autos.

A. Das questões prévias

Antes de julgar o mérito do pedido, devemos responder às seguintes questões prévias:

- a) Das diligências efectuadas pelo Conselho Constitucional ficou provado que o Tribunal Supremo recusou a aplicação da norma constante do § 2º do artigo 291º do Código de Processo Penal (CPP), no Processo nº 94/2008, com fundamento na sua inconstitucionalidade. Porém, aquele egrégio Tribunal não remeteu o pertinente Acórdão ao Conselho Constitucional, como se impunha por força da norma imperativa constante da alínea a) do nº 1 do artigo 247 da Constituição da República de Moçambique (CRM). Com efeito, o aludido Acórdão foi

proferido na vigência daquela norma e numa altura em que o Conselho Constitucional se encontrava em funcionamento e a Lei nº 6/2006, de 2 de Agosto, já previa os procedimentos atinentes ao processo de fiscalização concreta da constitucionalidade, nomeadamente, reproduzindo no artigo 67 (Recursos) o teor do nº 1 do artigo 247 da Constituição e estipulando no seu artigo 68 (Remessa) que «[p]ara os efeitos previstos no artigo anterior, proferida a decisão judicial, o juiz da causa remete oficiosamente os autos, de imediato, ao Conselho Constitucional, com efeitos suspensivos». Face a esta disposição legal não restam dúvidas de que, no caso em apreço, competia à 2ª Secção do Tribunal Supremo a iniciativa da remessa do seu Acórdão ao Conselho Constitucional.

No entanto, não compete a este Conselho controlar o cumprimento pelos tribunais do dever imposto nos termos do nº 1 do artigo 247 da Constituição.

- b) Na petição os Impetrantes alegam a falta de uniformização de legislação, que favorece discrepância na interpretação e aplicação aos casos concretos, pelos tribunais judiciais de 1ª instância, da norma constante do § 2º do artigo 291º do CPP, mas no requerimento não provam essa alegação. Eventualmente, os Requerentes confundam a uniformização da legislação, que é da exclusiva competência do legislador, com a uniformização da jurisprudência que, no domínio da jurisdição ordinária, compete ao Tribunal Supremo proceder através de assentos, nos termos do disposto no nº 2 do artigo 225, conjugado com a 1ª parte da alínea d) do nº 1 do artigo 144 da Constituição. Na verdade, a primeira disposição

supracitada incumbe ao Tribunal Supremo, enquanto «órgão superior dos tribunais judiciais», a tarefa de garantir «a aplicação uniforme da lei na esfera da sua jurisdição», e a segunda refere-se a «assentos do Tribunal Supremo» dotados de força obrigatória geral, os quais «são publicados no *Boletim da República*, sob pena de ineficácia jurídica».

Todavia, à semelhança do caso anteriormente analisado, não compete ao Conselho Constitucional pronunciar-se sobre o cumprimento dessa tarefa pelo Tribunal Supremo.

c) Além da questão acima abordada, os Requerentes alegam que as divergências que se registam na aplicação, pelos tribunais judiciais de 1ª instância, da norma constante da alínea a) do § 2º do artigo 291º do CPP traduzem o desrespeito pelo «valor pedagógico» das decisões do Tribunal Supremo. A respeito desta alegação, o Conselho Constitucional considera que, embora devendo reconhecer-se valor pedagógico às decisões dos tribunais superiores, a lei não confere a essas decisões efeitos *erga omnes*, elas vinculam os tribunais hierarquicamente inferiores apenas em relação ao processo a que dizem directamente respeito, ou seja, o processo de cuja decisão do tribunal *a quo* tenha havido recurso sobre o qual o tribunal superior se tenha pronunciado. Por isso, mostra-se juridicamente infundada a alegação do desrespeito do valor pedagógico das decisões dos tribunais superiores.

d) Em relação ao § 3º do artigo 308º do CPP, os Requerentes aventam a hipótese de se estar «em face de uma inconstitucionalidade por omissão, dada a necessidade de uma norma que fixe prazos de prisão

preventiva nos casos de culpa formada». Ainda que se possa admitir a razoabilidade desta alegação, o Conselho Constitucional reitera que o exercício das suas competências se fundamenta na Constituição, e porque esta não prevê a fiscalização da constitucionalidade por omissão, não deve pronunciar-se sobre a questão colocada pelos Requerentes. (*Vide* Deliberação nº 12/CC/2003, de 23 de Dezembro, proferida no Processo nº 13/CC/03, *in Deliberações e Acórdãos do Conselho Constitucional*, Volume I: 2003 a 2006, pág. 36).

- e) A questão de inconstitucionalidade suscitada pelos Requerentes, relativamente ao § 1º do artigo 311º do CPP, já foi objecto de decisão do Conselho Constitucional, nos autos de processo de fiscalização sucessiva abstracta de constitucionalidade nº 03/CC/2010, promovido pelo Procurador-Geral da República, no qual foi proferido o Acórdão nº 2/CC/2011, de 28 de Abril, declarando, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade parcial daquela mesma norma. Pelo que, no presente processo, o Conselho Constitucional abstém-se de proceder a uma nova apreciação da questão. E, porque a autovinculação do Conselho Constitucional à sua própria jurisprudência constitui orientação já firmada e reiterada, impõe-se a remissão da questão em causa ao já referido Acórdão.

B. Das questões de fundo

De acordo com os factos relatados no presente Acórdão, as questões de fundo que este Conselho Constitucional deve apreciar e decidir são, em resumo, as seguintes:

a) Quanto à inconstitucionalidade da alínea a) do § 2º do artigo 291º do CPP

Segundo os Requerentes, esta norma viola os princípios da liberdade e da presunção de inocência consagrados no artigo 59 da Constituição, ao proscreever a liberdade provisória em relação aos crimes puníveis com as penas dos nºs 1º, 2º, 3º e 4º do artigo 55º do Código Penal, sem consideração pelas razões de *necessidade, adequação e proporcionalidade*.

É o seguinte o teor das normas aqui invocadas:

Constituição da República de Moçambique

(...)

Artigo 59

(Direito à liberdade e à segurança)

- 1. Na República de Moçambique, todos têm direito à segurança, e ninguém pode ser preso e submetido a julgamento senão nos termos da lei.*
- 2. Os arguidos gozam da presunção de inocência até decisão judicial definitiva.*
- 3. Nenhum cidadão pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime, nem ser punido com pena não prevista na lei ou com pena*

mais grave do que a estabelecida na lei no momento da prática da infracção criminal.

Código de Processo Penal

(...)

Artigo 291º

(Prisão preventiva fora de flagrante delito)

(...)

§ 2º É inadmissível a liberdade provisória, devendo efectuar-se a captura:

a) Nos crimes puníveis com as penas dos nºs 1º, 2º, 3º e 4º do artigo 55º do Código Penal.

(...)

A análise do artigo 59 da Constituição revela que este preceito consagra de forma explícita o *direito à segurança* e de forma implícita o *direito à liberdade*, apenas referido expressamente na epígrafe, assim como vários princípios gerais do Direito Penal que correspondem a garantias daqueles direitos, nomeadamente: o princípio da legalidade da prisão e do julgamento (nº 1), o princípio da presunção de inocência (nº 2), os princípios do *non bis in idem*, do *nulla poena sine lege* e da irretroactividade da aplicação das penas (nº 3).

Os Requerentes alegam que a norma constante da alínea a) do § 2º do artigo 291º do CPP viola o princípio da liberdade, contudo este princípio é muito mais

amplo do que o direito à liberdade implícito no nº 1 do artigo 59 da Constituição, visto que do enunciado deste preceito constitucional decorre que o direito à liberdade significa *direito à liberdade física, à liberdade de movimento, ou seja, direito de não ser detido, aprisionado ou de qualquer modo fisicamente confinado a um determinado espaço, ou impedido de se movimentar* (Vide J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4ª ed., Coimbra Editora, 2007, pág. 478).

Neste sentido, o primeiro parâmetro constitucional a ter em conta no julgamento da questão da inconstitucionalidade suscitada não é o princípio da liberdade em geral, mas sim o direito à liberdade que se extrai da interpretação do texto do nº 1 do artigo 59 da Constituição, e a questão que devemos responder consiste em saber em que medida a norma constante da alínea a) do § 2º do artigo 291º do CPP viola o direito à liberdade no sentido exacto que acima lhe atribuímos.

A resposta a esta questão passa pela percepção de que a proibição estatuída pelo nº 1 do artigo 59 da Constituição incide sobre a prisão e submissão ilegais da pessoa a julgamento, ou seja, a prisão e o julgamento levados a cabo à margem da lei. Deste entendimento resulta a legalidade da prisão preventiva que se efectuar ao abrigo da alínea a) do § 2º do artigo 291º do CPP, precisamente porque essa prisão será efectuada nos termos da lei, conforme impõe a norma do nº 1 do artigo 59 da Constituição. Por conseguinte, a norma legal em causa, que regula os termos da prisão preventiva em casos especiais, não viola o direito à liberdade nos termos em que este está consagrado no nº 1 do artigo 59 da Constituição.

O segundo parâmetro a ter em conta é a norma do nº 2 do artigo 59 da Constituição, que consagra o direito dos arguidos à presunção de inocência até decisão judicial definitiva. Note-se porém que, além de ser um direito, a presunção de inocência é um princípio fundamental do Direito Constitucional Penal Positivo e como tal deve harmonizar-se, na sua interpretação e aplicação, com o instituto da prisão preventiva previsto e regulado nos termos do artigo 64 da Constituição, que no seu nº 1 estatui o seguinte: «[a] prisão preventiva só é admitida nos casos previstos na lei...». É, pois, no âmbito da concretização desta disposição constitucional que o Código de Processo Penal regula, na alínea a) do § 2º do artigo 291º, a obrigatoriedade da prisão preventiva em casos específicos e, neste sentido, este preceito legal não colide com o princípio da presunção de inocência dos arguidos até decisão judicial definitiva consagrado no nº 1 do artigo 59 da Constituição, não devendo, por isso, ser julgado inconstitucional com fundamento na transgressão desta norma constitucional.

Os Requerentes alegam, outrossim, que a norma constante da alínea a) do § 2º do artigo 291º do CPP é inconstitucional, porque não atende a «razões de *necessidade, adequação e proporcionalidade*, mas não especificam a norma constitucional que neste contexto se mostra violada. Mesmo assim, importa referir que no Acórdão nº 04/CC/2011, de 22 de Dezembro, publicado no Boletim da República nº 51, I Série, Suplemento, de 27 de Dezembro de 2011, o Conselho Constitucional fixou a orientação jurisprudencial segundo a qual «[o] Estado de Direito consagrado no artigo 3 da Constituição rege-se pelo princípio da proibição do excesso cujo escopo é limitar a actuação dos poderes públicos, no sentido de que a mesma, sobretudo quando se traduza em intervenções passíveis de condicionar o exercício de direitos e liberdades

fundamentais dos cidadãos, deve justificar-se pela necessidade e pautar-se pela adequação dos meios empregues aos fins visados».

Além de resultar, inequivocamente, da própria ideia de Estado de Direito consagrado no artigo 3 da Constituição, o acolhimento do princípio da proibição do excesso na nossa ordem jurídico-constitucional extrai-se do texto do artigo 283 da Constituição, que dispõe sobre os pressupostos da opção pela declaração do estado de sítio ou de emergência nos termos seguintes:

«A menor gravidade dos pressupostos da declaração determina a opção pelo estado de emergência, devendo, em todo o caso, respeitar-se o princípio da proporcionalidade e limitar-se, nomeadamente, quanto à extensão dos meios utilizados e quanto à duração, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional».

Na óptica da doutrina, as expressões «princípio da proporcionalidade» e «princípio da proibição de excesso» têm o mesmo significado (*vide* Jorge Reis Novais, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004, pág. 161 e seguintes). Por isso, consideramos que a referência expressa ao princípio da proporcionalidade no supracitado artigo 283 da Constituição traduz a consagração constitucional do princípio da proibição do excesso.

A inserção deste princípio no Capítulo I (Dos estados de sítio e de emergência) do Título XV (Garantias da Constituição) tem a ver, sobretudo, com a circunstância de aqueles estados de exceção constitucional envolverem

restrições às liberdades individuais, conforme prevê, nomeadamente, o artigo 287 da Constituição, sendo que neste âmbito se revela com maior acuidade a necessidade de limitar a actuação do poder público. Mas esta mesma necessidade impõe-se nos demais domínios onde essa actuação comporte a limitação ou restrição dos direitos, liberdades e garantias individuais, sendo exemplo disso as medidas legislativas que visem limitar a liberdade física das pessoas através da imposição da prisão preventiva.

Na prossecução da tarefa de regular os casos em que a prisão preventiva deve ser permitida, ao abrigo do disposto no nº 1 do artigo 59 da Constituição, o legislador ordinário deve observar, escrupulosamente, o princípio da proibição do excesso, regulando tais casos consoante os critérios da *necessidade, adequação e proporcionalidade*.

Esta ideia pode depreender-se do trecho da exposição de motivos do Decreto-Lei nº 185/72, de 31 de Maio, que introduziu a actual redacção do artigo 291º do CPP, que passamos a citar:

«A prisão preventiva é uma medida cautelar: destina-se a assegurar o cumprimento de obrigações a que o arguido, como tal, se encontra sujeito. [...] No cumprimento dessas obrigações reside o fim das medidas cautelares da prisão preventiva e da liberdade provisória. [...] A prisão preventiva representa, porém, uma cautela muito gravosa dos direitos individuais, sabendo-se que o arguido não é necessariamente culpado, nem presumido como culpado. O que importa é assegurar o cumprimento das obrigações resultantes da situação de arguido, não se devendo, por isso, privar alguém da liberdade pessoal, sempre que

meios menos severos garantam eficazmente aquele cumprimento. Donde resulta que a prisão preventiva só deve ser autorizada quando não baste a imposição de restrições da liberdade individual ou da esfera jurídica do arguido que limitem a sua plena liberdade no decurso do processo; numa palavra: quando se mostre insuficiente a liberdade provisória. [...] Deste modo, a liberdade provisória, enquanto providência cautelar que assegura também o cumprimento das obrigações do arguido, não deve ser disciplinada como sucedâneo ou substitutivo da prisão preventiva. Bem ao contrário, a prisão preventiva é que só deve ser permitida quando a liberdade provisória não seja directamente considerada pela lei, ou pelo juiz, segundo os critérios legais, eficaz ou idónea para o referido objectivo. E, assim perspectivada, a regulamentação da liberdade provisória, como estado próprio do arguido no decurso do processo penal, constitui precedente lógico da regulamentação da prisão preventiva».

Ainda que tenha reflectido nesta motivação a substância do princípio da proibição do excesso, o legislador ordinário de então acabou por não extrair desse princípio todas as consequências possíveis, ao consagrar, na alínea a) do § 2º do artigo 291º do CPP, a imperatividade da prisão preventiva em função das molduras abstractas das penas previstas nos números 1º, 2º, 3º e 4º do artigo 55º do CP, em detrimento dos critérios da necessidade, adequação e proporcionalidade, que constituem o núcleo da proibição do excesso.

Quando aplicados ao arbitramento da prisão preventiva, a necessidade e a adequação só podem ser aferidas da melhor forma pelo juiz, face ao caso concreto e à luz de parâmetros abstracta e objectivamente fixados pelo

legislador, por isso tal objectividade fica seriamente prejudicada se foi a própria lei a tornar impreterível a prisão preventiva, tendo em conta não a natureza do tipo legal de crime ou a potencial perigosidade social do agente indiciado da prática de infracção criminal mas tão-somente, como sucede no caso em apreço, a moldura abstracta da pena aplicável à mesma infracção.

É nestes termos que o Conselho Constitucional considera inconstitucional a norma constante do § 2º do artigo 291º do CPP, por contrariar o princípio da proibição do excesso intrínseco ao Estado de Direito consagrado no artigo 3 da Constituição, nas suas dimensões essenciais de necessidade e adequação, e não por violação do princípio da liberdade, do direito à liberdade ou do princípio da presunção da inocência.

b) Quanto à inconstitucionalidade do § único, nºs 1º, 2º e 3º, do artigo 293º do CPP

Os Requerentes entendem que, ao atribuir poderes de ordenar, por escrito, prisão preventiva fora de flagrante delito aos *directores, inspectores e subinspectores da Polícia de Investigação Criminal, oficiais da Polícia da República de Moçambique com funções de comando, administradores de distrito, chefes de posto administrativo ou presidentes de conselho executivo de localidade, respectivamente, onde não haja oficiais da polícia com funções de comando*, as normas contidas no § único, nºs 1º, 2º e 3º, do artigo 293º do CPP, contrariam o princípio da liberdade consagrado nas disposições conjugadas dos artigos 59 e 64, nº 1, da Constituição. Ademais, consideram que a supracitada disposição legal contraria os princípios constitucionais da liberdade e da separação de poderes, ao atribuir ao Magistrado do Ministério

Público competência ordinária de determinar prisão preventiva fora de flagrante delito e não a título excepcional na ausência do juiz.

Com vista a uma apreciação profícua das questões de inconstitucionalidade acima suscitadas, reproduzimos a seguir o conteúdo das disposições aludidas, excepto o enunciado do artigo 59 da Constituição, por ter sido anteriormente transcrito na íntegra.

Constituição da República de Moçambique

(...)

Artigo 64

(Prisão preventiva)

1. *A prisão preventiva só é permitida nos casos previstos na lei, que fixa os respectivos prazos.*
2. *O cidadão sob prisão preventiva deve ser apresentado no prazo fixado na lei à autoridade judicial, que é a única competente para decidir sobre a validação e a manutenção da prisão.*
3. (...)
4. *A decisão judicial que ordene ou mantenha uma medida de privação da liberdade deve ser logo comunicada a parente ou pessoa da confiança do detido, por este indicado.*

(...)

Código de Processo Penal

(...)

Artigo 293º

(Requisitos formais da prisão fora de flagrante delito)

Fora dos casos de flagrante delito, a prisão preventiva só poderá ser levada a efeito mediante ordem por escrito do juiz, do Ministério Público ou das demais autoridades de polícia de investigação criminal.

Parágrafo único. São autoridades de polícia de investigação criminal, para além do Ministério Público, para o efeito do disposto neste artigo:

1º Os directores, inspectores e subinspectores da Polícia de Investigação Criminal;

2º Os Oficiais da Polícia da República de Moçambique com funções de comando;

3º Os administradores de distrito, chefes de posto administrativo ou presidentes de conselho executivo de localidade onde não haja oficiais da polícia com funções de comando.

Antes de mais, importa aclarar que o disposto no nº 1 do artigo 64 da Constituição não pode servir de parâmetro para aferir a constitucionalidade

das normas contidas no § único do artigo 293º do CPP, porquanto inexistente entre estas e aquela norma constitucional qualquer conexão material imediata.

Neste sentido, no caso *sub judice*, o parâmetro constitucional válido é, em primeiro lugar, o que resulta da interpretação conjugada do disposto nos nºs 2 e 4 do artigo 64 da Constituição, pois dessa interpretação se extrai a conclusão de que, à semelhança da decisão sobre a manutenção da prisão preventiva, o mandado de prisão preventiva fora dos casos de flagrante delito compete exclusivamente à autoridade judicial.

Em segundo lugar, é indubitável que, excepto o Ministério Público, as *autoridades de polícia de investigação criminal* mencionadas no § único, nºs 1º, 2º e 3º, do artigo 293º do CPP integram a Administração Pública, isto é, o Poder Executivo. Por essa razão, a atribuição legal a essas autoridades do poder de ordenar prisão preventiva fora dos casos de flagrante delito, uma faculdade própria da função judicial reservada aos tribunais nos termos do disposto no artigo 212, nºs 1 e 2, da Constituição viola o princípio da separação de poderes consagrado no artigo 133 da Constituição.

No que respeita em especial ao Ministério Público, é plausível que a Constituição configura este órgão como um dos pilares da administração da justiça, na medida em que lhe confere, no artigo 236, a função de «representar o Estado junto dos tribunais e defender os interesses que a lei determina, controlar a legalidade, os prazos das detenções, dirigir a instrução preparatória dos processos-crime, exercer a acção penal e assegurar a defesa jurídica dos menores, ausentes e incapazes. Porém, da interpretação deste preceito constitucional não se deve extrair a permissão do exercício de competências

próprias do Poder Judicial pelo Ministério Público, nomeadamente o poder de arbitrar medidas privativas da liberdade, sendo por isso que o Conselho Constitucional considera que em caso algum a lei lhe pode atribuir a competência de ordenar a prisão preventiva fora de flagrante delito, sob pena de inconstitucionalidade de que, aliás, está evitada a norma contida no corpo e nº 1 do § único do artigo 293º do CPP, na parte em que atribuem aludida competência ao Ministério Público.

Os argumentos acima expendidos são extensivos à norma constante da alínea f) do nº 1 do artigo 43 da Lei nº 22/2007, de 1 de Agosto, Lei Orgânica do Ministério Público, com a nova redacção introduzida pela Lei nº 14/2012, de 8 de Fevereiro, que, embora não mencionada pelos Requerentes, confere aos procuradores provinciais a competência de «ordenar a prisão dos arguidos nos processos que lhes hajam sido distribuídos, nos termos da lei». É que se verifica identidade de escopo entre a norma constante do corpo e nº 1º do § único do artigo 293º do CPP, pois ambas visam atribuir competência ao Magistrado do Ministério Público *para ordenar prisão preventiva fora dos casos de flagrante delito*.

De facto, o artigo 52 da LOCC delimita o poder de cognição do Conselho Constitucional, circunscrevendo-o às normas cuja apreciação tenha sido requerida, mas este preceito não se aplica ao caso em apreço, porquanto não se trata de uma norma distinta daquela cuja apreciação de inconstitucionalidade é solicitada nos presentes autos, mas sim de uma mesma norma, que no entanto se acha em disposições inseridas em diferentes diplomas legais, impondo-se a declaração da sua inconstitucionalidade, quer

num quer noutro diploma, em homenagem aos valores da coerência do ordenamento e da segurança jurídica.

Neste sentido, Jorge Miranda ensina que «... *se a mesma norma constar de dois ou mais diplomas, embora só seja pedida a apreciação da constitucionalidade relativamente a um desses diplomas, a eventual declaração de inconstitucionalidade abrange tal norma em todos os diplomas em que esteja inserida*” (Manual de Direito Constitucional, Tomo VI, 4ª edição, 2013, Coimbra Editora, pág. 302).

Na base dos fundamentos expostos, o Conselho Constitucional julga inconstitucionais as normas constantes do corpo e § único, nºs 1º, 2º e 3º, do artigo 293º do CPP, conforme a redacção introduzida pela Lei nº 2/93, de 24 de Junho, na parte em que se referem a várias autoridades administrativas como autoridades de polícia de investigação criminal competentes para ordenar prisão preventiva fora dos casos de flagrante delito, por violação da regra da exclusividade da competência da autoridade judicial em matéria de decisão da prisão preventiva fora dos casos de flagrante delito, plasmada nos termos das disposições conjugadas dos artigos 64, nºs 2 e 4, e 212, nºs 1 e 2, da Constituição, e ainda por transgressão do princípio da separação de poderes consagrado no artigo 133 da Constituição. Igualmente, julga inconstitucional a norma constante do corpo e nº 1 do § único do 293º do CPP bem como da alínea f) do nº 1 do artigo 43 da Lei nº 22/2007, de 1 de Agosto, Lei Orgânica do Ministério Público, com a nova redacção introduzida pela Lei nº 14/2012, de 8 de Fevereiro, por também violarem a acima referida regra da exclusividade da competência da autoridade judicial em matéria de decisão da prisão preventiva fora dos casos de flagrante delito.

c) Quanto à inconstitucionalidade do § 3º do artigo 308º do CPP

Os Peticionários alegam que a manutenção, por força do estatuído no § 3º do artigo 308º do CPP, da culpa formada até à decisão final, excepto se em qualquer recurso o arguido for despronunciado ou absolvido, é contrária à proibição de medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade de duração indefinida prescrita no nº 1 do artigo 61 da Constituição.

Vejamos, primeiro, o conteúdo das disposições acima mencionadas:

Constituição da República de Moçambique

(...)

Artigo 61

(Limites das penas e das medidas de segurança)

- 1. São proibidas penas e medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida.*

(...)

Código de Processo Penal

(...)

Artigo 308º

(Prazos de prisão preventiva sem culpa formada)

(...)

§ 3º *Mantém-se a culpa formada até à decisão final, a não ser que em qualquer recurso o arguido seja despronunciado ou absolvido.*

(...)

A resolução da questão de inconstitucionalidade ora suscitada pressupõe que se esclareçam as seguintes dúvidas: a primeira, se para o efeito do disposto no nº 1 do artigo 61 da Constituição a prisão preventiva enquadra-se ou não nos conceitos de penas ou de medidas de segurança privativas da liberdade e, segundo, se da interpretação do enunciado da norma do § 3º do artigo 308º do CPP deve-se extrair a conclusão de que a mesma estabelece prazo de prisão preventiva com culpa formada.

Em relação à primeira inquietação, é plausível que no nº 1 do artigo 61 da Constituição o legislador constituinte usou os termos *pena* e *medida de segurança* com o significado técnico-jurídico que lhes atribui a ciência do direito penal, neste sentido aqueles termos não se confundem com prisão preventiva que, como se viu, define-se como providência cautelar do âmbito do processo penal. Porém, mostra-se curial o entendimento de que a *ratio essendi* do preceito constitucional objecto da presente análise consiste em vincular o legislador ordinário a não prescrever sejam quais forem as medidas de coacção privativas ou restritivas da liberdade física da pessoa, destituídas de limite temporal determinado ou determinável, isto na senda do princípio da proibição do excesso que já foi abordado noutra lugar deste Acórdão. Nestes

termos, a proibição imposta pelo nº 1 do artigo 61 da Constituição é aplicável, por extensão, à prisão preventiva, enquanto medida privativa da liberdade.

O esclarecimento da segunda dúvida passa pela resposta a uma questão preliminar, a de saber por que razão o legislador tratou da matéria da manutenção da culpa numa disposição que fixa prazos de prisão preventiva sem culpa formada.

Ao doutrinar sobre disposições do Código de Processo Penal Português, similares aos do nosso CPP incluindo a que estamos a analisar, Manuel Cavaleiro de Ferreira assinala que «[a] prisão preventiva pode ser prisão preventiva com culpa formada, e prisão preventiva sem culpa formada», elucidando, seguidamente, que «[p]risão preventiva com culpa formada é a prisão que se segue à pronúncia do arguido; prisão preventiva sem culpa formada é a prisão que antecede a pronúncia do arguido» (*Curso de Processo Penal*, Editora Danúbio, Lisboa, 1986, págs. 241 e 242). E prosseguindo, elabora sobre a *duração e termo da prisão preventiva*, afirmando que «[a] prisão preventiva com culpa formada pode subsistir até à sentença final, em última instância» (*ibidem*, págs. 250 a 252).

Podemos daí concluir que a norma do § 3º do artigo 308º do CPP tem efectivamente a ver com o prazo de prisão preventiva com culpa formada e o termo final desse prazo pode ir até à decisão final em última instância.

E, nestes termos, da interpretação do disposto na parte final do nº 1 do artigo 64, segundo a qual a lei deve fixar os prazos de prisão preventiva, conjugada

com o nº 1 do artigo 61 da Constituição, resulta que o legislador tem de fixar esses prazos de tal forma que a duração da prisão preventiva esteja definida.

Assente que a duração da prisão preventiva poder ir até à decisão final em última instância, e tendo em conta que, em relação aos processos de querela, nem o CPP nem qualquer outra lei processual penal fixa o prazo dentro do qual a decisão final em primeira instância deve ser proferida, conclui-se 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 nº 1 do artigo 64, *in fine*, e no nº 1 do artigo 61, nos termos da qual a lei não deve fixar prazos de prisão preventiva de duração indefinida.

Além disso, a omissão da definição legal do prazo do julgamento nos processos de querela não se conforma com o princípio do direito de acesso à justiça, na vertente em que esse princípio reconhece o direito de o cidadão obter uma decisão judicial dentro de um prazo razoável, conforme previsto na alínea d) do artigo 7 da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos ratificada pela Assembleia da República através da Resolução nº 9/98, de 25 de Agosto, instrumento de harmonia com o qual devem ser interpretados e integrados os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais, por força do disposto no artigo 43 da Constituição.

III

Decisão

Em face do exposto, o Conselho Constitucional decide:

- a) declarar inconstitucional a norma constante do § 2º do artigo 291º do Código de Processo Penal, com fundamento na violação do princípio constitucional da proibição do excesso, inerente ao Estado de Direito consagrado no artigo 3 da Constituição, nas suas dimensão da necessidade e adequação;
- b) declarar inconstitucionais as normas constantes do corpo e § único, nºs 1º, 2º e 3º, do artigo 293º do Código de Processo Penal, conforme a redacção introduzida pela Lei nº 2/93, de 24 de Junho, na parte em que essas disposições se referem a várias autoridades administrativas como autoridades de polícia de investigação criminal, atribuindo-lhes competência para ordenar prisão preventiva fora dos casos de flagrante delito, por violação da regra da exclusividade da competência da autoridade judicial, plasmada nos termos das disposições conjugadas dos artigos 64, nºs 2 e 4, e 212, nºs 1 e 2, ambos da Constituição, e ainda por transgressão do princípio da separação de poderes consagrado no artigo 134, também da Constituição;
- c) declarar inconstitucional a norma constante do corpo e nº 1º do § único do 293º do Código de Processo Penal, na parte em que atribui ao Ministério Público a competência para ordenar prisão preventiva fora

dos casos de flagrante delito, bem como da alínea f) do nº 1 do artigo 43 da Lei nº 22/2007, de 1 de Agosto, Lei Orgânica do Ministério Público, com a nova redacção introduzida pela Lei nº 14/2012, de 8 de Fevereiro, por violação da regra da exclusividade de competência da autoridade judicial, plasmada nos termos das disposições conjugadas dos artigos 64, nºs 2 e 4, e 212, nºs 1 e 2, ambos da Constituição;

- d) declarar inconstitucional a norma constante do § 3º do artigo 308º do Código de Processo Penal, por violação do comando normativo que resulta da interpretação conjugada do disposto no nº 1 do artigo 64, *in fine*, e no nº 1 do artigo 61, ambos da Constituição, nos termos do qual a lei não deve fixar prazos de prisão preventiva de duração indefinida.

Registe, notifique e publique-se.

Dê-se cumprimento ao disposto no artigo 53 da Lei Orgânica do Conselho Constitucional.

Maputo, 17 de Setembro de 2013.

Hermenegildo Maria Cepeda Gamito, Domingos Hermínio Cintura, Orlando António da Graça, Lúcia da Luz Ribeiro, João André Ubisse Guenha, Manuel Henrique Franque, José Norberto Carrilho.