

Acórdão nº 2/CC/2019

de 26 Março

Processo nº 09/CC/2018

Fiscalização Concreta da Constitucionalidade

Acordam os Juízes Conselheiros do Conselho Constitucional:

I

Relatório

Veio o Tribunal Judicial do Distrito de Mavago, ao abrigo do disposto nos artigos 214 e 247, nº 1, alínea a) da Constituição da República, conjugado com os artigos 67, alínea a) e 68, ambos da Lei nº 06/2006, de 2 de Agosto, Lei Orgânica do Conselho Constitucional, remeter as sentenças proferidas nos autos de Querela nºs 14/2018 e 15/2018, ao Conselho Constitucional, requerendo a fiscalização concreta da constitucionalidade das normas contidas nos artigos 64,

nº 1, alínea a) e 65, ambos do Código Penal, por contrariarem o disposto no nº 3 do artigo 61 da Constituição da República de Moçambique (CRM).

Em síntese, o Tribunal sustenta a sua decisão de remessa dos autos com base nos fundamentos seguintes:

1. “Nos autos de Querela nº 14/2018 foi o réu Merson da Cruz Zacarias condenado à pena de prisão maior de 05 (cinco) anos e o co-réu Arlindo Issa condenado à pena de prisão maior de 04 (quatro) anos e 01 (um) mês, ambos pelo cometimento em autoria material de um crime de Armas Proibidas, previsto e punível nos termos do nº 1 do artigo 358 do Código Penal, com pena de prisão maior de oito a doze anos, atenuada extraordinariamente, nos termos do artigo 119, alínea a) do Código Penal”.
2. “Nos autos de Querela nº 15/2018 foi o réu Mardade Daniel condenado à pena de prisão maior de 05 (cinco) anos e 01 (um) mês, pelo cometimento em autoria material de um crime de Armas Proibidas, previsto e punível nos termos do nº 1 do artigo 64 do Código Penal, com pena de prisão maior de oito a doze anos, atenuada extraordinariamente, nos termos do artigo 119, alínea a) do Código Penal”.
3. “Os réus Merson da Cruz Zacarias e Mardade Daniel são funcionários do Estado, sendo agentes da Polícia de Protecção de Recursos Naturais e Meio Ambiente, afectos ao Distrito de Mavago”.

4. Nos termos do artigo 64 n° 1, alínea e) do Código Penal, as penas acessórias são “... e) *expulsão*”.
5. De acordo com o artigo 65 do Código Penal, “ *A expulsão do funcionário ou agente do Estado ocorre quando tenha sido condenado à pena de prisão maior por crime contra segurança do Estado, por crime desonroso, por corrupção, desvio de fundos do Estado, ou outro manifestamente incompatível com o exercício de funções na Administração Pública*”.
6. “Os crimes cometidos pelos réus Merson da Cruz Zacarias e Mardade Daniel, enquanto funcionários do Estado, ferem em maior ou menor grau, os deveres mencionados nos artigos 38 e 39, ambos da Lei n° 14/2009, de 17 de Março, Estatuto Geral dos Funcionários do Estado (EGFAE) sendo, portanto, crimes desonrosos e, à partida, incompatíveis com o exercício de funções na Administração Pública”.
7. O Código Penal foi aprovado pela Lei n° 35/2014, de 31 de Dezembro. Do mesmo modo, o EGFAE em vigor à data dos factos, bem como o actual, foram aprovados pelas Leis n°s 14/2009, de 17 de Março, e 10/2017, de 1 de Agosto, respectivamente.
8. O artigo 78 n° 1 do EGFAE em vigor à data dos factos e o artigo 90 n° 1 do actual dispõem que “ *O funcionário ou agente do Estado que não cumpre ou que falte aos seus deveres, abuse das suas funções ou de qualquer forma prejudique a Administração Pública está sujeito a procedimento disciplinar ou à aplicação de sanções disciplinares, sem prejuízo de procedimento criminal ou cível*”.

9. Neste sentido, o legislador consagrou no EGFAE a independência dos processos disciplinar, criminal e cível, quer nos artigos supra citados, quer ainda, e principalmente, no artigo 107 do EGFAE em vigor à data dos factos no artigo 119 do actual, onde se lê: *“A instauração, o curso e o desfecho do processo disciplinar é independente de outros processos criminal ou cível que eventualmente couber ao caso”*.
10. O artigo 81 n° 1, do EGFAE em vigor à data dos factos e o artigo 91 n° 1, do actual elenca sanções disciplinares, incluindo a de expulsão.
11. Nos termos do artigo 82 n° 1, alínea f) em vigor à data dos factos, *a expulsão consiste no afastamento definitivo do infractor do aparelho do Estado, com perda de todos os direitos adquiridos no exercício das suas funções*.
12. *“A expulsão é um acto administrativo punitivo, impugnável judicialmente através do recurso contencioso, nos termos do artigo 253, n° 3 da Constituição da República, conjugado com os artigos 32, 33 e 34 da Lei n° 7/2014, de 28 de Fevereiro, Lei do Processo Administrativo Contencioso”*.
13. A impugnação contenciosa da expulsão é feita na jurisdição administrativa, nos termos dos artigos 132 do EGFAE em vigor à data dos factos e 144 do actual, em conjugação com o artigo 1, n° 1 da Lei Orgânica da Jurisdição Administrativa, Lei n° 24/2013, de 1 de Novembro, alterada e republicada pela Lei n° 7/2015, de 06 de Outubro.

14. A expulsão no Aparelho do Estado é uma sanção disciplinar, entende o Tribunal *a quo* não fazer sentido a sua aplicação no foro criminal.
15. Ademais, “a aplicação de sanção disciplinar a um funcionário ou agente do Estado é apurada em processo disciplinar escrito”, excepto as sanções de advertência e repreensão pública, que podem não depender de processo, nos termos do artigo 99, n.ºs 1 e 2 do EGFAE em vigor à data dos factos, e do artigo 110, n.ºs 1 e 2 do actual EGFAE.
16. A preterição do processo disciplinar põe em causa o exercício do direito de defesa em matéria disciplinar por parte dos réus, direito previsto no artigo 106 do EGFAE em vigor à data dos factos, e no artigo 118 do actual EGFAE, sendo injusta a aplicação da sanção de expulsão nestas condições.
17. Outrossim, dispõe o artigo 61, n.º 3 da Constituição da República que *“Nenhuma pena implica a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos, nem priva o condenado dos seus direitos fundamentais, salvo as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências da respectiva execução”*.
18. “Portanto, para além da independência dos processos criminal, cível e disciplinar, parece haver ofensa do preceito constitucional acima descrito”.
19. Em face da argumentação expendida, entende o Tribunal de Mavago que os artigos 64, n.º 1, alínea e) e 65, ambos do Código Penal, contrariam o

disposto no artigo 61, n° 3 da CRM, sendo necessário apreciar a sua constitucionalidade.

Cumpra apreciar e decidir:

II

Fundamentação

O Conselho Constitucional é a instância competente em razão da matéria para apreciar e decidir a questão de inconstitucionalidade suscitada nos presentes autos, por força do disposto na alínea a) do n° 1 do artigo 243 e da alínea a) do n° 1 do artigo 246, ambos da Constituição da República (CRM).

Os tribunais têm legitimidade para requerer a fiscalização concreta de constitucionalidade que resulta da conjugação das normas contidas no artigo 213 e da alínea a) do n° 1 do artigo 246, ambos da CRM e também do previsto na alínea a) do artigo 67 e do artigo 68, ambos da Lei n° 6/2006, de 2 de Agosto, Lei Orgânica do Conselho Constitucional (LOCC).

Conforme se extrai dos fundamentos da decisão proferida pelo Meritíssimo Juiz do Tribunal Judicial do Distrito de Mavago, o Conselho Constitucional é solicitado para apreciar a conformidade à Constituição das normas contidas na alínea a) do n° 1 do artigo 64 e no artigo 65, ambos do Código Penal, por se entender que põem em causa os Direitos, Liberdades e Garantias Individuais consagrados na Constituição da República, por isso mesmo, inconstitucionais.

Aliás, constitui jurisprudência assente neste Conselho Constitucional que *no controlo por via de incidente a inconstitucionalidade do acto normativo só pode ser invocada no decurso de uma acção submetida à apreciação dos tribunais. A questão da inconstitucionalidade é levantada, por via de incidente, (...) no decurso de um processo comum (cível, penal, administrativo ou outro)*¹.

Para além da verificação dos pressupostos processuais subjectivos, visto que se trata de um processo de fiscalização concreta da constitucionalidade é imperioso que se analise também se estão preenchidos os pressupostos processuais objectivos, isto é, se as normas em causa têm relevância directa e imediata para a decisão da questão principal, objecto do processo em que a questão incidental de inconstitucionalidade é levantada.

Esta verificação preliminar dos pressupostos processuais afigura-se crucial tomando em consideração que, não basta que se questione a constitucionalidade de determinada disposição legal, é imprescindível que a norma cuja constitucionalidade é posta em causa seja relevante para a decisão da causa no caso em concreto.

Neste sentido, é doutrina pacífica segundo a qual, *“Suscitar-se a questão da inconstitucionalidade durante o processo não significa que a inconstitucionalidade possa ser suscitada até à extinção da instância, mas sim que essa invocação pode e deve ser feita no momento em que o Tribunal a quo ainda possa conhecer da questão. Em geral, a questão da inconstitucionalidade deve ser suscitada antes da prolação da sentença (...), o que significa em termos práticos, que a inconstitucionalidade terá de suscitar-se antes de*

¹ Vide Acórdão n.º 7/CC/2014, de 10 de Julho, publicado no BR n.º 65, 1.ª Serie, 2.º Suplemento, de 14 de Agosto.

esgotado o poder jurisdicional do juiz sobre a matéria a que a inconstitucionalidade respeita²”.

Compulsados os autos do processo da fiscalização concreta da constitucionalidade, remetidos a este Conselho Constitucional, nota-se, claramente, que o tribunal *a quo* tomou a iniciativa de suscitar a questão de inconstitucionalidade no presente processo em *lide*, depois da prolação da sentença condenatória dos réus nas penas previstas na pertinente legislação, designadamente nas seguintes penas:

- (i) O Réu Merson da Cruz Zacarias condenado à pena de prisão maior de 05 (cinco) anos pelo cometimento em autoria material de um crime de *Armas Proibidas*, previsto e punível nos termos do nº 1 do artigo 358 do Código Penal, com pena de prisão maior de oito a doze anos, atenuada extraordinariamente, nos termos do artigo 119, alínea a) do Código Penal;
- (ii) E o Réu Mardade Daniel foi condenado à pena de prisão maior de 5 (cinco) anos e 1 (um) mês, pelo cometimento em autoria material de um crime de *Armas Proibidas*, previsto e punível nos termos do nº 1 do artigo 358 do Código Penal, com pena de prisão maior de oito a doze anos, atenuada extraordinariamente, nos termos do artigo 119, alínea a) do Código Penal.

Os co-réus Merson da Cruz Zacarias e Mardade Daniel são funcionários do Estado, sendo agentes da Polícia de Protecção de Recursos Naturais e Meio Ambiente, afectos ao Distrito de Mavago, também, deveriam ser condenados a penas acessórias de expulsão do Aparelho do Estado, previstas no artigo 65 do

² CANOTILHO, JJ GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2003, pg. 986.

Código Penal. Todavia, o juiz da primeira instância decidiu suspender a aplicação das penas em causa por aparentemente considerá-las inconstitucionais. Para o efeito, suscitou a fiscalização da sua constitucionalidade nos presentes autos.

Conforme se extrai da norma constitucional contida na alínea a) do nº 1 do artigo 246 (*Devem ser remetidos obrigatoriamente para o Conselho Constitucional, os acordãos e outras decisões com fundamento na sua inconstitucionalidade (...) quando se recuse a aplicação de qualquer norma com base na sua inconstitucionalidade*), o Tribunal Judicial do Distrito de Mavago deveria ter sustido a marcha processual *in toto*, remetendo a este Conselho Constitucional a fundamentação de recusa, tão-somente referente à matéria de inconstitucionalidade das normas contidas nos artigos 64 nº 1 alínea e) e 65, ambos do Código Penal em vigor em Moçambique.

A obrigatoriedade de suspensão dos autos visa acautelar o efeito útil da decisão deste Conselho Constitucional na matéria referente à aplicação da sanção disciplinar em sede do Processo-Crime, nos termos dos artigos 72 e 73 da LOCC.

Compulsados os autos, verifica-se a folhas 34 que o Meritíssimo Juiz *a quo* já julgou os 2 processos, proferiu as respectivas sentenças sobre o mérito da causa e os visados já estão a cumprir a decisão do tribunal mas apenas aguardam o cumprimento das penas acessórias de expulsão relativamente aos funcionários do Estado Merson da Cruz Zacarias e Mardade Daniel. O que significa que o Tribunal de Mavago remeteu os autos a este Conselho Constitucional depois da

prolação das sentenças. O poder cognitivo do juiz esgotou-se com a proferição das respectivas sentenças dos processos remetidos.

A pena de expulsão dos funcionários visados no Aparelho do Estado como pena acessória nos termos em que está prevista no Código Penal figura como uma consequência directa da aplicação da pena principal aos cidadãos que sejam funcionários públicos, ou seja, o juiz aplicou as penas principais e acessórias, apenas suspendeu a execução desta última com fundamento na suspeita da sua inconstitucionalidade.

Assim, entende este Conselho Constitucional que o juiz, ao suspender apenas a execução da pena acessória de expulsão, depois de proferidas as sentenças sobre as penas principais, com fundamento na inconstitucionalidade, exerceu o seu poder jurisdicional fora dos parâmetros legais, isto é, não agiu de acordo com o preceituado na alínea a), do nº 1 do artigo 246 da Constituição da República.

No caso *sub judice*, a pretensão do tribunal mais não é do que desencadear, perante este Conselho Constitucional, um processo de fiscalização sucessiva abstracta de constitucionalidade com base num incidente de inconstitucionalidade, violando o disposto no nº 2 do artigo 244 da CRM.

Nestes termos, o Conselho Constitucional julga não estar preenchido um dos pressupostos processuais objectivos, requisito para este órgão apreciar o pedido de fiscalização concreta da constitucionalidade das normas postas em crise.

III

Decisão

Em face do exposto, o Conselho Constitucional decide não conhecer do pedido de fiscalização concreta da constitucionalidade das normas constantes dos artigos 64, nº 1, alínea e) e 65, ambos do Código Penal.

Notifique e publique-se.

Dê-se cumprimento ao disposto no artigo 75 da LOCC.

Maputo, aos 26 de Março de 2019

Hermenegildo Maria Cepeda Gamito, Mateus da Cecília Feniassa Saize, Lúcia da Luz Ribeiro, Manuel Henrique Franque, Domingos Hermínio Cintura