

REFORMA DO PROCESSO PENAL EM MOÇAMBIQUE

Achirafu Abubacar Abdula

Director, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Moçambique

“Não é possível estudar o Código de Processo Penal, verificar o seu grau de adequação e eficácia social ou confrontar as dificuldades a que a sua aplicação tem dado lugar, sem compreender o quadro de valores em que se inspira e entender a ruptura que ele representa nas tendências processualistas dos últimos cem anos. Nem sem tomar consciência de que é outro direito, que por ventura, justifica novas críticas mas a que é desajustado aplicar caducos instrumentos de análise.”
(CUNHA RODRIGUES – Intervenção no V Encontro Internacional de Magistrados - 1989)

CONTEXTUALIZAÇÃO

Está em curso a revisão do Código de Processo Penal de Moçambique (CPP), tendo a respectiva proposta sido depositada na Assembleia da República. Cabe-nos a honra tecer algumas considerações sobre esse projecto, o que nos sugere que, antes de mais, nos refiremos às transformações que o CPP foi sofrendo desde a entrada em vigor em Moçambique, ainda durante a dominação colonial, até aos dias de hoje. Nessa breve referência histórica, será importante subdividir a época pós-colonial em duas fases, nomeadamente, o ano de exercício do governo de transição e o período posterior à independência nacional (1975).

O Código de Processo Penal moçambicano é ainda o aprovado pelo decreto n.º 16489, de 15 de fevereiro de 1929 e que veio a ser aplicado em Moçambique e nas então demais colónias portuguesas em África através do Decreto n.º 19271, de 24 de Fevereiro de 1931.

O Código de Processo Penal de 1929 introduziu uma estrutura do tipo inquisitório, na medida em que atribuía ao juiz as funções de *instruir* e de *julgar o processo*, o que para ele acarretava riscos sérios para a objectividade e imparcialidade, especialmente na fase do julgamento. O arguido assumia a posição de *objecto* e não propriamente de sujeito processual.

Como se sabe, a 13 de Outubro de 1945, entrou em vigor o decreto-lei n.º 35 007 (DL n.º 35007) que veio remodelar alguns princípios básicos de Processo Penal. Este diploma foi extensivo, com algumas alterações, às províncias ultramarinas, incluindo Moçambique, através da Portaria n.º 17076, de 20 de Março de 1959.

Uma vez que o CPP atribuía ao juiz duas actividades diversas na sua natureza, a acusação e o julgamento, como aliás o refere o preâmbulo do DL n.º 35007 e citamos “*a acumulação de duas actividades na competência do juiz, com a subalternização ou redução a puro formalismo da actuação do Ministério Público, representa um regresso ao tipo de processo inquisitório...*” por isso, este diploma, veio a atribuir “*o exercício da acção penal ao Ministério Público como órgão do Estado, porque o direito de punir é um direito exclusivo do Estado, os particulares podem colaborar no exercício da acção penal pelo Ministério Público mas não exercê-la como direito próprio.*” (preâmbulo do DL).

O DL veio também, e na sequência, regular outras situações, entre as quais destacamos: atribuição da competência de *direcção da instrução preparatória ao Ministério Público* (art.ºs 14.º e ss); determinação do *regime jurídico aplicável à figura de Assistente* (art.ºs 4º e ss); e *regulação da matéria relativa ao controlo hierárquico das abstenções do Ministério Público*, artigos 23º, 27º e ss.

Como seria de esperar, o DL manteve “*... na competência do juiz as funções de jurisdição ou quase jurisdição, ... relativas à fiscalização do cumprimento dos preceitos legais que permitem a detenção sem culpa formada ou aplicação de outras medidas restritivas da liberdade individual, cuja regulamentação se encontrava na legislação então vigente.*” (lê-se do preâmbulo do DL), isto, durante a *instução preparatória*.

Veio depois o Decreto-Lei n.º 185/72, de 31 de Maio, reformar extensas zonas do processo penal relacionadas com a fase de instrução (preparatória e contraditória) a acusação e defesa e as execuções. Este diploma, em termos de organização do código, orientou-se no sentido de manter idêntica a técnica legislativa do mesmo. Sem alteração numérica dos artigos, substituindo-os artigo a artigo.

A par deste problema realça-se a inconveniência de manter a perniciosa e indesejável situação de o mesmo juiz estar presente durante a fase de instrução (preparatória e contraditória) e na do julgamento. (Ex. dos distritos: escalões mais baixos do sistema judicial).

Esta questão apenas viria a ser resolvida em Portugal pela Lei n.º 2/72, de 10 de Maio e respectivo regulamento (Decreto n.º 343/72, de 30 de Agosto) que permitiram a criação de *juízos de instrução criminal* cujos *juizes de instrução criminal* passaram a exercer as suas competências nas comarcas cujo movimento processual assim exigisse e a deter funções jurisdicionais durante a instrução preparatória, dirigir a instrução contraditória e proferir despachos de pronúncia e de não-pronúncia. Tais diplomas não chegaram, porém, a vigorar nos territórios sob administração colonial, como Moçambique.

É oportuno contudo dizer que a questão em causa só veio a ser parcialmente colmatada quase 20 anos após a independência de Moçambique, do que nos referiremos mais adiante.

Mas, antes de lá chegarmos, apresentamos a seguir parte de legislação aprovada e que entrou em vigor antes e após independência que foi introduzindo algumas alterações processuais que passamos a descrever resumidamente.

Ainda durante o Governo de Transição para a independência (de Setembro de 1974 a Junho de 1975) foi aprovado o Decreto-Lei n.º 28/75, de 1 de Março que alargou o âmbito de aplicação do processo sumário, simplificou o formalismo do processo de transgressão, alargou, também, o prazo de prescrição do procedimento criminal e reajustou certas disposições do Código das Custas Judiciais do Ultramar.

Desde a independência nacional foram aprovadas três constituições em Moçambique: a Constituição de 1975, de índole revolucionária e baseada no sistema de partido único, libertador, que comandava o Estado; foi sucedida pela Constituição de 1990, que introduziu o Estado de Direito Democrático, o multipartidarismo, a economia de mercado e alargou o regime dos direitos, liberdades e garantias; finalmente, a revisão de 2004 que reafirmou o catálogo dos direitos, liberdades e garantias e consagrou algumas regras e princípios do processo penal como, por exemplo, limites das penas e medidas de segurança; acesso aos tribunais e defesa dos arguidos; mandato judicial e advocacia; prisão preventiva; *habeas corpus*, entre outros.

Na esteira da constituição de 1975 (a da independência) foram aprovados os seguintes diplomas relevantes:

Decreto-Lei n.º 4/75 de 16 de Agosto que além de ter proibido o exercício privado da advocacia e eliminou a figura de assistente, continha disposições relativas ao exercício da acção penal pelo Ministério Público;

Lei n.º 12/78, de 2 de Dezembro – 1.ª Lei de Organização Judiciária de Moçambique independente e que instituiu os Tribunais Populares.

Lei n.º 5/81, de 8 de Dezembro que extinguiu o Tribunal de Execução de Penas (que funcionava apenas na capital do país) trãsitando a sua competência para os então Tribunais Populares Provinciais.

Na vigência da constituição de 1990

Lei n.º 9/92 de 6 de Maio - que imprimiu alterações ao formalismo processual penal, eliminou o carácter obrigatório da instrução contraditória nos processos de querela; e reintroduziu as figuras de assistente e de crimes particulares;

A Lei n.º 2/93, de 24 de Junho que instituiu os *juizes da instrução criminal* que, diferentemente do que acontece em Portugal, estes, apenas exercem as suas funções durante a fase da instrução preparatória não lhes cabendo qualquer papel relativamente à instrução contraditória ou à prolação do despacho de pronúncia ou de não-pronúncia. Actualmente, como acontece na maior parte dos países que têm este tipo de juizes, estes exercem as suas competências durante toda a fase de instrução, contra aquilo que acontece no nosso processo penal.

Na vigência da Constituição de 2004

A Lei n.º 22/07, de 1 de Agosto – Lei Orgânica do Ministério Público;

A Lei n.º 24/07, de 20 de Agosto – Lei de Organização Judiciária.

São, em suma, estes os diplomas que contêm algumas regras que complementam o Código de Processo Penal de 1929, na sua maioria ainda em vigor e que, no seu conjunto, serão objecto de revisão, estando já a respectiva proposta depositada na Assembleia da República. Passamos a pronunciar-nos sobre a proposta em causa.

Apreciação Genérica da Proposta¹

Antes de mais, permitam-nos uma nota prévia para dizer que o facto de não terem sido publicados os termos de referência e a fundamentação que sustenta a revisão, dificulta o estudo das propostas, especialmente quanto às matérias a abranger, sua sustentação bem como os respectivos limites.

Contudo, pensamos que a tempo de vida do código, a necessidade de regulamentação da vigente Constituição de 2004; a evolução doutrinária e jurisprudencial; as necessidades de reforço dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e de humanização do sistema penal; a celeridade e eficácia; o reforço da imparcialidade e objectividade e, especialmente, a adequação e harmonização com a proposta de revisão do Código Penal aconselham a revisão do Código de Processo Penal.

Porém, e não obstante a importância incontestável deste instrumento, a proposta que se apresenta não foi resultado de um trabalho minucioso e exaustivo, constituindo apenas uma revisão parcial da codificação vigente, ela própria produto

1 Serve de base à presente e seguinte secção o parecer da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane à revisão do CPP, apresentado à Assembleia da República.

de sucessivas alterações pontuais, nem sempre coerentes ou eficazes. Justificar-se-ia, pois, uma *revisão sistemática e global* do diploma em causa.

As propostas de alteração centram-se nas seguintes questões: i) a aplicação de medidas alternativas à pena de prisão, entre as quais se destaca a *transacção penal* e a *suspensão provisória do processo*;

ii) *novas formas de obtenção de provas*, nas quais se incluem a *intercepção e gravação de comunicações por via electrónica, a gravação e transcrição de imagens e sons em lugares públicos e a acção encoberta*; iii) *regime jurídico das medidas de coacção*; iv) *alargamento das competências dos tribunais comunitários*, reconhecendo-lhes um papel fundamental na aplicação de medidas alternativas à prisão.

Ao cingir-se basicamente a estas questões, a proposta enferma de lacunas que dificilmente poderão nela ser colmatadas em sede de uma revisão meramente parcial. Nesse pressuposto, cingir-nos-emos à identificação e discussão das questões que nos parecem mais relevantes.

No que respeita à forma do documento, a principal questão que se levanta é relativa à técnica legislativa concebida para enumeração dos artigos. Na Proposta, um mesmo artigo é desdobrado em inúmeras letras. A título de exemplo, o art. 269.º desdobra-se em 61 novos artigos desde o 269.º-AA até o 269.º-AAA e assim sucessivamente em relação às demais letras do alfabeto. Pensamos que o recurso a esta técnica inadequada deveria ser evitada quando ocorra uma introdução ou substituição significativa de artigos, como é o caso. Esta técnica, que seria aceitável como solução pontual, não é, porém, aconselhável no caso da Proposta devendo proceder-se a uma renumeração de todos os artigos ao invés de, por uma questão de hábito e de conforto, manter-se a numeração original.

Entendemos que, ainda que se trate de uma revisão parcial, que se deveria considerar a possibilidade de incorporação de alguns diplomas legais que, ao longo dos anos, foram introduzindo alterações pontuais ao CPP, contribuindo para minimizar as dificuldades práticas que advêm da dispersão da legislação processual penal, incluindo a necessidade de clarificação relativamente às normas que ainda estão em vigor, ajudando na sua interpretação e aplicação prática.

Como se sabe, o DL n.º 35007 veio impor um sistema acusatório, diametralmente oposto ao CPP que continha, na fase da instrução do processo, afloramentos do sistema inquisitório. A título exemplificativo, quando o art. 14.º desse DL atribuiu a direcção da instrução preparatória ao MP. No entanto, o CPP (art. 159.º) continua a atribuir essa competência ao juiz, dando azo a permanentes dúvidas e dificuldades de interpretação.

Ainda por força do DL citado, o regime dos crimes particulares constante do CPP foi profundamente alterado, transferindo-se a titularidade da acção penal do

acusador particular para o acusador público, passando aquele à condição de auxiliar do MP, apesar de se lhe atribuir legitimidade de poder acusar independentemente da acusação do MP e a faculdade de pôr termo ao processo por perdão ou desistência.

Estes exemplos demonstram que o facto de o proponente ter omitido qualquer referência às alterações introduzidas pelo DL n.º 35007, entre outros, constitui uma omissão grosseira. Ainda que o principal objectivo da Proposta seja a revisão no Capítulo VI e Capítulo VII do Título II do Livro II, essencialmente os regimes da detenção e da prisão preventiva e os regimes de liberdade provisória e *habeas corpus*, não se justifica o desperdício desta oportunidade única em quase um século para proceder a uma mera “operação de cosmética”.

Note-se que, depois das alterações do DL n.º 35007, esta será a segunda mais importante oportunidade perdida de se fazer uma reforma mais global do Código, uma vez que a primeira deu-se com a aprovação do DL n.º 185/72, de 31 de Maio em que se procedeu à substituição de artigos por outros ou à alterações parciais de alguns, não se permitindo, sequer, proceder-se à remoção daqueles que haviam sido revogados pelo DL n.º 35007. Aliás, as razões então evocadas para não se partir para uma reforma mais profunda, são as mesmas de hoje, a julgar pelo extracto que tiramos do Preâmbulo daquele DL n.º 185/72, que passamos a citar, pelo interesse que isso mostra:

“Não deixa de reconhecer-se que uma reforma parcial do Código de Processo Penal - como a de qualquer grande monumento legislativo - tem inconvenientes e defeitos inevitáveis: as modificações nem sempre se acomodam perfeitamente ao sistema global em que devem ser enquadradas; a técnica legislativa deverá permanecer idêntica à do Código, a que importa ajustar as alterações pretendidas, e torna-se difícil e até impossível localizar os preceitos novos, uma vez que não se substituíram em número igual, aos artigos suprimidos. Os inconvenientes apontados não justificariam, todavia, um atraso na reforma.”

Também o legislador proponente considerou *urgente a reforma do Código*, não havendo tempo para fazê-la mais global e profunda. Afinal, em que momento haverá esse *tempo* para, como vimos nas reformas efectuadas à luz dos Dec.-Leis n.ºs 35007 e 185/72, em que não houve senão objectivos específicos e parciais, se efectuar uma verdadeira e completa reforma? Parece-nos carecer esta reforma da vontade política necessária para se avançar no sentido de uma reforma global que harmonize toda a abundante legislação avulsa, com os conteúdos do código, sob pena de esta reforma vir acrescer a já imensa dificuldade de interpretação e aplicação do mesmo.

Assim sendo, e com ressalva de alguns aspectos pontuais (v.g., §4 do art. 13.º, do CPP), o proponente deveria, na Proposta, eliminar toda a Secção II do Capítulo I do Título I do Livro I do CPP operada por este diploma e confirmada pela legislação posterior (...). De forma genérica, um número significativo de

artigos constantes dos Capítulos I a IV do Título II do Livro II deveria ser objecto de reformulação nos termos do §2 do art. 12º e art. 14º do DL 35007.

Nos mesmos moldes, os arts. 35 a 44 do Título II do Livro I mereciam, por razões evidentes, ser reformulados de modo a adequá-los à Constituição e à actual Lei de Organização Judiciária (Lei n.º 24/2007, de 20 de Agosto).

Saúda-se a remoção de certos artigos dos Capítulos III, IV e V do Título VII por terem sido declarados inconstitucionais pelo Conselho Constitucional. Porém, deveriam os restantes artigos (não declarados inconstitucionais) que pertencem aos mesmos processos especiais relativos aos *crimes cometidos por juizes de primeira e segunda instância e dos magistrados do Ministério Público junto deles*, serem revogados e removidos, por já não terem qualquer utilidade no processo. Para além destes processos especiais, deveriam ter igualmente merecido atenção do proponente, as formas de processo comum nas quais também se justifica:

A eliminação de qualquer referência à forma de *processo correccional* e, conseqüente, reformulação de todos os dispositivos do CPP que façam referência a esta forma de processo substituindo-se pela forma de *processo de policia correccional* (§2º do art. 11º do Dec. N.º19271, de 24 de Janeiro de 1931);

A eliminação de certos tipos de penas na determinação das formas de processo criando alguma harmonia e coerência entre a Proposta de Código Penal (PCP) e a Proposta de Código de Processo Penal (PCPP): assim, tendo deixado de existir, na PCP uma pena criminal, por exemplo, “demissão” ou “desterro”, não se vislumbra a base na qual elas permanecem de *querela* e de *policia correccional*. A multa não está prevista como sanção autónoma de qualquer infracção aplicando-se apenas em *substituição da pena de prisão, como pena alternativa àquela sanção* (n.º1 do artº. 117º do PCP);

A reformulação do artigo 67.º do CPP, em conformidade com o disposto no artigo 1 do DL n.º28/75, de 1 de Março ao invés de o deixar inalterado, como se depreende do artº 12º da Proposta, que se limita a acrescentar dois parágrafos ao artigo 67.º do CPP.

A regulamentação do regime de *habeas corpus* também merece particular louvor. Enquanto direito/garantia fundamental, esta providência visa a tutela de um outro direito fundamental, a liberdade pessoal. A revisão do regime de *habeas corpus*, justifica-se ainda no intuito de adequá-lo à Constituição da República e à Lei da Organização Judiciária (Lei n.º 24/2007) nomeadamente, tornado-as mais acessíveis e de uso mais generalizado, quer pelo alargamento da legitimidade para requerer a providência e pela dispensa da defesa técnica de um profissional, quer pela atribuição da competência para conhecer da providência de *habeas corpus* a todas as categorias/escalões de tribunais judiciais.

A proposta adopta, no caso da pequena criminalidade e das medidas alternativas, um princípio de oportunidade acusatória que, porém, se move dentro de critérios estritos de objectividade e imparcialidade. Esta parece ser uma das soluções possíveis para o problema da morosidade processual que resulta da sobrecarga dos tribunais.

Apreciação do Documento na Especialidade²

Como afirmámos, as alterações incidem fundamentalmente sobre quatro questões, nomeadamente: i) a aplicação de medidas alternativas à pena de prisão, entre as quais se destaca a transacção penal e a suspensão provisória do processo; ii) formas de obtenção de provas, nas quais se incluem a interceptação e gravação de comunicações por via electrónica, a gravação e transcrição de imagens e sons em lugares públicos e a acção encoberta; iii) regime jurídico das medidas de coacção; iv) alargamento das competências dos tribunais comunitários, reconhecendo-lhes um papel fundamental na aplicação de medidas alternativas à prisão.

Debruçamo-nos, em seguida, sobre algumas destas questões. Mas a propósito das medidas alternativas à prisão, abrimos um parêntesis para deixar a nota de que não estando actualizada, nem regulamentada, a Lei dos Tribunais Comunitários, não está ainda claro em que momento e condições serão por estes aplicadas ou implementadas as medidas sócio – educativas previstas na proposta, sabendo-se que este tipo de tribunais não têm competência para decidir processos que sejam susceptíveis de aplicação de uma pena de prisão³.

Artigo 3

Aditamento da Secção VI ao Capítulo III, do Título II, do Livro II do Código de Processo Penal

É criada uma nova Secção com o n.º VI, inserida no Capítulo III, do Título II, do Livro II do Código de Processo Penal, com a epígrafe *Da interceptação e gravação de comunicações por via electrónica*:

Secção VI

Da interceptação e gravação de comunicações por via electrónica

A prova é obtida por intermédio dos chamados meios de obtenção/produção de prova, actividade de demonstração da existência do facto criminoso e dos seus responsáveis. Frequentemente, a actividade de produção de prova implica

-
- 2 Não incluímos neste trabalho uma série de sugestões formais que, de certo modo, comprometem a qualidade da proposta. Essas sugestões foram apresentadas noutra sede.
 - 3 Embora seja extremamente importante, não aprofundamos aqui a discussão das propostas relativas às medidas alternativas à prisão pelo facto do tema ser desenvolvido pela colega Elysa Vieira, também participante nesta conferência.

uma interferência na vida privada do cidadão, e a interceptação e gravação de comunicações efectuadas por via electrónica não constituirão excepção à regra.

A regulamentação deste meio de obtenção de prova constitui um avanço significativo em relação ao regime em vigor porquanto:

- a) Tais diligências passam a ser efectuadas por inspectores da Polícia de Investigação Criminal (PIC) ou outros peritos devidamente ajuramentados e não pelo juiz, qualquer oficial de justiça ou agente de autoridade (art. 210.º CPP);
- b) Fica *expressamente* proibida a interceptação e gravação de conversações e comunicações entre suspeito ou arguido e seu mandatário judicial ou defensor officioso;
- c) Consagra-se um prazo claro de duração da autorização para interceptação e gravação, assim como das condições de caducidade e de prorrogação;
- d) Prescrevem-se determinadas garantias de protecção das pessoas tais como:
 - i) A apresentação ao JIC do auto de diligência e de todo o suporte técnico das conversações ou comunicações na sua versão original e integral sem que o respectivo conteúdo tenha sido previamente consultado ou apreciado pelo P;
 - ii) A imposição de dever de sigilo aos inspectores da PIC e peritos ajuramentados;
 - iii) A regulamentação das condições de conservação e de destruição dos respectivos suportes técnicos ou relatórios;
 - iv) A admissibilidade deste meio de obtenção de prova apenas em relação aos crimes sob investigação e a nulidade (sanável) das provas por incumprimento das regras e formalidades legalmente prescritas.

Não obstante estes aspectos positivos, não se vislumbra a razão da concessão do prazo de 48h para o MP proceder à apresentação ao JIC do auto de diligência assim como de todo o suporte técnico das conversações ou comunicações, quando o mesmo não pode consultar ou apreciar o respectivo conteúdo. Seria recomendável que a entrega do suporte técnico das conversações ou comunicações fosse o mais imediato possível.

Artigo 4

Aditamento da Secção VII ao Capítulo III, do Título II, do Livro II do Código de Processo Penal

É introduzida uma nova Secção VII ao Título II, do Livro II do Código de Processo Penal, com a epígrafe *Da Gravação e Transcrição de Imagens e Sons em Lugares Públicos* e contendo os seguintes artigos:

Secção VII

Da Gravação e Transcrição de Imagens e Sons em Lugares Públicos

Nos termos da proposta, além da obrigatoriedade de as gravações audiovisuais serem entregues ao MP, os direitos das pessoas não ficam cabalmente assegurados. Isto porque nada se estabelece a respeito da obrigatoriedade de se proceder à entrega da versão original e integral das mesmas e a respeito do dever de sigilo e das condições de conservação e de destruição das respectivas gravações. Isto por um lado.

Por outro lado, temos a percepção de que a total liberdade de gravação de sons em locais públicos é, até certa medida, questionável porquanto, mesmo em público, as pessoas falam para o seu interlocutor e não para a totalidade de pessoas que, no momento, compartilham o mesmo espaço.

Seria aconselhável que houvesse maior correspondência, com as devidas adaptações, entre o regime da interceptação e gravação de comunicações por via electrónica e o regime da gravação de imagens e sons em lugares públicos, em particular, quanto à exigência de autorização judicial para o efeito.

Artigo 5

Aditamento da Secção VIII ao Capítulo III, do Título II, do Livro II do Código de Processo Penal

É criada uma nova Secção com o número VIII, inserida no Capítulo III, do Título II, do Livro II do Código de Processo Penal, com a epígrafe *Da Acção Encoberta*:

Secção VIII

Da acção encoberta

O proponente introduz a figura do chamado agente encoberto e define-nos nos seguintes termos:

- e) O agente é um agente da polícia (PIC) ou um particular que actua em concertação com as instâncias formais (PIC) e sob controlo destas;
- f) O agente actua ocultando ou sem revelar a sua qualidade ou identidade;
- g) O agente actua com o fim de prevenção ou repressão de certos crimes submetendo certa pessoa a um processo-crime e a uma pena.

Esta definição é insuficiente porque não distingue com clareza o agente dito encoberto de outras figuras próximas como o agente provocador e o agente infiltrado, pois:

- É *provocador* o agente que impulsiona ou instiga a prática do crime. Como muito bem esclarece Germano Marques da Silva, a provocação “*não releva o crime e o criminoso, mas cria o próprio crime e o*

*próprio criminoso e, por isso, é contrária à própria finalidade da investigação criminal, uma vez que gera o seu próprio objecto*⁴. Tem sido considerado um meio de investigação imoral, um meio enganoso de obtenção da prova e, por isso, inadmissível.

- É *infiltrado* o agente que ganha a confiança pessoal dos suspeitos, acompanha e colabora na actividade criminosa já em curso com o fim de obter notícia do crime ou as provas para a incriminação dos suspeitos.
- É *encoberto* o agente que frequenta os meios conotados com o crime na esperança de descobrir possíveis delinquentes. A sua presença e a sua qualidade são indiferentes para determinar o rumo dos acontecimentos mas são suficientes para que presencie um crime e actue em conformidade detendo o infractor em flagrante delito. A actuação do agente encoberto, caracterizada pela absoluta passividade, é lícita e legalmente admitida.

Constata-se que o que a Proposta pretende institucionalizar é a figura do agente infiltrado, o qual apenas proporciona uma ocasião para descobrir um crime (posição passiva). Esta conclusão é confirmada pela circunstância de:

- i) A acção dita encoberta implicar a intervenção do MP (que a autoriza); do Director da PIC ou Chefe da Brigada (que a controla e reporta ao magistrado do MP que autorizou a acção, a forma como a mesma está a ser executada) e do Director-Nacional da PIC e do PGR (que coordenam a necessária articulação entre o MP e a PIC);
- ii) Ser atribuída ao agente, por despacho conjunto do Ministro do Interior e da Justiça, uma identidade fictícia pelo período de um ano;
- iii) A ilicitude dos actos praticados pelo agente ser excluída nos termos do n.º 4 do art. 52 PCP.

Artigo 6

Modificação do Capítulo V (da liberdade provisória)

Revogam-se os artigos 270.º a 285.º do Capítulo V, do Título II, do Livro II. O Capítulo V do Título II do Livro II passa a ter a seguinte epígrafe:

CAPÍTULO V

Da detenção, da prisão preventiva e outras medidas de coacção e do *habeas corpus*

4 Vide Germano Marques da Silva “Bufos, Infiltrados, Provocadores e Arrependidos”, in *Direito e Justiça*, F.D.U. Católica, Vol III, T.2, 1994, p.29.

Mantém-se o artigo 269.º do Capítulo V do Título II do Livro II e, imediatamente a seguir, inserem-se os seguintes artigos:

Secção I Detenção

§1. Definição, finalidades, execução e local de cumprimento da detenção

Ao pretender definir a detenção e indicar as respectivas finalidades, o proponente faz referência frequente mas pouco rigorosa ao termo “autoridade judiciária”. Por isso, não se vislumbra, com clareza, quais são as entidades que estão integradas neste conceito. Na proposta, há vários casos em que se manifesta essa imprecisão. Dois exemplos:

- a) Do confronto entre as alíneas a) e c) do n.º 1 do art. 269.º-A PCPP parece resultar que a autoridade judicial não integra o conceito de autoridade judiciária já que se prescreve que a pessoa *detida* deve ser levada à presença da *autoridade judiciária* e à presença do *juiz*;
- b) Do artigo 269.º-UU PCPP com a epígrafe “Apresentação ao poder judicial” resulta que o detido que não tenha sido libertado nos termos do artigo 269.º-TT “deve ser apresentado à *autoridade judiciária* competente para apreciação da legalidade da detenção”. Aqui, a autoridade judiciária é o juiz.

O esclarecimento de quais as entidades consideradas autoridade judiciária é muito importante. Poderá o proponente socorrer-se das soluções dadas em outros ordenamentos jurídicos, como o português, no qual considera-se que autoridade judiciária é o juiz, o juiz de instrução e o Ministério Público (alínea b) do n.º 1 do art. 1.º CPP português).

§2. Duração da detenção

Nos termos da Proposta, a autoridade judiciária competente deve pronunciar-se acerca da soltura ou da manutenção da detenção antes de esgotadas as 48h (arts. 269.º-A e 269.º-C). Em contrapartida, o proponente cria a possibilidade de a duração das detenções ser por tempo indeterminado. Isto porque a PCPP revoga o art.º 311.º do CPP vigente, que no § único prevê o prazo de 5 dias, mas a proposta não apresenta um prazo máximo para a prorrogação excepcional do prazo de detenção.

É que, o prazo de 5 dias ainda em vigor já é excessivamente alargado e incompatível com a protecção do direito à liberdade do cidadão cuja detenção ainda não foi legalizada. Se não for estabelecido um prazo limite, a violação do princípio da proibição do excesso (proporcionalidade) será flagrante. Por isso é que, não sendo perceptível nenhuma razão válida para esta omissão, interpretámo-la como um mero lapsus que deve contudo ser reparado com a indicação de prazo,

ou com a não permissão de seu alargamento.

Referindo-se ao art. 9.º da Lei da Prisão Preventiva em Instrução Preparatória de Angola, Pedro ROMÃO e Fernando MACEDO fazem a seguinte apreciação que, em nossa opinião, pode ser transposta *ipsis verbis* para a realidade moçambicana: “*Uma leitura minuciosa desta norma parece apontar para a ponderação do legislador a favor das fraquezas do Estado em prejuízo das garantias de defesa da liberdade do detido.*”⁵

Secção II

Modalidades de detenção

§1. Detenção em flagrante delito

O n.º 1 do artigo 269.º-E exclui, por lapso pensamos, o Ministério Público, de entre as autoridades que têm o dever de proceder à detenção em flagrante delito.

No n.º 4 do mesmo artigo, verifica-se uma coincidência indesejável entre o prazo máximo da detenção e o do exercício do direito de queixa. Se o titular do direito de queixa pode exercer tal direito até à quadragésima oitava hora, em que momento é que se procederá à apresentação do detido à autoridade judicial para validação da captura? E, nessa hipótese em que o direito de queixa é exercido no seu tempo limite, parece que fica inviabilizada a possibilidade de manutenção da detenção até porque esta situação não constitui um dos fundamentos para a prorrogação do prazo de detenção previstos no artigo 269.º-C.

Seria de propor a redução para 24 horas do prazo no qual o titular do direito de queixa pode exercer esse direito. Caso contrário, deve acrescentar-se no artigo 269.º-C um fundamento adicional para a prorrogação do prazo de detenção, solução que nos parece excessiva e abusiva; ou, solução que nos parece mais adequada, acrescentar-se no n.º 1 do artigo 269.º-TT um fundamento adicional para a libertação do detido, sem embargo da sua apresentação posterior ao poder judicial.

Secção V

Prisão preventiva

§1. *Pressupostos para a aplicação da prisão preventiva*

O artigo 269.º-GG exige uma interpretação cuidada. Por um lado, o n.º 2 estipula a obrigatoriedade de fundamentação do despacho que ordenar a aplicação da prisão preventiva. Por outro lado, o n.º 3 estipula a obrigatoriedade de fundamentar o despacho que não ordenar a prisão preventiva quando se esteja em presença de “*crimes puníveis com pena de prisão de máximo superior a oito anos, de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, de tráfico*

5 Anotações à Lei da Prisão Preventiva e Legislação Complementar, Almedina, 2008, p.31.

de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, de tráfico ou rapto de pessoas, de violação de menores, de corrupção e crimes conexos ou de branqueamento de capitais”.

A exigência de fundamentação do despacho que ordena a liberdade provisória, quando especialmente dirigida à categoria de crimes referidos indicia que a medida de prisão preventiva constitui a regra nestes casos e apenas “se o juiz decidir não aplicar a prisão preventiva” é que deverá, no respectivo despacho, indicar os fundamentos de facto e de direito em que se baseia.

Facilmente se compreende que esta é uma opção de política criminal, a qual pode mostrar-se justificada num contexto em que se procura combater a impunidade pela criminalidade organizada. No entanto, o n.º 3 integra a categoria abstracta de crimes puníveis com pena de prisão superior a 8 anos e do crime de violação de menores, cuja “incaucionabilidade” não pode ser justificada por razões de política criminal de combate à criminalidade organizada.

Mas a questão essencial reside em saber a razão pela qual o proponente optou por prever expressamente uma norma que traduz uma clara violação do art. 269.º-N assim como do princípio constitucional da proibição do excesso ao invés de deixar ao juiz, a possibilidade de, casuisticamente, decretar a prisão preventiva invocando a verificação de algum dos requisitos previstos no artigo 269.º-M?

Não temos qualquer dúvida de que, no n.º 3 do artigo 269.º-GG continua a consagrar-se, ainda que de forma camuflada, os chamados crimes incaucionáveis. Estes são inconstitucionais porque impõem invariavelmente a prisão preventiva a uma categoria de crimes independentemente da verificação ou não dos demais pressupostos das medidas cautelares, ou seja, aplica-se-lhes a prisão preventiva ainda que as demais medidas de coacção sejam adequadas ou suficientes.

Um, de entre os inúmeros males que advêm da consagração dos chamados “crimes incaucionáveis” é o facto de isso fomentar “*uma certa predisposição para ordenar a prisão preventiva, quer seja por simples comodidade – há quem julgue ser mais cómodo instruir processos em que os sujeitos sejam desde logo presos – quer seja por precipitação de quem a ordena, ou, o que é mais grave, mas nem por isso menos vulgar, por mera prepotência*”.⁶

Pensamos que se deve deixar ao juiz a possibilidade de, casuisticamente, decretar a prisão preventiva invocando a verificação de algum dos requisitos previstos na lei.

§2. Prazos de duração da prisão preventiva

Partimos do pressuposto de que a indicação, no artigo 269.º-JJ, de novos

6 Vasco Grandão Ramos, *Direito Processual Penal: noções fundamentais*, 2003, 3.ª edição, Colecção Faculdade de Direito, p. 280, apud Pedro ROMÃO e Fernando MACEDO, ob. cit., p. 35.

prazos de duração da prisão preventiva, tenha sido baseada em estudos e resultados concretos acerca do tempo médio das actividades processuais considerando todos os constrangimentos que assolam a justiça penal moçambicana. Se o pressuposto de que partimos estiver correcto, então as opções avançadas estarão sustentadas em dados estatísticos e nada nos caberá acrescentar.

Merece, no entanto, reparo, a circunstância de esta alteração de prazos de prisão preventiva ter desconsiderado os prazos de duração da fase processual de instrução preparatória.

Há uma evidente desarmonia entre o artigo 269.º-JJ PCPP e o artigo 337.º CPP, que se mantém em vigor. Nos termos deste último dispositivo, havendo arguido preso, a instrução preparatória terá uma duração consentânea com a da prisão preventiva cujos prazos constam do §1.º do artigo 308.º CPP, revogado pela PCPP. Assim sendo, a remissão do artigo 337.º CPP deve entender-se agora como feita para os artigos 269.º-JJ (6 meses) e 269.º-LL (12 meses). Em contrapartida, não havendo arguido preso, a instrução preparatória não poderá ultrapassar 3 meses em processo de querela e 2 meses nas demais formas de processo (art. 337.º CPP).

Como se justifica que o prazo de instrução preparatória, havendo arguido preso, supere em duas ou quatro vezes o prazo da instrução quando não haja arguido preso. Será realmente intenção do proponente que a instrução seja mais morosa enquanto o arguido estiver privado da liberdade e mais expedita quando estiver no gozo da sua liberdade? Cremos que não, pelo que entendemo-lo como um lapso a corrigir.

De igual modo e a título de exemplo, se pode referir ao prazo de instrução preparatória e de prisão preventiva constante da Lei n.º 3/97, de 13 de Março, vulgarmente conhecida como lei de crimes de tráfico e consumo de estupefacientes, que deverá ser reajustado considerando a sua especialidade.

É igualmente questionável o conteúdo do corpo do artigo 269.º-JJ na parte em que prescreve que o prazo da prisão preventiva conta-se “desde o seu início” ao invés de “desde a captura”. Com ressalva do termo de identidade e residência, a aplicação de todas as medidas de coacção é da competência do juiz. E a prisão preventiva só tem início quando é ordenada pelo juiz, sendo mera detenção antes disso. Será intenção do proponente que a contagem do prazo de prisão preventiva ignore o período de detenção? Não nos parece, por tal prejudicar o arguido em clara violação dos princípios constitucionais relativos à prisão preventiva. Deve por isso ser rectificado.

§3. Extinção da prisão preventiva

Assumindo, como assumimos, que a proposta de prazos estabelecidos nos arts. 269.º-JJ e 269.º-LL está sustentada em dados estatísticos objectivos e, tendo sido revogado o art. 309.º CPP, pensamos que o incumprimento dos referidos

prazos deve ter como efeito a extinção da prisão preventiva. Por isso, entendemos que a proposta deveria pronunciar-se sobre a extinção da prisão preventiva em consequência do decurso do respectivo prazo.

Secção VI

Meios de impugnação e controlo da privação da liberdade

Subsecção II

Controlo da detenção ilegal

§1. Libertação do detido e apresentação ao poder judicial

A Proposta parece pretender que, em determinadas circunstâncias, não é necessário o controlo judicial. Na nossa perspectiva, o interesse da salvaguarda do direito constitucional à segurança confirma que o controlo judicial é sempre imprescindível.

A apresentação judicial do detido corresponde à entrega deste ao poder judicial e reveste-se de carácter de *obrigatoriedade*, não podendo a autoridade que levou a efeito a detenção dispor do detido, restituindo-o à liberdade, furtando-se ao controlo judicial, mesmo nos casos em que a instrução do processo caiba à PIC. Esta obrigatoriedade funciona como um elemento dissuasor de eventuais detenções arbitrárias. Como resulta da parte final do §1 do art. 291.º CPP em vigor, é ilegal a captura destinada a obter indícios da infracção (quer por parte do arguido directamente, quer indirectamente, aproveitando-se da sua privação da liberdade). Esta regra de ouro, confirmada pela jurisprudência (Acórdão do TS, de 21 de Novembro de 1995 – Proc. N.º 47/95-C), não foi salvaguardada na Proposta porque o artigo 291.º CPP foi revogado.

Mostra-se útil analisar esta possibilidade de subtrair o detido ao controlo judicial no contexto da evolução legislativa. Ao abrigo da Lei n.º 6/89, de 19 de Setembro (arts. 23/2 alínea d) e alínea e) do art. 24.º) competia aos procuradores provinciais “ordenar a **prisão** ou a soltura dos arguidos em processos que lhes hajam sido distribuídos”.

Por sua vez, a Lei n.º 2/93, de 24 de Junho, atribuiu expressamente ao JIC as funções jurisdicionais que devam ter lugar no decurso da instrução preparatória incluindo a da validação e manutenção das capturas (art.º 1.º da Lei 2/93) e, conseqüentemente, reformulou a redacção dos arts. 23/2 alínea d) e alínea e) do art.º 24.º da Lei n. 6/89, atribuindo aos procuradores provinciais a competência para “ordenar a **prisão** dos arguidos nos processos que lhes hajam sido distribuídos, bem como a respectiva restituição à liberdade, **se ainda não tiverem sido apresentados ao juiz da instrução criminal para legalização**”.

Esta condição justifica-se na medida em que não faria nenhum sentido atribuir ao JIC a função de validação e manutenção das capturas e, uma vez validada e mantida a captura, lhe fosse subtraída a possibilidade de se pronunciar a

respeito da manutenção da mesma atribuindo ao MP a competência para a soltura.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 22/2007, de 1 de Agosto, o legislador retirou, por completo, ao procurador provincial, a competência para ordenar a restituição do detido à liberdade. Nos termos da alínea f) do art. 43.º compete-lhe apenas “ordenar a **prisão** dos arguidos nos processos que lhes hajam sido distribuídos, nos termos da lei”.

A evolução legislativa vai no sentido de confirmar a obrigatoriedade de apresentação judicial de todos os detidos. Nos termos do n.º 2 do art. 64.º da Constituição “O cidadão sob prisão preventiva (entenda-se, sob detenção) deve ser apresentado no prazo fixado na lei à decisão de autoridade judicial, que é a única competente para decidir sobre a validação e a manutenção da prisão”.

O proponente rema contra a maré ao atribuir às autoridades judiciárias, aos oficiais de polícia, aos inspectores da PIC ou a qualquer pessoa “a quem o detido for apresentado”, a competência para ordenar a sua soltura. A Proposta pode ter pretendido salvaguardar o interesse da restituição **imediate** da liberdade ao cidadão e o interesse da celeridade processual ou, pelo menos, de não sobrecarregar a máquina que administra a justiça penal. Mas, com isto descarta o respeito devido à Constituição, além do interesse de salvaguarda da legalidade e da necessidade de evitar quaisquer abusos de poder que poderiam advir se fosse possível efectuar detenções e ordenar solturas à margem do controlo judicial.

Mas, em qualquer situação de conflito de interesses, a harmonia só advém de concessões mútuas. Nesse pressuposto, deve-se aceitar a possibilidade de qualquer entidade com competência para ordenar a detenção (ou a quem o detido for apresentado) poder igualmente ordenar a libertação (de facto) nos casos descritos na Proposta. Em contrapartida, todos os detidos que tenham sido soltos nessas condições devem, em momento oportuno, ser presentes ao JIC para que este decida sobre a legalidade ou não da detenção e do mérito da soltura, por ser ele a única entidade com competência para o efeito.

Assim, a apresentação judicial não deve ser restrita aos detidos que não tenham sido restituídos à liberdade mas deve abranger todos aqueles que tenham sido detidos, quer estejam ou não em liberdade.

§2. Habeas Corpus por detenção ilegal

No corpo do artigo 269.º-VV deve esclarecer-se o conceito de “imediate apresentação” já que a sua inobservância determina responsabilidade criminal por desobediência qualificada (n.º 2 do artigo 269.º-XX). Qual é o prazo dentro do qual ainda se considera que a apresentação foi imediata? Embora nos pareça que por imediata se pretenda referir o momento útil seguinte ao do conhecimento do facto a executar (a obrigatoriedade de apresentar o detido). Contudo é sempre mais útil clarificar – se.

A alínea a) do n. 1 do artigo 269.º-VV estabelece como fundamento da providência de *habeas corpus* por detenção ilegal o exceder do prazo referido no artigo 269.º-A assim como de qualquer outro prazo legalmente estabelecido para a entrega ou apresentação ao poder judicial.

Subsecção III

Habeas corpus por prisão ilegal

§1. *Habeas corpus contra prisão ilegal*

Nos termos da Proposta, a pessoa presa à ordem de qualquer autoridade judicial (n.º 1 do artigo 269.º-ZZ) pode requerer a providência de *habeas corpus* com fundamento no facto de a prisão “ter sido efectuada ou ordenada por entidade incompetente” (alínea a) do n.º 3 do artigo 269.º-ZZ).

Temos alguma dificuldade de compreender este fundamento de *habeas corpus*. Sabe-se que qualquer privação da liberdade na qual não tenha ocorrido intervenção judicial, seja JIC seja JJ, consoante a fase processual, constitui ainda detenção e não prisão. Ora, se o juiz é a única entidade competente para ordenar a prisão (artigo 64.º, n.º 2 CRM e artigo 269.º-II PCPP), então a alínea a) do artigo 269.º-ZZ só pode entender-se como querendo significar que poderá requerer-se o *habeas corpus* se:

- i) O juiz que tiver ordenado a prisão for territorialmente incompetente; ou
- ii) O juiz validar uma detenção efectuada ou ordenada por entidade incompetente.

Neste último caso, o fundamento do pedido não será a incompetência da entidade que ordena a prisão mas a incompetência da entidade que ordena a detenção e a consequente ilegalidade da sua manutenção pelo juiz. O mesmo raciocínio se aplica, *mutatis mutandis*, à alínea a) do art. 269.º-EEE.

Por fim, uma observação a respeito do tribunal competente para conhecer do pedido de *habeas corpus*. Cabendo tal competência ao tribunal imediatamente superior àquele à ordem de quem o preso se encontra, deve entender-se que a competência descrita na alínea b) (por lapso consta c)) do n.º 1 do art. 86.º LOJ é referente exclusivamente a apreciar pedidos de *habeas corpus* por detenção ilegal e não por prisão ilegal.

Secção VII

Da indemnização por privação injustificada ou ilegal da liberdade

A proposta apresenta dois pressupostos para o pedido de indemnização:

A ilegalidade da privação da liberdade (arts. 269.º-DDD e 269.º-EEE); e

O erro grosseiro da decisão (arts. 269.º-CCC e 269.º-FFF).

O proponente deve certificar-se que não seja toda e qualquer ilegalidade da

privação da liberdade a constituir fundamento de pedido de indemnização. Aqui, à semelhança do que acontece em outros ordenamentos jurídicos, é necessária a previsão de que a ilegalidade seja *manifesta*, sob pena de paralisação da máquina da administração da justiça.

A segunda situação, designada de *privação injustificada*, funda-se no erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto de que a decisão dependia. O erro só é grosseiro quando há, da parte do seu autor, um incumprimento especialmente intenso dos deveres de cuidado que lhe são exigíveis.

Secção VIII

Das disposições finais e transitórias

§1. *Entrada ilegal de estrangeiros em território nacional (Artigo 269-III)*

1. O regime jurídico respeitante à entrada e permanência de cidadão estrangeiro no território moçambicano está previsto na Lei n.º 5/93, de 28 de Dezembro e regulamentado no Decreto n.º 38/2006, de 27 de Setembro.

As pessoas que não estão ligadas ao Estado moçambicano, pelo laço da cidadania, não têm livre acesso ao seu território sendo o Estado quem define as condições, a forma e o tempo em que os estrangeiros podem entrar e (ou) permanecer em território moçambicano. O desrespeito das referidas condições de entrada e permanência pode determinar a proibição de entrada ou então a expulsão do território moçambicano.

Assim, se o estrangeiro ou não chegou a ter a titularidade efectiva do direito de residência ou de fixação ou esta caducou, esta expulsão por entrada⁷ e permanência⁸ irregulares é de natureza administrativa, cabendo ao governo na pessoa do Ministro do Interior. Inexistindo o direito não se poderá dizer que dela resulte a respectiva privação porque a expulsão por este fundamento não produz efeito sobre direitos adquiridos ou existentes anteriormente.

2. Em contrapartida, em relação ao “*cidadão estrangeiro que reside⁹ ou se encontra¹⁰ em território nacional*”, é-lhe atribuído o gozo dos “*mesmos direitos*

7 A entrada é irregular quando é realizada sem que se reúnam condições legais necessárias para tal (v.g., falta de visto, caducidade ou falsidade do passaporte) e, normalmente é detectada no posto de fronteira. É ainda irregular a entrada quando o estrangeiro declara um fim para a sua entrada (v.g. turismo) que não corresponde ao fim que efectivamente pretende (v.g., exercício de actividade remunerada sem a necessária autorização de trabalho).

8 A permanência irregular engloba as situações em que, na sequência de uma entrada regular no território o estrangeiro encontra-se em situação de irregularidade (v.g. por caducidade do visto ou pela prossecução de fins diferentes dos permitidos pela autorização).

9 Refere-se a cidadão estrangeiro titular de uma autorização de residência.

10 Refere-se ao estrangeiro a quem tenha sido concedido visto de residência, visto turístico, visto de trânsito, visto de visitante, visto de negócio ou visto de estudante,

e garantias ... que o cidadão moçambicano” com ressalva dos direitos políticos e demais direitos expressamente reservados por lei ao cidadão moçambicano. Ele fica, assim, sob o âmbito de protecção (ou de jurisdição) do Estado e cria-se, na esfera jurídica dos mesmos, direitos e expectativas legítimas e, como tal, juridicamente tuteladas.

A Constituição proíbe, expressamente, que a perda de um direito civil, como é o caso do *direito de livre circulação e direito de residência* conferido pelas autoridades competentes aos estrangeiros, passe à margem de uma decisão judicial (artigo 61.º, n.º 3 CRM). Mas este juízo de inconstitucionalidade depende da existência desse mesmo direito. Existindo o direito, a sua retirada deve ser rodeada de muitas garantias. Uma dessas garantias é a da jurisdicionalidade, nos termos da qual, só por decisão judicial pode ser determinada a expulsão do território nacional de cidadãos estrangeiros *autorizados a residir no País*.

Depois destas considerações que reputamos breves, podemos concluir que uma revisão pontual e bastante parcial comporta riscos sérios que acabaram por se confirmar. Para além de permanecerem graves contradições, há uma série de matérias que ficaram à margem da proposta. Esta proposta, a avançar precisamente como está, por um lado, acarretará problemas difíceis de ultrapassar na sua interpretação e, por outro lado, não será capaz de responder às preocupações de fundo que suscitam a reforma: *a necessidade de aprovação de código processo penal moderno que se traduza num instrumento coerente e eficaz ao serviço dos aplicadores do direito, ao mesmo tempo que respeita os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.*