

**Constituição de assistente
Instrução contraditória
Prisão Preventiva
Crimes incaucionáveis
Inconstitucionalidade
Legalização da prisão
Primeiro interrogatório
Nulidades
Caso julgado
Despacho de pronúncia**

Acórdão de 23 de Fevereiro de 2000

Sumário:

I. A constituição de assistente em processo penal não se produz ex-officio, por iniciativa do juiz, mas tem de resultar da vontade expressa de qualquer dos particulares legitimados a fazê-lo, nos termos do artigo 4º do Decreto-Lei n.º 35007, de 13 de Outubro de 1945;

II. Pela constituição de assistente é devido imposto de justiça, a fixar nos termos estabelecidos no art. 152º, a), 1), do C. Custas Judiciais;

III. Às diligências de instrução contraditória só são legalmente admitidos a assistir o agente do MP, o arguido, o seu defensor e o advogado dos assistentes, desde que regularmente constituídos (art. 330º do C. P. Penal);

IV. No sistema jurídico-constitucional moçambicano, a prisão preventiva é reconhecida como uma medida de coação de natureza estritamente excepcional, não obrigatória e subsidiária;

V. São pressupostos materiais da prisão preventiva: i) existência de índices racionais de culpabilidade, ou seja, de razões suficientes para uma fundada presunção de que a pessoa a deter seja agente de um ilícito penal; ii) exigência de uma certa gravidade da infracção fortemente indiciada (ressalvado o caso de flagrante delito, o crime tem de ser doloso e punível com pena superior a um ano de prisão); e iii) verificação dos fins que a prisão preventiva se propõe realizar;

VI. A norma constante do § 2º, alínea a), 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 de inocência até decisão judicial definitiva, proclamados no artigo 98 da Constituição;

VII. O despacho do juiz da instrução, proferido nos termos do art. 263º do C. P. Penal, em que decide mandar restituir o arguido provisoriamente à liberdade por termo de identidade e residência, por motivo de a prova até então carreada se mostrar

insuficiente, não estabelece caso julgado, para efeitos do disposto no artigo 149º do mesmo Código;

VIII. O preceituado no artigo 650º do C. P. Penal, na parte que concede ao juiz a faculdade (e não a obrigação) de esclarecer os fundamentos da sua decisão, deve ser aplicável aos recursos interpostos do despacho de pronúncia;

IX. O artigo 311º do C. P. Penal, concretizando o normativo constitucional do artigo 101º n.º 2, estabelece, como regra, a obrigatoriedade da apresentação dos presos sem culpa formada ao juiz de instrução criminal dentro do prazo de quarenta e oito horas após a detenção;

X. Este prazo pode ser excepcionalmente dilatado para cinco dias se o agente do MP, reconhecendo absoluta necessidade, o autorizar;

XI. A autorização do MP só será válida se for devidamente fundamentada – indicando os motivos da dilação – e concedido antes de expirado o prazo geral de quarenta e oito horas, sob pena de ser extemporânea;

XII. É ao juiz da instrução que cabe, em exclusivo, efectuar o primeiro interrogatório de arguido preso (artigo 253º). O agente do MP (ou o órgão da policia judiciária em quem tiver delegado – art. 15º e segts. do Decreto-Lei nº 35007) só o poderá fazer tratando-se de arguido não preso (cfr. artigo 265º), ou dos interrogatórios subsequentes, durante a instrução preparatória (cfr art. 264º);

XIII. É nulo qualquer interrogatório a que o arguido preso seja submetido antes da sua apresentação ao juiz da instrução;

XIV. A lei não permite a dilatação do prazo de apresentação do preso ao juiz da instrução, nos termos da segunda parte do corpo do artigo 311º do C. P. Penal, se o motivo fôr o de permitir que ele seja primeiramente interrogado por outra autoridade;

XV. Só podem ser considerados indícios suficientes, para efeitos de pronúncia, aqueles elementos de facto trazidos pelos meios probatórios ao processo que permitam, razoavelmente, formar a convicção da culpabilidade do arguido e da sua provável condenação no julgamento;

XVI. Deve ser despronunciado o arguido relativamente ao qual a única prova indiciária recolhida se resume às declarações de outro arguido, autor moral confesso do crime, e com graves antecedentes criminais.

Acórdão

Acordam em conferência, na 2ª Secção Criminal do Tribunal Supremo:

– Na 6ª secção do Tribunal Judicial da Cidade de Maputo foram pronunciados

1. A, casado, nascido a 1 de Fevereiro de 1972, sacerdote islâmico, filho de B e de C, natural de Tankaria Bharuch, República da Índia, e residente na Avenida Josina Machel, n.º 624;

2. D (que também usa outros nomes, entre os quais E – fls. 96), solteiro, nascido a 13 de Julho de 1973, pintor de construção civil, filho de F e de G, natural de Nacala-Porto e residente na Av. Eduardo Mondlane, n.º 2222, terraço;

3. H, solteiro, nascido a 4 de Julho de 1969, natural de Namapa e residente na Av. Ahmed Sékou Touré, n.º 1149, 3º andar; e

4. I, solteiro, nascido a 13 de Agosto de 1959, vendedor ambulante, filho de J e K, natural de Gilé e residente na Av. Maguiguana, n.º 545, terraço,

os dois primeiros como co-autores morais e os outros como co-autores matérias de um crime de homicídio qualificado, previsto e punido nos termos do n.º 1 do art. 351º, com o concurso das circunstâncias agravantes 8ª (convocação de outras pessoas), 10ª (várias pessoas), 11ª (traição), 18ª (lugar ermo) e 19ª (noite) do art. 34º, ambos do Código Penal em vigor, por haverem indícios bastantes de que,

□ *Em data não referida de Novembro de 1998, o A teria solicitado ao D que lhe arranjasse uma cabeça humana, a troco de 100.000.000,00 MT (cem milhões de meticais);*

□ No mesmo mês, o D contactou o H e o I, mandando-os arranjar a cabeça humana, com a promessa de receberem a referida importância;

□ No dia 25 de Fevereiro de 1999, cerca das 18 horas, o I avistou-se com a vítima, L, perto da *Ronil* e convenceu-o de que poderia arranjar-lhe um emprego, de que aquele andava à procura;

□ Levou-o até a casa do H e dali seguiram os três até às Zonas Verdes, na “*travessa do Vale do Infulene para T3*” (sic), onde, pegando a vítima de surpresa, os dois réus lhe apertaram o pescoço;

□ Fazendo uso de uma faca de cozinha, o H e o I separaram a cabeça da vítima do resto do corpo, abandonando este no local;

□ E levaram a cabeça, com o cabelo rapado, as orelhas e o nariz cortados, indo entregá-la ao D;

□ *Este viria a ser surpreendido pela Polícia no dia 26 de Fevereiro, entre as 5 e as 6 horas da manhã, em frente à casa do A, em poder de um plástico contendo a cabeça da vítima;*

□ Da agressão resultou para o L “*anemia grave, secção completa de estruturas do pescoço, traumatismo...*”, que foram a causa directa e necessária da sua morte.

– Do despacho assim proferido vem o presente recurso interposto pelo réu A, em cuja minuta alega, em substância e conclusivamente, o seguinte:

□ *Que, ao aceitar a acusação do MP e ao pronunciar o recorrente, a Mma. Juíza de Direito violou o disposto no art. 349º do C.P.Penal, conjugado com o art. 12º do Decreto-Lei n.º 35007, de 13 de Outubro de 1945, uma vez que dos autos não se alcançam indícios suficientes que permitam fazer incidir suspeitas de molde a convencer*

da sua culpabilidade ou fazer nascer a convicção de que virá a ser condenado pelo crime que lhe é imputado;

□ Que, noutra perspectiva, a contraprova produzida pelo recorrente, se não anulou a prova indiciária (já de si insuficiente), gera uma incerteza suficientemente forte, criando dúvidas sérias que só o podem favorecer (*in dubio pro reo*);

□ Que, deste modo, o despacho recorrido violou a indagação dos juízos de valor e, conseqüentemente, aquele princípio de prova (cfr. artigo 173º do C.P.Penal), imposto pela lógica, pelo senso e pela probidade processual;

□ Que a prescrição do § 2º do artigo 291º e a do artigo 373º, ambos do C.P.Penal, não contêm um imperativo absoluto, pois um entendimento diferente consistiria em esvaziar de conteúdo os princípios do direito à liberdade e da presunção de inocência, consagrados constitucionalmente (artigos 96º e 98º, n.º 2).

Termina pedindo que o despacho de pronúncia seja revogado e o recorrente despronunciado e isento de culpa, devendo ser mandado em paz ou, quando muito, que os autos fiquem a aguardar a produção de melhor prova, no que a ele mesmo diz respeito. Se assim não for entendido, que seja mantido em liberdade provisória, sujeito a idênticas condições que antes subordinavam a liberdade de que gozava.

– O MP não contra-minutou mas, nesta instância, o Digníssimo Procurador-Geral Adjunto emitiu o duto parecer de fls. 346v. e segts., no qual, e em substância:

1. Como questão prévia, critica o despacho que recaiu sobre o requerimento do advogado da família da vítima (v. fls. 251), na medida em que *“a admissão de assistente em processo-crime não se verifica automaticamente com a simples declaração do interessado (...). O assistente não se nomeia, e sim reconhece-se em despacho fundamentado a sua legitimidade e conseqüente aceitação»*, além de que *“... a admissão de assistente em processo-crime depende do pagamento do imposto de justiça no prazo legal e, portanto, não se pode dizer que há assistente constituído antes do pagamento deste imposto”*;

2. Entende que deve ser negado provimento ao recurso na parte concernente à liberdade provisória, pelos termos e fundamentos apresentados, porque *“pronunciado um arguido pela prática de um crime a que corresponda pena fixa, deve ordenar-se ou manter-se a prisão sem admissão de caução, como resulta do disposto nos artigos 290ª, nº1, e 366º, nº5, do C.P.Penal”*;

3. Acolhe, *“... in totum e ipsis verbis»*, os fundamentos aduzidos na alegação do recurso quanto à insuficiência dos indícios recolhidos, quer na instrução preparatória, quer na contraditória, para permitir ao MP deduzir a acusação e à Mma. Juíza exarar o despacho de pronúncia, relativamente ao recorrente;

4. *Defende que o despacho do juiz da instrução que colocou o arguido na situação de liberdade provisória (v. fls. 79) constitui caso julgado formal, pelo que só poderá ser alterado ocorrendo modificação dos pressupostos em que assentou; finalmente,*

5. Observa que não foi exarado despacho de sustentação ou reparação do agravo por parte da Mma. Juíza de Direito, como determinam os arts. 649º do C.P.Penal e 744º do C.P.Civil, devendo esta irregularidade ser sanada, pois “... a falta de sustentação do despacho de pronúncia recorrido ou de reparação do agravo determina implicações jurídicas distintas na apreciação e julgamento da matéria dos autos”.

– Mostra-se cumprido o disposto na segunda parte do n.º 1 do artigo 752º do C. P. Civil, pelo que nada obsta a que se conheça do mérito do recurso.

Tudo visto, cumpre apreciar e decidir.

– O argumento de fundo das alegações do recorrente assenta na insuficiência dos indícios trazidos pelos meios probatórios ao processo, de molde a criarem a convicção da sua eventual culpabilidade e a persuadirem da provável condenação pelo crime que a pronúncia lhe atribui.

A questão será, como se impõe, detalhadamente analisada. Antes, porém, importa que nos debrucemos, não apenas sobre os outros pontos levantados na minuta do recurso e no parecer do MP, mas também sobre as nulidades e irregularidades processuais que descortinamos e que não podem ficar sem censura. Assim,

♦ Quanto à constituição de assistente em processo penal

– Por requerimento junto aos autos a fls. 246 e segts., veio M, em representação da família da vítima, pedir

- i) a condenação de todos os réus pelo crime de que são indiciados;
- ii) a prisão preventiva do réu A; e
- iii) uma indemnização por perdas e danos, no valor de dois biliões e meio de meticais.

A Mma. Juíza de Direito, no seu despacho de fls. 251, além de ter deferido, na generalidade, a pretensão do peticionário, decidiu nomear o respectivo advogado, Dr. N, como assistente.

Ora, como muito bem salienta o Exmo. Procurador-Geral Adjunto, esta decisão contraria claramente os princípios e as normas processuais em vigor, pelas três razões que aponta:

□ *Primeiro*, porque a constituição de assistente não se produz *ex-officio*, por iniciativa do juiz, mas tem de resultar da vontade manifesta de qualquer dos particulares legitimados a fazê-lo, nos termos do art. 4º (e respectivo § 5º) do Decreto-Lei n.º 35007, de 13 de Outubro de 1945. E a verdade é que, em nenhuma passagem do requerimento em causa, ou noutra momento do processo, o representante dos familiares da vítima se propõe constituir-se assistente. O único propósito que o moveu a pedir a intervenção nestes autos foi o de formular o pedido de indemnização por perdas e danos, assim se entendendo a referência expressa aos artigos 32º do C.P. Penal; 75º, nº3, e 128º do C. Penal; e 483º e 490º do C. Civil;

□ *Segundo*, porque, sem prejuízo da obrigatoriedade legal de serem representadas por advogado (art. 5º), só às pessoas incluídas no elenco do artigo 4º, ambos do citado Decreto-Lei – ou seja, no caso concreto, “*o cônjuge não separado de pessoas e bens, ou o viúvo, ou qualquer ascendente, descendente ou irmão...*” (cfr. o nº 4) – é reconhecida legitimidade para intervirem no processo como assistentes. Por isso, ainda que fosse admissível a nomeação oficiosa do assistente, nunca tal nomeação poderia recair sobre o advogado, mas sobre quem ele judicialmente representa; e

□ *Terceiro*, porque, pela constituição de assistente é devido imposto de justiça, nos termos estabelecidos no artigo 152º, A), 1), do Código das Custas Judiciais, e isso foi completamente ignorado no despacho a que vimos fazendo referência.

Esta errónea interpretação dos princípios e das normas de processo aplicáveis acabou dando origem a uma outra ilegalidade, que é a da presença do referido advogado nas diligências de instrução contraditória (fls. 261 e segts. e 270 e segts.), sem que o fizesse em representação de nenhuma das pessoas legalmente autorizadas, nos termos do art. 330º do C. P. Penal.

Tem-se, assim, por inadmissível a nomeação do Dr. N como assistente nos presentes autos.

◆ *Quanto à decisão sobre a prisão preventiva do recorrente após a pronúncia*

– Independentemente da existência ou não de indícios suficientes para fundamentar a pronúncia do réu A – questão sobre a qual nos pronunciaremos mais adiante –, importa por agora analisar as posições assumidas pela defesa e pelo MP no que à prisão preventiva daquele réu diz respeito.

Na minuta do recurso defende-se que “*a prescrição do § 2º do artigo 291º e a do artigo 373º, ambos do C.P.Penal, não contêm um imperativo absoluto, pois um entendimento diferente consistiria em esvaziar de conteúdo os princípios do direito à liberdade e da presunção da inocência, consagrados constitucionalmente (artigo 96º e 98º, n.º 2)*”. Nesta perspectiva, e considerando que o recorrente se encontrava em liberdade no momento da pronúncia, cumprindo escrupulosamente as obrigações que lhe tinham sido impostas pelo juiz da instrução, nada justificava a ordem de recolha à cadeia, para ali aguardar sob prisão preventiva o seu julgamento.

Ao problematizar o carácter absoluto dos comandos normativos constantes das citadas disposições legais, o recorrente assume, “*... como inconstitucional, o regime de incaucionabilidade de determinados crimes*”, por violação do princípio da presunção de inocência do réu, “*pois nunca se poderá dizer em abstracto que a este regime ou àquele corresponde necessariamente a necessidade de prisão preventiva*” (fls. 326). Mas não avança com o pedido de declaração de inconstitucionalidade.

Sendo esta, porém, uma questão que os tribunais podem conhecer *ex officio*, por simples inerência da sua função de controle concreto da constitucionalidade das leis, decorrente do art. 162 da Constituição (v. José Norberto Carrilho, *O Conselho Constitucional: algumas achegas*, artigo publicado no jornal *mediaFAX* de 19 a 23 de Março de 1996), não deixaremos de marcar o nosso posicionamento sobre o problema.

E fazêmo-lo começando por assinalar que, no sistema jurídico-constitucional moçambicano, a prisão preventiva é reconhecida como uma medida de coação de natureza estritamente

Excepcional, não obrigatória e subsidiária. Outra conclusão se não pode extrair do preceituado dos artigos 98 e 101 da Constituição, bem como das disposições subordinadas da legislação comum (v.g. os artigos 286º e 291º do C.P.Penal e o n.º 3 do artigo 9 do Pacto Internacional Dos Direitos Cívicos e Políticos, de 16 de Dezembro de 1966, recebido no direito interno através da Resolução n.º 5/91, de 12 de Dezembro, da Assembleia da República). O próprio preâmbulo do Decreto-Lei n.º 185/72, de 31 de Maio (que consubstanciou a última grande reforma do Código antes da independência e foi tornado extensivo a Moçambique pela Portaria n.º 340/74, de 25 de Maio), admite expressamente que a prisão preventiva “*... representa (...) uma cautela muito gravosa dos direitos individuais, sabendo-se que o arguido não é necessariamente culpado, nem presumido como culpado*”, motivo porque “*... 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*”.

Esta excepcionalidade da prisão antes da condenação definitiva obriga a que o legislador lhe fixe, com o máximo rigor possível, os respectivos pressupostos materiais. É por isso que as citadas disposições do C.P.Penal fazem depender a aplicação da medida da verificação de certas condições, nomeadamente:

i. a existência de razões suficientes para uma fundada presunção de que a pessoa a deter seja agente de um ilícito penal (são os chamados *índices racionais da culpabilidade*, objectivados na ocorrência de flagrante delito ou no facto de estarem reunidos *fortes indícios* de prática do crime e da sua imputação ao agente);

ii. a gravidade da infracção fortemente indiciada (ressalvado o caso de flagrante delito, o crime tem de ser doloso e punível com pena superior a um ano de prisão);

iii. a insuficiência das medidas de liberdade provisória para a realização dos fins que a prisão preventiva se propõe prosseguir (fins de natureza essencialmente processual: garantir a execução da decisão final; assegurar a instrução do processo; e prevenir a continuação e extensão da actividade criminosa).

É no pressuposta da verificação cumulativa destas condições materiais que a prisão pode ser decretada, por decisão exclusiva da autoridade judicial (que, na instrução preparatória, é representada pelo juiz da instrução – cfr. art. 1, nº2, alíneas a) e b) da Lei nº 2/93). Na sua falta, o arguido terá de ficar em liberdade provisória, por termo de identidade e residência ou mediante caução (artigo 270º). E deverá ser solto se, depois de decretada a prisão, se verificar não subsistirem os requisitos que a determinaram (artigo 273º), ou se tiverem decorrido os respectivos prazos legais (artigo 308º e 309º).

Do regime assim exposto, em traços muito largos, resulta que o nosso ordenamento jurídico concebe a prisão preventiva como uma providência cautelar – sem, portanto, o carácter de pena, mas justificada pela necessidade de assegurar a realização dos mencionados fins processuais –, colocando na prudente apreciação do juiz a necessidade da sua utilização e indicando-lhe, com a melhor precisão possível, os pressupostos que deverão condicionar a respectiva decisão.

E porque essa decisão afecta a liberdade individual e a própria vida em sociedade, que são valores fundamentais inerentes à pessoa humana, regime da prisão preventiva tem de aproximar-se do princípio da presunção de inocência do arguido, na medida em que este só admite a limitação da liberdade antes da sentença condenatória com trânsito em julgado, se ela se mostrar socialmente necessária e tiver duração limitada. Se, pelo contrário, a medida for desproporcionada ou de todo irrazoável, não poderá ser tida como cautelar, porque passará a assumir um carácter antecipadamente punitivo, subvertendo o próprio princípio constitucional da presunção da inocência.

São, pois, razões de necessidade, adequação e proporcionalidade – que o julgador deve procurar nas circunstâncias factuais constantes do processo, em cada caso concreto – que justificam a aplicação da medida e a sua manutenção.

Ora bem, se pudermos concluir serem estes os critérios que enformam a imposição da prisão preventiva, tal como decorrem da Constituição e do sistema processual penal, no seu conjunto, teremos, então, de admitir que a regra prescrita no § 2º, alínea a), do artigo 291º do C.P.Penal é com eles incompatível e incoerente. Esta norma, ao estabelecer a incaucionabilidade dos crimes em abstracto puníveis com pena de prisão maior fixa (e, portanto, a imposição legal ordinária da prisão preventiva) retira qualquer possibilidade de recurso a medidas de substituição e, conseqüentemente, impede o juiz de fazer a anteriormente referida indagação das circunstâncias factuais e dos *índices racionais de culpabilidade* do arguido.

Dito de outro modo, a medida excepcional de prisão preventiva deixa, nestes casos, de ser o resultado de uma concreta decisão judicial que previamente ajuizara do receio de fuga, ou do perigo da perturbação da instrução do processo ou, ainda, do receio de perturbação da ordem pública ou de continuação de actividade criminosa por parte do arguido, para se transformar numa consequência automática da imputação, ao mesmo arguido, da prática de um crime abstractamente punível com pena maior fixa. A gravidade da pena passa, assim, a ser o único critério justificativo da prisão preventiva, já não valendo aqui os princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade. De excepcional, não obrigatória e subsidiária, a medida transforma-se em normal, obrigatória e insubstituível.

Creemos que isso é ir demasiado longe, é contrariar o claro sentido das normas constitucionais, que devem sempre prevalecer sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico (art. 206 da Constituição).

Como consequência, julgaríamos a inconstitucionalidade material concreta do preceito da alínea a) do § 2º do artigo 291 do C.P.Penal e recusaríamos a sua observância se tal não se mostrasse prejudicado pela decisão que adiante tomaremos quanto a questão de fundo do recurso.

– Vejamos agora a posição do Ministério Público. No seu parecer, o Exmo. Sr. Procurador-Geral Adjunto argumenta que “*o despacho que colocou o arguido em liberdade provisória constitui caso julgado formal, pelo que só poderá ser alterado ocorrendo modificação dos pressupostos em que assentou*”, o que se não vislumbra no caso dos autos. Por consequência, não deveria ter sido ordenada a prisão do recorrente.

Refere-se o digníssimo magistrado ao despacho das fls. 79v./80, proferido pelo juiz da instrução criminal depois de encerrado o auto de perguntas, o qual, reconhecendo que “*a prova constante dos autos se mostra por ora insuficiente.*”, mandou restituir o réu recorrente à liberdade, por termo de identidade e residência, e impôs-lhe algumas obrigações.

Poderá considerar-se que este despacho estabelece caso julgado formal quanto aos factos de que o réu vinha indiciado?

Estamos em crer que não. O Mmo. Juiz limitou-se a dar cumprimento ao que determina o artigo 263º de C.P.Penal, entendendo que não se justificava a manutenção da prisão. Não tomou qualquer decisão no sentido de que o réu não praticara os factos de que vinha indiciado, ou de que por eles não era responsável ou, ainda, de que a acção penal se extinguiu (cfr. art. 149º).

Admitir que um tal despacho constitui caso julgado seria, a nosso ver, retirar todo o campo de aplicação do art. 273º, que permite a alteração da situação do arguido (sob prisão preventiva ou liberdade provisória), até à formação da culpa, sempre que deixarem de verificar-se ou sobrevierem motivos que legalmente o imponham.

A critica à decisão da Mma. Juíza de Direito terá, assim, de ser formulada noutra base, como veremos adiante, mas não invocando a excepção do caso julgado, que, a nosso ver, se não formou.

♦ Quanto à falta de sustentação do despacho agravado

– A questão é colocada pelo Exmo. Procurador-Geral Adjunto que, apoiando-se nas disposições combinadas dos artigos 649º do C.P.Penal e 744º do C.P.Civil, observa ter sido cometida uma irregularidade, que importa agora sanar, porquanto a falta de sustentação do despacho de pronúncia recorrido ou de reparação do agravo “*determina implicações jurídicas distintas na apreciação e julgamento da matéria dos autos*”.

Não cremos, porém que assim seja.

O mencionado artigo 649º do C.P.Penal determina que os recursos penais sejam interpostos, processados e julgados como os agravos de petição em matéria cível ressalvando, porém, a possibilidade de tal regime ser afastado quando o Código disponha em contrário. Confirma-se, assim, o princípio da aplicação subsidiária das regras do processo civil ao processo penal.

Ora, o recurso às regras do processo civil não deve ser feito de forma automática ou mecânica, pondo em risco a harmonia ou o justo equilíbrio entre a necessidade de aplicação das normas aos casos concretos e os interesses que elas visam salvaguardar. Pelo contrário, é entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência que a

subsidiariedade nas normas do processo civil resultará da ponderação entre as características do caso decidendo e os valores ou interesses tutelados por aquelas normas. Outro não seria o critério – necessariamente não legalista – de interpretar a lei: a interpretação das normas do C.P.Civil só tem sentido *nos casos em que se harmonizem com o processo penal*, havendo que lançar mão dos princípios gerais do processo penal quando não seja possível ou necessária aquela intervenção subsidiária (cfr. art. 1º, § único, do C.P.Penal).

Entende o Ministério Público que, por força do preceituado nos artigos 649º e 744º dos C.P.Penal e Civil, respectivamente, na hipótese de recurso interposto contra o despacho de pronúncia o juiz é obrigado a sustentar o despacho ou a reparar o agravo.

No entanto, o artigo 650º do C.P.Penal, referindo-se expressamente à sentença, fixa um regime diverso do estabelecido por aquelas disposições. Nos recursos interpostos da sentença final em primeira instância é conferida ao julgador *a faculdade* de esclarecer os fundamentos da sua decisão, mas não se lhe impõe qualquer *obrigação*. E, neste caso, porque o poder de cognição se esgotou, proíbe-se a alteração do decidido.

É verdade que, no que respeita ao despacho de pronúncia, a lei parece permitir a reparação do agravo (cfr. artigo 376º do C.P.Penal), se o juiz concordar com os fundamentos do recurso.

Mas não se pode deixar de ter presente que o dever de fundamentação de quaisquer decisões resulta dos princípios gerais do direito e está expressamente enunciado no artigo 158º do C.P.Civil, acarretando a sua falta a nulidade do acto decisório (cfr. artigo 668º, nº1, alínea b) do C.P.Civil). Este preceito vincula o juiz, de forma a proteger o cidadão e comunidade contra decisões arbitrárias, susceptíveis de violar o princípio estruturante do Estado de Direito democrático – o princípio da legalidade (em sentido amplo). Com ele pretende-se assegurar os instrumentos necessários para uma decisão transparente e imparcial dos pleitos e para uma reacção contra eventuais violações daquele princípio.

Por isso se compreende que o artigo 650º não obrigue o juiz a esclarecer os fundamentos da sua decisão, em caso de recurso. Essa é uma faculdade que a lei lhe confere e que só poderá ser entendida como mecanismo para facilitar a reapreciação da causa na instância superior. Pois bem, se a lei assim o diz em relação à sentença, não vemos razões para que a solução seja diversa no caso do despacho de pronúncia. Neste caso, o poder de cognição em primeira instância ainda não se esgotou. Ao arguido estão garantidos todos os meios legais de defesa, incluindo a possibilidade de recorrer de uma eventual decisão condenatória.

Nesta ordem de ideias, entendo que à *ratio* da norma, isto é, aos interesses que o artigo 650º visa proteger, considerando que a liberdade e a segurança dos cidadãos não estão ameaçados e que o interesse público de perseguição penal não deixa de ser salvaguardado, e tendo ainda em conta que não existe norma específica que o impeça, entendemos ser de aplicar o artigo 650º do C.P.Penal, na parte que concede ao juiz a faculdade (e não a obrigação) de esclarecer os fundamentos da sua decisão, aos recursos interpostos do despacho de pronúncia.

Assim sendo, mostra-se desnecessário fazer baixar os autos à primeira instância para obter a sustentação do despacho impugnado, ou a sua reparação, uma vez que de tal faculdade não fez uso a Mma. Juíza quando mandou subir o recurso (v. fls. 336)

♦ Quanto às nulidades cometidas durante a instrução preparatória

– Como se pode observar pela simples leitura dos autos, mais uma vez se verifica, durante a instrução preparatória, a sistemática violação das normas processuais relativas ao primeiro interrogatório de arguido preso e à obrigatoriedade da presença do advogado ou defensor oficioso nesse e nos interrogatórios subsequentes. Pela frequência com estas nulidades têm vindo a ser detectadas nos processos julgados em recurso, em manifesto desrespeito dos mais elementares direitos e garantias constitucionalmente consagrados, não pode este Tribunal, na sua qualidade de mais alto órgão judicial do país e de garante de aplicação uniforme da lei, deixar de censurar a actuação dos instrutores e de apontar os caminhos para um correcto desempenho processual.

Vejamos o processado e as disposições legais ofendidas:

– Os réus foram detidos no dia 26 de Fevereiro de 1999 (fls. 4 e 26). Na mesma data foram pela primeira vez interrogados o H (fls. 17) e o A (fls. 18). Nestes interrogatórios, aparentemente realizados por um inspector da PIC (e dizemos *aparentemente*, porque no primeiro auto nem sequer vem mencionado o nome do inspector, apenas o do agente que o instruiu...), não esteve presente nenhum defensor oficioso nem, no caso do réu A, o necessário intérprete.

No dia 1 de Março – ultrapassado, portanto, o prazo legal de 48 horas para a apresentação dos detidos ao Poder Judicial – foi, pelo agente instrutor, proposta “*a prorrogação da prisão preventiva para cinco dias (...) ao abrigo do artigo 311º do C.P.Penal*”, mas sem mencionar qualquer motivo justificativo. O inspector mandou subir os autos ao magistrado do Ministério Público que, de imediato, autorizou a dita prorrogação (fls. 20).

A partir daí, e nos dias que se seguiram, efectuar-se iam mais uns tantos interrogatórios: pela primeira vez aos réus D (fls. 21) e I (fls. 33), pela segunda vez ao H (fls. 30) e por mais duas vezes ao A (fls. 22 e 42). Nestas diligências, só o A esteve acompanhado do respectivo advogado, além do intérprete. Os restantes réus não contaram com a assistência de defensor oficioso.

Procedeu-se, igualmente, a uma acareação entre os réus D e A (fls. 44) e à audição de cinco declarantes (fls. 34, 37, 63, 64 e 66).

Só depois de realizados todos os actos instrutórios, mais precisamente no dia 5 de Março, os réus foram, finalmente, apresentados ao juiz da instrução criminal para validação das respectivas capturas.

Pois bem, o artigo 311º do C.P.Penal, concretizando o normativo constitucional do artigo 102º, nº 2, estabelece, como regra, a obrigatoriedade da apresentação dos presos sem culpa formada ao juiz da instrução criminal dentro do prazo de quarenta e oito horas após a detenção. Este prazo pode, nos termos do mesmo preceito, ser excepcionalmente dilatado para cinco dias, se o agente do Ministério Público, reconhecendo absoluta necessidade, o autorizar.

Não se trata, como é bom de ver, de uma decisão arbitrária daquele magistrado. Para ser válida e respeitar o espírito e a letra da lei, deve a autorização ser devidamente fundamentada – indicando os motivos da dilação – e concedida antes de expirado o prazo geral de 48 horas, sob pena de ser extemporânea.

Ao ter ignorado uma e outra condição, o despacho das fls. 20 mostra-se, portanto, irregular.

Mais grave foi, todavia, o incumprimento das normas constantes dos artigos 253º e segts. do C.P.Penal, relativas ao primeiro interrogatório de arguido preso. De harmonia com o princípio da Constituição anteriormente citado, e com as normas legais que o regulamentam, é ao juiz da instrução que cabe, em exclusivo, efectuar esse primeiro interrogatório. O agente do MP, e os órgãos de polícia judiciária em quem este tenha delegado, nos termos do artigo 15º e segts do Decreto-Lei n.º 35007, só o poderão fazer, tratando-se de arguido *não preso* (cfr. artigo 265º), ou dos interrogatórios subsequentes, durante a instrução preparatória (cfr. artigo 264º).

Daqui decorre, como consequência, a ilegalidade de todo e qualquer interrogatório a que o preso venha a ser submetido antes da sua apresentação ao juiz da instrução, sem prejuízo do que se acha estabelecido no art. 166º do C.P.Penal. Dito de outro modo, a lei

proíbe a dilatação do prazo para a apresentação ao juiz, se o objectivo fôr o de permitir que o preso seja previamente interrogado por outra autoridade.

Mais ainda: no caso concreto, a ilegalidade dos actos instrutórios constantes de fls. 17, 18, 21, 30 e 33, resulta igualmente de os arguidos não terem sido assistidos por defensor officioso (cfr. artigos 253º e 264º) e – quanto ao de fls. 18 – por intérprete idóneo (cfr. artigo 260º).

A falta de nomeação de intérprete e de defensor officioso ao arguido constituem nulidades processuais relativas, conforme o artigo 98º, n.ºs 3 e 4º, do C.P.Penal, ambas entretanto sanadas, por força do que dispõe os §§ 4º e 5º do mesmo preceito.

– Analisadas a várias questões preliminares que o recurso veio suscitar, passamos de seguida à apreciação do argumento principal do recorrente, segundo a qual – e contrariamente ao decidido pela Mma. Juíza de Direito – os autos não oferecem indícios suficientes para a sua pronúncia como participante no crime de homicídio que vitimou o infeliz L.

Vejamos, então, o que nos mostra a prova indiciária.

– Às primeiras horas da manhã de 26 de Fevereiro de 1999, o réu D foi surpreendido por dois agentes da PRM junto à residência do co-réu A, *maulana* da Mesquita Babus-Salam, sita na Av. Josina Machel desta cidade, na posse de um embrulho contendo uma cabeça humana decepada.

Há duas versões distintas sobre a razão do aparecimento dos polícias no local: eles próprios afirmam que estavam em serviço de patrulha e que decidiram interpelar o D por terem observado com atenção os seus movimentos estranhos e suspeitado do conteúdo do saco que ele lavava nas mãos (fls. 63 e segts. e 212 e segts.); o *muazzin* (encarregado do chamamento dos fieis) O (fls. 37 e segts. e 200 e segts.) e os guardas P (fls. 34 e segts. e 197 e segts.), da mesquita, e Q (fls. 199), de um prédio vizinho, explicam que os agentes foram por eles chamados, a fim de afastarem o D, a quem não conseguiam convencer de que, nem o *maulana*, nem nenhum outro elemento da mesquita estava interessado em fazer qualquer negócio que ele insistia em propor. Esta versão é confirmada pelo próprio arguido a fls. 261 v.

Como quer que seja, ambos os réus acabaram sendo levados sob prisão para a 7ª Esquadra. O trabalho de investigação que se seguiu permitiu descortinar vários factos e reunir elementos indiciadores de que

□ Por mandato do réu D, os co-réus H e I, usando de falsa promessa, conduziram a vítima, L, para um lugar ermo junto ao rio Mulahuze (perto das Zonas Verdes), onde, de surpresa e à traição, a esganaram e lhe puseram termo à vida, decepando-lhe depois a cabeça. Estes factos tiveram lugar na tarde de 25 de Fevereiro de 1999 (v. confissão dos 3 réus; auto de exame directo de fls. 27; relatório técnico de fls. 28; relatório da autopsia de fls. 123 e segts.);

□ Na noite do mesmo dia, cerca das 23 horas, o D dirigiu-se à mesquita Babus-Salam e tentou insistentemente persuadir o respectivo guarda a deixá-lo falar com alguém da direcção, do *tabligh jamat* (grupo de missionários), ou ainda com o *muazzin* ou com o *maulana*. Por ser noite adiantada e por lhe caber a responsabilidade de zelar pela segurança do local, o guarda manteve-se irredutível na recusa de o deixar entrar, sendo certo que as pessoas a contactar se encontravam àquela hora recolhidas nas respectivas casas (v. declarações de P a fls. 34 e do próprio a fls.261v D.);

□ Viu-se, por isso, obrigado a voltar na manhã seguinte para, após o *Salat de Fajr* (oração matinal), encetar os contactos pretendidos. Estes contactos foram feitos com o *muazzin* O, primeiro, e com o *maulana* A, depois, servindo de interprete um tal R. A ambos propôs um negócio, que consistia na venda de um produto ou objecto de que era portador. Como se escusasse a identificar concretamente esse produto ou objecto, obteve como resposta a recusa dos dois interlocutores e o convite para que abandonasse o local com o saco que trazia consigo. Face à sua insistência, que atingiu foros de teimosia, o *muazzin* decidiu então solicitar aos guardas que fossem chamar a polícia, nas circunstâncias anteriormente relatadas (v. declarações do réu A, a fls. 264v., do guarda P a fls. 34 e de S, a fls. 210).

Partindo deste conjunto de factos que a dupla instrução (preparatória e contraditória) permitiu carrear para o processo, a pergunta que inevitavelmente se tem que colocar é esta: haverá elementos indiciários suficientes para pronunciar cada um dos réus?

Relativamente ao D, ao H e ao I, a resposta não apresenta dificuldades e só pode ser afirmativa: trata-se de réus confessos, sendo as confissões acompanhadas de abundante prova real e pericial que as complementam.

Situação totalmente distinta é a que se refere ao réu recorrente. Contra ele, o único elemento probatório recolhido é a versão do D – repetida ao longo do processo com algumas variações –, segundo o qual o crime teria sido encomendado pelo A que, nos últimos sete meses antes da respectiva execução, o vinha pressionando para que lhe fornecesse uma cabeça humana.

Esta versão é, a bem dizer, muito pouco consistente. Primeiro, porque falta explicar o motivo que levaria um sacerdote de uma religião que não inclui nenhum tipo de sacrifício ritual (pelo menos, tendo por objecto o valor vida), a pretender um órgão – ou melhor, toda uma parte do corpo humano – tão vital como a cabeça, sabendo que a sua obtenção implicaria necessariamente a morte de alguém. Segundo, porque encontrando-se o *maulana* há pouco mais de um ano em Moçambique, sem se expressar nem ao de leve em português ou em qualquer língua nacional, e sem outro contacto com a maioria dos crentes que frequentavam a sua mesquita que não fosse nos momentos de oração, não iria, por certo, confiar a um desconhecido a encomenda de tão perigosa “mercadoria”. Finalmente, e em terceiro lugar, porque não se compreende que, depois de tanta pressão e insistência para obter a cabeça, o A viesse e recusar o recebimento da mesma, podendo tê-lo feito sem perigo aparente, uma vez que ninguém mais, a não ser o fornecedor e os executores do crime, sabiam da sua existência.

Mas a fraquíssima credibilidade desta versão cai completamente por terra se tivermos em conta que ela é alimentada por alguém que apresenta no seu cadastro graves antecedentes criminais, tão graves que acabara de sair da cadeia, depois de ter sido julgado por um crime da mesma natureza – homicídio e decapitação de cadáver. E, se é verdade que em tal processo acabou sendo absolvido, não é menos certo que o foi em circunstâncias pouco claras (neste momento em investigação), tanto mais que, a fls. 116 dos presentes autos, não se inibe de confessar o seu envolvimento naqueloutro crime...

Nenhum dos outros réus teve algum contacto com o *maulana* ou sabia ser ele a pessoa que encomendara a cabeça, a troco de cem ou quinhentos milhões de meticais. O D nunca os informara da verdadeira identidade do comprador, referindo-se invariavelmente a este como “patrão” (v. H e I, fls. 76 e segts.).

Muito embora tivesse sido visto algumas vezes na mesquita, participando nos cultos, o D não era pessoa conhecida na comunidade de crentes ou entre os responsáveis. Ninguém se lembra de algum dia o ter visto a conversar com o *maulana* A.

Imputar a alguém um crime tão grave como o de homicídio qualificado e submetê-lo a julgamento com base, unicamente, na versão inverosímil de um co-réu confesso, pluridelinquente e provável reincidente, é abrir caminho a intoleráveis violações da liberdade e ao bom nome de cidadãos inocentes. A melhor doutrina processual penal e a jurisprudência mais avisada ensinam que só podem considerar-se *indícios suficientes*, para efeitos de pronúncia, aqueles elementos de facto trazidos pelos meios probatórios ao processo que permitam, razoavelmente, formar a convicção da culpabilidade do arguido e da sua provável condenação no julgamento. A prova indiciária recolhida contra o recorrente não reúne, nem de longe, estas características. Daí que não reste outra solução senão despronunciá-lo.

– Pelo exposto, dando provimento ao recurso, revogam o despacho recorrido na parte em que pronunciou o recorrente, A, por insuficiência de indícios sobre a sua participação na prática do crime.

Os autos ficam, quanto a este réu, a aguardar a produção de melhor prova, de harmonia com o disposto no artigo 345º do C.P. Penal.

Mantém-se, quanto aos restantes réus, a pronúncia deduzida.

Sem custas.

Maputo, 23 de Fevereiro de 2000

Ass: João Carlos de Almeida Trindade, Luís António Mondlane e Ozias Pondja