



BOLETIM DA REPÚBLICA

PUBLICAÇÃO OFICIAL DA REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE

IMPRESA NACIONAL DE MOÇAMBIQUE, E. P.

AVISO

A matéria a publicar no «Boletim da República» deve ser remetida em cópia devidamente autenticada, uma por cada assunto, donde conste, além das indicações necessárias para esse efeito, o averbamento seguinte, assinado e autenticado: **Para publicação no «Boletim da República».**

SUMÁRIO

Conselho Constitucional:

Acórdão n.º 7/CC/2017:

Atinente a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1 da Lei n.º 8/91, de 18 de Julho – Lei que regula o direito à livre associação, requerido pelo Provedor de Justiça.

Acórdão n.º 8/CC/2017:

Atinente ao pedido de declaração de inconstitucionalidade da norma constante do n.º 3 do artigo 34 da Lei n.º 29/2009, de 29 de Setembro – Lei sobre violência doméstica praticada contra a mulher, remetido pela Secção Criminal do Tribunal Supremo.

CONSELHO CONSTITUCIONAL

Acórdão n.º 7/CC/2017

de 31 de Outubro

Processo n.º 02/CC/2017

(Processo de Fiscalização Sucessiva abstracta de Constitucionalidade)

Acordam os Juízes Conselheiros do Conselho Constitucional:

I

Relatório

O Provedor de Justiça requereu, ao abrigo do disposto nos artigos 245, n.º 2, alínea *f*) da Constituição da República de Moçambique (CRM), 15, n.º 1, alínea *d*) da Lei n.º 7/2006, de 16 de Agosto, Lei Orgânica da Provedoria de Justiça, a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1 da Lei n.º 8/91, de 18 de Julho – Lei que regula o direito à livre associação, nos termos e fundamentos que a seguir se sintetizam:

1. Da inconstitucionalidade do artigo 1 da Lei n.º 8/91, de 18 de Julho.

1.1. Inconstitucionalidade formal

Entende o Provedor de Justiça, adiante designado apenas por Requerente, que o legislador constitucional consagra no quadro dos Direitos, Liberdades e Garantias Fundamentais, o direito e a liberdade de associação instituindo como únicas excepções as que constam no n.º 3 do artigo 52 da CRM que diz “*São proibidas as associações armadas de tipo militar ou paramilitar e as que promovam a violência, o racismo, a xenofobia ou que prossigam fins contrários à lei*”;

A Lei n.º 8/91, de 18 de Julho, Lei que regula o direito à livre associação, criou outro tipo de excepções em que assenta a ordem moral, económica e social do país e não ofendam direitos de terceiros ou do bem público, portanto, diferentes daquelas que o legislador constitucional consagrou;

Tendo em atenção a questão de sucessão de normas jurídicas no tempo, o artigo 1 da Lei n.º 8/91, de 18 de Julho, é supervenientemente inconstitucional no plano formal porque o legislador constituinte de 2004, ao avocar para si a competência para regular com dignidade constitucional matérias de Direitos, Liberdades e Garantias, tais como o direito e a liberdade de associação, retirou ao legislador ordinário a competência ou legitimidade formal para o fazer;

E mais, mesmo considerando o estatuído no artigo 305 da CRM, segundo o qual “*A legislação anterior, no que não for contrária à Constituição, mantém-se em vigor até que seja modificada ou revogada*”, o artigo 1 da Lei n.º 8/91, de 18 de Julho, deve haver-se como revogado, por inconstitucionalidade formal superveniente.

1.2. Inconstitucionalidade material

Entende o Requerente que o legislador constitucional definiu os princípios em que assentam a ordem económica e social (...), mas não fê-lo em relação a ordem moral. Assim, o legislador ordinário afere os fins de uma associação face aos princípios que define, mas o mesmo não se pode fazer em relação aos princípios que não define. Aliás, seria uma evidente violação aos princípios de certeza e segurança jurídica inerentes a um Estado de Direito;

Questiona o Requerente que “*Se nem a Declaração Universal dos Direitos do Homem, nem a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos nem a CRM definem a ordem moral (sempre com exclusão da outra), pode o legislador ordinário trazer à colação essa ordem moral para aferir o direito e a liberdade de associação*”? Sendo que, quanto as ordens económica e social os três instrumentos jurídicos referidos são inequívocos na opção por sistemas muito claros, à luz dos quais tal aferição é possível;

Nesta senda, afirma o Requerente que as limitações do direito à liberdade de associação definidas na Lei n.º 8/91, de 18 de Julho, teriam ainda de ser cotejadas com outros princípios constitucionais assumidos, tais como o direito à integridade moral individual (artigo 4.º), o direito à total igualdade perante a

lei (artigo 3.º) ou ainda o direito ao gozo dos direitos e liberdades reconhecidos e garantidos (artigo 2.º), todos da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos que a CRM elegeu como medidas de interpretação dos direitos fundamentais (artigo 43);

Em conclusão parcial o Requerente afirma que “*é vedado ao legislador ordinário, fazer prevalecer um valor colectivo sempre subjectivo e in casu não definido na lei (a tal ordem moral) sobre um direito individual expressamente previsto e reconhecido na lei – o direito à integridade moral individual (que exclui sempre a atribuição de qualquer valor acrescido a qualquer moral colectiva não determinada) reconhecido pelo artigo 40 da Constituição, (ex vi o artigo 4.º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, aplicável por força do artigo 43 da Constituição)*”;

Mais, entende o Requerente que o artigo 1 da Lei n.º 8/91, de 18 de Julho, viola o princípio constitucional de não discriminação que resulta do artigo 44 da CRM, segundo o qual “*Todo o cidadão tem o dever de respeitar e considerar os seus semelhantes, sem discriminação de qualquer espécie e de manter com eles relações que permitam promover, salvaguardar e reforçar o respeito, a tolerância recíproca e a solidariedade*”.

Em conclusão considera o Provedor de Justiça o seguinte:

- a) o artigo 1 da Lei n.º 8/91, de 18 de Julho é, supervenientemente inconstitucional no plano formal, por regular matéria que é da exclusiva competência do legislador constitucional, pelo menos a partir de 2004, ou está, pelo menos, revogado, por inconstitucionalidade formal superveniente, ao abrigo do disposto no artigo 305 da CRM;
- b) o artigo 1 da Lei n.º 8/91, de 18 de Julho, seria ainda materialmente inconstitucional, ao apontar para os princípios constitucionais em que assenta a ordem moral, económica e social do país, quando o texto constitucional não define os primeiros (nem poderia fazê-lo) violando, assim, o princípio da igualdade previsto no artigo 35 da CRM e os fundamentos do Estado de Direito. É ainda, materialmente inconstitucional por violação do princípio de não discriminação consagrado no artigo 44 da Constituição.

A terminar, o Provedor de Justiça requer ao Conselho Constitucional “*a declaração de inconstitucionalidade formal e material do artigo 1 da Lei n.º 8/91, de 18 de Julho, dado contrariar a norma do artigo 52 da Constituição da República de Moçambique, conjugada com as normas dos artigos 305, 44 e 35, todos do mesmo diploma legal*”.

Registado, autuado e concluso, o pedido foi admitido como processo de fiscalização sucessiva abstracta de constitucionalidade por Despacho do Venerando Juiz Presidente do Conselho Constitucional, em 22 de Maio de 2017 (fls. 26 dos autos).

No mesmo Despacho, o Venerando Juiz Presidente do Conselho Constitucional, ordenou que do pedido fosse notificada a Assembleia da República, na pessoa de Sua Excelência a Senhora Presidente da Assembleia da República, adiante também tratada indistintamente por Autora da norma, para, querendo, sobre ele se pronunciar no prazo de quarenta e cinco dias, nos termos do disposto no artigo 51 da Lei Orgânica do Conselho Constitucional (LOCC), na nova redacção dada pela Lei n.º 5/2008, de 9 de Julho.

A Assembleia da República, na qualidade de Autora da norma sindicada, veio através do Ofício n.º 130/GPAR/2017 remeter a este Conselho Constitucional o seu pronunciamento constituído pelo Parecer da Comissão dos Assuntos Constitucionais,

Direitos Humanos e de Legalidade, sufragando na íntegra o teor do documento em alusão (docs. de fls. 32 a 42 dos autos), cujos fundamentos são, em resumo, os seguintes:

A Assembleia da República considera que o pedido de declaração da inconstitucionalidade do artigo 1 da Lei n.º 8/91, de 18 de Julho, é procedente pelas razões que se apresentam:

- a) “*Está inquinado por uma inconstitucionalidade material superveniente, pois a Constituição da República de 2004, não define princípios constitucionais em que assenta a ordem moral*”;
- b) O n.º 1 do artigo 56 da CRM estabelece que “*Os direitos e liberdades individuais são directamente aplicáveis, vinculam as entidades públicas e privadas, são garantidos pelo Estado e devem ser exercidos no quadro da Constituição e das leis*”;
- c) Dispõe o n.º 2 do artigo citado que “*O exercício dos direitos e liberdades pode ser limitado em razão da salvaguarda de outros direitos ou interesses protegidos pela Constituição*”;
- d) Preceitua o n.º 3 do mesmo artigo que “*A lei só pode limitar os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição*”.

Conclui a Autora da norma que “*As limitações ao exercício da liberdade de associação já estão expressamente estabelecidas pelo n.º 3 do artigo 52 da Constituição da República*”.

Em observância ao disposto no n.º 1 do artigo 63 da LOCC, foi elaborado o Memorando (fls. 44-51 dos autos). Seguidamente, o Conselho Constitucional fixou a orientação nos termos do n.º 2 do artigo supra citado.

II

Fundamentação

Relatados os fundamentos de facto e de direito expendidos tanto pelo Órgão solicitante, o Provedor de Justiça, como pelo Órgão Autor da norma impugnada, a Assembleia da República, cumpre verificar, no caso concreto, se estão preenchidos os pressupostos processuais da fiscalização sucessiva abstracta de constitucionalidade.

O Provedor de Justiça tem legitimidade processual activa para solicitar ao Conselho Constitucional a apreciação e declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade de normas, ao abrigo do disposto no artigo 245, n.º 2, alínea f), da Constituição da República de Moçambique (CRM).

O Conselho Constitucional é o Órgão competente para apreciar e decidir sobre a questão de inconstitucionalidade suscitada nos presentes autos, ao abrigo do disposto nos artigos 244, n.º 1, alínea a), e 245, n.º 1, ambos da Constituição da República.

Constitui objecto do pedido de declaração de inconstitucionalidade a norma contida no artigo 1 da Lei n.º 8/91, de 18 de Julho e a sua conformidade com o n.º 3 do artigo 53, conjugado com os artigos 35, 44 e 305, todos da Constituição da República.

Não existem nulidades processuais, excepções ou questões prévias que obstem ao conhecimento de mérito do pedido.

Assim, fica assente que, no presente processo, estão reunidos os pressupostos processuais, pelo que cumpre apreciar e decidir sobre a questão de inconstitucionalidade suscitada.

Apreciação do mérito do pedido

De acordo com os argumentos aduzidos no presente processo de fiscalização sucessiva de constitucionalidade, pelo Provedor

de Justiça, bem como pela Assembleia da República, as questões que este Conselho Constitucional deve apreciar e decidir são, em resumo, as seguintes:

- a) o artigo 1 da Lei n.º 8/91, de 18 de Julho, padece de inconstitucionalidade formal superveniente por contrariar o n.º 3 do artigo 53 da CRM, ou seja, por regular matéria que é da exclusiva competência do legislador constituinte, pelo menos a partir de 2004?
- b) O artigo 1 da Lei n.º 8/91, de 18 de Julho, está, pelo menos, revogado por inconstitucionalidade formal superveniente ao abrigo do disposto no artigo 305 da CRM?
- c) O artigo 1 da Lei n.º 8/91, de 18 de Julho, é materialmente inconstitucional por apontar para os princípios constitucionais em que assenta a ordem moral, económica e social do país, quando o texto constitucional não o faz, violando, assim, o princípio da igualdade previsto no artigo 35 da CRM e os fundamentos do Estado de Direito?
- d) É ainda, materialmente inconstitucional por violação do princípio de não discriminação consagrado no artigo 44 da Constituição?

Com vista a facilitar a apreciação das disposições legais cuja verificação da constitucionalidade é solicitada a este Conselho, passa-se a transcrever o teor das normas invocadas:

Constituição da República de Moçambique

TÍTULO III

Direitos, deveres e liberdades fundamentais

CAPÍTULO I

Princípios gerais

Artigo 35

(Princípio da Universalidade e Igualdade)

Todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, independentemente da cor, raça, sexo, origem étnica, lugar de nascimento, religião, grau de instrução, posição social, estado civil dos pais, profissão ou opção política.

Artigo 44

(Deveres para com os seus semelhantes)

Todo o cidadão tem o dever de respeitar e considerar os seus semelhantes, sem discriminação de qualquer espécie e de manter com eles relações que permitam promover, salvaguardar e reforçar o respeito, a tolerância recíproca e a solidariedade.

CAPÍTULO II

Direitos, deveres e liberdades

Artigo 53

(Liberdade de associação)

1. (...).
2. (...).
3. São proibidas as associações armadas de tipo militar ou paramilitar e as que promovam a violência, racismo, a xenofobia ou que prossigam fins contrários à lei.

Lei n.º 8/91

De 18 de Julho

Artigo 1

(Princípio Geral)

Poderão constituir-se associações de natureza não lucrativa cujo fim esteja conforme os princípios constitucionais em que assenta a ordem moral, económica e social do país e não ofendam direitos de terceiros ou do bem público.

Passemos agora a abordar cada uma das questões atrás colocadas:

a) Quanto à questão de inconstitucionalidade formal superveniente do artigo 1 da Lei n.º 8/91, de 18 de Julho.

É entendimento do Requerente que o artigo 1 da Lei n.º 8/91, de 18 de Julho, Lei que regula o direito à livre associação, criou um tipo de excepções “em que assenta a ordem moral, económica e social do país e não ofendam direitos de terceiros ou do bem público”, portanto, diferente daquele que o legislador constituinte de 2004 consagrou no n.º 3 do artigo 52 da CRM.

Considera o Requerente que o legislador constituinte ao avocar para si a competência para regular com dignidade constitucional matérias de Direitos, Liberdades e Garantias, tais como o direito e a liberdade de associação, retirou ao legislador ordinário a competência ou legitimidade formal para o fazer;

Nessa medida, conclui parcialmente o Requerente que tendo em conta a questão de sucessão temporal de normas jurídicas o artigo 1 da Lei n.º 8/91, de 18 de Julho, é supervenientemente inconstitucional no plano formal.

Para uma correcta análise da questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 1 da Lei n.º 8/91, de 18 de Julho, importa que se recorra a alguns antecedentes histórico – constitucionais, concretamente a Constituição de 1990 que previa, no **TÍTULO II (DIREITOS, DEVERES E LIBERDADES FUNDAMENTAIS)**, no **CAPÍTULO II (DIREITOS, DEVERES E LIBERDADES)** e no seu artigo 76 dispunha o seguinte:

Artigo 76

1. Os cidadãos gozam da liberdade de associação.
2. As organizações sociais e as associações têm o direito de prosseguir os seus fins, criar instituições destinadas a alcançar os seus objectivos específicos e possuir património para realização das suas actividades, nos termos da lei.

Na verdade, o legislador constituinte de 1990, atribuía ao legislador ordinário as competências para regular através de lei a matéria sobre o direito a liberdade de associação (n.º 2 do artigo 76), aliás, o que veio a concretizar-se com a Lei n.º 8/91, de 18 de Julho.

Posteriormente, na revisão constitucional de 2004, o legislador constituinte manteve os conteúdos previstos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 76, porém, introduziu uma nova disposição que agora passou a ser o n.º 3 do artigo 52 da Constituição da República, onde se prevêem excepções nos seguintes termos:

3. “São proibidas as associações armadas de tipo militar ou paramilitar e as que promovam a violência, o racismo, a xenofobia ou que prossigam fins contrários à lei”.

Note-se que, de acordo com os argumentos apresentados pelo Requerente o que de facto suscita dúvidas é a conformidade ou validade do conteúdo prescrito no artigo 1 da Lei n.º 8/91, de 18 de Julho, em face do que dispõe o n.º 3 do artigo 52 da Constituição da República.

Assim, é entendimento deste Conselho Constitucional que a questão suscitada pelo Requerente se circunscreve ao problema da subsunção do princípio da constitucionalidade

e da supremacia da Constituição, um dos princípios estruturantes do Estado de Direito Democrático, conforme dispõem os n.ºs 2 e 3 do artigo 2 e artigo 3, ambos da Constituição da República.

Do referido princípio extraem-se dois comandos normativos importantes para o caso em análise, por um lado, o princípio da vinculação do legislador ordinário à Constituição e, por outro, o princípio da supremacia da Constituição.

A doutrina constitucional tem defendido que o princípio da vinculação do legislador ordinário à Constituição dita a obrigatoriedade de que os actos legislativos devem pertencer a um órgão legalmente habilitado para o efeito, terem determinada forma e obedecer certo procedimento.

A mesma linha de orientação defende que o princípio da supremacia da Constituição ou da reserva da Constituição pressupõe que determinadas matérias essencialmente relativas ao estatuto jurídico do político não devem ser tratadas pelo legislador ordinário, mas sim pela Constituição.

Aliás, recorrendo ao Direito comparado, ensina o Prof. Gomes Canotilho que “A reserva de constituição caracteriza-se sobretudo através de dois princípios: o princípio da tipicidade constitucional de competências e o princípio da constitucionalidade de restrições a direitos, liberdades e garantias”¹.

Segundo o citado Prof., o princípio da tipicidade constitucional de competências pressupõe que “todas as funções e competências dos órgãos constitucionais do poder político devem ter fundamento na constituição e reconduzir-se às normas constitucionais de competência”².

Nesse sentido, escreve o Prof. que “O princípio fundamental do estado de direito democrático não é o de que o que a constituição não proíbe é permitido (...), mas sim o de que os órgãos do estado só têm competência para fazer aquilo que a constituição lhes permite”³.

E mais, considera o Prof. Canotilho que “No âmbito dos direitos, liberdades e garantias, a reserva de constituição significa deverem as restrições destes direitos ser feitas directamente pela constituição ou através de lei, mediante autorização constitucional expressa e nos casos previstos pela constituição”⁴.

Acresce a estes argumentos o facto do legislador constituinte de 2004 ter acolhido a doutrina supracitada ao consagrar no n.º 3 do artigo 56 que “A lei só pode limitar os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição”.

A análise feita demonstra, em termos substanciais, que foi com base nesse espírito legislativo que a Assembleia da República aprovou as limitações ao exercício do direito à liberdade de associação estabelecidas no n.º 3 do artigo 52 da Constituição da República.

Perante os factos arrolados no presente processo, o legislador constituinte de 1990, atribuíra competência ao legislador ordinário para regular o direito à liberdade de associação, diferentemente do que aconteceu na revisão constitucional de 2004, dúvidas não podem subsistir de que se trata de um processo de avocação de competências pelo legislador constituinte, facto que retira a legitimidade jurídica ao legislador ordinário para regular sobre a matéria.

Nestes termos, o Conselho Constitucional julga que o conteúdo da norma do artigo 1 da Lei n.º 8/91, de 18 de Julho, padece de inconstitucionalidade formal superveniente, porque a matéria sobre direitos e liberdade de associação passou a ser da exclusiva competência do legislador constituinte a partir de 2004.

b) Quanto à inconstitucionalidade formal e superveniente do artigo 1 da Lei n.º 8/91, de 18 de Julho, por ter sido revogado pelo artigo 305 da CRM.

O Requerente alega que mesmo considerando o teor do artigo 305 da Constituição da República, segundo o qual “A legislação anterior, no que não for contrária à Constituição, mantém-se em vigor até que seja modificada ou revogada”, o artigo 1 da Lei n.º 8/91, de 18 de Julho, deve haver-se como revogado, por inconstitucionalidade formal superveniente.

A questão que interessa esclarecer no caso *sub judice* é se, o comando normativo contido no artigo 1 da Lei n.º 8/91, de 18 de Julho, deixou de vigorar no ordenamento jurídico moçambicano com a aprovação da Constituição da República de 2004.

A resposta a esta questão é positiva na medida em que o artigo 305 da Constituição deve ser interpretado no sentido de que com a entrada em vigor da nova Constituição, deixou de produzir efeitos a legislação anterior nos aspectos que se mostrarem contrários àquela Constituição.

A este respeito, ficou claro no presente Acórdão que a disposição legal em lide é desconforme com a nova Constituição, por enfermar de inconstitucionalidade formal superveniente. Portanto, foi o efeito de superveniência que determinou a cessação da vigência da norma posta em causa por caducidade e, conseqüentemente, caiu na alçada do artigo 305 da Constituição da República.

Do mesmo modo, defende o Prof. Jorge Miranda que “A subsistência de quaisquer normas ordinárias anteriores à nova Constituição depende de um único requisito: que não sejam desconformes com ela” (nosso sublinhado)⁵.

Conclui o mesmo Prof. que “A inconstitucionalidade superveniente exprime uma valoração negativa da ordem jurídica, moldada por novos princípios ou regras constitucionais, relativamente à lei anterior. É essa valoração que determina a cessação da vigência da lei, e determina-a por caducidade e não por revogação, pois que, em face da sua desconformidade com a Constituição, doravante a lei deixa de ter uma condição intrínseca de subsistência, independentemente de qualquer acto de vontade especificamente dirigido à sua eliminação”⁶.

Com efeito, este Conselho Constitucional, no seu Acórdão n.º 04/CC/2007, de 16 de Agosto, acolheu favoravelmente a doutrina citada e na esteira da sua jurisprudência entende que a norma em sindicância cessou a sua vigência por caducidade e não por revogação⁷.

Neste contexto, considera o Conselho Constitucional que o artigo 1 da Lei n.º 8/91, de 18 de Julho, não precisou de ser revogado, cessou a sua vigência por caducidade ao ser desconforme com a Constituição de 2004.

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7.ª Edição (Reimpressão pag. 247, 1997.

² Ob. cit, pg. 247 e ss.

³ Ob. cit, pag. 247 e ss

⁴ *Ibidem*

Miranda, Jorge, Manuel de Direito Constitucional, Coimbra Editora, 6.ª Edição, Tomo II, pgs. 329 e 330, 2007

⁶ Miranda, Jorge, Ob.cit. pag. 338

⁷ publicado no *Boletim da República* n.º 35, I Série, 4.º Suplemento, de 31 de Agosto de 2007.

c) Quanto à inconstitucionalidade material do artigo 1 da Lei n.º 8/91, de 18 de Julho, por violação do disposto no artigo 35 da CRM.

Alega o Requerente que o artigo 1 da Lei n.º 8/91, de 18 de Julho, é materialmente inconstitucional por consagrar novos princípios constitucionais em que assenta a ordem moral, económica e social do país, quando o texto constitucional não o faz, violando, assim, o princípio da igualdade previsto no artigo 35 da Constituição da República e os fundamentos do Estado de Direito.

No que concerne a esta alegação do Requerente, importa esclarecer que na sistemática da Constituição, tanto o princípio da igualdade como os fundamentos do Estado de Direito, são disposições que se localizam no TÍTULO III, concretamente nos Direitos, deveres e liberdades fundamentais, facto que pressupõe uma análise profunda da relação entre a norma posta em crise e o quadro global do sistema de direitos fundamentais consagrados na Constituição.

O princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do regime dos direitos fundamentais que comporta duas dimensões essenciais, nomeadamente:

- a) igualdade na aplicação do direito, no sentido de que todos são iguais perante a lei;
- b) igualdade quanto à criação do direito, que se resume na exigência de igualdade material através da lei.

Assim, para melhor compreensão da questão em análise, é importante ter em conta o princípio geral estabelecido no n.º 2 do artigo 56 da Constituição, segundo o qual “*O exercício dos direitos e liberdades pode ser limitado em razão da salvaguarda de outros direitos ou interesses protegidos pela Constituição*”. Como é fácil de verificar, ainda se reafirma o princípio da supremacia ou da reserva da Constituição.

A partir da disposição constitucional supra é irrecusável afirmar que o legislador constituinte de 2004 afastou a possibilidade de o exercício de direitos e liberdades poder ser limitado por uma lei ordinária, o que vale dizer que aquela matéria passou à reserva da Constituição, em homenagem ao princípio da constitucionalidade de restrições a direitos, liberdades e garantias.

Esse mesmo sentido se alcança no n.º 3 do artigo 56 da Constituição ao estabelecer que “*A lei só pode limitar os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição*”.

Daqui resulta claro que a Constituição da República de 2004 não só afastou a possibilidade de iniciativa de lei ordinária na matéria de direitos, liberdades e garantias, como também, não a permite criar outras restrições, no caso, *de princípios constitucionais em que assenta a ordem moral*.

Sobre o princípio da igualdade, o Conselho Constitucional em jurisprudência recorrente, tem defendido que “*o princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei, consagrado no artigo 35 da Constituição, impõe ao legislador o tratamento igual de situações iguais e tratamento diferente de situações diferentes, proibindo, assim, que a lei estabeleça discriminações arbitrárias, ou seja, destituídas de qualquer fundamento objectivo*”⁸.

Desta forma, o Conselho Constitucional julga procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade material superveniente do artigo 1 da Lei n.º 8/91, de 18 de Julho, por violação do artigo 35 da Constituição da República.

d) Quanto à inconstitucionalidade material do artigo 1 da Lei n.º 8/91, de 18 de Julho, por violação do disposto no artigo 44 da CRM

Em relação a esta alegação, é necessário ter em conta o que dispõe o n.º 1 do artigo 56 da Constituição da República que prescreve nos seguintes termos “*Os direitos e liberdades individuais são directamente aplicáveis, vinculam as entidades públicas e privadas, são garantidos pelo Estado e devem ser exercidos no quadro da Constituição e das leis*”.

De acordo com os argumentos atrás expendidos sobre a sistemática da Constituição, é de referir que o artigo 44 da Constituição, sobre *(Deveres para com os seus semelhantes)*, também se localiza no TÍTULO III, ou seja, no quadro dos Direitos, deveres e liberdades fundamentais, valendo para o efeito as observações anteriormente feitas sobre o tratamento dos direitos fundamentais.

A aludida disposição constitucional consagra na plenitude o princípio de não discriminação, próprio dos direitos fundamentais e uma das vertentes do princípio da igualdade.

Segundo Gomes Canotilho, o princípio de não discriminação visa “*assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais*”⁹. Adiante, considera o Prof. Canotilho que o princípio de não discriminação abrange todos os direitos, por isso, este princípio é largamente aplicado.

Aponta o autor citado vários exemplos da aplicação do princípio de não discriminação tais como, no quadro dos direitos, liberdades e garantias (proibição de não discriminação por causa da religião); nos direitos de participação política (direito de acesso à cargos públicos), nos direitos dos trabalhadores (direito ao emprego e formação profissional) e outros.

Em conclusão, o Conselho Constitucional considera que o artigo 1 da Lei n.º 8/91, de 18 de Julho, enferma de inconstitucionalidade material por violação do princípio de não discriminação previsto no artigo 44 da Constituição da República.

III

Decisão

Em face do exposto, o Conselho Constitucional decide:

Declarar a inconstitucionalidade material e formal superveniente da norma contida no artigo 1 da Lei n.º 8/91, de 18 de Julho, por contrariar o disposto nos artigos 35, 44 e 52, n.º 3, todos da Constituição da República, por força do artigo 305 da mesma Lei Fundamental.

Registe, notifique e publique-se.

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

Maputo, 31 de Outubro de 2017

Hermenegildo Maria Cepeda Gamito; Domingos Hermínio Cintura; Lúcia da Luz Ribeiro; Manuel Henrique Franque; Mateus da Cecília Feniassa Saize; Ozias Pondja.

⁸ Acórdão n.º 27/CC/2009, de 13 de Novembro e Acórdão n.º 1/CC/2013, de Março.

⁹ Ob. cit. Pg. 409 e 410.

Acórdão n.º 8/CC/2017**de 6 de Novembro**

Proc. n.º 10/CC/2017

Fiscalização concreta da constitucionalidade

Acordam os Juízes Conselheiros do Conselho Constitucional:

I**Relatório**

A Secção Criminal do TRIBUNAL SUPREMO remeteu a este Conselho Constitucional cópia do processo de *Habeas Corpus* n.º 95/17, em que é requerente Rofino Felisberto Licuco, para efeitos das disposições conjugadas dos artigos 214 e da alínea a) do n.º 1 do artigo 247, ambos da Constituição da República de Moçambique, e ainda do artigo 68 da Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto, Lei Orgânica do Conselho Constitucional, solicitando a declaração de inconstitucionalidade da norma constante do n.º 3 do artigo 34 da Lei n.º 29/2009, de 29 de Setembro, que tem como objecto a violência praticada contra a mulher, no âmbito das relações domésticas e familiares e de que não resulte a sua morte, cujos fundamentos a seguir se resumem:

- A questão decidenda emerge do despacho lavrado pela Meritíssima Juíza do Tribunal Judicial do Distrito Urbano Ka Mfumo, cuja motivação assenta na execução de uma sentença antes do trânsito em julgado, tido por inconstitucional ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 34 da Lei n.º 29/2009, de 29 de Setembro;
- No Tribunal Judicial acima citado correm termos autos de querela em que o acusado Rofino Felisberto Licuco foi condenado na pena de 3 anos e 4 meses de prisão maior e 6 meses de multa à taxa diária de 157,60 meticais;
- A referida pena de prisão foi suspensa na sua execução condicionada ao pagamento da quantia de 200.579.919,33 mt (duzentos milhões quinhentos setenta e nove mil novecentos dezanove meticais e trinta e três centavos), arbitrada pela Meritíssima Juíza a título de indemnização à vítima, no prazo de 30 dias, conforme estabelecido no n.º 4 do artigo 98 do Código Penal;
- Inconformado com a decisão assim proferida, o arguido interpôs recurso para o Tribunal Judicial da Cidade de Maputo, tendo o mesmo sido admitido com efeitos meramente devolutivos, fundando a sua decisão na disposição contida no n.º 3 do artigo 34 da Lei n.º 29/2009, de 29 de Setembro;
- Decorridos os 30 dias sem que o arguido tivesse depositado o valor arbitrado nos termos do n.º 4 do artigo 98 do Código Penal, o tribunal executou a sentença na parte relativa à prisão;
- No n.º 3 do artigo 34 da Lei n.º 29/2009, de 29 de Setembro, que fixa os efeitos devolutivos do recurso, suscita-se a dissonância da norma nele contida com o n.º 2 do artigo 59 da Constituição, que estabelece o princípio da presunção da inocência;
- No campo das garantias constitucionais, o n.º 2 do artigo 59 da Constituição dispõe que os arguidos gozam da presunção de inocência até decisão judicial definitiva;
- Trata-se de uma presunção que se inscreve na pauta das garantias fundamentais do processo penal, destinada ao arguido, visando a sua protecção da eventual aplicação antecipada da sanção antes do trânsito em julgado da decisão judicial;
- O n.º 2 do artigo 59 da Constituição inspira-se na alínea b) n.º 1 do artigo 7 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, ratificada por Moçambique através da Resolução n.º 9/88, de 25 de Agosto, que estabelece o princípio da presunção de inocência do arguido até que a culpabilidade esteja estabelecida por um tribunal competente, e do artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, que determina que toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente, até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas;
- Decorrendo que uma decisão judicial só é definitiva e executória quando sobre ela não esteja pendente nenhum recurso e que a mesma tenha transitado em julgado;
- Todavia, na Lei n.º 29/2009, de 29 de Setembro, por opção expressa do legislador, no que concerne ao regime de subida do recurso interposto sobre a decisão condenatória, atribui efeito meramente devolutivo, tornando-a exequível independentemente do seu trânsito em julgado, como se colhe do n.º 3 do artigo 34;
- Vale notar que o n.º 3 do artigo 34 da Lei n.º 29/2009, de 29 de Setembro, por não ter sido declarada inconstitucional, continua a ter o amparo legal, tornando-se prematuro invocar a inexistência de facto pelo qual a lei não admite, que serviu de pedra angular da providência requerida;
- Entendemos nós que não cabe nesta instância ajuizar sobre a bondade da decisão proferida pela Mmª Juíza a quo, uma vez que os pressupostos que motivaram a execução da sentença encontram-se plasmados no n.º 3 do artigo 34 da Lei n.º 29/2009, de 29 de Setembro, dando lugar a que a decisão possa ser recorrida e reapreciada em sede de recurso ordinário e sobre matéria de constitucionalidade, compete o Conselho Constitucional apreciar a decidir, à luz do estabelecido na alínea a) n.º 1 do artigo 244 da Constituição da República;
- O legislador pretendeu com esta norma dar tratamento diferenciado aos casos em que o acusado achasse incurso nas infracções que integram o crime de violência doméstica, contrariando desta feita a vontade expressa no regime geral, decerto pela natureza que a própria infracção reveste;
- Deste modo, deflui da norma em crise que o efeito meramente devolutivo do recurso não se compagina com o princípio da presunção da inocência dado que a execução da decisão impugnada, independentemente do seu trânsito em julgado, contraria o espírito e a letra do artigo 59 n.º 2 da Constituição....;
- Em rigor, uma sentença que interfira directamente com o direito fundamental à liberdade só se torna eficaz com o seu trânsito em julgado, sob pena de considerar-se o arguido presumível culpado, e a não lograr alcançar o efeito útil do recurso, de fiscalizar os actos praticados na instância recorrida, por um tribunal de escalão superior, com a possibilidade da mesma ser revista;
- A qualificação do regime de subida do recurso deve conformar-se com a Constituição e adequar-se ao interesse que se pretende alcançar ao impugnar a decisão, de não interferir na decisão que se pretende seja revista sob pena de desmoronar a sua utilidade em virtude do cumprimento total ou parcial da sentença;

- Termina o requerente, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 214 e da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 247, ambos da Constituição da República, e ainda do artigo 68 da Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto, por suspender a apreciação do processo em causa e a sua remessa a este Órgão, solicitando a declaração da inconstitucionalidade do n.º 3 do artigo 34 da Lei n.º 29/2009, de 29 de Setembro.

II

Fundamentação

O processo de fiscalização concreta em análise foi remetido por quem tem legitimidade para o fazer, nos termos da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 247 da Constituição da República de Moçambique (CRM) e dos artigos 67 e 68, ambos da Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto, Lei Orgânica do Conselho Constitucional (LOCC).

O Conselho Constitucional é, ao abrigo do disposto na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 244 da CRM, o Órgão competente para apreciar e decidir a questão de inconstitucionalidade suscitada.

O incidente de inconstitucionalidade em apreciação emerge dum processo de *habeas corpus* submetido a julgamento, em que o arguido Rofino Felizberto Licuco, preso nas celas da Cadeia Central da Machava desde 28 de Julho de 2017, solicita que, nos termos da alínea *b*) do § único do artigo 315 do Código de Processo Penal (CPP), o Tribunal Supremo declare ilegal aquela prisão e ordene a sua imediata soltura.

No processo em causa, o Tribunal Supremo teve dúvidas sobre a constitucionalidade da norma constante do n.º 3 do artigo 34 da Lei n.º 29/2009, de 29 de Setembro, doravante denominada Lei da Violência Doméstica (LVD), tendo por isso remetido o mesmo ao Conselho Constitucional para decisão.

Não existem nulidades, excepções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do pedido, pelo que estão reunidos os pressupostos processuais da fiscalização concreta da constitucionalidade.

Mas antes de entrar na apreciação do pedido, importa afirmar que, nos termos da fiscalização concreta da constitucionalidade prevista nos artigos 214 e 247, ambos da Constituição e cujos trâmites processuais se encontram regulados nos artigos 67 a 75 da Lei Orgânica do Conselho Constitucional, o Tribunal Supremo, ao suspender o processo de *habeas corpus* e de seguida remetê-lo ao Conselho Constitucional nos termos do artigo 214 e da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 247, da referida Constituição, e ainda do artigo 68 da LOCC, decidiu, de forma implícita, recusar a aplicação da norma posta em crise, por considerá-la inconstitucional, como é sua obrigação decorrente das disposições constitucionais e legais acabadas de citar.

Acresce que, o facto constituído pela suspensão do processo e a sua consequente remessa a este Órgão, acompanhada da devida fundamentação e da indicação das pertinentes disposições legais, é manifestação inequívoca de que o requerente recusou aplicar a norma que considera inconstitucional.

Agiu bem o Tribunal Supremo ao suspender o processo ora em análise e remetê-lo de imediato ao Conselho Constitucional para a sua apreciação e decisão, pois se tivesse afastado e, conseqüentemente, desaplicado a norma cuja inconstitucionalidade se suscita, o facto equivaleria a auto investir-se em juiz constitucional, violando o disposto na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 244 da CRM, pois o Conselho Constitucional é o único órgão de soberania, ao qual compete especialmente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucionais, nos termos do n.º 1 do artigo 241 da CRM.

É que o nosso sistema de controlo da constitucionalidade não é difuso, em que é permitido ao juiz ou tribunal, no julgamento de um caso concreto, decidir se uma norma é ou não inconstitucional. Essa competência pertence exclusivamente ao Conselho Constitucional, tanto em sede de fiscalização concreta bem como sucessiva abstracta da constitucionalidade.

Apreciando:

A Lei n.º 29/2009, de 29 de Setembro, foi aprovada com o objectivo de colmatar a *necessidade de legislar sobre a violência doméstica praticada contra a mulher*, conforme se depreende do seu preâmbulo e ainda dos artigos 1 n.º 1, 2 e 3, que a seguir se transcrevem:

Artigo 1

(Objecto)

1. A presente Lei tem como objecto a *violência praticada contra a mulher, no âmbito das relações familiares e desde que não resulte a morte.*

2.

Artigo 2

(Objectivo)

É objectivo desta Lei *prevenir, sancionar os infractores e prestar às mulheres vítimas de violência doméstica a necessária protecção, garantir e introduzir medidas que forneçam aos órgãos do Estado os instrumentos necessários para a eliminação da violência doméstica.*

Artigo 3

(Âmbito)

A presente Lei visa *proteger a integridade física, moral, psicológica, patrimonial e sexual da mulher, contra qualquer forma de violência exercida pelo seu cônjuge, ex-cônjuge, parceiro, namorado, ex-namorado e familiares.*

Mas para que a LVD se conformasse com a Constituição, nomeadamente com o princípio da igualdade e não discriminação, a mesma também se aplica ao homem, conforme consta do seu artigo 36, a seguir transcrito:

Artigo 36

(Igualdade de género)

As disposições da presente Lei aplicam-se ao homem, em igualdade de circunstâncias e com as necessárias adaptações.

O *habeas corpus* previsto no artigo 66 da CRM e regulado nos artigos 312 a 325 do C.P.P. é uma acção autónoma e portanto independente do Processo Principal, que correu os seus termos na 3.ª Secção do Tribunal do Distrito Municipal Ka Mfumo, a que foi atribuído o n.º 11/2016.

É nesse processo autónomo que o Tribunal Supremo suscitou dúvidas sobre a constitucionalidade do n.º 3 do artigo 34 da LVD, que no seu entender deu origem à prisão ilegal.

De referir que o facto de este processo de *habeas corpus* ter tido origem numa acção penal, é mera coincidência, pois o que o caracteriza aqueles processos é o pedido para pôr termo a uma prisão ou detenção ilegal efectuada por qualquer autoridade.

Mais concretamente e de acordo com o artigo 66 da CRM, o *habeas corpus* destina-se a pôr termo à prisão ou detenção ilegal, numa acção de natureza autónoma a interpor num tribunal.

Esta providência tem como finalidade pôr termo abusos de poder ou de autoridade que podem derivar directamente de decisões dos órgãos do Estado, designadamente Agentes da

Polícia da República de Moçambique, Magistrados Judiciais e do Ministério Público, assim como as que resultam do conteúdo normativo contrário à Constituição.

Aliás o Requerente pede, de forma expressa, a fiscalização da constitucionalidade do n.º 3 do artigo 34 da LVD (fls. 61) como consequência do vencimento duma questão prévia (fls. 59) sobre a sua conformidade com a Constituição.

Consequentemente, o referido incidente de inconstitucionalidade, é incindível do objecto do pedido, pois da sua solução dependerá a decisão do pedido de *habeas corpus*.

É o seguinte o teor da norma sob sindicância:

Lei n.º 29/2009, de 29 de Setembro

ARTIGO 34

(Recursos)

1.....

2.....

3. *Os recursos têm efeitos meramente devolutivos.*

No que tange aos Direitos, Liberdades e Garantias Individuais, a nossa Constituição consagrou o princípio da presunção de inocência nos seguintes termos:

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE

TÍTULO III

Direitos, deveres e liberdades fundamentais

.....
Capítulo III

.....
Artigo 59

(Direito à liberdade e segurança)

1.....

2. *Os arguidos gozam da presunção de inocência até decisão judicial definitiva.*

3.....

Conforme o Prof. J. J. Gomes Canotilho, *[A] primeira função dos direitos fundamentais - sobretudo dos direitos, liberdades e garantias - é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coactivos).*

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob dupla perspectiva : (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).¹

Sobre a aplicabilidade directa e imediata dos direitos fundamentais atrás referida, o mesmo autor, refere que *[D]*

eve ter-se aqui em conta o sentido da aplicabilidade directa de preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias a que atrás se fez referência. Recorde-se o sentido fundamental desta aplicabilidade directa: os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via directa da Constituição e não através da “auctoritas interpositio” do legislador. Não são simples norma normarum mas normas normata, isto é, não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas directamente reguladoras de relações jurídico-materiais.²

É este o sentido que se retira da primeira parte do n.º 1 do artigo 56 da CRM que estipula que *[O]s direitos e liberdades individuais são directamente aplicáveis...*, não carecendo, necessariamente, da intervenção do legislador ordinário para a sua densificação ou regulamentação para a sua exequibilidade directa e imediata num caso concreto.

É assim que, o estabelecido no n.º 2 do artigo 59 da CRM aplica-se em todos os casos em que não haja decisão judicial definitiva.

Nesse sentido escreveu Alexandre Vilela que (...) *a presunção de inocência, ao ser contitucionalizada do jeito que foi, para lá de norma que encerra em si um direito fundamental, que não carece da mediação do legislador ordinário para a sua aplicação, vê as suas restrições apertadas ao limite, dado que se assume beneficiária do regime dos direitos, liberdades e garantias e constitui, em última análise, uma garantia constitucional substantiva tendente à protecção judicial dos direitos do acusado, assumindo-se muito para lá de um mero princípio programático³.*

Consequentemente, o n.º 3 do artigo 34 da LVD, ao estabelecer efeitos meramente devolutivos, contende com o texto constitucional, concretamente do n.º 2 do artigo 59 (princípio da presunção de inocência), artigo 56 n.º 3 (princípio da constitucionalidade de restrições a direitos, liberdades e garantias) e artigo 2 números 3 e 4 (princípio da supremacia da Constituição), todos da CRM.

III

Decisão

Nestes termos, o Conselho Constitucional declara a inconstitucionalidade da norma inscrita no n.º 3 do artigo 34 da Lei n.º 29/2009, de 29 de Setembro, por violação do n.º 2 do artigo 59, dos números 1 e 3 do artigo 56 e do n.º 4 do artigo 2, todos da Constituição da República de Moçambique.

Dê-se cumprimento ao disposto nos artigos 53 e 75, ambos da Lei Orgânica do Conselho Constitucional.

Registe, notifique e publique-se.

Maputo, 6 de Novembro de 2017.

Hermenegildo Maria Cepeda Gamito; Manuel Henrique Franque; Lúcia da Luz Ribeiro; Domingos Hermínio Cintura; Mateus da Cecília Feniassa Saize; Ozias Pondja.

¹ Canotilho, J.J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7.ª Edição, 17.ª Reimpressão, Almedina 2003, pag 407 e 408.

² (Ob. cit. Pag. 438).

³ (in Vilela, Alexandre, Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Pena, Reimpressão, Coimbra Editora, 2005, pag 23 e 24).