

A lei das Medidas Cautelares à Luz da Jurisprudência e Instrumentos Internacionais

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE*

Permitam-me que comece esta minha intervenção por agradecer vivamente estas palavras muito amáveis da Sr.^a Juíza Conselheira do Tribunal Constitucional de Angola, Dr.^a Luzia Sebastião, minha cara Amiga, e agradecer também muito vivamente o convite da equipa reitoral da Universidade Católica de Angola para estar aqui e, muito em particular, ao Dr. Benja Satula, que foi meu aluno, que eu conheci há mais de dez anos e que é um grande amigo.

Unem-me a Angola laços de amizade com muitas pessoas, antigos alunos meus, que vou reencontrando com muito gosto. Vejo muitas caras conhecidas aqui. Unem-me a este grande país também muitas preocupações que, no fundo, resultam de partilharmos problemas comuns. A Lusofonia tem este benefício, que é o de que podemos partilhar experiências no tratamento de problemas que são, no fundo, muito semelhantes. Quando ouvi o Dr. Carlos Pedro Mondlane falar dos problemas que o Ministério Público tem em Moçambique para controlar a Polícia de Investigação Criminal, eu não pude deixar de pensar no meu próprio país, nos problemas que o Ministério Público também tem para efetivamente dirigir os órgãos de Polícia Criminal em Portugal. É, portanto, neste palco que é a Lusofonia que podemos trocar experiências e procurar em conjunto as melhores soluções para os novos problemas.

* Juiz Conselheiro do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Foi-me pedido para que me debruçasse sobre a lei 25/15 à luz do Direito Internacional. Assim o farei. Eu vou dividir a minha intervenção em três partes: na primeira parte, analisarei as obrigações internacionais do Estado angolano; na segunda, abordarei o quadro constitucional angolano; e, na terceira, discutirei os problemas mais importantes resultantes da lei 25/2015, tais como o poder do Ministério Público determinar as medidas de coação e a incomunicabilidade entre o advogado e o arguido, o estatuto do juiz de turno e o seu impedimento para intervir em julgamento, o alargamento dos prazos de prisão preventiva pelo Ministério Público, a prisão preventiva obrigatória e, finalmente, a busca domiciliária noturna não consentida. Vamos tratar então de saber se esta lei 25/2015 é ou não conforme quer com a Constituição do Estado angolano quer com as obrigações internacionais do mesmo.

I

As obrigações internacionais do Estado angolano

Começando, então, pelas obrigações internacionais do Estado angolano há que notar desde logo que o Estado angolano está desde 1992 obrigado pelo Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e pelo seu primeiro Protocolo Adicional, ou seja, o Protocolo que reconhece o direito de queixa individual diante do Comité de Direitos Humanos. O Estado angolano assinou o segundo Protocolo, mas ainda o não ratificou. O segundo Protocolo, cabe lembrar, é aquele que pretende abolir a pena de morte. Ora, dificilmente se compreende que um Estado que tem na sua própria Constituição a proibição da pena de morte, não tenha ainda ratificado o segundo Protocolo Adicional ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos que já é de 1991. É certo que o Estado angolano já o assinou, mas falta o segundo passo que é o da ratificação.

No que diz respeito ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, há duas notas que eu queria deixar: a primeira é a de que a situação de direitos humanos em Angola já foi analisada num relatório muito detalhado do Comité de Direitos Humanos que foi apresentado em março de 2011, a que o Estado angolano respondeu em fevereiro de 2013, porque o Estado angolano tem nos termos do Protocolo o direito à resposta. As observações finais do Comité de Direitos Humanos foram publicadas em abril de 2013 e analisam detalhadamente o estado da justiça angolana.

A segunda nota que eu queria deixar é a de que há um único caso até hoje em que o direito de queixa individual foi exercido por um cidadão angolano contra o Estado angolano diante do Comité dos Direitos Humanos. Trata-se do caso *Rafael Marques Morais c. Angola*¹ que teve decisão em 18 de abril de 2015. Angola foi considerada culpada de violações do artigo 9.º, 12.º e 19.º do Pacto.

Eu lembro os factos deste caso: o Sr. Rafael Marques Morais foi detido por causa de umas entrevistas em que ele criticou entidades políticas ao mais alto nível. O Comité das Nações Unidas dos Direitos Humanos considerou que a detenção foi desnecessária, que o Sr. Rafael Marques Morais não foi informado da detenção, que ele esteve dez dias em detenção incomunicável, sem acesso ao juiz, e que o *habeas corpus* não foi decidido pelo tribunal quando foi apresentado. Além disso, verificou-se uma violação do artigo 19.º do Pacto Internacional (liberdade de expressão) que consistiu na aplicação de uma pena pelo cometimento do crime de abuso de imprensa por causa daquelas entrevistas que ele tinha dado. Por fim, a terceira e última violação do Pacto Internacional foi a do artigo 12.º (liberdade de deslocação) no que diz respeito ao confisco do passaporte. Este confisco não tinha base legal. Portanto, este é o único caso até hoje, em que um cidadão angolano usou da faculdade prevista no primeiro Protocolo Adicional ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos para acionar o Estado angolano diante do Comité de Direitos Humanos e ganhou.

No que diz respeito aos outros tratados internacionais, o Estado angolano ratificou, também já em 1992, o Pacto Internacional de Direitos Económicos, Culturais e Sociais, mas ainda não ratificou, apesar de já ter assinado o primeiro Protocolo Adicional a este Pacto que prevê precisamente o direito de queixa individual no que diz respeito aos Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Portanto, os cidadãos angolanos ainda não podem queixar-se individualmente diante do Comité previsto por este Protocolo Adicional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, precisamente porque o Estado angolano, apesar de ter assinado o Protocolo adicional em 2013, ainda não o ratificou. Este é o quadro das obrigações internacionais do Estado angolano, no que toca às chamadas “convenções gémeas” de 1966.

¹ Ver RAFAEL MARQUES DE MORAIS v. Angola, Communication No. 1128/2002, U.N. Doc. CCPR/C/83/D/1128/2002 (2005).

II

O modelo processual penal da Constituição angolana

A Constituição angolana tem normas muito claras sobre o modelo processual penal, que se encontram fixadas nos artigos 174.º e 186.º, *f*). Este último artigo é particularmente eloquente, porque prevê que o Ministério Público dirija a fase preparatória do processo penal, sem prejuízo da fiscalização das garantias fundamentais dos cidadãos por magistrados judiciais nos termos da lei.

Dito de outro modo, há na Constituição angolana uma clara opção política por um sistema processual penal de matriz acusatória. Portanto, rejeitou-se liminarmente o sistema inquisitório. Na matriz constitucional angolana, o processo penal não é um processo de partes, em que o Ministério Público só procura as provas necessárias para a condenação do arguido. Pelo contrário! O Ministério Público está vinculado pelo princípio da legalidade nos termos do artigo 185.º, n.º 2, da Constituição angolana e, portanto, tem também de procurar as provas favoráveis ao arguido. Uma vez que o Ministério Público está obrigado pelo princípio da legalidade, o Ministério Público não investiga apenas à *charge* (contra o arguido), mas também à *decharge* (em favor do arguido). Portanto, na matriz constitucional angolana, o Ministério Público deve procurar as provas contra o arguido, mas também as provas a favor do arguido. Daí resulta que estamos diante de um processo acusatório, que é diferente de um processo à maneira saxónica, um processo de partes, em que o Ministério Público apenas procura as provas prejudiciais ao arguido.

Pode perguntar-se se a Constituição angolana deixa espaço para as soluções de oportunidade no processo penal como, por exemplo, a suspensão provisória do processo. Eu tenho dúvidas. A interpretação sistemática da Constituição angolana sugere que o Ministério Público está estritamente vinculado ao princípio da legalidade. Foi isto que o legislador constituinte angolano quis e, portanto, duvido que haja espaço para as soluções de oportunidade no processo penal à luz da matriz constitucional.

Em termos estruturais, há uma divisão funcional estabelecida na Constituição angolana entre a função que cabe ao Ministério Público e a função que cabe ao juiz. Ao Ministério Público cabe dirigir a instrução preparatória, ao Ministério Público cabe carrear provas para o processo a favor e a desfavor do arguido. Ao juiz cabe, nos termos do artigo 186.º, assegurar as liberdades fundamentais do cidadão nesta

fase preparatória do processo. Esta divisão funcional entre as tarefas do Ministério Público e as tarefas do juiz corresponde ao modelo processual penal da modernidade. Ela está perfeitamente em linha com o modelo processual penal que se afirmou nos anos setenta do século passado na Alemanha e nos anos oitenta em Itália e também em Portugal, com a entrada em vigor dos novos Códigos de Processo Penal italiano e português. Devo dizer que o novo Código de Processo Penal português de 1987 não seguiu inteiramente o modelo alemão. O modelo português é mais próximo do Código de Processo Penal italiano de 1987, que é do mesmo ano do Código de Processo Penal português, mas que, por força do conhecimento que o professor Figueiredo Dias tinha dos trabalhos preparatórios italianos, serviu de matriz, digamos de guia, de roteiro para a elaboração do Código de Processo Penal português. Este modelo foi consagrado por toda a Europa fora, mas não só. Ele foi agora adotado, ainda que somente *de iure condendo*, pela própria União Europeia no Corpus Iuris.

O Corpus Iuris é um projeto de Código Penal e de Processo Penal da União Europeia para as incriminações relacionadas com a proteção dos bens jurídicos da União. Este projeto teve duas versões, uma em 1997 e outra em 2000². Iniciado em meados dos anos noventa do século passado, este projeto ainda não morreu, ainda há quem trabalhe na doutrina e nos meios políticos por esta ideia, se bem que haja fatores políticos muito fortes que contrariam o sucesso desta ideia, de um direito penal e processual penal europeu. A versão do Corpus Iuris de 2000 segue precisamente o modelo processual em que há uma clara divisão funcional entre o Ministério Público e o juiz semelhante à do modelo processual acusatório.

Portanto, a minha primeira conclusão preliminar é a de que a Constituição angolana está perfeitamente em linha com este modelo processual penal da modernidade que tem enormes vantagens práticas. Desde logo, este modelo garante eficiência na investigação. O Ministério Público trabalha em equipa, é um trabalho coordenado e hierarquizado e, portanto, é muito eficiente, sobretudo se houver uma polícia hierarquicamente subordinada ao Ministério Público. Este modelo garante eficiência na

² Os projetos do Corpus Iuris de 1997 e 2000 encontram-se em Mireille Delmas-Marty (ed.), *The Implementation of the Corpus Iuris in the Member States: Penal Provisions for the Protection of European Finances*, Intersentia, volume I, 2001, and volume II, 2002.

investigação, mas ao mesmo tempo garante a defesa dos direitos, liberdades e garantias assegurada pela figura do juiz de turno.

A Constituição angolana opta claramente pelo modelo do processo acusatório e esta opção deve ser lida à luz de uma escolha política importante do legislador constituinte angolano que é a opção pela abertura ao Direito Internacional e, em particular, ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. A Constituição angolana tem essa virtude notável de ser uma constituição muito aberta ao direito internacional.

Se lermos os artigos 13.º e 27.º da Constituição angolana, vemos que se trata de uma Constituição muito aberta ao Direito Internacional. Ela aceita o Direito Internacional Geral como fazendo parte integrante da ordem jurídica angolana. Ora, o Direito Internacional Geral inclui o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Isto quer dizer, em termos práticos, que o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos é parte integrante da ordem jurídica angolana. Ou seja, a Constituição angolana e, por maioria de razão, o direito ordinário angolano têm que ser interpretados à luz do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos.

Acresce que o artigo 27.º da Constituição angolana é uma cláusula muito aberta de receção do direito internacional, dos direitos fundamentais de natureza análogos consagrados em textos internacionais. Portanto, a norma do artigo 27.º da Constituição angolana vai ainda mais longe do que a norma paralela da Constituição portuguesa (isto é, o artigo 8.º da Constituição portuguesa), que é uma cláusula de receção dos direitos fundamentais de natureza análoga consagrados no direito ordinário português.

Dito em termos diretos, o legislador constituinte angolano quis muito claramente colocar-se em linha com o Direito Internacional e fê-lo da melhor forma.

III

O poder do Ministério Público determinar medidas de coação na lei 25/2015

Abordadas as obrigações internacionais do Estado angolano e o respetivo quadro constitucional, vamos, então, entrar na análise dos principais problemas práticos da lei 25/2015. A lei 25/2015 levanta problemas sérios, designadamente por causa da sua opção política fundamental que é a de entregar o domínio sobre as medidas de coação pessoal ao Ministério Público. Este é, digamos, o fio condutor desta lei.

Nós sabemos que a Constituição angolana, quando fala de restrições relativamente à liberdade, quer no artigo 63.º quer no artigo 64.º, menciona apenas o magistrado “competente”, não fala de magistrado judicial competente. Portanto, poderíamos ser levados a concluir que a Constituição daria cobertura à opção da lei 25/2015, no que toca ao domínio do Ministério Público sobre as medidas de coação. Mas esta interpretação é, a meu ver, baseada numa leitura errada da Constituição angolana, precisamente porque esquece o artigo 186.º, f), que é muito claro, e prevê que as garantias fundamentais dos cidadãos, designadamente no que diz respeito às restrições às liberdades, são asseguradas por um juiz. Ou seja, aquilo que faltou nos artigos 63.º e 64.º da Constituição angolana sobeja claramente do artigo 186.º, f). Não há dúvidas de que o legislador constituinte angolano quis que o domínio sobre as medidas de coação pessoal coubesse apenas a um juiz. Isto levanta, obviamente, um problema de compatibilidade entre o artigo 3.º da lei 25/2015 e o artigo 186.º, f), da Constituição angolana. A meu ver, estas normas são incompatíveis, claramente incompatíveis. Dito de maneira mais clara, o artigo 3.º da lei 25/2015 viola o artigo 186.º, f), da Constituição angolana, e, portanto, é inconstitucional. Mas não é só isto.

O artigo 3.º da lei 25/2015 viola também as obrigações internacionais do Estado angolano, designadamente o artigo 9.º do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos. Este artigo prevê que o detido tem de ser apresentado diante do juiz ou outro “funcionário autorizado por lei a exercer poder judicial”. Portanto, não há dúvidas. O artigo 9.º, n.º 3, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, que vincula o Estado angolano, não é compatível com as opções feitas no artigo 3.º da lei 25/2015.

Acresce que o modelo do artigo 3.º da lei 25/2015 já foi tentado na Suíça, onde a competência para determinar as medidas de coação cabia ao magistrado do Ministério Público. Ora, esta solução suíça foi considerada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem como violadora do artigo 5.º, n.º 3, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que corresponde literalmente ao artigo 9.º, n.º 3, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos. No famoso caso *Huber v. Suíça*³, o Tribunal Europeu considerou que o Ministério Público não pode ordenar medidas de coação, porque não pode ser equiparado a um juiz ou um “magistrado

³ *Huber v. Suíça*, queixa n.º 12794/87, acórdão do Plenário de 23 de outubro de 1990 (disponível no sítio da internet HUDOC).

habilitado por lei para exercer funções judiciais” (*magistrat habilite par la loi à exercer des fonctions judiciaires*), como exige o artigo 5.º, n.º 3, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. A razão é óbvia: a magistratura do Ministério Público não tem a independência e imparcialidade características da magistratura judicial. Portanto, o mais alto Tribunal Europeu concluiu que o magistrado do Ministério Público não pode ordenar medidas de coação como se fosse um juiz. Ou seja, nos termos do artigo 5.º, n.º 3, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, todo o detido deve ser apresentado imediatamente após a detenção a um juiz para que ele decida se a detenção é ou não é legal e se devem ser aplicadas medidas de coação ao detido, e designadamente, se deve ser aplicada a prisão preventiva.

Esta é a posição do Direito Europeu dos Direitos Humanos tal como foi estabelecida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em face do artigo 5.º, n.º 3, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Mas não só!

Como veremos já em seguida, esta é também a posição do Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas em face do artigo 9.º, n.º 3, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, que tem exatamente o mesmo conteúdo precativo do artigo 5.º, n.º 3, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Ou seja, é absolutamente indiscutível que Angola tem de respeitar o princípio da competência judicial exclusiva para determinação de medidas de coação.

Com efeito, o Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas teve já oportunidade de reiterar esta posição no parágrafo 10.4 do caso *Kulomin v. Hungria* (521/92), parágrafo 8.2 do caso *Reshetnikov v. Federação Russa* (1278/04) e o parágrafo 6.2 no caso *Torobekov v. Quirguistão* (1547/07). Em todos estes casos, o Comité dos Direitos Humanos afirmou perentoriamente que um magistrado do Ministério Público não pode ordenar ou prolongar medidas de coação porque ele não pode ser considerado como um juiz nem como um “magistrado habilitado por lei para exercer funções judiciais” para os efeitos do artigo 9.º, n.º 3, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos.

A apresentação do arguido detido a um juiz deve ter lugar no prazo máximo de 48 horas. Esta é a posição constante do Comité de Direitos Humanos das Nações Unidas, por exemplo no parágrafo 17 das Observações sobre o Zimbabué de 1998⁴, parágrafo 13 das Observações sobre

⁴ United Nations document CCPR/C/79/Add.89.

o Gabão de 2000⁵, parágrafo 19 das observações sobre o Mali de 2003⁶ e parágrafo 19 das Observações sobre o Kuwait de 2011⁷.

Acresce que o modelo do artigo 3.º da lei 25/2015 é contraditório com o disposto nos artigos 44.º e 45.º da mesma lei. O artigo 3.º diz que as medidas de coação são aplicadas pelo magistrado do Ministério Público. Pelo contrário, as medidas de garantia patrimonial são aplicadas por um juiz, nos termos dos artigos 44.º e 45.º O Ministério Público deve requerer. Quem decide é o juiz. O Ministério Público tem o poder de requerer e o juiz tem o poder decisório. Esta disparidade de tratamento entre as medidas de garantia patrimonial, que são ordenadas por um juiz, e as medidas de coação, que são ordenadas pelo Ministério Público, é dificilmente compreensível. Como se pode explicar que as medidas cautelares mais graves (medidas de coação) tenham mais garantias do que as medidas cautelares menos graves (medidas de garantia patrimonial)? Não há explicação possível para este tratamento dispar. Também por este motivo se mostra claro que o modelo do artigo 3.º da lei 25/2015 é inconstitucional, porque prevê menos garantias do que o regime das medidas de garantia patrimonial.

É certo que o artigo 3.º da lei 25/2015 prevê uma figura estranha, que é a “impugnação” da decisão do Ministério Público sobre medidas de coação diante de um juiz. Esta “impugnação” não salva a inconstitucionalidade do artigo 3.º da lei 25/2015.

Com efeito, em direito processual penal, uma impugnação é tecnicamente um recurso e o recurso tem lugar entre tribunais. Há impugnação de uma decisão de um juiz para outro juiz, de um tribunal para outro tribunal. Não é tecnicamente correto falar de “impugnação” de atos do Ministério Público para os tribunais. Mais estranho ainda é a faculdade de o juiz, “se achar necessário”, realizar novo interrogatório ao arguido. Como pode o juiz controlar o mérito da decisão do Ministério Público sem interrogar o detido? A “impugnação” sem interrogatório do detido pelo juiz de turno é uma ilusão, uma garantia meramente aparente. A confirmação por um juiz de turno da decisão do Ministério Público de aplicação de uma medida de coação sem realização de interrogatório judicial do arguido viola frontalmente o artigo 186.º, f), da Constituição angolana.

⁵ United Nations document CCPR/CO/70/GAB.

⁶ United Nations document CCPR/CO/77/MLI.

⁷ United Nations document CCPR/C/KWT/CO/2.

O artigo 23.º prevê também que as medidas de coação possam ser revogadas e substituídas pelo juiz e o n.º 4 deste artigo estipula que a revogação e a substituição são requeridas pelo Ministério Público ou pelo arguido ou ordenadas oficiosamente pelo juiz. Um juiz pode controlar oficiosamente, por sua iniciativa, a atividade do Ministério Público no que diz respeito a aplicação da medida de coação. A pergunta prática que surge de imediato é esta: Como é que o juiz de turno tem conhecimento de que o Ministério Público determinou esta ou aquela medida de coação? Como é que o juiz de turno pode exercer o controlo oficioso da decisão do Ministério Público sobre as medidas de coação se o arguido e o seu advogado nada fizerem? Parece que o legislador pressupõe implicitamente no artigo 23.º que há uma espécie de comunicação obrigatória do Ministério Público ao juiz de turno para que ele possa exercer o controlo oficioso. Esta comunicação não está expressamente prevista na lei.

Portanto, a “impugnação” não salva a constitucionalidade do artigo 3.º da lei 25/2015, porque três razões:

- 1) a “impugnação” não é obrigatória, ela depende da iniciativa do arguido ou do seu advogado, pelo que haverá muitos casos em que a decisão do Ministério Público sobre as medidas de coação fica sem qualquer controlo judicial;
- 2) a impugnação não implica necessariamente um interrogatório judicial do arguido detido, pelo que haverá muitos casos em que o juiz de turno confirma a medida de coação ordenada pelo Ministério Público sem ter interrogado o arguido detido;
- 3) mesmo nos casos em que o arguido ou o seu advogado impugne a decisão do Ministério Público sobre medidas de coação, a decisão do juiz de turno pode ser proferida até oito dias contados da data de entrada do processo no tribunal, ou seja, em violação do prazo estabelecido pelo Comité dos Direitos Humanos (48 horas contados da detenção).

Por fim, o artigo 12.º regula o primeiro interrogatório do arguido detido. Este interrogatório realiza-se sob a presidência do magistrado do Ministério Público. Isto é, o Ministério Público que pode determinar a detenção do arguido procede ao primeiro interrogatório do arguido detido para efeitos de determinar se a detenção é legal ou não e se deve ou não aplicar a medida de coação. Temos aqui um problema muito grave! Pode acontecer que o magistrado do Ministério Público seja juiz em

causa própria, isto é, seja colocado na situação de avaliar se a detenção que ele próprio ordenou é legal ou não. Ora, vem de longe a máxima de que não se pode ser juiz em causa própria, *nemo iudex in causa sua*. Este é um princípio de *ius cogens*, que não pode ser violado por nenhum Estado, e nem mesmo pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas.

Em síntese, o artigo 3.º da lei 25/1015 viola não apenas o artigo 186.º, f), da Constituição angolana, mas também o artigo 9.º, n.º 3, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e, mais grave ainda, um princípio básico de direito perentório (*ius cogens*) do Direito Internacional Público, o princípio do *nemo iudex in causa sua*.

IV

A incomunicabilidade entre o advogado e o arguido na lei 25/2015

Com base numa interpretação apressada do artigo 11.º da lei 25/2015, poderia pensar-se que o Ministério Público terá competência para determinar a incomunicabilidade entre o advogado e o arguido. Esta interpretação é inadmissível. Esta interpretação é seguramente contrária ao artigo 194.º, n.º 3, da Constituição angolana, que prevê que os advogados têm o direito de comunicar pessoalmente e “reservadamente” (eu gosto desta palavra, muito sabiamente escolhida pelo legislador constituinte). O legislador constituinte teve o cuidado de escolher este advérbio (“reservadamente”). Ele é muito importante. Os advogados têm o direito de falar com os seus constituintes com respeito da privacidade da conversa e têm o direito de o fazer desde o início da detenção. Isto também resulta do artigo 67.º, n.º 4, da Constituição angolana.

Ora bem, a determinação pelo Ministério Público da incomunicabilidade entre o advogado e o arguido violaria a Constituição angolana. Já agora, permitam-me que puxe a brasa para a minha sardinha, por assim dizer, para o Tribunal Europeu do Direito do Homem. Este Tribunal tem feito um trabalho notável neste ponto e na proteção dos direitos dos advogados no processo penal, designadamente nos acórdãos *Salduz v. Turquia*⁸ e *Dvorski v. Croácia*⁹. Nestes acórdãos, o Tribunal disse

⁸ *Salduz v. Turquia*, queixa n.º 36391/02, acórdão da Grande Câmara de 27 de novembro 2008 (disponível no sítio da internet HUDOC).

⁹ *Dvorski v. Croácia*, queixa n.º 25703/11, acórdão da Grande Câmara de 20 de outubro 2015 (disponível no sítio da internet HUDOC).

claramente que o direito do advogado falar com o seu constituinte existe desde a primeira hora, não pode ser limitado, mesmo que se trate de crimes gravíssimos, como se tratava no caso *Dvorski*, em que a Croácia foi considerada culpada da violação do artigo 6.º, n.º 3, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Esta jurisprudência do Tribunal Europeu é relevante para Angola. Angola não está sujeita obviamente à jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Mas a jurisprudência do Tribunal Europeu tem influenciado o Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas que tem uma jurisdição universal, incluindo sobre Angola. Ao absorver a jurisprudência vinda de Estrasburgo, o Comité dos Direitos Humanos adota um padrão de proteção de direitos humanos semelhante ao do Tribunal Europeu e impõe esse padrão em todo o mundo, incluindo Angola. Por isso, em termos práticos, os magistrados e advogados angolanos têm todo o interesse em conhecer a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, porque esta influencia decisivamente o Comité dos Direitos Humanos.

V

O impedimento do juiz de turno para intervir em julgamento na lei 25/2015

A conclusão a que eu chego já está mais ou menos indiciada pela minha intervenção anterior. O artigo 3.º da lei 25/2015 conjugado com os artigos 12.º, 23.º e 51.º, da mesma lei, levam-me a concluir que o juiz de turno não tem um estatuto suficientemente autónomo para garantir o princípio do acusatório. Suponhamos esta situação: o arguido é detido por ordem do Ministério Público, que, depois de o interrogar, ordena a prisão preventiva. O arguido impugna a decisão do Ministério Público diante o juiz de turno e este confirma a prisão preventiva. O mesmo juiz de turno intervém no julgamento do arguido preso. Nesta situação, verifica-se uma grave violação do princípio do acusatório, porque ele tem, obviamente, a mente feita, está de mente feita, já confirmou a existência de suficientes indícios de culpa, para manter a prisão preventiva. Portanto, o juiz que confirma a prisão preventiva ordenada pelo Ministério Público não pode aparecer no julgamento.

Ora, a lei não prevê a incompatibilidade do juiz de turno para intervenções futuras, designadamente em sede de julgamento, quando ele se tenha pronunciado sobre a prisão preventiva ou a prisão domiciliária.

Esta omissão do regime legal viola o princípio do acusatório nos termos dos artigos 174.º e 186.º, *f*), da Constituição angolana e o artigo 14.º do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, que é correspondente ao artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

VI

Prazos de prisão preventiva e prisão preventiva obrigatória na lei 25/2015

O artigo 40.º, n.º 3, da lei 25/2015 não esclarece quem é que determina o alargamento dos prazos de prisão preventiva. Diz que os prazos podem ser alargados, mas não há uma indicação de quem é que determina esse alargamento. De acordo com uma interpretação sistemática da lei, temos de concluir que será o Ministério Público a fazê-lo. De novo, o problema coloca-se em termos constitucionais. A competência do Ministério Público para alargar prazos de prisão preventiva, interferindo com os direitos, liberdades e garantias do arguido, viola gravemente os artigos 174.º, n.º 2, e 186.º, *f*), da Constituição angolana e o artigo 9.º, n.º 3, do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos.

A lei 25/2015 prevê a prisão preventiva obrigatória em certos casos. É verdade que o artigo 36.º, n.º 3, conjugado com o artigo 39.º, n.º 3, da lei 25/2015, tem cobertura constitucional, porque o artigo 61.º da Constituição angolana estabelece que nos crimes hediondos se pode proibir a liberdade provisória.

Há que interpretar o artigo 61.º da Constituição com cuidado. Ou seja, temos de ler o artigo 61.º da Constituição à luz do que dispõe o artigo 9.º do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos. Esta interpretação do artigo 61.º à luz das obrigações internacionais do Estado angolano impõe-se por via da cláusula aberta do artigo 13.º da própria Constituição angolana que acolhe o Direito Internacional e, designadamente, o Direito Internacional de Direitos Humanos como parte integrante do Direito Angolano.

A norma relativa aos crimes hediondos já existiu no direito português, tendo passado para os outros países de língua portuguesa. Ela nem é uma especificidade do direito português, porque também existia noutros países do Sul da Europa. Há uma longa história destes crimes hediondos, que felizmente para nós em Portugal já acabou, mas que infelizmente se mantém viva nos outros países da Lusofonia. No direito português antigo, havia uma presunção relativa de perigo de continuação criminosa

dos autores de crimes hediondos que justificava a aplicação da prisão preventiva como regra nestes casos, embora esta presunção pudesse ser invertida. Esta presunção foi extinta em Portugal.

O artigo 61.º da Constituição angolana só refere o crime de genocídio e os crimes contra a humanidade e acrescenta “outros crimes previstos na lei”. Portanto, a norma constitucional é específica nos casos dos crimes de genocídio e nos crimes contra a humanidade. Mas dá um cheque em branco ao legislador ordinário para outros crimes previstos na lei.

Nos termos do artigo 9.º, n.º 3, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a regra é a liberdade provisória e a prisão preventiva é a exceção. Não se pode estabelecer como regra a prisão preventiva para uma categoria de crimes (“crimes hediondos”). Menos ainda se pode estabelecer a obrigatoriedade da prisão preventiva, pois nesse caso não há uma avaliação individualizada dos requisitos de necessidade e proporcionalidade da medida de coação. A obrigatoriedade da prisão preventiva é baseada numa inadmissível forma de presunção de perigosidade *contra reum*. Por isso, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem se opôs à obrigatoriedade da prisão preventiva. Esta tem sido a jurisprudência constante do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem firmada nos acórdãos proferidos nos casos *Caballero v. Reino Unido*¹⁰ e no caso *SBC v. Reino Unido*¹¹ em face do artigo 5.º, n.º 3, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que tem exatamente o mesmo conteúdo preceptivo do artigo 9.º, n.º 3, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, como já vimos.

Assim sendo, o artigo 36.º, n.º 3, conjugado com o artigo 39.º, n.º 3, da lei 25/2015, bem como o artigo 61.º da Constituição angolana (na parte relativa à prisão preventiva obrigatória), são totalmente contrários ao artigo 9.º, n.º 3, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e ao artigo 5.º, n.º 3, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Por isso, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos exige uma revisão constitucional que revogue de uma vez por todas a prisão preventiva obrigatória no artigo 61.º da Constituição angolana e, conseqüentemente, os artigos 36.º, n.º 3, e 39.º, n.º 3, da lei 25/2015.

A única parte do artigo 61.º da Constituição angolana que pode subsistir intacta diz respeito ao regime de proibição da prescrição dos crimes de genocídio e aos crimes contra a humanidade, que está de acordo com

¹⁰ *Caballero v. Reino Unido*, queixa n.º 32819/96, 8 de fevereiro de 2000.

¹¹ *SBC v. Reino Unido*, queixa n.º 39360/98, 19 de junho de 2001.

o Direito Internacional, quer das Nações Unidas quer do Conselho da Europa, que prevê o regime da não prescrição do crime de genocídio e dos crimes contra a humanidade.

VII

A busca domiciliária noturna não consentida na lei 25/2015

O artigo 7.º, n.º 5, da lei 25/2015 prevê buscas domiciliárias durante a noite, independentemente do consentimento do morador, desde que o captor seja portador e exiba a autorização para o efeito emitida por Magistrado do Ministério Público. Portanto, o Ministério Público autoriza uma busca domiciliária noturna, não consentida. Lembro que a lei 2/2014 já tinha regulado esta questão das buscas domiciliárias e que o legislador em 2014, não sentiu a necessidade de prever uma norma semelhante a esta. Espanto-me que ele tenha sentido essa necessidade no ano seguinte.

Pode dizer-se que os artigos 33.º e 57.º da Constituição angolana não se referem a um juiz para garantir as restrições dos direitos, liberdades e garantias. Refere-se o princípio da proporcionalidade, a salvaguarda do núcleo essencial do direito, mas não se refere a garantia do controlo judicial, ao contrário do que acontece no que diz respeito à correspondência e à comunicação privada, que só podem ser restringidas, nos termos do artigo 34.º da Constituição, por um juiz.

Não havendo, portanto, um fundamento explícito na Constituição angolana, exigindo a autorização judicial para buscas domiciliárias noturnas ou diurnas, parece-me que a Constituição angolana deve ser interpretada à luz das obrigações internacionais do Estado angolano, ou seja, à luz da cláusula da abertura ao Direito Internacional prevista no artigo 13.º da Constituição angolana.

Ora, à luz do artigo 17.º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, tal como tem sido interpretado pelo Comité dos Direitos Humanos, as buscas em habitação, sejam diurnas ou noturnas, têm de ser decretadas por um juiz, quando não sejam consentidas pelo proprietário.

Em síntese, o artigo 33.º da Constituição angolana só menciona autoridade competente, não fala em autoridade judicial. Mas o artigo 33.º deve ser lido à luz das obrigações internacionais do Estado angolano e, portanto, deve ser interpretado como exigindo que a autoridade competente seja uma autoridade judicial competente. Isto é, a Constituição angolana só permite a busca domiciliária diurna ou noturna com mandado do juiz.

Sendo assim, o artigo 7.º, n.º 5, da lei 25/2015 é inconstitucional porque viola a norma do artigo 33.º da Constituição angolana conjugada com o artigo 17.º do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos.

*

Reflexões metodológicas sobre a reforma legislativa

Deixo esta nota final de reflexão: nunca é boa estratégia fazer uma revisão legislativa de um diploma, que é um pilar da democracia, como é o Código de Processo Penal, de forma parcelar, através de diplomas parcelares. Porquê?

Porque é muito fácil aparecerem incoerências sistémicas entre os diversos diplomas parcelares, o que suscita graves problemas de harmonização dos diversos diplomas. Estes problemas de interpretação sobram para os juízes. Em primeira linha, para os juízes do processo e, em última linha, para os juízes constitucionais. Não é boa estratégia política reformar o Código de Processo Penal ou o Código Penal com alterações parcelares, porque implica grandes riscos sistémicos.

Não posso concluir sem antes dizer que os principais fundamentos de qualquer reforma penal ou processual estão na Constituição angolana. O que se trata agora é de a Constituição ser concretizada no processo penal, nos tribunais, nas esquadras de polícia, na prática. Como dizia Claus Roxin, o processo penal é o sismógrafo da sociedade democrata. Ele mostra o equilíbrio de uma democracia. É bem verdade, porque aqui se jogam os valores fundamentais da democracia. Ou como também já foi dito por Ferrajoli, muito bem citado pelo Dr. Carlos Mondlane, é no processo penal que se jogam os interesses contraditórios da segurança e da liberdade. O processo penal é o ponto mais delicado de equilíbrio desses interesses cruciais. Todos nós queremos uma sociedade segura, mas também uma sociedade em que as pessoas sejam livres e a sua liberdade individual seja respeitada.

O caminho está traçado pelo legislador constituinte angolano. Agora, o legislador ordinário tem de cumprir este programa constitucional, que é um programa notável. O legislador ordinário deve proceder à reforma global e harmoniosa do Código de Processo Penal e do Código Penal em conformidade com o padrão internacional. Mais ainda. O legislador ordinário deve esforçar-se por ouvir a comunidade jurídica, professores, juízes, Magistrados do Ministério Público, advogados, e envolver no pro-

cesso de reforma estes interlocutores, de modo todos juntos procurarem as melhores soluções jurídicas ao serviço do povo angolano.

Por isso, esta conferência é tão importante. Ela contribui para este processo de reforma. Queria elogiar a Universidade Católica de Angola por essa iniciativa que juntou tanta gente competente. É porque são iniciativas deste género que ajudam seguramente a reforçar, não só a qualidade científica do ensino universitário da Universidade Católica de Angola, mas também a qualidade científica da comunidade jurídica angolana em geral. Faço, portanto, um elogio muito rasgado à Universidade Católica de Angola e aos organizadores, a toda a equipa reitoral por esta brilhante iniciativa. Muito obrigado pela vossa atenção e muito obrigado pelo convite. Estarei sempre ao dispor do povo angolano.