



BOLETIM OFICIAL

ÍNDICE

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

Acórdão n.º 1/2016:

Proferido nos autos de recurso contencioso de apresentação de candidatura n.º 3/2016, em que é recorrente, Orlando Pereira Dias e recorrido o 1.º Juízo Cível do Tribunal da Comarca da Praia. 1190

Acórdão n.º 2/2016:

Proferido nos autos de recurso contencioso de apresentação de candidatura n.º 4/2016, em que é recorrente, Cândida Donaldina Varela Rodrigues e recorrido o 4.º Juízo Cível do Tribunal da Comarca da Praia. 1193

Acórdão n.º 3/2016:

Proferido nos autos de recurso contencioso de apresentação de candidatura n.º 5/2016, em que é recorrente, António Pérciles Filipe de Sousa Lopes e recorrido o 4.º Juízo Cível do Tribunal da Comarca da Praia. 1198

Acórdão n.º 4/2016:

Proferido nos autos de recurso contencioso de apresentação de candidatura n.º 6/2016, em que é recorrente, Natalino de Jesus Gomes Furtado (mandatário da UCID) e recorrido o Tribunal Judicial da Comarca da Boa Vista. 1204

Acórdão n.º 5/2016:

Proferido nos autos de recurso de amparo constitucional n.º 1/2016, em que é recorrente, Emílio Pereira Monteiro e recorrido o Supremo Tribunal de Justiça. 1211

Acórdão n.º 6/2016:

Proferido nos autos de recurso contencioso do ato administrativo praticado pela Comissão Nacional de Eleições, registados sob o n.º 7/2016, em que é recorrente a IFH – Imobiliária Fundiária e Habitat, SA e recorrida a Comissão Nacional de Eleições. 1221

Acórdão n.º 7/2016:

Proferido nos autos de Fiscalização Sucessiva Abstrata da Constitucionalidade n.º 8/2015, em que é Requerente o Digníssimo Procurador-Geral da República, tendo como objeto a norma do n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 90/VII/2011, de 14 de fevereiro. 1224

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Secretaria

Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de recurso contencioso de apresentação de candidatura n.º 3/2016, em que é recorrente, Orlando Pereira Dias e recorrido o 1.º Juízo Cível do Tribunal da Comarca da Praia.

Acórdão n.º 1/2016

I. Relatório

1.1. Conforme previsto pelo Código Eleitoral, o PAICV (Partido Africano da Independência de Cabo Verde) apresentou, no dia 6 de fevereiro, por meio de mandatário, Senhor Marcos Fortunato Oliveira, lista para o Círculo Eleitoral da África, a qual se encontrava instruída com vários documentos.

1.2. Detetando algumas irregularidades, nomeadamente omissões e incorreções, encarregou-se o Meritíssimo Juiz do 1º Juízo Cível da Comarca da Praia, Dr. Amândio Brito, de notificar o apresentante, por via de despacho datado de 9 de fevereiro de 2016 (f. 38), para corrigi-las no prazo previsto pela lei, o que veio a acontecer no dia 11 de fevereiro, com a entrega de mais documentação, contendo as correções exigidas (f. 41 e ss).

1.3. Satisfeito, o magistrado deu por supridas as deficiências detetadas e considerou, por meio de despacho de 11 de fevereiro, terem sido cumpridos todos os requisitos legais, serem autênticos todos os documentos, serem elegíveis todos os candidatos efetivos e suplentes e que a lista se encontrava ordenada, tudo nos termos dos dispositivos legais aplicáveis (f. 49).

1.4. Ordenou, assim, que *“se opere nesta lista as retificações requeridas pelo mandatário da lista, e em seguida, que [se] dê imediata publicidade à lista rectificada”* (id.).

1.5. Na sequência, no mesmo dia, foi publicada *“por editos, a lista para o círculo eleitoral da África, do Partido Africano da Independência de Cabo Verde”*, contendo os nomes dos cidadãos Estevão Barros Rodrigues e José Lopes Mendes (efetivos) e Gisele Fernande Antoinette Josephine Lopes; Maria de Fátima Lopes e Simão Mendes Moreira (suplentes), com a afixação a ser certificada (f. 51 v.).

1.6. Depois da publicitação da lista, Orlando Pereira Dias, maior, casado, residente na cidade da Praia, candidato ao mesmo círculo por partido concorrente - o Movimento para a Democracia (MPD) – às eleições legislativas marcadas para 20 de março do corrente ano, veio interpor recurso, nos termos do artigo 353º e seguintes do Código Eleitoral, impugnando o nome de José Lopes Mendes, constante da lista afixada no edital no Tribunal da Comarca da Praia, com os nomes dos candidatos do Partido Africano da Independência de Cabo Verde. Argumentou, no essencial, que:

1.6.1. O Senhor José Lopes Mendes é membro do pessoal administrativo e financeiro do Consulado de Cabo Verde em São Tomé e Príncipe;

1.6.2. Que é público e notório que trabalha no Consulado há vários anos;

1.6.3. Que é o responsável pela entrega do valor da pensão aos pensionistas que fazem parte da comunidade cabo-verdiana naquele país;

1.6.4. Que apresenta programa de rádio do Consulado/Embaixada em São Tomé; e que:

1.6.5. O mesmo substitui o Cônsul nas suas ausências e desloca-se em viatura ligada ao Consulado (f. 53).

1.7. O recurso foi admitido por ter constatado o meritíssimo juiz estarem presentes todos os fundamentos legais para tanto:

1.8. A lista impugnada, ouvida a se pronunciar, no exercício do contraditório, respondeu dizendo que *“uma vez reverificada a inelegibilidade do mesmo no termos previstos do Código Eleitoral”*, propõe seja substituído por Mário Celso Alves Teixeira.

II. Fundamentação

Atendendo que se confirma, no geral, as condições previstas pela lei para se recorrer de decisão que aceite candidaturas, já que o requerente tem legitimidade, tendo em conta que é candidato às mesmas eleições e ao mesmo círculo eleitoral por lista concorrente (v. despacho do 2º Juízo Cível, Autos, ff. 1-2), o recurso foi interposto a 13 de fevereiro às 10:45, portanto dentro do prazo previsto pela lei de quarenta e oito horas, tendo em conta que a lista foi afixada no dia 11 de fevereiro às 11:00, portanto assegurando-se a sua tempestividade.

Ficaria somente pendente a questão de saber se já há uma decisão final do Tribunal de comarca que, à luz do artigo 353 do Código Eleitoral (*“Das decisões finais do Tribunal de Comarca relativas à apresentação de candidaturas cabe recurso para o Tribunal Constitucional (...)”*), confira jurisdição recursal ao Tribunal Constitucional. Por haver ainda esta questão preliminar central, cumpre a este Tribunal decidir o recurso, nomeadamente a sua admissibilidade e eventual mérito.

2.1. O Tribunal deve responder, sobretudo, às seguintes questões:

- a) A decisão do meritíssimo juiz de mandar publicar a lista, aceitando, nomeadamente a lista do partido apresentante é definitiva?
- b) Os meios de prova indicados pelo recorrente são aceitáveis?
- c) Caso ultrapassados esses dois desafios, o Senhor José Lopes Mendes é inelegível?

2.2. Para efeitos do Código Eleitoral, a decisão do juiz é definitiva, ainda que a lista seja provisória e ela não se pronuncie diretamente sobre a impugnação, uma vez que exarada ainda antes da publicidade da mesma, que permite aos interessados terem acesso ao seu conteúdo. Neste sentido, a intervenção dos tribunais de comarca, competentes para admitir as listas, e o controlo que podem exercer sobre a regularidade das mesmas é limitado pela lei ao momento de apresentação das mesmas, podendo e devendo o magistrado judicial escrutiná-las à luz das condições de candidatura, positivas e negativas, nomeadamente no tocante às inelegibilidades. Todavia, esse controlo é, por excelência, limitado em razão do tempo e dos documentos cuja apresentação a lei exige, sendo que

o juiz pode avaliar a autenticidade dos documentos, mas não conseguirá fazer o mesmo em relação à veracidade das declarações. Ora, esse escrutínio, no tocante às inelegibilidades, é feito com base nos documentos apresentados, nomeadamente a declaração que o próprio candidato faz. Subsequentemente, em se tratando de uma competição política, demais interessados a que lei confira legitimidade processual podem recorrer ao Tribunal Constitucional se, por ventura, tiverem conhecimento de algum facto do qual resultasse a inelegibilidade do candidato. E, mais, a qualquer momento, pois, mesmo que for eleito, mas porte tal marca, ainda pode perder o mandato, pois, conforme o artigo 171 (2) da Constituição, *“implica, ainda, a perda de mandato qualquer inelegibilidade existente à data das eleições e conhecida posteriormente”*.

No caso concreto, o Senhor José Lopes Mendes foi convidado e aceitou candidatar-se na lista do PAICV para o círculo África, apresentou, através do mandatário da lista, declaração segundo a qual não estava abrangido por qualquer causa de inelegibilidade (f. 18: *“Eu, José Lopes Mendes, (...), declaro, nos termos e para o efeito do disposto no artigo 348 n.º 1 e 3 do Código Eleitoral, que: i) não me encontro abrangido por qualquer inelegibilidade”*), a sua candidatura foi admitida e publicada pela entidade competente inserida na lista apresentada; tomando conhecimento da situação e de eventuais factos que tolhe a sua elegibilidade, um candidato de lista concorrente, o Senhor Orlando Pereira Dias, recorreu a este tribunal.

Portanto, o Tribunal entende que a decisão é recorável.

2.3. No que diz respeito à segunda questão a determinar, atendendo à situação concreta que se apresenta ao Tribunal é importante saber se, para além da alegação, o recorrente fez prova da inelegibilidade do candidato apresentado.

2.3.1. Nesta matéria, estipula o artigo 268 do Código Eleitoral que *“Em tudo o que não estiver regulado no presente Código aplica-se aos atos que impliquem intervenção de qualquer tribunal o disposto no Código de Processo Civil quanto ao processo declarativo, com as necessárias adaptações”*. Há, por conseguinte, uma remissão para o Código de Processo Civil, de uma parte, mas também, de outra, a necessidade de se proceder às necessárias adaptações em razão do tipo de processo e da natureza não meramente adversarial do contencioso eleitoral, em que, nomeadamente, o Estado tem um interesse supremo assente no princípio democrático em que a vontade do povo se manifeste de forma livre e que os concorrentes estejam em igualdades de condições, não devendo, nos termos da lei, permitir-se que os candidatos possam ocupar posição que lhes confira qualquer vantagem efetiva, presumida ou simbólica.

2.3.2. O próprio Código Eleitoral, no seu artigo 355 (1) já dispõe que *“O requerimento de interposição de recurso, do qual devem constar os fundamentos, é entregue no tribunal que proferiu a decisão recorrida, acompanhada de todos os elementos de prova”*.

2.3.3. O Código de Processo Civil define o momento de apresentação das provas, dizendo no artigo 481 que *“1. Os documentos destinados a fazer prova dos fundamentos da ação ou da defesa devem ser apresentados com o articulado*

em que se aleguem os factos correspondentes; Se não forem apresentados com o articulado respetivo, os documentos podem ser apresentados até ao encerramento da discussão da matéria de facto, mas a parte é condenada em multa, exceto se provar que os não pode oferecer com o articulado. E, no caso concreto de apresentação em momento posterior, dispõem que “1. Depois de encerramento da discussão só são admitidos, no caso de recurso, os documentos cuja apresentação não tenha sido possível até aquele momento; 2. Os documentos destinados a provar factos posteriores aos articulados, ou cuja apresentação se tenha tornado necessária por virtude de ocorrência posterior, podem ser oferecidos em qualquer estado do processo” (art. 482).

2.3.4. É seguro também que o Código de Processo Civil dispõe a respeito da situação de o documento estar na posse de parte contrária, estabelecendo, no seu artigo 486, que *“1. Quando se pretenda fazer uso de documento em poder da parte contrária, o interessado requer que ela seja notificada para apresentar o documento dentro do prazo que lhe for designado; no requerimento a parte identifica quando possível o documento e especifica os factos que com ele quer provar; 2. Se os factos que a parte quer provar forem relevantes para a decisão da causa, é ordenada a notificação; 3. A não apresentação injustificada é apreciada livremente pelo juiz para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova decorrente do preceituado no n.º 2, do art.º 344º do Código Civil”*.

2.3.5. A Lei do Tribunal Constitucional, no seu artigo 62 (1) dispõe que *“1. O Presidente do Tribunal, o relator ou o próprio Tribunal podem requisitar a quaisquer órgãos ou entidades os elementos que julguem necessários ou convenientes para a apreciação do pedido e a decisão do processo”*, o que significa que o próprio legislador, como é natural, prevê a possibilidade de o Tribunal recolher os elementos necessários à formação da sua convicção.

2.3.6. Tudo isto significa que, naquilo que não se dispuser na Lei do Tribunal Constitucional e no Código Eleitoral em matéria de obtenção de provas ou acesso a elementos decisórios fundamentais, deve-se recorrer ao Código de Processo Civil. Porém, fazendo-se as adaptações que se revelarem necessárias, nomeadamente tendo em atenção os interesses públicos co-naturais ao processo eleitoral, os quais também cabe ao Tribunal Constitucional preservar, e o tempo reduzido que a lei dispõe para recursos eleitorais, o que pode dificultar a obtenção dessas provas.

Assim sendo, até para salvaguardar um desdobramento natural negativo em relação ao direito de acesso à justiça, neste caso aos tribunais, é fundamental que não se tenha uma interpretação absolutista do ónus da prova nesta matéria. Claro está que ela ainda cabe ao recorrente, do que decorrem consequências pela sua não apresentação, já que a sua pretensão fica limitada ao que o juiz eleitoral possa, por indicação ou *ex officio*, apurar, correndo, pois, um maior risco dela não ser atendida.

Todavia, em determinadas situações, a indicação das mesmas, desde que passíveis de acesso razoável dentro do prazo decisório que a lei impõe ao Tribunal Constitucional, será suficiente, podendo, de forma livre, o mesmo apreciar a necessidade de as requerer diretamente, portanto obtendo-as *ex-officio* ou a pedido de interessado

processualmente legitimado. Mais uma vez, haverá casos, e o mais provável é que nesta matéria assim seja, em que as provas estarão na posse de entidades públicas, às quais o próprio Tribunal por força do já citado dispositivo – o artigo 62 (1) da Lei do Tribunal Constitucional – pode requerer apresentação.

2.4. No caso concreto, o recorrente, no seu requerimento de fls. 54 e 55 dos autos, requereu notificação do Ministério de Relações Exteriores, para juntar aos autos cópia do Boletim Oficial onde José Lopes Mendes foi nomeado e/ou cópia de contrato de trabalho celebrado entre este e a administração cabo-verdiana.

2.4.1. Efetivamente o ónus é do recorrente. Assim, cabe-lhe, nos termos do artigo 355º, do Código Eleitoral, fazer acompanhar do recurso, de todos os elementos de prova.

2.4.2. Havendo dificuldades em fazê-lo, designadamente, tratando-se de documentos que estiverem na posse da parte contrária ou de qualquer outra entidade, devia socorrer-se dos dispositivos do Código de Processo Civil, para, entre outros, requerer ao tribunal a requisição dos documentos;

2.4.3. Assim, cabia ao recorrente, Senhor Orlando Pereira Dias, o ónus de prova sobre o vínculo de José Lopes Mendes, com o Consulado de Cabo Verde na República de São Tomé e Príncipe, facto que lhe torna inelegível, nos termos em que invoca, o que não fez.

2.4.4. Correu, assim, o risco da sua pretensão não ser satisfeita pela inexistência de prova daquilo que foi alegado, até porque, nos termos do artigo 473º, do Código de Processo Civil, ex vi, artigo 268º, do Código Eleitoral, “a dúvida sobre a realidade dum facto resolve-se contra a parte que tiver o ónus da respetiva prova”.

2.4.5. Ocorre, todavia, que não há dúvida porque o Tribunal conseguiu obter a comprovação do facto invocado pelo recorrente (v. infra) e porque o mandatário da lista contendo o nome impugnado admite-o, com base numa reavaliação das condições de elegibilidade e inclusive propõe uma substituição do referido candidato (“uma vez reverificada a inelegibilidade do mesmo no termos previstos do Código Eleitoral” propõe seja substituído por Mário Celso Alves Teixeira”).

2.5. E não há dúvida porque realmente o artigo 404 do Código Eleitoral dispõe que “para além das inelegibilidades gerais previstas neste Código, são ainda inelegíveis no círculo eleitoral onde exercem a sua atividade: (...) c) os membros do pessoal técnico e administrativo das missões diplomáticas e consulares; (...)”. O legislador, a respeito, entendeu que, além das inelegibilidades gerais, deveria haver inelegibilidades específicas, aplicáveis somente em sede de eleições legislativas, como é o caso, procurando salvaguardar interesses públicos importantes, nomeadamente o regular funcionamento do processo democrático e de eleição de representantes do povo, vedando a participação, circunscrita ao círculo eleitoral específico, de eventuais candidatos que, a partir de determinadas posições ocupadas, pudessem tirar partido eleitoral, conferindo-se-lhe uma vantagem em relação aos seus concorrentes ou levando a alguma confusão de papéis, da qual resultasse o mesmo efeito.

2.5.1. Neste caso, a própria candidatura proponente admitiu que, na “reavaliação” que fez sobre o cumprimento das condições, positivas e negativas, de elegibilidade, o candidato apresentado estava abrangido por uma inelegibilidade, propondo, na sequência, a sua substituição. Portanto, reconheceu uma falha na triagem de candidatos por si feita, propondo, assim, a sua correção.

2.5.2. Tal ato tem a natureza de um reconhecimento. Assim sendo, do ponto de vista jurídico, seriam, nos termos do artigo 352º, do Código Civil, aplicáveis, analogicamente, as disposições sobre a confissão, nomeadamente por ser esta o “reconhecimento que a parte faz da realidade de um facto que lhe é desfavorável e favorece a parte contrária”. O artigo 353º, sob a epígrafe capacidade e legitimidade, estatui que: “1. A confissão só é eficaz quando feita por pessoa com capacidade e poder para dispor do direito a que o facto confessado se refira. 2. (...)”. Ora bem, o mandatário da lista tem para todos os efeitos, legitimidade para representá-la e a respeito dela ela exercer todos os atos, junto dos tribunais onde forem apresentadas as candidaturas.

2.5.3. Na mesma sequência, nos termos do artigo 358º: “1. A confissão judicial escrita tem força probatória plena contra o confitente. 2. - força probatória, a confissão extrajudicial, em documento autêntico ou particular, considera-se provada nos termos aplicáveis a estes documentos e, se for feita à parte contrária ou a quem a represente, tem força probatória plena. 3. A confissão extrajudicial não constante de documento não pode ser provada por testemunha nos casos em que não é admitida a prova testemunhal; quando esta seja admitida, a força probatória da confissão é livremente apreciada pelo tribunal. 4. A confissão judicial que não seja escrita e a confissão extrajudicial feita a terceiro ou contida em testamento são apreciadas livremente pelo tribunal”. No caso concreto, o reconhecimento feito pelo mandatário da lista impugnada é: judicial, escrita, feita em processo com conhecimento da parte contrária. Sendo assim, a análise a avaliação da mesma compete ao tribunal e tem força probatória plena.

Mas, mesmo isso sendo esse elemento suficiente para a formação da convicção do Tribunal, acresce que uma aferição independente também permite chegar à mesma conclusão, ou seja, de que efetivamente o Senhor José Lopes Mendes faz parte do pessoal contratado local da representação de Cabo Verde em São Tomé. É que informação proveniente da Embaixada de Cabo Verde em São Tomé e Príncipe, transmitida à Diretora de Recursos Humanos do Ministério das Relações Exteriores, e, por sua vez, respondendo a solicitação do Tribunal, ao juiz relator, demonstrou, por meio de documentos – folha de salário e contribuições ao INSS – que o candidato em questão tem a categoria de técnico administrativo e recebe remuneração mensal da Embaixada. Na nota de cobertura insere-se mesmo menção da sua ligação com essa estrutura, comentando a entidade remitente que seriam documentos que “atestam o vínculo laboral do Senhor José Lopes à Embaixada, que exerce as funções de financeiro. Trata-se de um funcionário contratado localmente”.

Fica, pois, suficientemente estabelecido que o Senhor José Lopes Mendes, fazendo parte do pessoal técnico da representação de Cabo Verde na República Democrática de São Tomé e Príncipe, é inelegível, não podendo integrar lista para o círculo África.

Decisão

Assim sendo, os juízes do Tribunal Constitucional, reunidos em conferência, acordam:

- a) Julgar procedente o presente recurso, determinando a exclusão do candidato da lista apresentada;
- b) Consequentemente, revogar a decisão que admitiu a candidatura do Senhor José Lopes Mendes;
- c) Que baixem os autos à instância para os devidos efeitos, nomeadamente para decisão sobre a substituição.

Isento de custas por não serem devidas.

Registe e notifique.

Data: 18.02.2016

Assinados:

José Pina Delgado (Relator), Aristides Raimundo Lima e João Pinto Semedo.

Está conforme.

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, na Praia, aos 18 de fevereiro de 2016. – O Secretário, *João Borges.*

Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de recurso contencioso de apresentação de candidatura n.º 4/2016, em que é recorrente, Cândida Donaldina Varela Rodrigues e recorrido o 4.º Juízo Cível do Tribunal da Comarca da Praia.

Acórdão n.º 2/2016

I

1. Com vista às eleições legislativas de 20 de Março de 2016, deu entrada no Tribunal Judicial da Comarca da Praia, a lista de candidatura do Partido Político União Cabo-verdiana Independente e Democrática – UCID-relativa ao Círculo Eleitoral das Américas;

2. A lista era composta por dois candidatos efetivos, Júlio César Mendes de Carvalho, e dois suplentes, Benjamim Alves Teixeira e dois suplentes, José Ruy Barbosa Araújo e Diva Helena Gomes Almeida;

3. Feita uma análise preliminar dos documentos da candidatura, a meritíssima Juíza do 4.º Juízo Cível do Tribunal Judicial de Comarca da Praia, considerou haver algumas irregularidades do processo e convidou a mandatária a suprir as irregularidades apontadas: a falta da certidão de recenseamento dos mandatários indicados; a falta de um certificado de registo criminal integral de um dos candidatos; a indicação de apenas dois suplentes em vez de três;

4. Devidamente notificada, a mandatária da lista remeteu a certidão de recenseamento solicitada, bem como a certidão do registo criminal solicitada;

5. A mandatária recusou-se a indicar mais um suplente e pediu à Meritíssima Juíza se dignasse aceitar o número de dois suplentes, com base nos seguintes argumentos:

- a) Porque o artigo 348º, nº 2, 2ª parte do CE dispõe que «a lista deve ser ordenada e conter um número de candidatos efetivos igual ao número de mandatos correspondente ao círculo e de candidatos suplentes não inferior a três, nem superior ao dos efetivos»;
- b) «A prática da UCID, e também de outros partidos políticos, em eleições anteriores tem sido sempre de apresentar dois candidatos suplentes nos círculos eleitorais que elegem dois deputados»;
- c) Nestas eleições a UCID terá apresentado apenas dois candidatos suplentes noutros círculos eleitorais que elegem dois deputados e «a candidatura foi aceite» (sic!);

6. Por requerimento, a UCID viria ainda pedir a substituição do candidato suplente José Ruy Barbosa Araújo pela Senhora Irina Lopes Silva Souto Amado, cujos documentos foram remetidos igualmente;

7. Recebida a lista reformulada, com a indicação de apenas dois suplentes, a meritíssima Juíza, com base numa leitura diferente dos artigos 348º, nº 2 e 414º, nº 1, do CE em conjugação com o disposto nos 2 e 3 do artigo 115º da Constituição, decidiu, no dia 13 de Fevereiro, pela rejeição da lista da UCID para o Círculo Eleitoral das Américas por não respeitar o limite mínimo de 3 deputados suplentes.

8. Inconformada com a douta sentença proferida pelo 4º Juízo do Tribunal Judicial da Comarca da Praia, a UCID, através da Senhora mandatária da lista, veio recorrer para este Tribunal Constitucional no dia 15 de Fevereiro de 2016, com base nos seguintes argumentos sintetizados na sua conclusão:

- a) «O que governa a interpretação é o princípio e não o conteúdo da norma. Segundo o artigo 9º do CC a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento do legislativo»;
- b) «Tanto a Constituição da República, como o Código Eleitoral tomam como princípio que o número de candidatos suplentes às eleições legislativas deve ajustar-se ao número de efetivos e não pode ultrapassar esse número»;
- c) «A norma segundo a qual o número de suplentes não pode ser inferior a três tem que se harmonizar com o princípio da harmonização (sic!) entre o número de efetivos e o número de suplentes e com a ideia de que o número de suplentes não pode ultrapassar o número de efetivos»;
- d) A interpretação segundo a qual o número de suplentes (3) é aplicável, mesmo quando o número de efetivos é de 2, mostra-se desconforme com o princípio contido em » b);
- e) A não aceitação da candidatura apresentada pela UCID pelo facto de ter ajustado o número de candidatos suplentes ao número de efetivos, é ilegal e inconstitucional»;

9. A mandatária conclui dizendo que a sentença deve, pelos fundamentos apresentados, ser revogada e que deve ser ordenada a aceitação da candidatura.

II

Vistos os argumentos, cumpre apreciar e decidir

1. A UCID, através da sua mandatária da lista, e enquanto partido político concorrente às eleições, tem, nos termos dos artigos 353º e 354º do CE, legitimidade para interpor recurso das decisões finais relativas à apresentação de candidaturas, como é o caso em que o Tribunal rejeita a sua candidatura;

2. O ato de rejeição da candidatura configura uma decisão final e é, por isso, recorrível, nos termos do artigo 353º do CE;

3. O recurso foi interposto tempestivamente nos termos do artigo 353º do CE e é, por isso, admitido;

4. No caso em apreço a Juíza a quo apercebeu-se e bem do conflito existente entre a norma do CE que estabelece o limite máximo de candidatos suplentes (que nos termos do artigo 348º, nº 2, não pode ser superior ao número de efetivos) e o limite mínimo de três deputados suplentes (que é igualmente previsto no citado artigo e, ainda, no artigo 414º do CE);

5. Ela verificou e bem que a questão se coloca apenas nos círculos eleitorais que elegem dois deputados;

6. Nestes círculos de dois, *prima facie*, a entidade que tem a competência de aceitar as listas nos círculos de dois , é colocada a navegar entre Cila e Caríbdis, isto é se pretende cumprir o limite mínimo de três candidatos suplentes, ele é obrigado embater-se contra o rochedo do limite máximo de dois deputados, que não pode aparentemente ser superado;

7. O mesmo se passa com o proponente da lista que querendo não desrespeitar a exigência de um limite máximo, se viu obrigado a optar por reduzir o limite mínimo de três suplentes para dois, violando aparentemente também o limite mínimo estabelecido;

8. A Juíza a quo procurou compreender a ratio da disposição constitucional que estabelece um limite mínimo: assegurar um normal funcionamento da Assembleia Nacional, «evitando situações de bloqueio que podem resultar da morte, incapacitação, ausência, incompatibilidade etc.», como afirma;

9. Contra esta apreciação não há nada a apontar;

10. O problema coloca-se é quando a meritíssima Juíza nas suas doutas considerações sustenta que o legislador constituinte conscientemente estabeleceu o limite de três candidatos suplentes como mínimo, dando a ideia de que o intérprete não pode fazer mais nada;

11. É certo que a redação, quer do artigo 115º, nº 3, da Constituição, quer a redação dos artigos 348º, nº 3, e 414º, nº 1 do CE têm conduzido a leituras, não só de magistrados judiciais, como também de partidos políticos que entendem que a Lei exige três suplentes em todas as circunstâncias, mesmo tratando-se de círculos de dois deputados.

12. Mas, uma pergunta se impõe, será que o Juiz *a quo* não deveria fazer uma interpretação que ultrapassasse a leitura literal dos preceitos?

13. Entendemos que sim, que o que se pede ao intérprete de uma norma legal quando há uma contradição normativa que dificulta a obtenção do sentido e que não pode ser ultrapassada pelos métodos tradicionais é que se faça uso de princípios que ajudem a resolver a contradição;

14. Os métodos de interpretação da lei clássicos, recorde-se, são, além da interpretação literal ou gramatical, a interpretação sistemática, a interpretação teleológica e a interpretação histórica.

15. O nosso código civil no seu artigo 9º parece apontar para o método de interpretação objetivo, ao postular o seguinte: «a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada».

16. Ora, o Tribunal a quo procedeu a um esboço de interpretação teleológica, mas aparentemente não levou o esforço até às últimas consequências; na verdade o sentido da norma era, como se verá mais adiante, estabelecer uma garantia máxima e uma garantia mínima de funcionamento da Assembleia Nacional face a vicissitudes várias que possam levar à indisponibilidade dos candidatos eleitos. Este princípio deveria ter mais peso na ponderação feita a nível do CE.

17. Mas mais importante é que a leitura do 4º Juízo Cível do Tribunal de Comarca da Praia não permite resolver a contradição patente nas normas do CE e também do artigo 115º da Constituição.

18. É uma leitura que dá valor ao respeito pelo limite mínimo e desvaloriza o respeito pelo limite máximo estabelecido para os suplentes;

19. É também uma leitura que, como se viu, não valoriza suficientemente a finalidade da norma.

20. Ora, bem, numa situação destas impunha-se ao julgador, antes de mais, procurar resolver a contradição através de princípios adequados;

21. Desde logo procurando na interpretação da Constituição aplicar o princípio da concordância prática entre o limite máximo estabelecido, que não pode ser superior ao número de candidatos efetivos, e o limite mínimo de três;

22. Qual é o conteúdo deste princípio? Segundo o Professor Konrad Hesse, *consiste em que «bens jurídicos jurídico-constitucionalmente protegidos devem na resolução de problemas ser de tal forma relacionados uns com os outros de modo a que cada um deles ganhe realidade. Onde surgirem colisões nenhum deles (= os bens jurídicos) deve, numa ponderação precipitada de bens, ou mesmo numa ponderação valorativa abstrata, ser realizado a custo do outro. Pelo contrário, o princípio da unidade da Constituição coloca a tarefa de uma otimização: a ambos os bens devem ser estabelecidos limites, para que todos possam alcançar uma eficácia ótima¹»*. Por seu turno,

¹Konrad Hesse: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 17ª edição, Heidelberg, 1990, p. 17; cfr. também, Klaus Stern: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 2ª edição, Munique 1984, p. 133.

o Professor Gomes Canotilho², define o princípio da concordância prática como *«a coordenação e combinação de bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros»*.

23. Considerando o disposto no nº 3 do artigo 115º da Constituição nota-se que quando se estabelece um limite máximo para o número de suplentes há um bem protegido que é a racionalidade e flexibilidade no estabelecimento do número de potenciais substitutos dos Deputados; em princípio os suplentes podem ser em número mínimo ou situar-se numa escala que vai até ao máximo dos efetivos; a ideia é que a mais efetivos possa corresponder mais suplentes, para que, sobrevivendo vicissitudes que eventualmente impeçam o exercício do mandato pelos efetivos, haja suplentes disponíveis para evitar que o Parlamento fique com uma composição abaixo do número legal e eventualmente se possa pôr em causa a correlação de forças definida nas urnas, incluindo uma eventual perda de maioria governativa;

24. Por outro lado, quando se estabelece um número mínimo de suplentes tem-se em mira garantir a possibilidade de haver uma resposta mínima adequada no sentido da substituição de deputados que possam vir a estar impedidos de exercer, seja temporariamente, seja em definitivo, o seu mandato; aqui o bem jurídico protegido é a funcionalidade do Parlamento face a diversas vicissitudes quanto ao exercício do mandato por deputados efetivos;

25. Em ambas as situações descritas procura-se defender um interesse público: o do normal funcionamento da democracia parlamentar e representativa em que os partidos têm um papel fundamental e imprescindível;

26. Em todas as situações em que são eleitos num círculo eleitoral mais do que dois deputados, a norma do artigo 115º não acarreta nenhum problema, pelos limites máximos que estabelece;

27. O legislador constituinte estatuiu o princípio de que o número de suplentes não pode ultrapassar o número de efetivos e que o número mínimo de suplentes é de três; e isto funciona: por exemplo se for o caso de um círculo eleitoral *pequeno*³, sendo a lista de três efetivos pode-se estabelecer o máximo de três candidatos suplentes, que coincidirá com o mínimo permitido de 3; se se tratar de um círculo eleitoral *médio*, sendo a lista de 6 deputados, pode-se estabelecer um número máximo de seis suplentes, que ultrapassará o limite mínimo; se for o caso de um círculo eleitoral *grande*, que eleja 17 deputados, o número máximo de suplentes pode ser de 17 e o mínimo de três.

28. Todavia, quando se trata de um círculo de dois para que o princípio funcione sem por em causa o limite máximo será necessário que se reduza o número mínimo de três para dois; mas o interessante, embora possa parecer paradoxal, é o seguinte, reduzindo-se o número mínimo de suplentes para dois, a garantia da funcionalidade

continuará a manifestar-se com a máxima força relativa. Esta força poderá ser traduzida pela seguinte fórmula aplicada exemplarmente a círculos de dois e de 17, por exemplo: 2/2 assim como 17/17.

29. Ora, não funcionando os dois princípios ao mesmo tempo, porque um contradiz o outro, haverá que proceder à concordância prática entre os dois princípios e os bens jurídicos protegidos: garante-se funcionalidade do parlamento, pois num círculo de dois efetivos, dois suplentes poderão dar uma resposta de cem por cento a uma eventual vicissitude em que os dois deputados percam o seu mandato, renunciem ao mesmo ou o suspendam temporariamente; da mesma forma se garante a racionalidade e a funcionalidade com um número de suplentes igual ao número de efetivos nos círculos que elegem mais de dois deputados.; isto é, cada um destes princípios encontra a sua expressão na realidade;

30. O sentido e a realidade da Constituição devem constituir a base e o parâmetro da interpretação constitucional. O sentido da norma em questão é estabelecer um limite máximo e um limite mínimo de suplentes por forma a garantir a funcionalidade do Parlamento.

31. A interpretação no sentido da admissão de dois suplentes em círculos de dois parece responder igualmente ao princípio da integração, outro princípio de interpretação da Constituição que postula que na resolução de problemas constitucionais se deve dar mais atenção aos pontos de vista que concorrem mais para a produção e a manutenção da unidade política. Ora, a rejeição da lista de um partido político com base numa interpretação de disposições do direito eleitoral contraditórias, sem se fazer um esforço de concordância prática, pode levar a afastar uma força política do jogo democrático e pôr em causa direitos fundamentais de participação política. Embora tal rejeição seja sempre uma possibilidade legal, ela, quando não justificada suficientemente, divide a comunidade, mais do que a une;

32. A rejeição de uma lista, embora prevista na lei, é sempre uma sanção muito forte para qualquer partido, pois tem sérias consequências práticas: ela diminui a possibilidade de expressão política, de participação política e de debate democrático dos cidadãos em torno dos grandes problemas nacionais, para além de reduzir a competitividade do sistema democrático, em especial no círculo eleitoral que ficará, passe a expressão, «órfão de um partido».

33. Impunha-se, pois, ao Tribunal não se quedar pelo sentido literal das normas do CE e da Constituição e procurar a harmonização prática dos dois princípios, já que, no sistema constitucional cabo-verdiano, não só os juízes de todos os tribunais têm acesso direto à Constituição, como, também, eles não estão impedidos de a interpretar quando julgam quaisquer matérias, incluindo, as matérias eleitorais; acresce ainda que os juízes sabem, e muito bem, que a interpretação jurídica frequentemente, se não sempre, convoca o princípio da unidade da ordem jurídica, cujas bases se encontram na Constituição da República.

34. Mas, sobretudo ele não procedeu à harmonização antes referida, nem sequer a tentou; pelo contrário,

²José Joaquim Gomes Canotilho : Constituição e Teoria da Constituição, 6ª edição, Coimbra, 2002, p. 1211.

³Para o conceito de círculos uninominais, pequenos (2 a 5 mandatos), médios (6 a 10 mandatos) e grandes (igual ou mais de 11), cfr. Dieter Nohlen : Wahlrecht und Parteiensystem, 3ª edição, Opladen 2000, p. 476; cfr. também, com ligeiro desvio da posição de Dieter Nohlen, no que respeita aos círculos médios e grandes, Aristides R. Lima : Quo vadis – Sistema –Eleitoral: Questões fundamentais em debate no sistema eleitoral cabo-verdiano, in Direito e Cidadania nº 24/2006, p. 68.

entendeu, na sua decisão, rejeitar a lista com base numa interpretação literal que, no entanto viola a Constituição no que diz respeito ao princípio máximo estabelecido e não valora suficientemente o facto de o proponente ter procurado não incumprir esse princípio do limite máximo de suplentes estabelecido para o círculo de dois.

35. Esta posição do 4º Juízo Cível do Tribunal Judicial da Comarca da Praia, acontece quando alguns tribunais têm aceite, para círculos de dois deputados, três suplentes, e outros tribunais vêm admitindo pacificamente, nos mesmos círculos eleitorais que elegem dois deputados, apenas dois suplentes; assim, por exemplo, o Tribunal de Comarca de S. Nicolau aceitou no ano de 2011 dois suplentes⁴; igualmente no corrente ano de 2016, o 2º Juízo Cível do Tribunal Judicial da Comarca da Praia aceitou a 12 de Fevereiro, a lista da UCID para o Círculo Eleitoral da África, a qual apresentou apenas dois suplentes⁵.

36. Assim, feita a interpretação da Constituição, como se impunha fazer, o que se esperava do 4º Juízo Cível do Tribunal Judicial da Comarca da Praia, era uma interpretação das normas do CE conforme à Constituição;

37. Ora, entendendo as normas do Código Eleitoral de acordo com a Constituição, interpretada segundo os cânones da harmonização prática e do princípio do efeito integrador da comunidade, impunha-se admitir a lista da UCID para o Círculo das Américas; o mesmo é dizer que não haveria nenhuma razão para não admitir a lista.

38. Cumpre, finalmente, lembrar Karl Larenz, que dizia que ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade «na manutenção da ordem jurídico-estatal e da sua capacidade de funcionamento», não podendo «proceder segunda a máxima fiat iustitia, pereat respublica»⁶;

39. Mas, também cabe ao legislador, mormente o legislador constituinte derivado, aprovar leis que diminuam as margens de incerteza na interpretação e assegurem níveis elevados de segurança jurídica e fiabilidade no ordenamento jurídico.

III

Assim, os Juízes- Conselheiros do Tribunal Constitucional acordam, em Plenário, julgar procedente o recurso, determinando que seja admitida a lista da UCID, com dois suplentes, para o Círculo Eleitoral das Américas.

Isento de custas, por não serem devidas. Registe-se e notifique-se.

Cidade da Praia, 18.02.2016

Os Juízes-Conselheiros

Assinados:

Aristides R. Lima (Relator), *João Pinto Semedo* (votou a decisão com base nos fundamentos constante da declaração de voto do Juiz Conselheiro *José Manuel Avelino de Pina Delgado*) e *José Pina Delgado* (nos termos da declaração de voto em anexo).

Declaração de Voto (Concorrente)

1. O Tribunal Constitucional teve, neste caso, a missão de tratar de uma questão controvertida, complexa, que tem suscitado dúvidas legítimas na sociedade cabo-verdiana, entre os partidos políticos e junto aos Tribunais. Naturalmente, um desafio desta magnitude não é fácil de ser resolvido no quadro dos intervalos temporais decisórios, que, por exigência do processo eleitoral, que requer celeridade, são impostos ao Tribunal pela Lei: setenta e duas horas. Daí que seja de se dar o devido merecimento ao relator pelo hercúleo labor hermenêutico, tentando encontrar soluções constitucionalmente conformes que permitissem resolver a situação concreta que motivou o recurso interposto com base no artigo 353 do Código Eleitoral. Encontrou-a em relação ao caso concreto, definindo o que se adequava para a resolução do pedido do recorrente, ou seja, de se revogar a decisão que rejeitou a lista da UCID para o Círculo das Américas. Todavia, no quadro argumentativo exposto vão sendo apresentados fundamentos e conclusões parciais que, *data venia*, não poderei acompanhar integralmente. Por conseguinte, a minha declaração de voto visa, de forma sucinta, apresentar as razões do meu entendimento.

2. Votei com o Relator porque concordo com a solução apresentada de revogar a decisão que excluiu a lista da União Cabo-Verdiana Independente e Democrática (UCID) para as Américas. Isto porque não tenho qualquer problema em subscrever o entendimento do ilustre colega de que *“A rejeição de uma lista, embora prevista na lei, é sempre uma sanção muito forte para qualquer partido, pois tem sérias consequências práticas: ela diminui a possibilidade de expressão política, de participação política e de debate democrático dos cidadãos em torno dos grandes problemas nacionais, para além de reduzir a competitividade do sistema democrático, em especial no círculo eleitoral”*. O processo democrático pressupõe, no nosso sistema participação política, possibilidade de debate de ideias, propostas sobre o país no geral, sobre o seu futuro, a respeito das comunidades emigradas, como releva para o caso. Tudo isso no nosso sistema constitucional sustenta-se diretamente no princípio democrático e num dos pilares centrais do Estado de Direito Democrático, a soberania do povo. Mais do que isso, associa-se aos direitos fundamentais e aos direitos de participação política que uma República Livre garante aos seus cidadãos, estimulando o seu empenhamento cívico. Neste quadro, o próprio sistema é desenhado de tal modo a que qualquer inibição da participação política e do direito a disputar eleições seja sempre excecional e sempre amparada em motivos claros, reveladores de interesses públicos importantes, e na medida estritamente necessária para a sua salvaguarda. Ademais, em razão deste cuidado acrescido, o legislador concentrou a competência em matéria de admissão ou de rejeição de candidaturas em órgãos independentes e imparciais – os tribunais.

Ora, no caso concreto, a sanção aplicada pela não indicação do terceiro suplente foi a de rejeição da lista apresentada, o que significa que a UCID não poderia concorrer para o círculo em questão. O que, naturalmente, configura uma sanção grave que talvez se justificasse em casos nos quais perante um dever de comportamento claramente fixado e comunicado pela norma, o destinatário insistisse em

⁴Cfr. o Acórdão (do Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional) nº 1/2011.

⁵Cfr. A decisão do Juiz Antero Varela que, no processo nº 16 /2016 (Autos de apresentação de candidaturas às eleições legislativas de 20 de Março de 2016) conclui o seguinte : « Não podemos censurar o mandatário da UCID com a rejeição da lista por ter apresentado apenas dois candidatos suplentes às eleições legislativas de 20 de Março de 2016, para o Círculo Eleitoral de África».

⁶Cfr. Karl Larenz: Metodologia da Ciência do Direito, 3ª edição, Lisboa, 1997, p. 517.

conduta diversa e incompatível. Se a previsão desta sanção não se discute, uma vez que, como se disse, decorrente da lei, entendo que uma desta magnitude, inabilitante da participação política de um partido e de cidadãos que integram a sua lista no círculo das Américas, com o impacto que isso pode ter sobre o funcionamento do sistema democrático, não se justifica face à situação concreta.

E não se justifica porque, no geral, não me parece que conduta do partido em questão pode ser inteiramente censurável ao ponto de lhe cair em cima uma sanção tão forte. Esse entendimento é válido, mesmo atendendo a que, por decisão da meritíssima juíza do 4º Juízo Cível da Comarca da Praia, foram notificados para completar a lista, suprimindo as deficiências detetadas sob pena de aplicação da mesma sanção, e, com base na sua apreciação sobre o sentido das normas aplicáveis, optaram por não o fazer.

Justifica-se esta posição porque também concordo com uma das conclusões do relator. Efetivamente, os dispositivos que governam o número de candidatos suplentes em listas para as eleições legislativas são tudo menos claros. Chegam, como se disse e foi apontado nos autos por quase todos os intervenientes, a ser contraditórios – externa e internamente – o que não significa que, nesta sede, não se deva interpretá-los de forma a deles extrair o melhor sentido. Neste sentido, a interpretação feita, em consciência, pela candidatura, é possível e encontra no texto da lei (e da Constituição) algum amparo. Daí não discordar, nesta perspetiva do entendimento do ilustre magistrado do 2º Juízo Cível de acordo com o qual “*não podemos censurar o mandatário da UCID com a rejeição da lista por ter apresentado apenas dois candidatos suplentes às eleições legislativas de 20 de março de 2016, para o círculo de África*” (p. 3). A propósito acresce a existência de outras decisões de tribunais de comarca que não rejeitaram ou, se se quiser, admitiram, listas com apenas dois suplentes em círculos que elegem dois deputados.

Ora, os destinatários das normas em qualquer Estado de Direito devem conformar a sua conduta conforme o que é prescrito pela Lei e pelas interpretações que os tribunais dela fazem, criando através desses veículos expectativa legítima junto aos destinatários em relação à conduta legalmente prescrita. Esta expectativa ampara-se no princípio do Estado de Direito e neste caso ela foi cumulativamente alimentada por atos públicos, seja porque reiteradamente os normativos foram mantendo formulações com duplo-sentido incompatível, seja porque os tribunais foram decidindo ora com base num entendimento, ora com base no outro.

Perante um cenário em que a norma válida é comunicada de forma deficiente e que os tribunais decidem de forma divergente sem que um tribunal recursal se tenha pronunciado sobre a mesma, tentando clarificar a questão, como se pode censurar o destinatário por tentar cumpri-la conforme um dos possíveis significados que dela resulta, particularmente quando o cumprimento de um segmento da disposição legal leva inevitavelmente ao descumprimento da outra? Não me parece que seja legítimo fazê-lo, coartando o direito de participação política

inerente ao processo democrático e a possibilidade da mais ampla manifestação política popular a ele subjacente, em tal contexto.

3. Agora, também não se pode censurar o entendimento que a ilustre magistrada do 4º Juízo Cível teve, pois também baseado num sentido normativo amparado na letra e no espírito da norma. Fez o seu papel, conforme critérios hermenêuticos racionais, usando provavelmente meios que se ajustam à sua filosofia judiciária, e decidiu a questão.

Perante a necessidade de – considerando as ambiguidades normativas sobejamente identificadas e que se estendem da Constituição à Lei – clarificação, este tribunal poderia ter usado a sua posição como entidade recursal para tentar, nos limites do possível, esclarecer a questão, adotando uma orientação que pudesse eventualmente guiar de forma mais clara o destinatário da norma sobre o comportamento devido. Não foi possível fazê-lo. Todavia, a mim, não restam dúvidas sobre qual o melhor sentido a atribuir aos dispositivos constitucionais aplicáveis e, logo, também à norma legal homóloga.

Metodologicamente, optaria por abordar a questão a partir do próprio no artigo 115 (3) da Constituição, o qual estabelece que “o número de candidatos suplentes deverá ser, no máximo, igual ao número dos mandatos atribuídos ao respetivo colégio eleitoral, não podendo nunca ser inferior a três”, sem que tenha necessidade de trazer à colação o princípio da concordância prática. Naturalmente, ressalta à vista que a técnica legislativa é deficiente. Todavia, não temos dúvidas que há dois segmentos distintos no dispositivo os quais, não obstante fazerem parte da mesma realidade, devem ser analisados de modo autónomo. Há, na base, a definição de um número mínimo geral, fixo, que independente do número de mandatos atribuídos ao círculo em questão, destinando-se a salvaguardar interesses públicos importantes relacionados ao funcionamento do parlamento e a efetivação da representação política, em última instância do próprio princípio democrático vertido para e sustentáculo da Lei Fundamental da República. É neste sentido que se deve ler o trecho “*não podendo nunca ser inferior a três*”, ou seja, de que há um número mínimo que a Constituição considera nuclear para salvaguardar qualquer eventualidade, qualquer vicissitude (pessoal, circunstancial, temporária ou definitiva) que possa atingir os efetivos e até os suplentes que podem ser chamados a exercer funções.

Por conseguinte, não pode aqui aplicar-se o mesmo critério (e não há aqui qualquer princípio de equivalência), na perspetiva da Constituição entre um círculo com grande número de mandatos e um círculo com apenas dois mandatos. Naturalmente, o juízo de probabilidade que ampara tal solução do legislador concluiria que a possibilidade dos deputados efetivos eventualmente eleitos numa lista ficarem impossibilitados, por qualquer motivo, de exercerem as suas funções, é tão maior quanto menor o número de deputados. Portanto, justificando a precaução do legislador constitucional de garantir que, independentemente do número de mandatos, sempre haverá no mínimo três suplentes, para assegurar a representação e evitar qualquer vazio durante os cinco anos de duração do mandato, período no qual muitos eventos podem acontecer.

O outro segmento (“*O número de suplentes deverá ser, no máximo, igual ao número dos mandatos atribuídos respetivo colégio*”), que visa racionalizar e organizar o processo eleitoral, com base em critérios de necessidade, é que é deixado flexível pela Constituição, devendo acompanhar o número de mandatos atribuídos ao círculo eleitoral e aí sim, pelos motivos apontados, fixando-se o limite máximo da lista com base nesse critério e permitindo o uso dessa equivalência direta entre o número de mandatos e o número de candidatos suplentes. Portanto, não é o caso de haver um princípio que preside de forma abrangente a definição do número de suplentes, mas, antes, dois critérios distintos, um para estabelecer o mínimo fixo e o outro limites máximos, variáveis consoante o número de mandatos reservados para o respetivo círculo.

Aliás, como regra, a prática política tem sido convergente a este entendimento, indicando-se, na esmagadora maioria dos casos, um número de três suplentes nos casos de círculos com apenas dois mandatos, realidade sempre presente em Cabo Verde desde as primeiras eleições democráticas, em que, aliás, a incidência de círculos com dois mandatos era ainda maior. É, neste sentido, que, nas duas últimas eleições legislativas (2006 e 2011), as listas de candidatos publicadas mostram que, com a exceção de um caso, que mereceu um pronunciamento contrário do STJ (enquanto Tribunal Constitucional), em todos os outros, independentemente do número de mandatos, o número mínimo de suplentes é de três.

A única vez que a jurisdição constitucional teve a oportunidade de se pronunciar a respeito, foi precisamente numa situação em que fora rejeitada candidatura por um partido ter apresentado três suplentes ao invés dos dois exigidos pelo juiz da comarca de S. Nicolau e o partido em causa – o Partido Africano da Independência de Cabo Verde – recorreu. O Supremo Tribunal de Justiça enquanto Tribunal Constitucional não decidiu o mérito da questão por ter considerado a decisão irrecorrível. Todavia, orientou-se no sentido de que o número mínimo de suplentes a apresentar em círculos que elegem dois deputados é de três ((Acórdão nº 1/2011, Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional, 4 de janeiro de 2011): “*A lista anteriormente apresentada não só podia mas devia conter três suplentes. A técnica legislativa adotada não é das mais felizes e terá feito incorrer em erro o Mº Juiz. Subjacente ao artº 414 está a ideia de evitar situações de bloqueio que podem resultar da morte, incapacitação, ausência, incompatibilidade etc., dos candidatos eleitos*”).

É, por estes motivos, que não me posso associar à argumentação adotada pelo Colendo Relator, pois entendo que a Constituição fixa um número mínimo de três deputados independentemente do número de mandatos do colégio. Parecendo-me que urgia clarificar esta questão face à expectativa gerada na comunidade jurídica e política, teria preferido que não se tivesse perdido esta oportunidade para tentar, nos limites do possível e com os efeitos possíveis, esclarecer melhor esta questão, sobretudo para que, na ausência de intervenção legislativa adicional, o destinatário da norma pudesse melhor conformar a sua conduta, os tribunais tivessem mais parâmetros decisórios

e que se reduzisse a indeterminação do sistema no tocante à apresentação de candidaturas para eleições legislativas. Como as coisas ficaram, a indefinição permanece, tendo-se resolvido apenas a questão concreta a envolver a lista da UCID para as Américas.

Assinado:

José Pina Delgado

Está conforme.

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, na Praia, aos 18 de fevereiro de 2016. – O Secretário, *João Borges*.

Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de recurso contencioso de apresentação de candidatura n.º 5/2016, em que é recorrente, António Péricles Filipe de Sousa Lopes e recorrido o 4.º Juízo Cível do Tribunal da Comarca da Praia.

Acórdão n.º 3/2016

I

1. Com vista às eleições legislativas de 20 de Março de 2016, deu entrada no Tribunal Judicial da Comarca da Praia, a lista de candidatura do Partido Político União Cabo-verdiana Independente e Democrática – UCID- respeitante ao Círculo Eleitoral da Europa e do Resto do Mundo;

2. A lista era composta por dois candidatos efetivos, Péricles Octaviano Augusto Galina Tavares e Dércio Adrião dos Santos, e dois suplentes, Etelvina Tiene da Graça e José Boaventura Rocha Fernandes;

3. Feita uma análise preliminar dos documentos da candidatura, a meritíssima Juíza do 4º Juízo Cível do Tribunal Judicial de Comarca da Praia, considerou haver algumas irregularidades do processo e convidou a mandatária a suprir as irregularidades apontadas: a falta da certidão de recenseamento do mandatário indicado; a falta da certidão de recenseamento do candidato Dércio Adrião dos Santos; candidatos; a indicação de apenas dois suplentes em vez de três;

4. Devidamente notificado, o mandatário da lista remeteu a certidão comprovativa da inscrição no recenseamento eleitoral do mandatário designado e a certidão de recenseamento do candidato Dércio Adrião dos Santos;

5. O mandatário recusou-se a indicar mais um suplente e pediu à Meritíssima Juíza se dignasse aceitar o número de dois suplentes, com base nos seguintes argumentos:

- a) Porque o artigo 348º, nº 2, 2ª parte do CE dispõe que «a lista deve ser ordenada e conter um número de candidatos efetivos igual ao número de mandatos correspondente ao círculo e de candidatos suplentes não inferior a três, nem superior ao dos efetivos»;
- b) «A prática da UCID, e também de outros partidos políticos, em eleições anteriores tem sido sempre de apresentar dois candidatos suplentes nos círculos eleitorais que elegem dois deputados»;
- c) Nestas eleições a UCID terá apresentado apenas dois candidatos suplentes noutros círculos eleitorais que elegem dois deputados e «a candidatura foi aceite» (sic!);

6. Recebida a lista reformulada, com a indicação de apenas dois suplentes, a meritíssima Juíza, com base numa leitura diferente dos artigos 348º, nº 2 e 414º, nº 1, do CE em conjugação com o disposto nos 2 e 3 do artigo 115º da Constituição, decidiu pela rejeição da lista da UCID para o Círculo Eleitoral da Europa e do Resto do Mundo por não respeitar o limite mínimo de 3 deputados suplentes.

7. Inconformada com a douta sentença proferida pelo 4º Juízo do Tribunal Judicial da Comarca da Praia, a UCID, através do Senhor mandatário da lista, veio recorrer para este Tribunal Constitucional, com base nos seguintes argumentos sintetizados na sua conclusão:

- a) «O que governa a interpretação é o princípio e não o conteúdo da norma. Segundo o artigo 9º do CC a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento do legislativo»;
- b) «Tanto a Constituição da República, como o Código Eleitoral tomam como princípio que o número de candidatos suplentes às eleições legislativas deve ajustar-se ao número de efetivos e não pode ultrapassar esse número»;
- c) «A norma segundo a qual o número de suplentes não pode ser inferior a três tem que se harmonizar com o princípio da harmonização (sic!) entre o número de efetivos e o número de suplentes e com a ideia de que o número de suplentes não pode ultrapassar o número de efetivos»;
- d) A interpretação segundo a qual o número de suplentes (3) é aplicável, mesmo quando o número de efetivos é de 2, mostra-se desconforme com o princípio contido em» b);
- e) A não-aceitação da candidatura apresentada pela UCID pelo facto de ter ajustado o número de candidatos suplentes ao número de efetivos, é ilegal e inconstitucional»;

8. O mandatário conclui dizendo que a sentença deve, pelos fundamentos apresentados, ser revogada e que deve ser ordenada a aceitação da candidatura.

II

Vistos os argumentos, cumpre apreciar e decidir

1. A UCID, através do seu mandatário da lista, e enquanto partido político concorrente às eleições, tem, nos termos dos artigos 353º e 354º do CE, legitimidade para interpor recurso das decisões finais relativas à apresentação de candidaturas, como é o caso em que o Tribunal rejeita a sua candidatura;

2. O ato de rejeição da candidatura configura uma decisão final e é, por isso, recorrível, nos termos do artigo 353º do CE;

3. O recurso foi interposto tempestivamente nos termos do artigo 353º do CE e é, por isso, admitido;

4. No caso em apreço a Juíza a quo apercebeu-se e bem do conflito existente entre a norma do CE que estabelece o limite máximo de candidatos suplentes (que nos termos

do artigo 348º, nº 2, não pode ser superior ao número de efetivos) e o limite mínimo de três deputados suplentes (que é igualmente previsto no citado artigo e, ainda, no artigo 414º do CE);

5. Ela verificou e bem que a questão se coloca apenas nos círculos eleitorais que elegem dois deputados;

6. Nestes círculos de dois, *prima facie*, a entidade que tem a competência de aceitar as listas nos círculos de dois, é colocada a navegar entre Cila e Caríbdis, isto é se pretende cumprir o limite mínimo de três candidatos suplentes, ela é obrigada a embater-se contra o rochedo do limite máximo de dois deputados, que não pode aparentemente ser superado;

7. O mesmo se passa com o proponente da lista que querendo não desrespeitar a exigência de um limite máximo, se viu obrigado a optar por reduzir o limite mínimo de três suplentes para dois, violando aparentemente também o limite mínimo estabelecido;

8. A Juíza a quo procurou compreender a ratio da disposição constitucional que estabelece um limite mínimo: assegurar um normal funcionamento da Assembleia Nacional, «evitando situações de bloqueio que podem resultar da morte, incapacitação, ausência, incompatibilidade etc.», como afirma;

9. Contra esta apreciação não há nada a apontar;

10. O problema coloca-se é quando a meritíssima Juíza nas suas doughtas considerações sustenta que o legislador constituinte conscientemente estabeleceu o limite de três candidatos suplentes como mínimo, dando a ideia de que o intérprete não pode fazer mais nada;

11. É certo que a redação, quer do artigo 115º, nº 3, da Constituição, quer a redação dos artigos 348º, nº 3, e 414º, nº 1 do CE têm conduzido a leituras, não só de magistrados judiciais, como também de partidos políticos que entendem que a Lei exige três suplentes em todas as circunstâncias, mesmo tratando-se de círculos de dois deputados.

12. Mas, uma pergunta se impõe, será que o Juiz *a quo* não deveria fazer uma interpretação que ultrapassasse a leitura literal dos preceitos?

13. Entendemos que sim, que o que se pede ao intérprete de uma norma legal quando há uma contradição normativa que dificulta a obtenção do sentido e que não pode ser ultrapassada pelos métodos tradicionais é que se faça uso de princípios que ajudem a resolver a contradição;

14. Os métodos de interpretação da lei clássicos, recorde-se, são, além da interpretação literal ou gramatical, a interpretação sistemática, a interpretação teleológica e a interpretação histórica.

15. O nosso código civil no seu artigo 9º parece apontar para o método de interpretação objetivo, ao postular o seguinte: «a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada».

16. Ora, o Tribunal a quo procedeu a um esboço de interpretação teleológica, mas aparentemente não levou o esforço até às últimas consequências; na verdade o sentido da norma era, como se verá mais adiante, estabelecer uma garantia máxima e uma garantia mínima de funcionamento da Assembleia Nacional face a vicissitudes várias que possam levar à indisponibilidade dos candidatos eleitos. Este princípio deveria ter mais peso na ponderação feita a nível do CE.

17. Mas mais importante é que a leitura do 4º Juízo Cível do Tribunal de Comarca da Praia não permite resolver a contradição patente nas normas do CE e também do artigo 115º da Constituição.

18. É uma leitura que dá valor ao respeito pelo limite mínimo e desvaloriza o respeito pelo limite máximo estabelecido para os suplentes;

19. É também uma leitura que, como se viu, não valoriza suficientemente a finalidade da norma.

20. Ora, bem, numa situação destas impunha-se ao julgador, antes de mais, procurar resolver a contradição através de princípios adequados;

21. Desde logo procurando na interpretação da Constituição aplicar o princípio da concordância prática entre o limite máximo estabelecido, que não pode ser superior ao número de candidatos efetivos, e o limite mínimo de três;

22. Qual é o conteúdo deste princípio? Segundo o Professor Konrad Hesse, *consiste em que «bens jurídicos jurídico-constitucionalmente protegidos devem na resolução de problemas ser de tal forma relacionados uns com os outros de modo a que cada um deles ganhe realidade. Onde surgirem colisões nenhum deles (= os bens jurídicos) deve, numa ponderação precipitada de bens, ou mesmo numa ponderação valorativa abstrata, ser realizado a custo do outro. Pelo contrário, o princípio da unidade da Constituição coloca a tarefa de uma otimização: a ambos os bens devem ser estabelecidos limites, para que todos possam alcançar uma eficácia ótima»*. Por seu turno, o Professor Gomes Canotilho⁸, define o princípio da concordância prática como *«a coordenação e combinação de bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros»*.

23. Considerando o disposto no nº 3 do artigo 115º da Constituição nota-se que quando se estabelece um limite máximo para o número de suplentes há um bem protegido que é a racionalidade e flexibilidade no estabelecimento do número de potenciais substitutos dos Deputados; em princípio os suplentes podem ser em número mínimo ou situar-se numa escala que vai até ao máximo dos efetivos; a ideia é que a mais efetivos possa corresponder mais suplentes, para que, sobrevivendo vicissitudes que eventualmente impeçam o exercício do mandato pelos efetivos, haja suplentes disponíveis para evitar que o Parlamento fique com uma composição abaixo do número

legal e eventualmente se possa pôr em causa a correlação de forças definida nas urnas, incluindo uma eventual perda de maioria governativa;

24. Por outro lado, quando se estabelece um número mínimo de suplentes tem-se em mira garantir a possibilidade de haver uma resposta mínima adequada no sentido da substituição de deputados que possam vir a estar impedidos de exercer, seja temporariamente, seja em definitivo, o seu mandato; aqui o bem jurídico protegido é a funcionalidade do Parlamento face a diversas vicissitudes quanto ao exercício do mandato por deputados efetivos;

25. Em ambas as situações descritas procura-se defender um interesse público: o do normal funcionamento da democracia parlamentar e representativa em que os partidos têm um papel fundamental e imprescindível;

26. Em todas as situações em que são eleitos num círculo eleitoral mais do que dois deputados, a norma do artigo 115º não acarreta nenhum problema, pelos limites máximos que estabelece;

27. O legislador constituinte estatuiu o princípio de que o número de suplentes não pode ultrapassar o número de efetivos e que o número mínimo de suplentes é de três; e isto funciona: por exemplo se for o caso de um círculo eleitoral *pequeno*⁹, sendo a lista de três efetivos pode-se estabelecer o máximo de três candidatos suplentes, que coincidirá com o mínimo permitido de 3; se se tratar de um círculo eleitoral *médio*, sendo a lista de 6 deputados, pode-se estabelecer um número máximo de seis suplentes, que ultrapassará o limite mínimo; se for o caso de um círculo eleitoral *grande*, que eleja 17 deputados, o número máximo de suplentes pode ser de 17 e o mínimo de três.

28. Todavia, quando se trata de um círculo de dois para que o princípio funcione sem por em causa o limite máximo será necessário que se reduza o número mínimo de três para dois; mas o interessante, embora possa parecer paradoxal, é o seguinte, reduzindo-se o número mínimo de suplentes para dois, a garantia da funcionalidade continuará a manifestar-se com a máxima força relativa. Esta força poderá ser traduzida pela seguinte fórmula aplicada exemplarmente a círculos de dois e de 17, por exemplo: 2/2 assim como 17/17.

29. Ora, não funcionando os dois princípios ao mesmo tempo, porque um contradiz o outro, haverá que proceder à concordância prática entre os dois princípios e os bens jurídicos protegidos: garante-se funcionalidade do parlamento, pois num círculo de dois efetivos, dois suplentes poderão dar uma resposta de cem por cento a uma eventual vicissitude em que os dois deputados percam o seu mandato, renunciem ao mesmo ou o suspendam temporariamente; da mesma forma se garante a racionalidade e a funcionalidade com um número de suplentes igual ao número de efetivos nos círculos que elegem mais de dois deputados.; isto é, cada um destes princípios encontra a sua expressão na realidade;

⁷Konrad Hesse: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 17ª edição, Heidelberg, 1990, p. 17; cfr. também, Klaus Stern: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 2ª edição, Munique 1984, p. 133.

⁸José Joaquim Gomes Canotilho: Constituição e Teoria da Constituição, 6ª edição, Coimbra, 2002, p. 1211.

⁹Para o conceito de círculos uninominais, pequenos (2 a 5 mandatos), médios (6 a 10 mandatos) e grandes (igual ou mais de 11), cfr. Dieter Nohlen: Wahlrecht und Parteiensystem, 3ª edição, Opladen 2000, p. 476; cfr. também, com ligeiro desvio da posição de Dieter Nohlen, no que respeita aos círculos médios e grandes, Aristides R. Lima: Quo vadis – Sistema – Eleitoral – Questões fundamentais em debate no sistema eleitoral cabo-verdiano, in Direito e Cidadania nº 24/2006, p. 68.

30. O sentido e a realidade da Constituição devem constituir a base e o parâmetro da interpretação constitucional. O sentido da norma em questão é estabelecer um limite máximo e um limite mínimo de suplentes por forma a garantir a funcionalidade do Parlamento.

31. A interpretação no sentido da admissão de dois suplentes em círculos de dois parece responder igualmente ao princípio da integração, outro princípio de interpretação da Constituição que postula que na resolução de problemas constitucionais se deve dar mais atenção aos pontos de vista que concorrem mais para a produção e a manutenção da unidade política. Ora, a rejeição da lista de um partido político com base numa interpretação de disposições do direito eleitoral contraditórias, sem se fazer um esforço de concordância prática, pode levar a afastar uma força política do jogo democrático e pôr em causa direitos fundamentais de participação política. Embora tal rejeição seja sempre uma possibilidade legal, ela, quando não justificada suficientemente, divide a comunidade, mais do que a une;

32. A rejeição de uma lista, embora prevista na lei, é sempre uma sanção muito forte para qualquer partido, pois tem sérias consequências práticas: ela diminui a possibilidade de expressão política, de participação política e de debate democrático dos cidadãos em torno dos grandes problemas nacionais, para além de reduzir a competitividade do sistema democrático, em especial no círculo eleitoral que ficará, passe a expressão, «órfão de um partido».

33. Impunha-se, pois, ao Tribunal não se quedar pelo sentido literal das normas do CE e da Constituição e procurar a harmonização prática dos dois princípios, já que, no sistema constitucional cabo-verdiano, não só os juizes de todos os tribunais têm acesso direto à Constituição, como, também, eles não estão impedidos de a interpretar quando julgarem quaisquer matérias, incluindo, as matérias eleitorais; acresce ainda que os juizes sabem, e muito bem, que a interpretação jurídica frequentemente, se não sempre, convoca o princípio da unidade da ordem jurídica, cujas bases se encontram na Constituição da República.

34. Mas, sobretudo ele não procedeu à harmonização antes referida, nem sequer a tentou; pelo contrário, entendeu, na sua decisão, rejeitar a lista com base numa interpretação literal que, no entanto viola a Constituição no que diz respeito ao princípio máximo estabelecido e não valora suficientemente o facto de o proponente ter procurado não incumprir esse princípio do limite máximo de suplentes estabelecido para o círculo de dois.

35. Esta posição do 4º Juízo Cível do Tribunal Judicial da Comarca da Praia, acontece quando alguns tribunais têm aceite, para círculos de dois deputados, três suplentes, e outros tribunais vêm admitindo pacificamente, nos mesmos círculos eleitorais que elegem dois deputados, apenas dois suplentes; assim, por exemplo, o Tribunal de Comarca de S. Nicolau aceitou no ano de 2011 dois suplentes¹⁰; igualmente no corrente ano de 2016, o 2º Juízo

Cível do Tribunal Judicial da Comarca da Praia aceitou a 12 de Fevereiro, a lista da UCID para o Círculo Eleitoral da África, a qual apresentou apenas dois suplentes¹¹.

36. Assim, feita a interpretação da Constituição, como se impunha fazer, o que se esperava do 4º Juízo Cível do Tribunal Judicial da Comarca da Praia, era uma interpretação das normas do CE conforme à Constituição;

37. Ora, entendendo as normas do Código Eleitoral de acordo com a Constituição, interpretada segundo os cânones da harmonização prática e do princípio do efeito integrador da comunidade, impunha-se admitir a lista da UCID para o Círculo das Américas; o mesmo é dizer que não haveria nenhuma razão para não admitir a lista.

38. Cumpre, finalmente, lembrar **Karl Larenz**, que dizia que ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade «na manutenção da ordem jurídico-estatal e da sua capacidade de funcionamento», não podendo «proceder segunda a máxima fiat iustitia, pereat respublica¹²»;

39. Mas, também cabe ao legislador, mormente o legislador constituinte derivado, aprovar leis que diminuam as margens de incerteza na interpretação e assegurem níveis elevados de segurança jurídica e fiabilidade no ordenamento jurídico.

Decisão

Assim, os Juizes-Conselheiros do Tribunal Constitucional acordam, em Plenário, julgar procedente o recurso, determinando que seja admitida a lista da UCID, com dois suplentes, para o Círculo Eleitoral da Europa e do Resto do Mundo.

Isento de custas, por não serem devidas. Registe-se e notifique-se.

Cidade da Praia, 18.02.2016.

Os Juizes-Conselheiros

Assinados:

Aristides R. Lima (Relator), João Pinto Semedo (votou a decisão com base nos fundamentos constante da declaração de voto do Juiz Conselheiro *José Manuel Avelino de Pina Delgado*) e *José Pina Delgado* (nos termos da declaração de voto em anexo).

Declaração de Voto (Concorrente)

1. O Tribunal Constitucional teve, neste caso, a missão de tratar de uma questão controvertida, complexa, que tem suscitado dúvidas legítimas na sociedade cabo-verdiana, entre os partidos políticos e junto aos Tribunais. Naturalmente, um desafio desta magnitude não é fácil de ser resolvido no quadro dos intervalos temporais decisórios, que, por exigência do processo eleitoral, que requer celeridade, são impostos ao Tribunal pela Lei: setenta e duas horas. Daí que seja de se dar o devido merecimento ao relator pelo

¹⁰ Cfr. o Acórdão (do Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional) nº 1/2011.

¹¹ Cfr. A decisão do Juiz Antero Varela que, no processo nº 16/2016 (Autos de apresentação de candidaturas às eleições legislativas de 20 de Março de 2016) concluiu o seguinte: «Não podemos censurar o mandatário da UCID com a rejeição da lista por ter apresentado apenas dois candidatos suplentes às eleições legislativas de 20 de Março de 2016, para o Círculo Eleitoral de África».

¹² Cfr. Karl Larenz: Metodologia da Ciência do Direito, 3ª edição, Lisboa, 1997, p. 517.

hercúleo labor hermenêutico, tentando encontrar soluções constitucionalmente conformes que permitissem resolver a situação concreta que motivou o recurso interposto com base no artigo 353 do Código Eleitoral. Encontrou-a em relação ao caso concreto, definindo o que se adequava para a resolução do pedido do recorrente, ou seja, de se revogar a decisão que rejeitou a lista da UCID para o Círculo Eleitoral da Europa e Resto do Mundo. Todavia, no quadro argumentativo exposto vão sendo apresentados fundamentos e conclusões parciais que, *data venia*, não poderei acompanhar integralmente. Por conseguinte, a minha declaração de voto visa, de forma sucinta, apresentar as razões do meu entendimento.

2. Votei com o Relator porque concordo com a solução apresentada de revogar a decisão que excluiu a lista da União Cabo-Verdiana Independente e Democrática (UCID) para a Europa e Resto do Mundo. Isto porque não tenho qualquer problema em subscrever o entendimento do ilustre colega de que *“A rejeição de uma lista, embora prevista na lei, é sempre uma sanção muito forte para qualquer partido, pois tem sérias consequências práticas: ela diminui a possibilidade de expressão política, de participação política e de debate democrático dos cidadãos em torno dos grandes problemas nacionais, para além de reduzir a competitividade do sistema democrático, em especial no círculo eleitoral”*. O processo democrático pressupõe, no nosso sistema participação política, possibilidade de debate de ideias, propostas sobre o país no geral, sobre o seu futuro, a respeito das comunidades emigradas, como releva para o caso. Tudo isso no nosso sistema constitucional sustenta-se diretamente no princípio democrático e num dos pilares centrais do Estado de Direito Democrático, a soberania do povo. Mais do que isso, associa-se aos direitos fundamentais e aos direitos de participação política que uma República Livre garante aos seus cidadãos, estimulando o seu empenhamento cívico. Neste quadro, o próprio sistema é desenhado de tal modo a que qualquer inibição da participação política e do direito a disputar eleições seja sempre excecional e sempre amparada em motivos claros, reveladores de interesses públicos importantes, e na medida estritamente necessária para a sua salvaguarda. Ademais, em razão deste cuidado acrescido, o legislador concentrou a competência em matéria de admissão ou de rejeição de candidaturas em órgãos independentes e imparciais – os tribunais.

Ora, no caso concreto, a sanção aplicada pela não indicação do terceiro suplente foi a de rejeição da lista apresentada, o que significa que a UCID não poderia concorrer para o círculo em questão. O que, naturalmente, configura uma sanção grave que talvez se justificasse em casos nos quais perante um dever de comportamento claramente fixado e comunicado pela norma, o destinatário insistisse em conduta diversa e incompatível. Se a previsão desta sanção não se discute, uma vez que, como se disse, decorrente da lei, entendo que uma desta magnitude, inabilitante da participação política de um partido e de cidadãos que integram a sua lista no Círculo Eleitoral da Europa e Resto do Mundo, com o impacto que isso pode ter sobre o funcionamento do sistema democrático, não se justifica face à situação concreta.

E não se justifica porque, no geral, não me parece que conduta do partido em questão pode ser inteiramente censurável ao ponto de lhe cair em cima uma sanção tão forte. Esse entendimento é válido, mesmo atendendo a que, por decisão da meritíssima juíza do 4º Juízo Cível da Comarca da Praia, foram notificados para completar a lista, suprimindo as deficiências detetadas sob pena de aplicação da mesma sanção, e, com base na sua apreciação sobre o sentido das normas aplicáveis, optaram por não o fazer.

Justifica-se esta posição porque também concordo com uma das conclusões do relator. Efetivamente, os dispositivos que governam o número de candidatos suplentes em listas para as eleições legislativas são tudo menos claros. Chegam, como se disse e foi apontado nos autos por quase todos os intervenientes, a ser contraditórios – externa e internamente – o que não significa que, nesta sede, não se deva interpretá-los de forma a deles extrair o melhor sentido. Neste sentido, a interpretação feita, em consciência, pela candidatura, é possível e encontra no texto da lei (e da Constituição) algum amparo. Daí não discordar, nesta perspetiva do entendimento do ilustre magistrado do 2º Juízo Cível de acordo com o qual *“não podemos censurar o mandatário da UCID com a rejeição da lista por ter apresentado apenas dois candidatos suplentes às eleições legislativas de 20 de março de 2016, para o círculo de África”* (p. 3). A propósito acresce a existência de outras decisões de tribunais de comarca que não rejeitaram ou, se se quiser, admitiram, listas com apenas dois suplentes em círculos que elegem dois deputados.

Ora, os destinatários das normas em qualquer Estado de Direito devem conformar a sua conduta conforme o que é prescrito pela Lei e pelas interpretações que os tribunais dela fazem, criando através desses veículos expectativa legítima junto aos destinatários em relação à conduta legalmente prescrita. Esta expectativa ampara-se no princípio do Estado de Direito e neste caso ela foi cumulativamente alimentada por atos públicos, seja porque reiteradamente os normativos foram mantendo formulações com duplo-sentido incompatível, seja porque os tribunais foram decidindo ora com base num entendimento, ora com base no outro.

Perante um cenário em que a norma válida é comunicada de forma deficiente e que os tribunais decidem de forma divergente sem que um tribunal recursal se tenha pronunciado sobre a mesma, tentando clarificar a questão, como se pode censurar o destinatário por tentar cumpri-la conforme um dos possíveis significados que dela resulta, particularmente quando o cumprimento de um segmento da disposição legal leva inevitavelmente ao descumprimento da outra? Não me parece que seja legítimo fazê-lo, coartando o direito de participação política inerente ao processo democrático e a possibilidade da mais ampla manifestação política popular a ele subjacente, em tal contexto.

3. Agora, também não se pode censurar o entendimento que a ilustre magistrada do 4º Juízo Cível teve, pois também baseado num sentido normativo amparado na letra e no espírito da norma. Fez o seu papel, conforme critérios hermenêuticos racionais, usando provavelmente meios que se ajustam à sua filosofia judiciária, e decidiu a questão.

Perante a necessidade de – considerando as ambiguidades normativas sobejamente identificadas e que se estendem da Constituição à Lei – clarificação, este tribunal poderia ter usado a sua posição como entidade recursal para tentar, nos limites do possível, esclarecer a questão, adotando uma orientação que pudesse eventualmente guiar de forma mais clara o destinatário da norma sobre o comportamento devido. Não foi possível fazê-lo. Todavia, a mim, não restam dúvidas sobre qual o melhor sentido a atribuir aos dispositivos constitucionais aplicáveis e, logo, também à norma legal homóloga.

Metodologicamente, optaria por abordar a questão a partir do próprio no artigo 115 (3) da Constituição, o qual estabelece que *“o número de candidatos suplentes deverá ser, no máximo, igual ao número dos mandatos atribuídos ao respetivo colégio eleitoral, não podendo nunca ser inferior a três”*, sem que tenha necessidade de trazer à colação o princípio da concordância prática. Naturalmente, ressalta à vista que a técnica legislativa é deficiente. Todavia, não temos dúvidas que há dois segmentos distintos no dispositivo os quais, não obstante fazerem parte da mesma realidade, devem ser analisados de modo autónomo. Há, na base, a definição de um número mínimo geral, fixo, que independente do número de mandatos atribuídos ao círculo em questão, destinando-se a salvaguardar interesses públicos importantes relacionados ao funcionamento do parlamento e a efetivação da representação política, em última instância do próprio princípio democrático vertido para e sustentáculo da Lei Fundamental da República. É neste sentido que se deve ler o trecho *“não podendo nunca ser inferior a três”*, ou seja, de que há um número mínimo que a Constituição considera nuclear para salvaguardar qualquer eventualidade, qualquer vicissitude (pessoal, circunstancial, temporária ou definitiva) que possa atingir os efetivos e até os suplentes que podem ser chamados a exercer funções.

Por conseguinte, não pode aqui aplicar-se o mesmo critério (e não há aqui qualquer princípio de equivalência), na perspetiva da Constituição entre um círculo com grande número de mandatos e um círculo com apenas dois mandatos. Naturalmente, o juízo de probabilidade que ampara tal solução do legislador concluiria que a possibilidade dos deputados efetivos eventualmente eleitos numa lista ficarem impossibilitados, por qualquer motivo, de exercerem as suas funções, é tão maior quanto menor o número de deputados. Portanto, justificando a precaução do legislador constitucional de garantir que, independentemente do número de mandatos, sempre haverá no mínimo três suplentes, para assegurar a representação e evitar qualquer vazio durante os cinco anos de duração do mandato, período no qual muitos eventos podem acontecer.

O outro segmento (*“O número de suplentes deverá ser, no máximo, igual ao número dos mandatos atribuídos respetivo colégio”*), que visa racionalizar e organizar o processo eleitoral, com base em critérios de necessidade, é que é deixado flexível pela Constituição, devendo acompanhar o número de mandatos atribuídos ao círculo eleitoral e aí sim, pelos motivos apontados, fixando-se o limite máximo da lista com base nesse critério e permitindo o uso dessa equivalência direta entre o número de mandatos e o número de candidatos suplentes. Portanto, não é o caso

de haver um princípio que preside de forma abrangente a definição do número de suplentes, mas, antes, dois critérios distintos, um para estabelecer o mínimo fixo e o outro limites máximos, variáveis consoante o número de mandatos reservados para o respetivo círculo.

Aliás, como regra, a prática política tem sido convergente a este entendimento, indicando-se, na esmagadora maioria dos casos, um número de três suplentes nos casos de círculos com apenas dois mandatos, realidade sempre presente em Cabo Verde desde as primeiras eleições democráticas, em que, aliás, a incidência de círculos com dois mandatos era ainda maior. É, neste sentido, que, nas duas últimas eleições legislativas (2006 e 2011), as listas de candidatos publicadas mostram que, com a exceção de um caso, que mereceu um pronunciamento contrário do STJ (enquanto Tribunal Constitucional), em todos os outros, independentemente do número de mandatos, o número mínimo de suplentes é de três.

A única vez que a jurisdição constitucional teve a oportunidade de se pronunciar a respeito, foi precisamente numa situação em que fora rejeitada candidatura por um partido ter apresentado três suplentes ao invés dos dois exigidos pelo juiz da comarca de S. Nicolau e o partido em causa – o Partido Africano da Independência de Cabo Verde – recorreu. O Supremo Tribunal de Justiça enquanto Tribunal Constitucional não decidiu o mérito da questão por ter considerado a decisão irrecorrível. Todavia, orientou-se no sentido de que o número mínimo de suplentes a apresentar em círculos que elegem dois deputados é de três ((Acórdão nº 1/2011, Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional, 4 de janeiro de 2011): *“A lista anteriormente apresentada não só podia mas devia conter três suplentes. A técnica legislativa adotada não é das mais felizes e terá feito incorrer em erro o Mº Juiz. Subjacente ao artº 414 está a ideia de evitar situações de bloqueio que podem resultar da morte, incapacitação, ausência, incompatibilidade etc., dos candidatos eleitos”*)).

É, por estes motivos, que não me posso associar à argumentação adotada pelo Colendo Relator, pois entendo que a Constituição fixa um número mínimo de três deputados independentemente do número de mandatos do colégio. Parecendo-me que urgia clarificar esta questão face à expectativa gerada na comunidade jurídica e política, teria preferido que não se tivesse perdido esta oportunidade para tentar, nos limites do possível e com os efeitos possíveis, esclarecer melhor esta questão, sobretudo para que, na ausência de intervenção legislativa adicional, o destinatário da norma pudesse melhor conformar a sua conduta, os tribunais tivessem mais parâmetros decisórios e que se reduzisse a indeterminação do sistema no tocante à apresentação de candidaturas para eleições legislativas. Como as coisas ficaram, a indefinição permanece, tendo-se resolvido apenas a questão concreta a envolver a lista da UCID para a Europa e Resto do Mundo.

Assinado:

José Pina Delgado

Está conforme.

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, na Praia, aos 18 de fevereiro de 2016. – O Secretário, *João Borges*.

Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de recurso contencioso de apresentação de candidatura n.º 6/2016, em que é recorrente, Natalino de Jesus Gomes Furtado (mandatário da UCID) e recorrido o Tribunal Judicial da Comarcada da Boa Vista.

Acórdão n.º 4/2016**I. Relatório**

1.1. O percurso deste recurso pode ser assim recortado até à decisão de rejeição do ilustre magistrado do seguinte modo:

1.1.1. Em cumprimento do estabelecido no Código Eleitoral, a UCID, apresentou, no passado dia 8 de fevereiro, através do seu mandatário, Sr. Natalino de Jesus Gomes Furtado, lista para o círculo eleitoral da Boa Vista, com os documentos de suporte, o qual foi autuado e registado sob o nº 01/2016.

1.1.2. O Mmº Juiz da comarca da Boa Vista, no despacho liminar de fls. 28, detetou algumas irregularidades e omissões, nomeadamente relacionado a: i) número de candidatos suplentes; ii) indicação de um único mandatário e iii) falta de assinatura do representante do partido.

1.1.3. Para corrigir as irregularidades e omissões, o referido magistrado ordenou a notificação do mandatário e fixou o prazo de 48 horas para se proceder às correções.

1.1.4. Este foi notificado no dia 11 de fevereiro, pelas 15 horas e 5 minutos conforme se pode alcançar da certidão de fls. 27, versos e 28 dos autos.

1.1.5. Segundo a referida certidão o prazo de 48 horas terminava no sábado, dia 13 de fevereiro de 2016, pelas 15 horas e 5 minutos.

1.1.6. Conforme se pode depreender do carimbo de registo de entrada de correspondência nº 123/2016, aposta no rosto do documento de fls. 29, os documentos do recorrente, contendo a correção das irregularidades e omissões, só deu entrada na secretaria do Tribunal da Comarca da Boa Vista no dia 15 de fevereiro de 2016, pelas 13 horas e 15 minutos.

1.1.7. Por despacho de fls. 42 e 43, o Mmº Juiz rejeitou toda lista da UCID, para as eleições legislativas de 20 de março de 2016, para o círculo eleitoral da Boa Vista por não ter corrigido as irregularidades e omissões no prazo fixado.

1.2. Inconformado o mandatário da lista Sr. Natalino de Jesus Gomes Furtado, veio interpor recurso para o Tribunal Constitucional alegando, em síntese, dois tipos de argumentos, que são apresentados na forma ordenada pelo requerente:

1.2.1. Os primeiros ligados a aspetos substanciais, conforme os quais:

A – O que governa a interpretação é o princípio e não o conteúdo da norma. Segundo o art.º 9º do Código Civil a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstruir a partir dos textos o pensamento legislativo;

B – Tanto a Constituição da República, como o Código Eleitoral tomam como princípio que o número de candidatos suplentes às eleições legislativas deve ajustar-se ao número de efetivos e não ultrapassar esse número;

C – A norma segundo a qual o número de suplentes não pode ser inferior a três tem que se ajustar ao princípio de harmonização entre o número

de efetivos e o número de suplentes e com a ideia de que o número de suplentes não pode ultrapassar o número de efetivos;

D – A interpretação segundo a qual o número de suplentes (3) é aplicável mesmo quando o número de efetivos é de 2 mostra-se desconforme o princípio de que o número de candidatos suplentes às eleições legislativas deve ajustar-se ao número de efetivos e não ultrapassar esse número;

E – A não aceitação da candidatura apresentada pela UCID pelo facto de ter ajustado o número de candidatos suplentes ao número de efetivos, é ilegal e inconstitucional.

F – É ilegal a não aceitação da candidatura da UCID com a invocação de ter ultrapassado os prazos legais;

1.2.1. Os derradeiros ligados a questões processuais, recortando-se o seguinte:

A – Que o prazo para a referida regularização que, na interpretação da UCID seria desnecessária, ocorreria no dia de sábado;

B – Que, contactado o escrivão de direito para receber nesse dia a documentação, o mesmo invocou que os prazos que terminam no dia de sábado passam para segunda seguinte;

C – Que, em todo o caso, é prática judicial secular dos tribunais que os prazos que terminem no sábado passam o primeiro dia útil seguinte;

D – Esta medida é ilegal porque viola o que está estabelecido no Código do Processo Civil.

Conclui pedindo a revogação da sentença e que seja ordenada a aceitação da candidatura apresentada.

1.3. Remetida pelo Tribunal Judicial da Comarca da Boavista a 19 de fevereiro de 2016, foi recebida às 16:00 do mesmo dia, autuada pelo Tribunal Constitucional, e distribuída ao juiz relator por certeza.

II. Fundamentação

2.1. O Meritíssimo Senhor Juiz de Direito da Comarca da Boavista, ao receber o recurso avaliou, de forma preliminar, a presença dos pressupostos do mesmo, remetendo-os, nos próprios autos, a este Tribunal para os devidos efeitos.

2.1.1. Confirma este Tribunal que estão presentes, atendendo que:

A – A decisão de rejeição da lista é final, logo recorrível a este Tribunal, nos termos do artigo 353, de acordo com o qual “das decisões finais do Tribunal de Comarca relativa à apresentação de candidatura cabe recurso para o Tribunal Constitucional”;

B – O recorrente, sendo mandatário da lista, é legítimo para o efeito nos termos do artigo 354

(“tem legitimidade para interpor recurso (...) os mandatários das listas (...) concorrente à eleição no círculo eleitoral”).

C – O recurso, que deveria ser interposto no prazo de quarenta e oito horas, é tempestivo, uma vez que, tendo sido o requerente notificado no dia 16 (com indicação de hora na certidão assinada pelo mandatário, informando término no dia 18/02/2016, às 16:25), deu entrada no dia 18 de fevereiro de 2016 às 11 horas e 10 minutos.

Assim sendo, decide-se admiti-lo, seguindo-se para o tratamento das questões colocadas, nomeadamente as que têm uma dimensão processual, seguida, eventualmente, das substantivas.

2.1.2. As questões a responder são:

A – A regularização das irregularidades detetadas pelo ilustre magistrado, e vertidas para a sua decisão intercalar de 15 de fevereiro, foi tempestiva ou não?

B – Deve-se, não obstante, aceitar a lista entregue, da qual constam dois candidatos suplentes?

C – A rejeição da lista da UCID com fundamento em incumprimento da norma relativa ao limite mínimo de candidatos suplentes que fazem parte da lista tem amparo na Lei e na Constituição, atendendo ao número de candidatos suplentes mínimo exigido?

2.2. Relativamente à primeira questão:

2.1. O Senhor Magistrado Judicial a 10 de fevereiro de 2016 proferiu a sua decisão intercalar a apresentação da candidatura na qual detetou irregularidades relacionadas ao número de suplentes constante da lista, indicação de mandatário e ausência de assinatura do presidente do Partido no processo de candidatura. Determinou, na sequência, que se *“advirta o mandatário da lista, no acto de notificação, que o não cumprimento do requisito que aqui se identifica como a alínea a) – e que corresponde à exigência legal prevista nos artigos 348, nº 2, e 414, nº 1, ambos do Código Eleitoral – implica a rejeição da candidatura”* (f. 25), e a notificação do mandatário, o que veio a acontecer no dia 11 de fevereiro às 15:05.

Dando cumprimento a tais indicações, a Direção da UCID enviou ao Tribunal da Comarca da Boavista nova lista, desta feita contendo rol completo – com dois candidatos efetivos e três suplentes – a qual deu entrada no dia 15 de fevereiro às 13:15–, com o M.I. magistrado a rejeitar a candidatura pelo fato de as irregularidades não terem sido corrigidas dentro do prazo de quarenta e oito horas previsto na Lei.

2.2. O recorrente nesta questão alega, no essencial, duas razões que justificariam a não entrega da regularização das irregularidades no prazo de quarenta e oito horas: a) o seu entendimento de que é prática dos tribunais de que o prazo não corre no sábado, o que é classificado de *“prática judicial secular”*, solução igualmente estabelecida no Código de Processo Civil; b) que tentaram proceder à entrega da documentação no sábado, todavia que *“contactado o*

escrivão de direito para receber nesse dia a documentação, o mesmo invocou que os prazos que terminam no dia de Sábado passam para Segunda [-Feira] seguinte”.

2.2.1. A esta primeira questão entende o Tribunal Constitucional que é facto que no capítulo XXV do Código Eleitoral, epigrafiado de ‘atos processuais eleitorais’, integra-se a previsão de que *“os prazos previstos neste Código são improrrogáveis e correm nos dias de tolerância de ponto, domingos e feriados”* (art. 264º), que se irmana à disposição de acordo com a qual *“1. Os serviços públicos da administração central e da administração municipal e as secretarias dos tribunais, mantêm-se abertos nos dias referidos no artigo anterior, se for necessário para a prática de atos eleitorais. 2. Compete ao Governo assegurar o cumprimento do disposto no número anterior, tomando as medidas necessárias para o efeito”* (art. 265º). Como se pode facilmente verificar pela sistemática do Código Eleitoral, é depois destas normas que aparece o artigo já mencionado referente ao direito subsidiário, inserto no Código de Processo Civil (*“Em tudo o que não estiver regulado no presente Código aplica-se aos atos que impliquem intervenção de qualquer tribunal o disposto no Código de Processo Civil quanto ao processo declarativo, com as necessárias adaptações”*) (art. 268), destinado precisamente a colmatar as omissões nesta matéria do Código, dentre as quais, por força do artigo 264, não se inclui os prazos, claramente definidos.

Isto ao ponto de o legislador mencionar que, por um lado, *“são improrrogáveis”* e, do outro, que *“correm nos dias de tolerância de ponto, domingos e feriados”*, sendo que o objetivo é garantir que os prazos subsequentes relativamente à prática de atos subsequentes estabelecidos pelo Código são rigorosamente cumpridos de tal modo que não se possa produzir um efeito cascata sobre os mesmos e, em última instância, sobre a data marcada para as eleições.

Não se pode, deste modo, aceitar o argumento de que é o estabelecido no Código Processo Civil em matéria de contagem de prazos é de que se aplicaria ao caso concreto. Outrossim, o normativo que regula a questão do modo de contagem de prazos nestes atos processuais eleitorais é o artigo 264, que não admite a sua suspensão e considera-os improrrogáveis. Aliás, outra solução, nomeadamente se remetesse ao modo de contagem do Código de Processo Civil, seria antitética à própria natureza do processo eleitoral, por excelência baseado num princípio de celeridade, o prolongamento de vários atos eleitorais no tempo, com a exclusão de contagem em feriados, dias de tolerância de ponto e domingos seria inoportável para o sistema, pois levaria a um risco que as eleições, em última instância, pudessem ter que ser adiadas ou marcada com uma antecedência tal que levasse ao prolongamento exagerado de todo o calendário eleitoral.

Nestes termos, a jurisprudência nacional se tem pronunciado, não podendo se ter, a esta data, qualquer dúvida sobre os princípios que os governam, já que, no dizer do Acórdão nº 1/1991 (Rel: JC Manuel Onofre Ferreira Lima), de 5 de novembro de 1991 (publicado no B.O., nº 47) *“quanto à natureza dos prazos no processo eleitoral, diremos que além de peremptórios tais prazos*

são de se considerar absolutos e improrrogáveis, uma vez que, fixado o calendário eleitoral, qualquer alteração ao mesmo poderia eventualmente obrigar à alteração da data das eleições e para além disso esses prazos são sucessivos. (...) O extravasar dos prazos, aumentando-os, por qualquer circunstância, implicaria prejuízos tanto para o cumprimento do calendário eleitoral, como principalmente, para os prazos curtos seguintes, que sabemos não serem poucos”.

2.2.2. O requerente alega, todavia, que não foi possível entregar a documentação pedida como pressuposto para a regularização das irregularidades porque terá sido induzido em erro por ato do escrivão de direito da dita comarca que os terá informado, perante tentativa de entrega dos documentos, que os prazos que terminem num sábado passam automaticamente para primeiro dia útil seguinte. Tal alegação comporta potencialmente dois passos adicionais: a) de estabelecer o facto invocado, ou seja, de ter havido conduta de funcionário judicial a induzir em erro o apresentante; b) caso se comprove, determinar os efeitos disso em relação ao descumprimento do prazo.

A – Em tese, tal alegação deve ser demonstrada por quem a invoca, neste caso o requerente, a quem cabe o ónus da prova. Tenta fazê-lo apresentando um documento contendo registo de comunicação telefónica, onde se destaca um número, o qual o Tribunal veio a confirmar tratar-se da Secretaria do Tribunal da Comarca, para o qual se telefonou no dia 12 de fevereiro de 2016 às 15h52mn e 29 seg. de número pertencente ao cliente CV Telemóvel 9808137, chamada que teve a duração de 12 seg, mas que sem esse documento permita ao Tribunal conseguir determinar se tal conversa teve lugar e com o teor mencionado nas alegações.

Havia já uma jurisprudência sedimentada proveniente do Supremo Tribunal de Justiça enquanto Tribunal Constitucional que, ao considerar os dispositivos aplicáveis, os vinha interpretando como fixando, de forma clara, o ónus da prova e a obrigatoriedade do requerente apresentar todos os elementos nos termos do artigo 355 (1) do Código Eleitoral. Assim, o Acórdão nº 4/2008 (“*A primeira questão está intimamente relacionada ao ónus da prova que, como é sabido, há de ser assumido por quem solicita uma qualquer providência junto dos órgãos jurisdicionais, tendo o preceituado (...) significar muito simplesmente que quem interpõe recurso no âmbito do contencioso eleitoral deve estar munido de todos os elementos de prova necessários à confirmação dos fundamentos invocados, sob pena do recurso improceder, mesmo porque o prazo de 72 horas, de que dispõe o órgão para que se recorre, é disso sintomático, pois que incompatível com indagações mais ou menos demoradas*”) (p. 4)), confirmada pelos Acórdãos 5/2008, p. 6 e 08/2008, p. 3; 12/2008, p. 5; 18/08, p. 2)

Todavia, esta egrégia corte também já tinha aberto a possibilidade de o Tribunal apreciar, dentro de certos limites e presentes certas condições, os elementos de prova que já constam do processo de candidatura e que sobem com os autos em caso de recurso, conforme exposto no Acórdão 08/2008, p. 4, de acordo com o qual “*não obstante, pode ainda ser possível, e naquilo que puder ser, a apreciação da matéria de facto já constante da lista admitida, bem como doutra, cuja prova tenha sido oferecida juntamente*

com a resposta da parte contrária, e relacionada com as questões de facto apresentada pelo recorrente (...)”. Tudo isso se deve ajustar em casos a envolver situações como rejeição de candidaturas por incumprimento de regras eleitorais ou decisões de inelegibilidade ao papel do Tribunal Constitucional de garantir, nos limites do possível, a integridade do processo eleitoral, de uma parte, para que a vontade do povo se faça ouvir de forma livre, e, da outra, proteger, também no quadro do possível, os direitos em jogo no domínio do sufrágio. Assim sendo, há um interesse público supremo ligado ao princípio democrático que deve presidir a abordagem de um tribunal com estas características às normas que têm impacto no processo eleitoral. Aliás, num voto, um dos magistrados que votou vencido no Acórdão 19/08, embora num caso diferente, de recurso de deliberação de Assembleia de Apuramento Geral, tinha chamado a atenção para casos em que perante um interesse público – “o primado da verdade eleitoral” – sustentou que “O artigo 232 (...) do Código Eleitoral segundo o qual o recurso das deliberações da Assembleia de Apuramento Geral deve ser interposto no prazo de vinte e quatro horas e acompanhado de todos os elementos de prova sem que o Tribunal *ad quem* possa realizar diligências suplementares restringe excessiva, desproporcionada e desrazoavelmente o direito de acesso à justiça, (...)”,

Nesta senda, e na continuidade, o Tribunal, reafirmando a orientação geral sobre o ónus da prova e dos riscos para o requerente de não as apresentar, já se tinha orientado recentemente, por meio do Acórdão nº 1/2016, de 17 de fevereiro, que, dentro dos limites do razoável – nomeadamente no tempo reduzido que possui para decidir recursos eleitorais –, poderá tentar obter elementos decisórios importantes, nomeadamente provas, na sequência de mera indicação da parte ou até *ex officio*. Neste caso, caberia ao Tribunal, ao Presidente ou ao Relator, nos termos do artigo 62 (1) da Lei de Organização e de Processo do Tribunal Constitucional, requerer a sua obtenção, mesmo quando o requerente não os forneça. O interesse público subjacente a este tipo de processo e o papel do Tribunal em garantir a idoneidade do processo democrático justifica esse procedimento.

Assim sendo, para comprovar o facto alegado, o Tribunal efetuou diligências no sentido de verificar se terá havido tal comunicação entre o escrivão de direito e o requerente. Todavia, junto ao Tribunal da Comarca de cuja decisão se recorre se obteve a informação assinada pelo Juiz, remetida por ofício de 20 de fevereiro, de que “*Na secretaria deste Tribunal existe um único escrivão de direito, cujo nome é Afonso Livramento. Perguntado ao sr. Afonso Livramento se confirma tal facto, o mesmo respondeu: ‘Falei pelo telefone com os mandatários das demais listas (PAICV e MPD), mas não falei com ninguém da UCID’. Pelo que, fazendo fé nas palavras do escrivão de direito, pessoa isenta, há que concluir que a alegação do mandatário da UCID não corresponde à verdade. Saliente-se que, nesse mesmo dia (sábado, 13 de Fevereiro de 2016), esteve de piquete o oficial de diligências Arie Coelho, o qual, de resto, encontrei, por volta das 14:30/15:00, neste Tribunal, tendo-me informado que havia recebido as listas corrigidas do MPD e do PAICV, mas não a da*

UCID. Convém salientar, ainda – embora entenda de todo desnecessário, porquanto a certidão de notificação exarada pela oficial de diligências Janise Mendes, datada de 11 de Fevereiro de 2016 é bastante esclarecedora, documento, aliás, cujo teor a lei reconhece fé pública – que, no mesmo dia (sábado, 13 de Fevereiro de 2016), estive a trabalhar das 15:00 horas às 18:30, sem que me tivesse ausentado das instalações deste Tribunal uma única vez. Facto que pode ser, por sua vez, confirmado pelo escrivão de direito da secretaria da Procuradoria, sr. António Alves, quem encontrei no seu gabinete, nesse mesmo sábado, e que deixei neste edifício quando saí (por volta das 18:30”. O recorrente, quando muito terá tentado fazer um contato telefónico de doze segundos no dia anterior ao fim do prazo, mas não alega que se deslocou ao Tribunal para corrigir as irregularidades detetadas ou pedir informações e que não foi possível fazê-lo por não ter sido atendida, considerando que, para além dos prazos, resta claro do artigo 265 que “os serviços públicos da administração central e da administração municipal e as secretarias dos tribunais, mantêm-se abertos no dias referidos no artigo anterior, se for necessário para a prática de actos eleitorais”.

B – Supondo, por hipótese, que se tenha dado por provado que houve tal conversa e tal orientação, seria de se determinar os seus efeitos sobre a questão em apreço, haveria margem, como se disse no Acórdão nº 1/1991 (Rel: JC Manuel Onofre Ferreira Lima), de 5 de novembro de 1991, p. 685, para proteger o requerente, deferindo para o primeiro dia útil a prática do ato devido. Não sendo o caso, este Tribunal nada pode a este respeito fazer, posto que inatacável a conduta deste órgão, que, tendo notificado o requerente, fez menção ao termo final do prazo, com tomada conhecimento do seu teor, e este não se deslocou no dia previsto para entregar os elementos necessários à regularização da sua candidatura.

2.2. Tal conclusão seria suficiente para tornar desnecessárias quaisquer discussões adicionais, tendo em conta o previsto em lei no concernente ao prazo de regularização e a sua contagem. Todavia, há uma questão de fundo que ainda requer apreciação. É que esta Corte deu provimento recentemente a dois recursos contendo matéria que, pela sua natureza, é idêntica à que se coloca aqui do ponto de vista substantivo. Decidiu em concreto, “revogar a decisão de não admissão da candidatura da UCID para o Círculo das (...), mandando admitir a mesma”. Ainda que a douda decisão não tenha sido acompanhada nos seus fundamentos por todos os juízes conselheiros, o facto é que o resultado, em forma de decisão, obteve o assentimento do coletivo, sendo, nesta medida, a posição do Tribunal relativamente à admissão das candidaturas em questão.

Assim sendo, natural colocar-se a questão de se saber se, acontecendo o que aconteceu, não seria de se verificar se a rejeição da lista da UCID por não ter regularizado as irregularidades apontadas pelo meritíssimo juiz não resultaram de uma falsa irregularidade ou de uma que fosse desculpável tendo em consideração as ambiguidades das normas aplicáveis, conforme, de uma forma ou de outra, se entendeu nas duas decisões anteriores já mencionadas.

Independentemente dos motivos apresentados, as duas fundamentações são convergentes no que toca à aceitação da consideração de que “A rejeição de uma lista, embora prevista na lei, é sempre uma sanção muito forte para qualquer partido, pois tem sérias consequências práticas: ela diminui a possibilidade de expressão política, de participação política e de debate democrático dos cidadãos em torno dos grandes problemas nacionais, para além de reduzir a competitividade do sistema democrático, em especial no círculo eleitoral”. Sendo assim, no caso concreto, apesar de não serem casos rigorosamente iguais, considerando que aqui houve apresentação de nova lista, no entanto fora do prazo de regularização, ao passo que, nos outros, houve recusa de apresentação motivada por leituras distintas do normativo aplicável, determinando-o a coerência e o dever do Tribunal assumir a sua responsabilidade de contribuir para garantir o mínimo de estabilidade no funcionamento do sistema, seria de se estender esta jurisprudência, aplicando-a a esta situação de rejeição da lista da UCID para o Círculo da Boavista. Até porque houve um esforço notório da parte de tentar corrigir a irregularidade apontada pelo juiz, ainda que, aparentemente em razão de uma interpretação errada sobre prazos de regularização e sua contagem, não a tenham entregado a tempo, levando o Tribunal a submeter a dura sanção prevista na Lei.

Neste caso concreto, como a lista seria admitida caso na hipótese de a orientação deste Tribunal em relação aos casos relativos à rejeição das candidaturas da UCID para o Círculo das Américas e para o Círculo da Europa e Resto do Mundo se aplicar a este caso, o facto de a regularização ter sido extemporânea torna-se irrelevante para a decisão deste caso, devendo-se, pois, admitir a candidatura original integrada por dois suplentes que foi submetida dentro do prazo legal.

2.3. Todavia, mais uma vez, conforme foi-se alertando nas decisões relativas à rejeição das listas da UCID para Círculo das Américas e para o da Europa e Resto do Mundo, cabe a este Tribunal, enquanto entidade de recurso, tentar, nos limites do papel que pode assumir em sede de contencioso eleitoral, clarificar uma questão que já se encontrava pacificada por força da prática institucional até à data e que, ainda que com motivos justificáveis, se tenha acendido no último mês, a propósito das candidaturas às eleições legislativas do mês de março do corrente.

2.3.1. Deve fazê-lo porque, de uma parte, é notório que as normas que governam a questão, da Constituição à Lei, não são normas inequívocas, falhando como veículo de comunicação de comportamento devidos ou permitidos e reduzindo, por essa via, o seu conteúdo deontológico material. Criam um quadro ambíguo através da utilização de uma técnica legislativa que dificulta ao destinatário a apreensão do significado da norma ou do quadro jurídico aplicável, estabelecendo duas fórmulas diferentes na Lei (portanto promovendo uma possível contradição externa) e absorvendo dois sentidos aparentemente divergentes com normas colocadas no mesmo dispositivo, com um segmento a dizer que “o número de candidatos suplentes deverá ser, no máximo, igual ao número dos mandatos atribuídos ao respetivo colégio” e, o outro, que esse número não pode ser “nunca inferior a três”.

2.3.2. Tal disposição é, naturalmente, difícil de interpretar, dificuldade esta que se adensa se se pensar no turbilhão que é a preparação de uma candidatura para um ato central de qualquer Estado Democrático como são as eleições legislativas, disputadas em todo o território nacional – com círculos distintos no seu tamanho e em que os partidos políticos têm implantação diferente –, e na diáspora, ainda mais dispersa atendendo à possível imensidão dos países em que se integram e por comportarem espaços territoriais nacionais e até continentais diversos. Particularmente, para os partidos que ainda têm menor presença em certos espaços e que a tentam conquistar, isso poderá revelar-se mais difícil, tendo que conciliar aspetos prático-administrativos com a interpretação de uma norma desta natureza, o que o Tribunal entende e deu os devidos efeitos nos casos que lhe foram submetidos. Daí, a convergência dos membros do Tribunal em relação aos efeitos deletérios que, neste contexto, atendendo à polissemia de sentidos razoáveis da norma, aos já apontados entendimentos divergentes dos tribunais de comarca e à ausência de um pronunciamento claro de tribunais recursais a este respeito, que uma sanção de rejeição da candidatura seria incomportável pelo sistema, atendendo, inclusivé, que se trata de questão diretamente ligada ao princípio democrático e a direitos fundamentais de participação política.

2.3.3. Porém, disso não decorre que, de tais normativos, não se possa tirar um sentido que reflita o que o legislador (constituente e ordinário) quiseram comunicar, e que o Tribunal tenha que abdicar do seu dever de, nos limites do possível – pelo menos enquanto a preocupação manifestada nos acórdãos 2 e 3 de 2016, não sejam atendida – definir qual é o melhor entendimento sobre esta questão, permitindo, pelo menos, que se defina qual é a sua orientação, enquanto entidade recursal, nesta matéria.

2.3.4. E o sentido que se pode retirar deste normativo depende, em última instância, daquele que for atribuído ao artigo 115 (3) da Constituição da República, uma vez que é reproduzido pelo artigo 414 (1) e dele resultaria uma interpretação conforme à Constituição do artigo 348 (2), redigido de modo diferente.

2.3.5. Ora, como já se disse, é inegável que o dispositivo presta-se a leituras diferentes, e ambas podem ser consideradas possíveis e com algum lastro textual. Como em qualquer processo hermenêutico, mesmo da Constituição, a abordagem de identificação do sentido requer que se analise o enunciado normativo. Ora, este estabelece que *“o número de candidatos suplentes deverá ser, no máximo, igual ao número dos mandatos atribuídos ao respetivo colégio eleitoral, não podendo nunca ser inferior a três”*.

A – Com os constrangimentos apontados presentes, a norma requer uma interpretação segmentada que leve em consideração que, na perspetiva da lógica que terá presidido à solução normativa para ela vertida, haveria duas questões distintas a resolver no concernente ao número de suplentes a constar de uma lista destinada a concorrer em eleições legislativas num determinado colégio eleitoral, afastado que ficou um critério de equivalência geral entre o número de mandato atribuído ao círculo e o número de suplentes indicado, o qual foi adotado no caso

dos candidatos efetivos de forma absoluta nos termos do número dois do artigo 115 da Constituição: *“O número de candidatos efetivos em cada lista proposta à eleição deverá ser igual ao número dos mandatos atribuídos ao respetivo círculo eleitoral”*. Se assim fosse para o caso dos candidatos suplentes, naturalmente as referências a mínimos e máximos seria desnecessária, limitando, eventualmente, a regra a prescrever que *“o número de candidatos suplentes deverá ser igual ao número de mandatos atribuídos ao respetivo colégio eleitoral”*.

Claro que não é esta a questão central porque não é esta a redação, mas mostra-nos que o pensamento do legislador, ainda que se possa discutir o acerto da sua forma de comunicar, é mais rebuscado do que parece à primeira vista. Foi o de estabelecer um determinado critério para a definição do número de candidatos efetivos, criando uma regra para esse fim, e de estabelecer mais duas regras a respeito dos candidatos suplentes, aqui procurando determinam limites máximos e mínimos, mas fazendo-o de tal maneira que se ajustassem aos seus objetivos nesta matéria. A primeira de tentar estabelecer um limite máximo, objetivando racionalizar as listas, a sua aferição, a sua publicação, organizando minimamente o processo eleitoral. Fê-lo fixando uma regra de acordo com a qual o limite máximo a apresentar em cada lista é diretamente equivalente ao número de mandatos atribuídos ao colégio eleitoral em questão, com base numa lógica de variabilidade de acordo com a qual num círculo de dezoito esse limite seria de dezoito e num de três também de três. Dentro desta margem, o partido político pondera livremente – conforme aspetos ligados às suas pretensões eleitorais, à antecipação de resultados que, perante eventuais perceções, cientificamente fundadas ou não, tiver, da sua estratégia de incluir um maior número de pessoas nas suas listas, dar experiência política a outras, etc. – se usa a margem que a lei lhe concede entre o número mínimo de suplentes e o número máximo variável de dezoito, catorze, onze, sete, etc.

Agora, no mesmo dispositivo, há outra regra, esta taxativa, forte, clara, a estabelecer um mínimo, mas desta vez fixo, que não depende do número de mandatos atribuídos ao círculo, destinando-se a definir o mínimo que ele, livremente, até por constar da versão originária da Constituição, entende que salvaguarda todas as vicissitudes que podem acontecer durante uma legislatura relativamente longa de cinco anos em relação ao exercício do mandato, os impedimentos, situações pessoais, situações profissionais, incapacidade temporária, que lhe podem levar a requerer substituição temporária nos termos do artigo 5º do Estatutos dos Deputados ou outras razões de suspensão (por exemplo, nos termos do artigo 165, para o caso de *“serem nomeados membros do Governo ou serem providos em outras funções incompatíveis”*) e mais ainda de renúncia, perda do mesmo, incapacidade física ou até morte, portanto situações de cessação individual do mandato.

Nestes casos, estabelece a Lei que *“em caso de vacatura ou de suspensão de mandato, o Deputado será substituído pelo candidato não eleito da mesma lista, na respetiva ordem de precedência (...)”*. Ora, perante tal cenário, é evidente que a necessidade de recorrer a suplentes nos

casos de impossibilidade, temporária ou permanente de continuação de exercício do mandato, é muito maior nos casos em que a um círculo se atribui apenas dois deputados do que em relação ao um colégio que tenha dezoito, sete ou cinco deputados. Mais ainda porque os resultados eleitorais no Cabo Verde pluripartidário, portanto, desde 1991 têm demonstrado e de forma cada vez mais acentuada que, em tais círculos muito dificilmente um único partido conseguiria eleger todos os seus candidatos efetivos, o que significa que antes dos suplentes poderem substituir, são esses que possuem tal direito, tendo preferência.

É o que se alcança se, por exemplo, se analisar o mapa eleitoral das últimas eleições legislativas (v. Edital nº 2/CNE/2011, publicado no *B.O.*, I Série, nº 7, Suplemento, 19 de fevereiro, pp. 1-5), que mostra uma partilha de mandatos no Círculo de Santo Antão, distribuição de onze mandatos no círculo de S. Vicente (PAICV: 5; MPD: 4; UCID: 2); Sal (MPD:2; PAICV:1); Santiago Norte (PAICV:8; MPD: 6); Santiago Sul (PAICV:11; MPD: 8); Fogo (PAICV: 3; MPD: 2). Mesmo antes, nas eleições legislativas de 2006 (PAICV: 52, 8%; MPD: 44,02%; UCID: 2,64%; PRD: 0,64%; PSD: 0,41%) (PAICV: 41 dep.; MPD: 29 dep.; UCID: 2 dep.), com colégios diferentes, essa tendência já se havia concretizado na Ribeira Grande (de Santo Antão) (MPD: 2; PAICV: 1); Porto Novo (PAICV: 2; MPD: 1); S. Vicente (PAICV: 5; MPD: 4, UCID: 2); Praia (PAICV:8; MPD:7); Santa Cruz (PAICV: 2; MPD: 1); Santa Catarina (PAICV:3; MPD: 3); S. Filipe (PAICV: 3; MPD: 1) (v. Edital nº 3/2006, de 6 de fevereiro, publicado no *B.O.*, I Série, nº 6, Suplemento, 6 de fevereiro, pp. 1-4). No ano de 2001, com resultados gerais equivalentes (PAICV: 47, 8 %; MPD: 39, 2%; ADM: 5,9%; PRD: 3,3% e PSD:0,4%) e com os 72 deputados distribuídos à razão de 40-30-2 para os três primeiros), Ribeira Grande MPD:2; PAICV:1); Porto Novo (MPD: 2; PAICV:1); S. Vicente (PAICV: 6; MPD: 4; ADM: 1); Praia (PAICV: 8; MPD:5; ADM:1); Santa Cruz (PAICV: 2; MPD:2); Santa Catarina (PAICV: 4; MPD: 3); São Filipe (PAICV: 3; MPD: 1) (Edital nº 3/CNE/2011, *Boletim Oficial*, I Série, n. 2, pp. 1-3).

Aliás, se atentarmos às eleições de 1991 (cujos resultados foram mandados publicar pelo Edital nº 18/CEN/90 [91], *Boletim Oficial*, n. 3, Suplemento, 25 de janeiro de 1991, pp. 12-14), em que a desproporção percentual foi maior em relação à votação geral (MPD: 62%; PAICV: 32%) e à distribuição de mandatos (MPD: 56; PAICV: 23), o quadro não era muito diferente como se pode atestar pelo facto de em Nossa Senhora da Conceição/Santa Catarina (PAICV: 2; MPD:1); Praia Urbano (MPD: 8; PAICV: 4); Santa Catarina (MPD: 5; PAICV: 1); São Lourenço dos Órgãos/Santiago Maior (MPD: 4; PAICV: 1); Santo Amaro Abade/S. Miguel (MPD: 4; PAICV: 1); Nossa Senhora do Rosário (MPD: 2; PAICV: 1); Nossa Senhora da Luz (MPD: 10; PAICV: 2), o mesmo ocorrendo em 1995 (MPD: 61.29 %; PAICV: 29.75%; PCD: 6.71; UCID:1,55%) (MPD: 50 dep.; PAICV: 21 Dep.; PCD: 1 dep.), na Praia (MPD: 8; PAICV: 4; PCD: 1); Santa Catarina (MPD: 7; PAICV: 1); Tarrafal (MPD: 4; PAICV:1); São Vicente (MPD: 11; PAICV: 3), aparecendo aqui os únicos casos em que num círculo com mais de dois mandatos um único partido conseguiu conquistar todos: Santa Cruz (MPD: 4) e Ribeira Grande (MPD: 4) (v. Edital da Comissão Nacional de Eleições

nº 6/95, comunicando os resultado do apuramento geral das eleições, *Boletim Oficial*, I Série, Suplemento, 27 de Dezembro de 1995, pp. 2-4).

Portanto, num círculo com dezoito deputados mesmo que um partido consiga eleger onze deputados e tiver indicado apenas três suplentes, antes de a eles recorrer têm preferência os sete não eleitos, garantido-se que, mesmo nessa hipótese extrema, um número aproximado ao dos efetivos eleitos. Não é o que acontece no caso de círculos com apenas dois mandatos, pois mesmo sendo certo que, pelo menos nas últimas eleições legislativas, desenhou-se um cenário de divisão de mandatos entre os dois partidos mais votados, o partido que eleger apenas um, só tem mais um candidato efetivo para os casos de necessidade de substituição, antes de recorrer aos suplentes, e, no caso concreto, se forem os dois, terão que recorrer diretamente aos suplentes. Dir-se-á que essa situação seria limite, e que nunca se verificou a esse nível. Pode até ser. Mas, o legislador, nomeadamente o constituinte, num contexto em que não há possibilidade de eleições intercalares para preencher vagas parlamentares, antecipa cenários e cria mecanismos para precaver turbulências ou deficiências desnecessárias no funcionamento do sistema político e do seu órgão nuclear, a Assembleia Nacional. Claro está que as vicissitudes que podem concorrer para a ocorrência da suplência afetam tanto os deputados de uma lista de 18 deputados, como os deputados de uma lista de 2. A diferença está no facto de a lista do mínimo de 2 suplentes ser mais vulnerável e numa legislatura de cinco anos haver muito maior probabilidade de se esgotar.

Não é difícil a este Tribunal antecipar que foi um juízo de prognóstico do legislador constituinte perfeitamente razoável e sujeito que à sua vontade soberana que presidiu ao sistema por ele montado e mantido desde a versão originária da Constituição. Optou, assim, por motivos naturais por estabelecer esse mínimo fixo destinado a precaver qualquer situação da natureza descrita com o objetivo de garantir e estabilidade do funcionamento do parlamento e, em última instância, a permanência da representação política, ambos interesses públicos supremos ligados ao princípio democrático e o pilar da soberania popular do Estado de Direito Democrático.

B – Acresce que tem sido esta a prática desde 1991, os partidos normalmente têm apresentado nas listas o mínimo de três suplentes, mesmo nos círculos os quais se atribuiu dois mandatos, padrão este que só veio a ser perturbado com as decisões tomadas pelo ilustre juiz da comarca de São Nicolau, que os reduziu para dois. Todavia, tratou-se claramente de uma anomalia em que os partidos tiveram que se conformar com esse entendimento, não sem que um deles – o PAICV – não tivesse tentado questionar tal interpretação junto à jurisdição constitucional cabo-verdiana. Esta, apesar de não ter podido ajuizar o mérito da questão por motivos de admissibilidade, posto ter entendido tratar-se de decisão intercalar e não final, logo irrecorrível, sempre pronunciou-se, face ao entendimento do magistrado comarcação, no sentido de que “A lista anteriormente apresentada não só podia mas devia conter três suplentes. A técnica legislativa adotada não é das mais felizes e terá feito incorrer em erro o Mº Juiz. Subjacente ao artº 414 está a ideia de evitar situações de bloqueio

que podem resultar da morte, incapacitação, ausência, incompatibilidade etc., dos candidatos eleitos») (Acórdão nº 1/2011, Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional, 4 de janeiro de 2011).

Há, pois, um entendimento consolidado neste sentido.

III. Decisão

Nestes termos, os Juízes Conselheiros do Tribunal Constitucional, reunidos em Plenário, acordam:

- a) Julgar improcedente o recurso na parte em que pede a revogação da decisão que considerou extemporânea a apresentação da lista retificada;
- b) Julgar procedente o recurso na parte em que pede a revogação da decisão que não admitiu a candidatura da UCID por ter apresentado uma lista com apenas dois suplentes;
- c) Determinar que seja admitida a candidatura da UCID para o círculo eleitoral da Boa Vista com os dois suplentes que apresentara.

Isento de custas por não serem devidas.

Registe e notifique.

Data: 22.02.2016

Assinados:

José Pina Delgado (Relator), *Aristides Raimundo Lima* (voto concorrente em anexo) e *João Pinto Semedo*.

Voto concorrente do Juiz - Conselheiro Aristides R. Lima

Acompanhei completamente a parte dispositiva do Acórdão do Tribunal no sentido de:

- a) Julgar improcedente o recurso na parte em que o recorrente pede a revogação da decisão que considerou extemporânea a apresentação da lista retificada;
- b) Julgar procedente o recurso em que o recorrente pede a revogação da decisão que não admitiu a candidatura da UCID por ter apresentado uma lista com apenas dois suplentes;
- c) Admitir a candidatura da UCID para o Círculo Eleitoral da Boavista com os dois suplentes que tinha apresentado ao meritíssimo Juiz da Comarca;

Não acompanhei, contudo, na sua integralidade a douta fundamentação do acórdão, especialmente na parte em que parece haver uma derivação para uma espécie de interpretação autêntica do nº 3 do artigo 115º da Constituição, depois de o Tribunal Constitucional ter-se pronunciado, há poucos dias, a favor da admissão de listas em círculos eleitorais de dois com apenas dois suplentes (ver Acórdãos nº 2 e 3 de 2016). E não acompanhei esta derivação, primeiro, porque não cabe ao Tribunal Constitucional fazer interpretações autênticas,¹³ segundo porque não

concordo com a interpretação que os Venerandos Juízes Conselheiros fazem do artigo 115º, nº 3 da Constituição, quando se reportam aos círculos de dois deputados.

O Acórdão pretende que existe um entendimento consolidado de que a interpretação correta do artigo 115º nº 3 é de que, em todas as circunstâncias, o limite mínimo de suplentes deve ser de três. Este entendimento, além de não existir, por não poder resultar de nenhum específico direito costumeiro *contra constitutionem*, não é o que resulta da fundamentação dos acórdãos nºs 2 e 3 deste Tribunal, que dou aqui por reproduzida. .

A verdade é que o legislador definiu um princípio de limite máximo que não pode ser ultrapassado. O legislador constituinte diz, efetivamente, o seguinte : «O número de candidatos suplentes deverá ser, no máximo, igual ao número dos candidatos atribuídos ao respetivo colégio eleitoral, não podendo nunca ser inferior a três». Olhando para a questão independentemente dos círculos eleitorais notar-se-á o seguinte. Primeiro, o legislador estabelece uma prescrição, uma norma imperativa segundo a qual não se deve ultrapassar o teto máximo que é equivalente ao número de mandatos atribuídos no círculo eleitoral. Até utiliza a expressão «deverá ser, no máximo, igual ao número dos mandatos atribuídos ao respetivo colégio eleitoral». Por conseguinte, está-se perante um imperativo de não ultrapassar o número de efetivos. E certamente que há razões para o legislador definir o limite máximo. O legislador tinha aqui em vista, seguramente, garantir uma margem de manobra aos proponentes para apresentarem mais ou menos suplentes, conforme os condicionalismos próprios da situação, mas nunca mais do que o número de efetivos. E isto, eventualmente por duas razões, para evitar uma desvalorização dos efetivos numa lista com mais suplentes do que efetivos, e por outro, para impedir o aproveitamento dos proponentes no sentido de «engordar as listas» com suplentes para daí retirarem proveitos na «logística» da campanha eleitoral, quer em razão do número maior de suplentes, quer em função dos benefícios que as candidaturas podem auferir e que são inerentes ao estatuto dos candidatos. Basta pensar no disposto no artigo 366º do CE que reza o seguinte: «os candidatos às eleições têm direito à dispensa do exercício de funções públicas ou privadas no trigésimo dia que antecede a data das eleições, sem prejuízo da contagem desse tempo para todos os efeitos, incluindo a retribuição, como tempo efetivo de serviço». É claro que, se os candidatos são dispensados do respetivo trabalho, com o direito à retribuição garantido, não irão pedir aos magros orçamentos das campanhas o pagamento das suas remunerações.

A solução normativa que decorre da Constituição admite também obviamente, que o número de suplentes possa ser igual ao dos efetivos e possa ser menor do que o número de efetivos. Mas em nenhum caso deveria ser menos de três, numa interpretação puramente literal.

Mas, aqui é que se coloca o problema, pois nos círculos de dois, se se quiser aplicar o enunciado verbal da norma quanto ao número mínimo de três, forçosamente se tem de ir contra o segmento da disposição que afirma que não se pode ultrapassar o número de efetivos, que é de dois. Ora «três» sempre foi superior a «dois»

¹³Sobre esta questão cfr. Jorge Miranda : Manual de Direito Constitucional, tomo II, Coimbra , 2007, p. 309 e J.J. Gomes Canotilho : Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 6ª edição, Coimbra 2002, p. 1217.

Em segundo lugar, olhando para os antecedentes normativos das normas atualmente vigentes, na Constituição e no CE, nota-se o seguinte. Até 1992 a questão era clara:

A Lei Eleitoral nº 87/III/90, de 13 de Outubro que se aplicou para as eleições da Assembleia Nacional Popular, de 1991, estatuiu no seu artigo 16º, relativo à organização das listas o seguinte: «1. As listas propostas à eleição devem conter a indicação de candidatos efetivos em número igual ao dos mandatos atribuídos ao respetivo colégio eleitoral e ainda a indicação de suplentes em número não inferior a dois, nem superior a cinco».

Nessa altura, o país contava maioritariamente com 22 círculos eleitorais pequenos (3 círculos uninominais, 15 círculos de dois, dois círculos de 3 e 2 círculos de 5 deputados). Havia um só círculo médio (Santa Catarina, com 6 deputados) e 2 círculos grandes (Nossa Senhora da Luz (S. Vicente) com 12 deputados e Praia Urbana, também com 12¹⁴). Então, em 1991, podia-se estabelecer um número de suplentes que ia de dois até cinco. E não havia qualquer contradição.

Com a aprovação da Constituição de 1992, a situação mudou. O antigo artigo 122º da versão originária da Constituição (atual artigo 115º) estipulava no seu número 3 que «o número de candidatos suplentes deverá ser, no máximo, igual ao número de mandatos atribuídos ao respetivo colégio eleitoral, não podendo nunca ser inferior a três.

Isto quer dizer que, enquanto anteriormente se estabeleciam limites numéricos precisos (2 a cinco), passou-se a utilizar, para os suplentes, um limite mínimo fixo e um limite máximo variável, mas com um teto fixo, que ia até ao máximo dos efetivos. Após a aprovação da Constituição de 1992, aprovou-se a Lei Eleitoral para a Assembleia Nacional (Lei nº 116/IV/94, de 30 de Dezembro). Esta, no seu artigo 15º estabelecia o seguinte «As listas propostas à eleição devem conter a indicação de candidatos efetivos em número igual aos mandatos atribuídos ao respetivo colégio eleitoral e de candidatos suplentes em número não inferior a três, *nem superior ao dos efetivos*.

Vê-se que, com a Constituição de 1992, firmou-se um entendimento de que o número de suplentes não podia ultrapassar o número dos efetivos, quando antes o limite máximo de suplentes era de cinco.

O número mínimo de suplentes, que era de dois, passou a ser de três. A partir daí passou a haver uma contradição que tinha de ser solucionada com base em métodos de interpretação adequados.

Ora, é preciso ver que, quando o legislador diz «não podendo nunca ser inferior ao número de três» utilizando o gerúndio, o que ele tem em mente, antes de mais, é a configuração geral dos círculos eleitorais, quer sejam círculos pequenos, médios ou grandes. Círculos eleitorais estes que são um elemento imprescindível para o funcionamento do sistema eleitoral, isto é para o modo específico de conversão dos votos em mandatos.

Assim, chega-se à conclusão de que a aplicação pura e simples do número de três suplentes num círculo eleitoral de dois violará sempre o número máximo permitido pelo limite máximo estabelecido pela Constituição, o qual é um limite taxativo também, porque especificado. O que não acontecerá, se se adotar uma metodologia de interpretação objetiva e com base no princípio da concordância prática. Foi isto que os acórdãos nºs 2 e 3 do Tribunal Constitucional quiseram alcançar ao proporem um exercício de concordância prática entre o segmento que estabelece o limite mínimo e o que estabelece o limite máximo, tendo em conta o sentido específico de cada um dos segmentos e o princípio do efeito integrador da interpretação constitucional.

O presente acórdão, com a vénia devida, optou por fazer uma leitura que, a meu ver, pode redundar num «downgrading» do problema que se colocava, quer ao Juiz de Comarca, quer a este Tribunal Superior, isto é o problema de proceder a uma harmonização prática das disposições contraditórias da Constituição, que, por um lado, indicam que o número de suplentes não pode ser superior ao dos efetivos e que, por outro, refere que estes não podem ser em número inferior a três.

Por isso, não pude acompanhar a preclara fundamentação na sua totalidade.

Cidade da Praia, 22 de fevereiro de 2016.

Assinado:

Aristides R. Lima.

Está conforme.

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, na Praia, aos 22 de fevereiro de 2016. — O Secretário, *João Borges*.

Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de recurso de amparo constitucional n.º 1/2016, em que é recorrente, Emílio Pereira Monteiro e recorrido o Supremo Tribunal de Justiça.

Acórdão n.º 5/2016

Acordam, em Plenário, no Tribunal Constitucional

I- Relatório

Emílio Pereira Monteiro, conhecido por *Moisés*, com os demais sinais de identificação nos autos, interpõe o presente recurso de amparo constitucional contra o acórdão n.º 8/16, de 22 de fevereiro de 2016, proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça, que confirmou a sentença que o condenara a quatro anos de pena de prisão efetiva, como autor material de um crime de detenção de armas previsto e punível nos termos da al. a) do artigo 90.º da lei n.º 31/VIII/2013, de 22 de maio.

O recorrente alega o seguinte:

O acórdão recorrido viola os princípios constitucionais e legais da presunção de inocência, nomeadamente os artigos 35.º/n.º 1 da Constituição da República e 1.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal, bem como da investigação e da livre apreciação da prova;

¹⁴Cfr. Edital nº 18/CEN/90. In Suplemento ao Boletim Oficial de Cabo Verde nº 3, de 25 de Janeiro de 1991.

Resulta ainda dos autos, insuficiência da matéria de facto dada como provada e erro notório na apreciação da prova, o que constitui, entre outros, também frontal violação dos artigos 173.º, 174.º, 175.º, n.º1, 177.º, 442.º e 463.º, todos do CPP;

Suscitou a questão da ilegalidade da decisão do tribunal de primeira Instância, no recurso interposto para o STJ, por aquele tribunal o ter condenado em quatro anos de prisão efetiva, ancorando sua decisão em prova obtida na busca domiciliária, na residência onde vive o Requerente, os seus familiares e os da sua companheira, factos esses que, se fossem investigados pelo tribunal e valorados livremente, segundo as regras da experiência comum, redundariam na decisão de absolvição do Requerente, por aplicação do princípio “in dubio pro reo”, e não na sua condenação;

Os factos não demonstram que a arma foi encontrada na posse do Requerente nem tampouco que a mesma arma alguma vez lhe pertencera. Não existe qualquer prova nos autos, que demonstre que o Requerente tem ou tinha arma de fogo, deteve ou detinha arma de fogo ou tinha conhecimento da existência da arma de fogo que foi encontrada, na sua residência onde reside com os seus familiares, num compartimento, onde reside um irmão da sua companheira;

Se o tribunal de primeira instância não se deu ao trabalho de investigar e livremente apreciar as provas produzidas e analisadas na várias sessões de julgamento e então, decidir pela condenação ou absolvição do requerente, o Supremo tribunal de Justiça, sequer deu ao trabalho de o fazer. No caso concreto, ao Supremo tribunal de Justiça, porque interpelado e porquanto o vício resulta dos elementos do texto da decisão recorrida, não estava vedado conhecê-los, apreciá-los e decidir, ancorado nas regras da experiência comum. É o que resulta do art. 442.º/n.2 do CPP;

O STJ está vinculado ao princípio da investigação e da livre apreciação da prova. E, são pressupostos do poder/dever de investigação, aqueles que resultam dos artigos 174.º e 175.º do CPP, entre outros;

Nota-se, sem qualquer esforço de indagação que existe “insuficiência da matéria de fato provada, na decisão recorrida para o STJ, na parte das provas apresentadas e apreciadas e julgadas em tribunal da primeira instância;

A livre apreciação das provas produzidas pela acusação, no caso concreto, se fossem apreciadas livremente pelo STJ, só poderiam conduzir a absolvição do Requerente;

E em face de insuficiência da matéria de facto provada, o Supremo Tribunal, só poderia e deveria propugnar, pela alteração da decisão recorrida e decidir pela absolvição do Requerente, por aplicação do princípio constitucional “In dubio pro reo” - artigos 35.º/n.º1 da Constituição da República e 1.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal.

Termina pedindo a revogação da decisão recorrida e o reenvio do processo ao Supremo Tribunal de Justiça para que profira uma outra decisão, em conformidade com as normas do processo penal e os princípios e normas constitucionais acima invocadas.

O presente recurso de amparo deu entrada na secretaria do Tribunal Constitucional no dia 04 de março de 2016, tendo sido autuado e registado na mesma data.

Tendo vista no processo, o Ministério Público limitou-se a assinar.

Tendo sido convidado a juntar a cópia da sentença que o condenara, o recorrente oportunamente entregou a sentença constante de fls. 37 a 102 dos presentes autos.

É, pois, chegado o momento de apreciar e decidir da admissibilidade do recurso nos termos do artigo 13.º da lei n.º 109/IV/94, de 24 de outubro.

II- Fundamentação

Nos termos do artigo 20.º da Constituição da República de Cabo Verde, sob epígrafe Tutela dos direitos, liberdade e garantias:

1. *A todos os indivíduos é reconhecido o direito de requer ao Tribunal Constitucional, através de recurso de amparo, a tutela dos seus direitos, liberdades e garantias fundamentais, constitucionalmente reconhecidos, nos termos da lei e com observância do disposto nas alíneas seguintes:*

a) *O recurso de amparo só pode ser interposto contra actos ou omissões dos poderes públicos lesivos dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, depois de esgotadas todas as vias de recurso ordinário;*

b) *O recurso de amparo pode ser requerido em simples petição, tem carácter urgente e o seu processamento deve ser baseado no princípio da sumariedade.*

1. A garantia constitucional do recurso de amparo constitui uma das inovações que a Constituição cabo-verdiana de 1992 trouxe para ordem jurídica nacional. Trata-se, por conseguinte, de um dos meios privilegiados de acesso dos particulares ao Tribunal Constitucional para a defesa dos direitos, liberdades, e garantias constitucionalmente reconhecidos como objeto de amparo.

Acompanha-se a análise de MANUEL CARRASCO DURÁN¹⁵ sobre o conceito de recurso de amparo constitucional espanhol, quando diz que o recurso de amparo constitui um instrumento jurisdicional vocacionado para a proteção de determinados direitos fundamentais, cujo conhecimento se atribui ao Tribunal Constitucional, e que se caracteriza pelos princípios da subsidiariedade e excecionalidade.

O carácter subsidiário do recurso de amparo resulta da Constituição e da configuração da Lei n.º 109/IV/94, de 24 de outubro, ao estabelecerem o esgotamento prévio das vias de recurso ordinário como um dos pressupostos do recurso de amparo¹⁶.

O seu carácter extraordinário traduz-se na necessidade de se estar perante uma violação real, efetiva e direta de um direito ou liberdade fundamental catalogado como suscetível de amparo.

O recurso de amparo está destinado unicamente à proteção de direitos fundamentais, pelo que está vedado ao Tribunal Constitucional conhecer de questões de legalidade ordinária conexas, como se depreende do teor literal do n.º 3 do art.º 2.º da lei sobre o recurso de amparo. Pois, *no recurso de amparo não pode ser feito valer outra*

¹⁵Catarina Santos Botelho – ATUTELADIRECTADOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – AVANÇOS E RECUOS NA DINÂMICA GARANTÍSTICA DAS JUSTIÇAS CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVA E INTERNACIONAL: Almedina, 2010, P217.

¹⁶Veja-se, no mesmo sentido, acórdão do STJ/TC N.º 01/05, de 22 de março de 2005.

pretensão que não seja a de restabelecer ou de preservar os direitos, liberdades ou garantias constitucionais referidos nos artigos anteriores.

A natureza excecional do recurso de amparo implica que a violação do direito ou liberdade fundamental não tenha encontrado reparação através do sistema de garantias normais, exigindo-se, por isso, que haja recurso prévio aos tribunais ordinários e o esgotamento dos recursos adequados, bem como a demonstração de que se tenha requerido a reparação.

Por conseguinte, associada à excecionalidade está a denominada subsidiariedade do recurso de amparo, que espelha com clareza o fato de este não ser uma via alternativa, mas uma via sucessiva de proteção de direitos fundamentais.

O presente recurso visa amparar o direito à presunção de inocência do recorrente alegadamente violado pelo acórdão n.º 8/16, de 22 de fevereiro de 2016, proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça, que confirmou a sentença que o condenara a quatro anos de pena de prisão efetiva, por autoria material de um crime de detenção de armas previsto e punível nos termos da al. a) do artigo 90.º da lei n.º 31/VIII/2013, de 22 de maio.

O recorrente alega que o acórdão recorrido viola os princípios constitucionais e legais da presunção de inocência, nomeadamente os artigos 35.º/n.º 1 da Constituição da República e 1.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal, bem como da investigação e da livre apreciação da prova.

Antes de começar a identificar e analisar os pressupostos e os requisitos do recurso de amparo e aferir se no caso vertente se verificam, importa consignar que o seu objeto não se identifica com qualquer ato de natureza legislativa ou normativa, como resulta expressamente do n.º 2 do artigo 2.º Lei n.º 109/IV/94, de 24 de outubro.

2. Tratando-se, por conseguinte, de um recurso contra uma decisão proferida por um órgão judicial, há que proceder à verificação dos pressupostos e requisitos, atento o disposto no artigo 3.º e seguintes da Lei n.º 109/IV/94, de 24 de outubro:

Que tenham sido esgotadas as vias de recurso ordinário permitidas na lei do processo em que tenha ocorrido tal violação;

Esse pressuposto verifica-se, porque se trata de uma decisão da mais alta instância judicial ordinária, da qual não cabia qualquer outro recurso ordinário.

A violação que deu origem ao recurso resulte direta, imediata e necessariamente de ato ou omissão imputável ao órgão judicial, independentemente do objeto do processo em que for praticado;

Não há dúvida que o recorrente imputa ao STJ a responsabilidade direta pela violação do direito que ele identifica como alegadamente violado.

A violação tenha sido expressa e formalmente invocada no processo logo que o ofendido dela tenha conhecimento e que tenha sido requerida a sua reparação;

No caso em apreço, considerando o fato da motivação do recurso interposto da instância para o STJ ser a alegada

omissão verificada na instância, de que o Supremo tomou conhecimento, este Tribunal entende que no caso concreto não se justifica exigir que o recorrente tivesse reclamado mais uma vez a sua reparação antes de chegar ao Tribunal Constitucional. Portanto, dá-se por assente que está preenchido mais esse pressuposto.

Relativamente à legitimidade do recorrente e à tempestividade do recurso, sobretudo este último, não se suscita qualquer dúvida quanto à sua verificação, tendo em conta a data do acórdão e a data em que o recurso foi registado neste Tribunal e o disposto nos artigos 4.º e 5.º da lei do amparo constitucional.

O recurso de amparo deve ser fundamentado nos termos do artigo 8.º:

1. Na petição o recorrente deverá:

- a) *Identificar a entidade que ou agente autor da omissão que terá lesado o seu direito fundamental;*
- b) *Identificar com precisão a omissão que, na sua opinião, violou o seu direito fundamental;*
- c) *Identificar com clareza o direito que julga ter sido violado, com expressa menção das normas ou princípios jurídico-constitucionais que entende terem sido violados;*
- d) *Expor resumidamente as razões de facto que fundamentam a petição;*
- e) *Formular conclusões, nas quais resumirá, por artigos, os fundamentos de facto e de direito que justificam a petição;*

2. *A petição terminará com o pedido de amparo constitucional no qual se identificará o amparo que o recorrente entende dever ser-lhe concedido para preservar ou restabelecer os direitos ou garantias fundamentais violados.*

3. *Com a petição o recorrente deverá juntar os documentos que julgar pertinentes e necessários para a procedência do pedido.*

Compulsados os autos, constata-se que a petição em apreço identificou o Supremo Tribunal de Justiça como a entidade que terá lesado o direito fundamental do recorrente; identificou a omissão de realização de diligências de prova como violadora do seu direito fundamental; mencionou o princípio da presunção de inocência e os subprincípios da livre apreciação da prova e “*in dubio pro reo*” e as respetivas normas constitucionais e legais; expos resumidamente as razões de fato que fundamentam a petição e formulou conclusões.

A petição termina com o pedido de amparo, embora o pedido não seja muito claro.

A competência do Tribunal Constitucional para conhecer do recurso de amparo constitucional não se questiona, tal é clareza do disposto no n.º 1 do artigo 20.º, conjugado com alínea e) do n.º 1 do artigo 215 da Constituição.

Porém, o Tribunal Constitucional não pode ser visto como uma espécie de última instância, nem como mais um grau de recurso ordinário.

Por outro lado, a interpretação das causas da inadmissibilidade do recurso de amparo não deve ser tão rígida, tão severa que possa legitimar a ideia de que se quer evitar a todo custo o acesso dos cidadãos ao Tribunal Constitucional através do recurso de amparo.

É com base nesta interpretação que se pretende equilibrada, respeitadora do direito de acesso ao Tribunal Constitucional e das regras da distribuição de competência entre os tribunais que se vai enfrentar a questão central que se coloca neste presente recurso.

3. A questão central que o Tribunal Constitucional é chamado a decidir neste processo é se o acórdão recorrido violou o direito fundamental à presunção de inocência do arguido/recorrente.

Nos termos do número 1 do artigo 35.º da Constituição da República de Cabo Verde:

Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença condenatória, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.

Nas suas origens o princípio da presunção de inocência do arguido teve sobretudo o valor de reação contra os abusos cometidos no passado e o significado jurídico negativo de não presunção de culpa. No presente, a afirmação do princípio, quer nos textos constitucionais quer nos documentos internacionais, ainda que possa também significar reação aos abusos do passado mais ou menos próximo, representa sobretudo um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda a sociedade livre.

3.1 Segundo o recorrente estaria em causa a violação do princípio da presunção de inocência por ter havido alteração substancial dos fatos.

Todavia compulsados os autos, verifica-se que o recorrente alega a violação do seu direito à presunção de inocência estribando-se factualmente no seguinte:

O fato dado como provado no n.º 119 e 120 dos “factos provados” da folhas 27 da sentença, referente ao crime de arma referenciado no articulado 151 da pronúncia, não podia ser assim considerado porquanto resulta, desde logo, de uma denominada alteração substancial de factos, nunca antes feito prova em sede de audiência de julgamento não sendo referida por nenhuma outra testemunha em qualquer outro meio de prova...

O convite dirigido ao recorrente para, querendo, apresentar a sentença que o condenara, justifica-se, desde logo, pelo fato dele ter alegado que fora condenado por fatos que teriam resultado da alteração substancial, sem que se fizesse prova desses fatos.

Se essa alegação se confirmasse, poderia colocar-se a questão da violação do princípio da presunção de inocência na dimensão do princípio acusatório segundo o qual não compete ao arguido provar a sua inocência, sendo essa responsabilidade de quem acusa.

Da análise da sentença que condenara o recorrente extrai-se o seguinte:

O ora recorrente foi acusado, pronunciado, julgado e condenado como autor material de um crime de detenção

de armas previsto e punível nos termos da al. a) do artigo 90.º da lei n.º 31/VIII/2013, de 22 de maio. (cf. Fls. 42, 63¹⁷, 72, 90, 91, 92, 101 e 102¹⁸ dos presentes autos)

Por imposição da estrutura acusatória do nosso Processo Penal, nos termos do n.º 6 do art.º 35º da Constituição da República de Cabo Verde, os fatos descritos na acusação e que definem e fixam o objeto do processo mantêm-se inalterados até ao julgamento, delimitando os poderes de cognição do tribunal.

Isto é o que em Processo Penal se chama vinculação temática do tribunal e é nele que se consubstanciam os princípios da identidade, da unidade ou indivisibilidade e da consunção do objeto do processo penal, ou seja, os princípios segundo os quais o objeto do processo deve manter-se o mesmo, da acusação ao trânsito em julgado da sentença, deve ser conhecido e julgado na sua totalidade (unitária e indivisivelmente).

Com efeito, um processo penal de estrutura acusatória como o nosso exige, para assegurar a plenitude das garantias de defesa do arguido, uma necessária correlação entre a acusação e a sentença que, em princípio, implicaria a desconsideração no processo de quaisquer outros fatos ou circunstâncias que não constassem do objeto do processo, uma vez definido este pela acusação.

O nosso Processo Penal admite, porém, que, no decurso do julgamento possam ser conhecidos fatos novos que traduzam alteração da acusação ou despacho de pronúncia.

A este respeito o artigo 396-A do CPP define o conceito de alteração substancial dos fatos e define o seu regime.

1. Se durante a audiência de julgamento se fizer prova de factos não descritos na pronúncia ou, se a não tiver havido, na acusação ou acusações, e que importem crime diverso ou a agravação dos limites máximos da pena aplicável, o juiz que preside ao julgamento comunicá-los-á ao Ministério Público, valendo tal comunicação como denúncia para que ele proceda pelos novos factos, se eles, por si, constituírem outra infração.

2. Ressalvam-se do disposto no número antecedente os casos em que o Ministério Público, o arguido e o assistente estiverem de acordo com a continuação do julgamento pelos novos factos, se estes não determinarem a incompetência do tribunal.

3. Nos casos referidos no número antecedente, o juiz que preside ao julgamento concederá ao arguido, a requerimento deste, prazo para preparação da defesa não superior a oito dias, com o consequente adiamento da audiência, se necessário.

Do exposto e do transcrito conclui-se que não houve alteração substancial dos fatos, contrariamente ao alegado pelo recorrente.

¹⁷No dia 31 de Agosto de 2013, na sequência do mandado de Busca foram encontrados e apreendidos na residência do arguido NMoisésM, em Achada Eugénio Lima, entre vários outros objectos, uma certa quantia em dinheiro que ascendam a três mil contos e objectos em ouro, no interior de uma caixa e dentro do tambor de milho, uma pistola revolver de calibre 38 Smith & Wesson Special (equivalente no sistema métrico a 9mm), com 04 munições do mesmo calibre, objectos em ouro e dois telemóveis, sendo um com dois cartões, constantes do Auto de apreensão.

¹⁸Declarar perdido a favor do Estado todos armas, munições e outros objectos apreendidos juntos aos autos e na matéria de facto provado, pertencentes aos arguidos.

3.2 O recorrente alega ainda que foi violado o seu direito à presunção de inocência, desta feita por violação do subprincípio segundo o qual nenhum arguido pode ser condenado se não se provar a sua responsabilidade penal. O mesmo é dizer que na falta ou insuficiência de prova a decisão deve ser favorável ao arguido - *in dubio pro reo*.

O princípio da presunção de inocência nesta vertente encontra-se bastante densificado no Código de Processo Penal de Cabo Verde.

Numa ordem jurídica assente na dignidade da pessoa humana e em princípios de liberdade e democracia como a cabo-verdiana, a presunção de inocência do arguido terá, seguramente, por função impor a contenção no exercício do *jus puniendi* do Estado.

Artigo 1.º do Código de Processo Penal

Direito fundamental à presunção de inocência

1. *Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado de sentença condenatória.*

2. *A presunção de inocência do arguido exige que a prova de sua culpabilidade seja feita por quem acusa e pelo tribunal, na obediência das regras estabelecidas pelo presente Código ou outras leis de processo penal.*

3. *Havendo dúvida razoável sobre quaisquer factos relativos à infracção cuja existência se procura verificar ou à responsabilidade que se pretende apurar, ela será resolvida em favor do arguido.*

3.3 O princípio *in dubio pro reo* parte da premissa de que o juiz não pode terminar o julgamento com um *non liquet*, ou seja, não pode abster-se de optar pela condenação ou pela absolvição, existindo uma obrigatoriedade de decisão, e determina que, na dúvida quanto ao sentido de que aponta a prova feita, o arguido seja absolvido.

O *in dubio pro reo* só se aplica quando o tribunal tiver dúvida razoável sobre autoria do crime de que se acusa o arguido.

É evidente que quando o tribunal, por livre convicção, se convence que o arguido é culpado, este deve ser condenado.

O princípio da investigação traduz-se em saber, após a iniciativa promocional de qualquer espécie de processo penal e com vista à sua prossecução normal, a quem compete dispor do processo.

Isto é, se o processo continua na disponibilidade do Ministério Público ou se o Tribunal também pode investigar os fatos sujeitos a julgamento, desde que seja respeitado o princípio da vinculação temática.

Em Cabo Verde vigora o princípio da investigação.

3.4 O princípio da livre apreciação da prova é sem dúvida uma decorrência do princípio da presunção de inocência do arguido, atento, designadamente o disposto no artigo 177º do CPP.

O princípio da livre apreciação da prova não equivale à defesa do desaparecimento de regras legais sobre a apreciação das provas, pois não consiste nem poderia

consistir na afirmação do arbítrio, sendo, antes, a apreciação da prova também vinculada aos princípios em que se consubstancia o direito probatório.

Trata-se de uma liberdade para a objetividade, aquela que se concede e que se assume em ordem a fazer triunfar a verdade, isto é, uma verdade que transcenda a subjetividade e que se comunique e imponha aos outros.

A convicção deve ser livre, mas sempre fundamentada, para que a decisão nela alicerçada possa ser sindicada, designadamente por via de recurso.

A livre convicção baseia-se na objetividade, na valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos.

Tradicionalmente discute-se se o tribunal de recurso pode controlar ou exercer censura sobre o juízo da livre apreciação da prova.

O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal tem uma jurisprudência firme no sentido de o tribunal de recurso poder controlar os limites do princípio da livre convicção, enquanto matéria de direito, nos seguintes casos:

a) *Quanto à violação das regras que regulam o modo de formação da convicção (acórdão do STJ, de 6.5.2010; in CJ, Acs. do STJ, XVIII, 2, 181, acórdão de 18.6.2009, processo 81/04.8PBBCG. S1, acórdão do STJ, de 12.11.2008, processo 08P3180, e acórdão de 15.1.2004, In CJ, Acs. do STJ, XII, 1, 170)*

I: *os graus de convicção necessários para decisão;*

II. *As proibições de prova;*

III. *A presunção de inocência.*

b) *Quanto à violação do princípio in dubio pro reo.*

4. Por princípio a problemática do grau de convicção do julgador, a suficiência ou insuficiência da matéria dada como provada parecem dever ser área de reserva natural dos tribunais comuns, onde o Tribunal Constitucional deve abster-se de interferir, sob pena de violação de regras da distribuição de competência entre os tribunais.

No processo de amparo constitucional, tendo por objeto uma decisão judicial em que se suscita a eventual violação do princípio da presunção de inocência na vertente apreciação, valoração da prova segundo a livre convicção do julgador, a intervenção do Tribunal Constitucional só se justifica quando a decisão recorrida possa ser considerada arbitrária, intolerável e violadora das mais elementares regras que regem os direitos, liberdades e garantias fundamentais.

Não parece que se possa considerar arbitrária a sentença que condenou o recorrente e foi confirmada pelo STJ, tendo em conta as circunstâncias concretas em que foram produzidas e valoradas as provas carreadas para os autos.

Nestes termos, conclui-se que o acórdão recorrido não violou o direito à presunção de inocência do recorrente, nem os subprincípios da livre apreciação da prova e do

in dubio pro reo, o que impede a sua admissão, atento o disposto na alínea e) do n.º 1 do artigo 16.º da Lei n.º 109/IV/94, de 24 de outubro de 1994.

5. Caso o Tribunal Constitucional entendesse que a decisão foi arbitrária, o que implicaria delimitar positivamente a insuficiência para a decisão da matéria de fato, este Tribunal colocar-se-ia numa situação verdadeiramente difícil, sendo quase certo que muitas vezes não teria nem tempo nem elementos para decidir com segurança. Transformar-se-ia em mais uma instância de recurso ordinário, com todas as consequências que daí adviriam.

Finalmente, mas não menos importante é a imprecisão do pedido ou amparo requerido pelo recorrente. Pois, na fundamentação do recurso alega fatos e pede a sua absolvição, mas no pedido final utiliza uma fórmula tão vaga que não se percebe qual seria o real amparo que se lhe deveria conceder.

III-Decisão

Pelo exposto, designadamente pela manifesta não violação do direito à presunção de inocência do recorrente, os Juízes Conselheiros do Tribunal Constitucional decidem não admitir o presente recurso de amparo.

Sem custas, por não serem devidas.

Registe e notifique.

Praia, 14 de março de 2016.

(Processado nos termos do n.º 5 do artigo 131º do CPC)

Assinados:

João Pinto Semedo (Relator), Aristides Raimundo Lima e José Manuel Avelino de Pina Delgado - (com declaração de voto vencido nos termos em que se anexa).

(DECLARAÇÃO DE VOTO) (VENCIDO)

1. Começo por dizer que aplaudo em parte e compreendo o caminho seguido pela douda decisão do Tribunal Constitucional proferida nos Autos do Recurso de Amparo 1/2016.

1.1. Aplauzo porque, apesar das notórias deficiências que, ao nível formal e argumentativo, a petição padece, de modo necessário, na avaliação das restantes condições (pressupostos e requisitos) do recurso de amparo, adotou uma necessária inflexão de uma apuração excessivamente formalística que vinha sendo utilizada na fase de admissão do recurso de amparo, procurando ultrapassar um diagnóstico feito em tempos pelo ilustre Juiz Conselheiro aposentado Raúl Varela num lapidar voto vencido, em posição similar à que me encontro, à interpretação estreita das normas legais, se devia em grande parte o fato de ser “*mais fácil um camelo passar no fundo de uma agulha do que obter um cidadão o amparo constitucional em Cabo Verde contra atos ou omissões dos poderes públicos que violam os direitos, liberdades e garantias fundamentais*” (Acórdão n.º 7/2002, de 17 de Outubro de 2012).

Nota-se isso, sendo de se aplaudir a linha seguida pelo Relator de, não obstante a referência pouco clara ao direito violado que consta da peça de amparo, considerar que as menções ao princípio da presunção da inocência,

em particular na sua dimensão de *in dubio pro reo*, identificam, no essencial, o direito, liberdade e garantia em causa. Aplicando o Colendo Relator nesta matéria importante linha de orientação conforme a qual “*a interpretação das causas de admissibilidade do recurso de amparo não deve ser tão rígida, tão severa que, em última instância, se pode traduzir ou poderá legitimar a ideia de que se quer evitar a todo o custo o acesso dos cidadãos ao Tribunal Constitucional através do recurso de amparo*”. E esteve bem; porque o que o artigo 8 (1) (f) tem no seu bojo é a preservação da inteligibilidade e a individualização das bases normativas que sustentam o pedido de amparo na comunicação entre o requerente e o Tribunal, satisfazendo-se o Tribunal se se expressar e for apercebido, sem qualquer possibilidade de equívocos, o direito, liberdade ou garantia hipoteticamente violado – já que nesta fase não se pode apurar a violação efetiva, o desfecho do processo – em moldes que lhe permita tomar uma posição.

Não lhe poderia assistir mais razão ao adotar este entendimento, tendo em vista que a forma (como meio de racionalização) é importante, mas o formalismo (como fim da ação) é uma aberração num sistema de proteção de posições jurídicas individuais especiais; o seu excesso, o extremismo da técnica, o radicalismo das fórmulas, é quase anti-democrático e uma negação da República de Iguais, afastando o cidadão médio da compreensão e participação no sistema judicial e em particular do sistema de tutela de direitos fundamentais. Aliás, o anti-formalismo pode ser inferido do próprio artigo 20 da Constituição da República, conforme o qual *o recurso de amparo pode ser requerido em simples petição (...)*”.

Inclusivé, seria perfeitamente possível, e até muito provável, que, num juízo de mérito, chegasse à mesma conclusão dos ilustres colegas, ou seja, de que o amparo solicitado não poderia ser concedido em razão de não violação da garantia invocada, nomeadamente do *in dubio pro reo*.

1.2. De outra parte, compreendo a decisão tomada pelo Tribunal no sentido de não admitir o recurso, porque o pedido de amparo e antes a base fática e os fundamentos do recurso estão longe de ser claros, muitas vezes são apresentados de forma contraditória, navegando de um princípio a outro, de peça a peça, sem fixar claramente o direito potencialmente vulnerado, utilizando-se um pedido obscuro em que não fica cristalino o amparo pretendido, ainda mais formulando-o em termos muito próximos a um pedido de revisão de sentença.

Compreendo igualmente porque não me distancio da ideia de que qualquer julgador tem que ter uma margem de apreciação acentuada no modo como avalia as provas destinadas a formar a sua convicção.

Compreendo, porque não nego a importância de não se permitir que o Tribunal Constitucional seja transformado num Super-Tribunal de Revista pronto e disposto a escrutinar ao mais ínfimo pormenor a forma como a justiça é administrada pelos tribunais ordinários, mormente os superiores, criando tensões inter-orgânicas e sendo inundado por pedidos de amparo. Nesta matéria não divirjo do pronunciamento constante do acórdão de

que “o Tribunal não pode ser visto como uma espécie de última instância, nem como mais um grau de recurso ordinário”, como, de resto, vinha sendo sistematicamente declarado na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (atuando como Tribunal Constitucional) e entendendo perfeitamente a preocupação de evitar uma ingerência desta Corte na forma como o julgador ordinário valora as provas que tem perante si.

Compreendo, enfim, porque provavelmente se formos *juris-prudes*, os colegas foram de uma prudência assinalável. Mais ainda o Senhor Presidente e Relator deste acórdão porque claramente deve ponderar questões institucionais de fundo, as quais não se impõem de forma tão premente ao Juiz Conselheiro. Perdoarão, decerto, quem, nestas matérias segue quase exclusivamente os *jus*.

Talvez por isso não possa adotar nem a interpretação dada ao artigo 16 (1) e) pelos Venerandos Juízes, nem a consequência de que disso se retira, ou seja, a já mencionada decisão de inadmissibilidade, e tenho sérias dúvidas se, nos termos em que foi assinalada, a auto-contenção do Tribunal, não seria igualmente contrária ao sistema constitucional do amparo, beirando a afetação de princípios e direitos importantes ligados ao acesso à justiça. Explico-me a seguir.

2. O meu problema não é com o mérito da questão, até porque me pareceu que não seria de se analisar o fundo do pedido de forma pormenorizada nesta fase processual. A minha reserva em relação à solução encontrada resulta de se tomar uma posição tão letal neste momento, na fase de admissibilidade, e com suporte no artigo 16 (1) e), a base utilizada pelo Acórdão TC n. 5/2016, especialmente considerando o tipo de direito que está em jogo.

2.1. O direito em causa é, em última instância, a liberdade sobre o corpo, a qual, decorrência nuclear do direito geral à liberdade, não podia ter recebido proteção mais densa do legislador constituinte quando este qualifica-a de inviolável. É, de fato, um dos mais sacrossantos direitos fundamentais do sistema jurídico da nossa República de livres e iguais baseada na dignidade da pessoa humana e no princípio da liberdade e da autonomia individuais.

Como tal, não é surpreendente que para o garantir de modo mais efetivo, o criador da Constituição, com efeitos simbólicos concretos, concebeu-o como regra do ordenamento jurídico, sendo qualquer afetação que lhe atinge sempre excecional. Não menos natural é que se trata de direito que o legislador associa mais garantias substantivas e processuais, dentre as quais o princípio da presunção da inocência, verdadeiro símbolo do Estado de Direito, do iluminismo civilizatório e penal decantado pelo famoso Cesare Beccaria, espada contra o arbítrio, contra o preconceito, contra a culpa natural e por associação, colocando no poder público o ónus de provar a culpa de uma pessoa humana, digna, livre e igual.

Dele decorre o princípio do *in dubio pro reo*, de acordo com o qual caso subsistam dúvidas sobre a culpa de uma pessoa, ela deve ser absolvida, até porque cabe aos poderes públicos prová-la *beyond reasonable doubt*. Como lembrava o ilustre Marquês citado na sua *opus magnum* de 1764, “*Quale è dunque quel diritto, se non quele dela*

forza, che dia la podestà ad un giudice di dare una pena ad un cittadino, mentre si dubita se sia reo o innocente? Qual é, pois, o direito, se não o da força que dá *potestas* ao juiz para impor uma pena a um cidadão enquanto há dúvidas se é inocente ou culpado?” (*Dei Diritti e Delle Pene*, Roma. Castelvechi, 2014, cap. xvi).

2.2. Parece-me que a balança inclinou-se mais para aspetos de gestão processual e de preservação das fronteiras jurisdicionais entre a ordem comum e a ordem constitucional do que para a função de proteção direta de direitos deste Tribunal. Justificando, em concreto, a solução de transformar uma causa excecional de recusa de admissibilidade, num pressuposto de admissibilidade.

3. Embora compreenda, tenho reservas em relação ao pronunciamento do Tribunal no concernente ao grau de auto-restrição que deve ter em relação ao escrutínio de atos e omissões de órgãos judiciais.

O nível de contenção do Tribunal advogado pelo acórdão não parece decorrer da norma legal aplicável e do dispositivo constitucional que consagra o recurso de amparo, o qual é devidamente subjetivado pelo artigo 20 como um direito individual, portanto muito diferente do que acontece em ordenamentos que, contendo institutos que permitem queixas constitucionais por violação de direitos fundamentais, limitam de forma intensa o acesso direto ao órgão de tutela, nomeadamente por motivos de gestão processual e para ajustar as relações entre órgão diferentes do poder judicial, nomeadamente constantes de estruturas distintas como são o caso do Tribunal Constitucional e dos Tribunais Judiciais, os quais, em Cabo Verde, têm no seu topo o Egrégio Supremo Tribunal de Justiça.

Normalmente, não sou apologista de se interpretar a Lei Fundamental Cabo-verdiana a partir do que se expõe em outros textos fundamentais atendendo à natureza nacional da experiência constitucional. Todavia, também admito que há casos de utilização natural desse instrumento, especificamente pela natureza universal de certos conceitos constitucionais, que, sem embargo dos seus ajustes internos, fazem parte de um corpo partilhado pelos Estados de Direito Democráticos Contemporâneos e que o justifica, o mesmo ocorrendo com as situações em que é preciso chamar a atenção para o contraste, precisamente com o fito de estabelecer as distinções devidas com o ordenamento jurídico cabo-verdiano.

E a questão de fundo é a seguinte: se se analisar sistemas constitucionais que preveem o acesso direto por titulares de direitos fundamentais (de forma mais ou menos abrangente) a órgãos de topo que administram a justiça constitucional, ver-se-á que, na maioria dos casos, não há subjetivação do amparo. Pura e simplesmente é um meio de tutela de direitos, constitucionalizado como é evidente. No nosso caso é mais do que isso, ele próprio é um direito, liberdade e garantia. O artigo 20º é claro ao considerar que “*A todos os indivíduos é reconhecido o direito de requerer, através de recurso de amparo, a tutela dos seus direitos, liberdades e garantias fundamentais, constitucionalmente reconhecidos, nos termos da lei*”, ao que acresce a formulação mais objetivada do número 6 do artigo 22 conforme o qual “*para a defesa dos direitos,*

liberdade e garantias, a lei estabelece procedimentos judiciais céleres e prioritários que assegurem a tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses mesmos direitos, liberdades e garantias”. Também não deixa de ser verdade que o sistema por si criado contempla um limite originário, o esgotamento das vias de recursos ordinário (“o recurso de amparo só pode ser interposto contra atos ou omissões dos poderes públicos lesivos dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, depois de esgotadas todas as vias ordinárias de recurso”).

Logo, enquanto tal, criando fortes limitações ao legislador no momento de configurar o ordenamento legal, nomeadamente se optar por inserir restrições. O que convocaria necessariamente a aplicação dos números 4 e 5 do artigo 17 da Constituição da República, nomeadamente devendo apurar-se se há, ainda que implicitamente, autorização constitucional para restringir, e se os requisitos da restrição foram observados, nomeadamente que a norma não tenha aplicação retroativa, seja geral e abstrata, não atinja o núcleo essencial e seja proporcional (adequada, necessária e na justa medida), para além de perseguir finalidade constitucionalmente legítima ligada à proteção de direitos outros ou à preservação de interesses públicos relevantes.

Ora, sendo assim, e sem querer fazer qualquer pronunciamento definitivo sobre a constitucionalidade de normas nesta sede, as afetações constantes dos artigos 2º e 3º são literalmente o máximo que o legislador podia ir sob pena de arriscar a violação da Constituição da República. O que ele fez foi inserir uma condição geral ao recurso de amparo, limitando-o ao restabelecimento ou preservação dos direitos, liberdades e garantias, que, naturalmente, se aplica aos atos e omissões de órgãos judiciais, e que, no caso concreto, impedem, e bem, o Tribunal de pronunciar-se sobre questões que não envolvam direitos, liberdades e garantias, fazendo juízos de valor – censurando ou até elogiando – sobre aspetos ligados ao processo que não tenham a ver com a questão de direitos, liberdades e garantias e atendendo à(s) que for(em) levantada(s) em cada processo individual.

Mais, especificamente, no que toca aos atos e omissões do poder judicial, o sistema judicial obriga à contenção do Tribunal quando não estejam presentes determinados pressupostos, nomeadamente o esgotamento das vias ordinárias de recurso permitidas na lei de processo em que tenha ocorrido tal violação, que o direito, liberdade ou garantia constitucionalmente reconhecido resulte direta, imediata e necessariamente de ato ou omissão imputável ao órgão judicial, independentemente do objeto do processo em que for praticado e que a possível violação tenha sido expressa e formalmente invocada no processo logo que o ofendido tenha tido conhecimento e tenha sido requerida a sua reparação. Todas elas já têm no seu bojo a deferência razoável que o legislador pretendeu introduzir no sistema, ou seja, permitir que os tribunais ordinários possam analisar e eventualmente corrigir eventuais atos e omissões lesivos de direitos, liberdades e garantias. Naturalmente, isso obriga o Tribunal a não admitir qualquer recurso de amparo que não se conforme, a partir de interpretações razoáveis dos preceitos em causa, às condições arroladas.

Todavia, fora isso, o sistema, baseado no princípio da tutela jurisdicional efetiva, tem que ser configurado, e assim o é, para que esses atos ou omissões sejam escrutinados e, bem ou mal, previu que seria, num sistema jurisdicional bifurcado, o Tribunal Constitucional a fazê-lo. Longe de ser uma interferência indevida, é uma obrigação deste órgão assumir na plenitude a sua função constitucional, não se omitindo de avaliar a necessidade de conceder amparo, mesmo quando estiverem em causa atos e omissões de órgãos judiciais, quando as condições previstas pelo artigo 3º, para além das outras gerais, estiverem presentes, e haja violação hipotética de um direito, liberdade e garantia.

Dizer isto não significa que não possa haver a devida deferência, o respeito, a cortesia relativamente ao modo como o julgador fez a apreciação da prova, a sua valoração, o uso da sua experiência, o seu contacto direto com o arguido e com as testemunhas, e reconhecer a sua liberdade nesta matéria. Agora, para isso, é preciso que o Tribunal possa avaliar todos os elementos importantes na estrita medida em que for necessário aferir da eventual violação de direito, liberdade e garantia. E isto pode acontecer por diversos motivos e de boa fé. Se se tratar de um processo como o que deu azo a este pedido de amparo mais ainda, por ser complexo e por envolver a prática de um crime – posse ilegal de armas – que à luz dos outros factos dados por provados é notoriamente secundário. O que me aflige é ter limites quase absolutos, porque associados a casos de possível “*aplicação arbitrária, intolerável e violadora das mais elementares regras que regem os direitos, liberdades e garantias*”, o critério de aferição adotado pelo acórdão, quando se está perante uma hipotética violação de uma garantia fundamental e na fase de admissibilidade do processo de amparo, a menos que se tenha certeza manifesta de que não houve violação de direitos, liberdades e garantias que o Tribunal possa conhecer.

Há, na minha opinião, uma diferença nesta matéria entre o *self-restraint* do Tribunal Constitucional, omitindo-se de escutinar, e o nível mínimo de escrutínio que, no caso concreto de atos e omissões de órgãos judiciais, se deve aplicar, que, até nesta matéria, na minha opinião deveria ser laço e jamais apertado, reconhecendo-se também a função e o *ethos* garantístico do poder judicial, do Ministério Público, etc. O reputado acórdão não advoga uma auto-contenção absoluta naturalmente, mas limita a intervenção a situações excecionais, particularmente, suponho eu, em se tratando de matéria de valoração da prova. Na minha perspetiva, a Constituição, a tutela efetiva de direitos e a lei, exigem que se vá para além disso pelo menos no que toca à decisão de escutinar.

É uma decorrência natural do sistema constitucional baseado na exceção e não na regra; naturalmente não se funda na ideia de que o poder judicial vai violar, através da sua ação ou omissão, os direitos. Longe disso, ressalta a sua função central na sua proteção. Todavia, a possibilidade excecional de haver, até de boa fé, erros, justifica a criação de mecanismos de controlo destinados a salvaguardar os direitos, adotando-se uma perspetiva de acordo com a qual mesmo as ações e omissões dos órgãos judiciais (e, por maioria de razão, todos os outros), também o são. Face ao princípio da proteção integral em matéria

de direitos, liberdades e garantias, a famosa indagação de Juvenal *Quis custodiet ipsos custodes?* – (Quem guarda os guardiães?) –, tem quase sempre resposta, porque ele deve ser desenhado em cascata, de tal forma a que os atos e omissões de qualquer tribunal que violem direitos, liberdade e garantias possam ser escrutinados e, com raras exceções, judicialmente sindicados. E, nesta matéria, no nosso sistema, mesmo o Tribunal Constitucional, o guardião kelseniano por excelência, está sujeito a escrutínio judicial externo – inclusive por denegação de justiça –, se não atual, pelo menos potencial, tendo em vista o que dispõe a Constituição no seu artigo 210 (2), na medida em que, Cabo Verde venha a fazer parte de um Tribunal Internacional de Proteção de Direitos. Pode fazê-lo vinculando-se ao Tribunal de Justiça da CEDEAO ou ao Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, que têm competências em matéria de proteção de direitos.

4. No que diz respeito à utilização da cláusula que permite a não admissão de um recurso de amparo por manifestamente não estar em causa a violação de um direito, liberdade e garantia constitucionalmente reconhecido como suscetível de amparo, também tenho algumas dúvidas.

4.1. É que o princípio é da admissão do recurso de amparo que obedeça aos pressupostos e requisitos previstos pelos artigos 3 a 8 da *Lei do Amparo e do Habeas Data*. A subsidiariedade e a excecionalidade do recurso de amparo são salvaguardadas desta forma. As duas bases de inadmissibilidade previstas pelo artigo 16 (1) (e) e 16 (1) (f) são situações excecionais que dependem, no fundo, de um juízo de inviabilidade do recurso, ou porque, no primeiro caso, é possível antecipar com toda a certeza que a causa, pura e simplesmente, não tem a mínima hipótese de êxito, ou, porque, na segunda, esse efeito decorreria do fato objetivo do Tribunal já ter, por decisão transitada em julgado, rejeitado um recurso com objeto substancialmente igual, o que tornaria desnecessária fase posterior, atendendo a certeza de produção do mesmo resultado.

4.2. As razões são as seguintes, considerando que o dispositivo em causa estabelece que: “*O recurso não será admitido (...) se, manifestamente, não estiver em causa a violação de direitos, liberdades e garantias fundamentais constitucionalmente reconhecidos como suscetíveis de amparo*”. Neste quesito, o âmbito do artigo deve ser recortado de modo muito cuidadoso – até pelo seu caráter *sui generis* – a fim de se permitir apurar o seu sentido normativo e até a sua natureza. Mas, antes, entendo que se deve distinguir a razão de ser do artigo 16 das que justificam a presença dos artigos 2º a 8 na *Lei do Amparo e do Habeas Data*. Estes têm a finalidade de condicionar o amparo à presença de determinados pressupostos e ao cumprimento de certos requisitos, já aquele, apesar de refletir várias dessas condições, objetiva estabelecer as bases que determinam ao Tribunal a não admissão do recurso. Ou bem porque não se cumpriram essas condições ou porque estão presentes duas causas novas – que não podem ser tidas como tais – mas como situações que, se presentes, isentam o Tribunal do dever de investir os seus recursos para conhecer e avaliar uma situação, à nascença, inviável. O caso que temos em mãos é uma

delas e apesar de partilhar alguns elementos com certas condições do recurso de amparo, é específico no que toca ao elemento central da viabilidade.

4.3. Para que se configure o cenário que permite a não admissão de um recurso de amparo nessas bases, o legislador estabeleceu também certas condições, que abarcam três planos: primeiro fundamentalidade e nuclearidade, ou seja, caso o direito em causa não seja um direito, liberdade e garantia, o Tribunal Constitucional não deve admitir o recurso, o que é, no fundo, a consequência natural da sua jurisdição e do recorte constitucional do amparo em Cabo Verde; segundo, conexão, pois não basta que se invoque um direito, liberdade e garantia, é preciso também que haja ligação entre a hipotética violação desse direito e os fatos descritos; terceiro, e decisivo, viabilidade, atendendo os elementos de fato e direito, há possibilidade de, no fim do processo e fazendo-se o juízo de mérito, que o Tribunal conceda o amparo. Não sendo viável, haveria bases para não admitir.

Só que isso não foi suficiente para o legislador e bem, acautelando uma eventual restrição desproporcional do direito de requerer amparo, o qual abarca também um direito do mérito do pedido ser decidido. Optou ainda por limitar a possibilidade de utilização desta base de não admissibilidade quando agregou a palavra “manifestamente”. A utilização deste advérbio de modo tem as suas consequências, nomeadamente a agravação das condições previstas pela norma e limitação dos casos em que o Tribunal Constitucional pode dela fazer uso para não admitir um recurso de amparo. Isto porque, em última instância, atendendo à sua origem etimológica no latim *manifestus*, e a sua aceção atual, significa, de acordo com o *Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa*, “claro, evidente, averiguado, reconhecido, certo” (p. 2380). Por conseguinte, entendo que há aqui uma orientação normativa com um substrato epistemológico forte, no sentido de que, em tese, somente se houver certeza sobre a impossibilidade de concessão do amparo pedido, o Tribunal Constitucional pode não admitir o recurso em questão. E ter certeza sobre a impossibilidade de o Tribunal conceder o amparo significa que deve haver certeza quando à não fundamentalidade ou nuclearidade do direito que é invocado no pedido de amparo, ou ausência de conexão entre esse direito e os fatos concretos que fazem parte dos autos ou ainda certeza quando à inviabilidade de concessão do amparo. Presentes as demais condições, a mera centelha de viabilidade obriga o Tribunal Constitucional a admitir o recurso.

O nosso sistema não confere ao Tribunal Constitucional grande margem de discricionariedade na admissão de recursos de amparo, não há nem *urits of certiorari*, não há juízos de oportunidade, nem limitação do recurso a comprovação de especial transcendência constitucional da matéria em causa, até porque, pelo menos até este momento, não se está perante nenhuma avalanche de queixas constitucionais que normalmente justificam tais medidas. Não há – e, e em todo o caso, havendo, o legislador, se ocuparia de alterar o regime em questão – qualquer necessidade de, neste momento, o Tribunal Constitucional peneirar com malha fina os recursos de amparo que são trazidos ao seu conhecimento. O que

há, outrossim, é um direito de requerer amparo para proteção de direitos, liberdades e garantias, e que só pode ser negado se ausentes as condições do recurso ou se efetivamente preenchidas as bases especiais que permitem a sua inadmissão.

4.4. No caso concreto, relativamente à primeira questão, não se pode dizer com certeza, muito pelo contrário, que se está perante um direito que carece de fundamentalidade ou não seja especificamente um direito, liberdade e garantia. Como foi reconhecido e bem no acórdão e recuperado nestas linhas, poucos direitos serão tão nucleares como o direito à liberdade sobre o corpo e a garantia que corporifica o *in dubio pro reo*.

Em relação à segunda, não se pode, após análise perfunctória dos autos, negar a possibilidade de conexão entre esse direito garantidor da liberdade sobre o corpo e as alegações do requerente. Pode até ser o caso, mas, sem se passar para a fase de mérito, no caso concreto, temo não ter sido possível verificá-lo. Portanto, estar-se-ia muito distante de se poder ter certeza sobre a ausência de conexão. Objetivamente, o requerente conhece um cerceamento da sua liberdade de ir e vir, estando confinado a estabelecimento penal neste momento, e isto pode ter sido causado pela inobservância de um princípio que obriga o julgador, na existência de dúvida, a absolver o arguido, favorecendo a liberdade (*in dubio pro libertate*), considerando e tratando os elementos probatórios que ele traz para o processo e que podem fazer a diferença entre a condenação e privação da sua liberdade e a sua absolvição, num contexto com características habitacionais e sociais muito próprias, que tornam a sua argumentação possível.

Finalmente, não me parece que, no caso concreto, pode haver certeza sobre a inviabilidade do pedido, posto que seguramente negado se passasse para a fase de julgamento do mérito. Tenho, naturalmente, a noção de que havendo uma maioria no sentido de não se admitir com base na ausência manifesta de violação de direito, liberdade e garantia poderia ser tido como um indício da inviabilidade do recurso, até porque o coletivo seria composto pelos mesmos Conselheiros que decidem sobre a admissibilidade. Todavia, para se chegar a tal conclusão com o nível de certeza exigido pela alínea e) do número 1 do artigo 16 seria preciso antecipar o juízo de mérito para a fase de admissibilidade, o que parece contrariar o sistema bifásico criado pelo legislador. Assim sendo, pelo menos no caso concreto, a análise perfunctória sobre a viabilidade do pedido de amparo dificilmente permitiria chegar a tal conclusão sem antecipar a análise pormenorizada do mérito, e de eventuais elementos adicionais que sejam trazidos ao processo no processo de formação das convicções do relator e do coletivo.

Corre-se, pois, o risco de se ficar entre a peste e cólera, ou de adular a fase de admissibilidade, transformando-a numa típica fase de julgamento, ou de decidir o mérito por antecipação sem que estejam presentes todas as condições para que o Tribunal pondere de forma mais consistente sobre a questão.

4.5. É uma questão preliminar que pode ser tratada grosso modo de duas formas decorrentes da expressão

“manifestamente”; se for clara, ou seja, se não pairar qualquer dúvida em nenhum dos juizes de que não há violação de qualquer direito, por exemplo, porque o direito não é protegido constitucionalmente, ou porque não há conexão com os fatos ou ainda porque o Tribunal não pode conceder a tutela requerida, pode não ser admitida. Todavia, por outro lado, estando em causa direito, liberdade e garantia protegido pela CRCV, havendo conexão e qualquer vislumbre de viabilidade deve ser admitido em função da natureza do direito invocado, do princípio da proteção integral dos direitos, liberdades e garantias que leva à redução substancial de qualquer vazio de proteção e da tutela jurisdicional efetiva, que são aplicáveis mesmo a atos ou omissões do poder judicial.

Assim, na minha opinião, o pedido não sendo líquido, também não é inviável e muito menos manifestamente inviável ao ponto de justificar a sua rejeição precoce e de o Tribunal já nesta fase, com o reduzido período de análise que teve, possa estar disso convicto. Particularmente, porque importa na relativização total da separação entre a fase de admissibilidade e a fase de julgamento do recurso de amparo, tornando-a potencialmente desnecessária e prescindindo de avaliar com a ponderação que seguramente o tempo adicional proporcionaria e com eventual acesso a mais elementos, se realmente o pedido de amparo não pode ser satisfeito por este Tribunal, decisão que devia decorrer de uma análise do fundo da questão.

5. O recurso de amparo é uma particularidade do nosso sistema, é certo partilhado por vários sistemas de proteção de direitos de Estados de Direito Democráticos criados após décadas de autoritarismo. Deve ser visto como uma vantagem sistémica, não como um problema. Acima de tudo como uma oportunidade, a de conferir um grau maior de proteção às pessoas que têm os seus mais elementares direitos violados pelos poderes públicos, e de forma claramente emancipatória, pois delas depende o pedido de tutela, que lhes transforma em agentes livres de uma República Liberal, Democrática e Social amparada na dignidade da pessoa humana. Mesmo os sistemas que têm agravado as condições do recurso ou expandindo a discricionariedade do Tribunal em escolher admiti-los, tiveram a sua fase de generosidade. Sei perfeitamente que os colegas não distam de mim nesta matéria, sendo prova disso o arrazoamento e as decisões tomadas em relação à maior parte das condições do recurso. Faltou somente ultrapassar o último obstáculo.

6. Fiquei com a convicção, que me alenta, que não haverá uma divergência de fundo nesta matéria até porque o que o Relator considerou foi que, no caso concreto, não havia manifestamente a possibilidade de o Tribunal dar amparo ao requerente. Face a premissas similares cheguei a uma solução diferente, conforme pude expor nestas linhas. A divergência num caso é de grau, no outro é de aplicação.

É essencialmente por isso que, mau-grado o grande respeito que as interpretações esposadas pelo abalizado Relator merecem, de até endossar parte das considerações, argumentos e fundamentos e compreender a solução a que se chegou, não me posso associar aos eminentes colegas deste Tribunal.

A única base que me parece passível de justificar a decisão de inadmissão neste caso seria fundá-la na ausência de precisão, de clareza e obscuridade dos fundamentos de facto ou de direito, desde que, notificado para suprir tais deficiências, o requerente não o tenha feito no prazo de dois dias previsto pelo artigo 17 (1).

Assim, parece-me que, sem embargo de que teria sido possível, hipoteticamente, vir a analisar com calma o mérito da questão, o pedido de amparo não podia ser declarado inadmissível nessas bases. Antes, deveria ter sido admitido caso a obscuridade dos fundamentos e do pedido fossem devidamente sanados a tempo. Seria de todo positivo que prosseguisse a sua tramitação, permitindo ao coletivo aceder aos autos completos, às provas produzidas, aos pedidos formulados, aos despachos do meritíssimo juiz, mandado de busca, depoimentos, etc, ao invés de ser fulminado de forma tão decisiva como foi por esta decisão.

Assinado:

José Pina Delgado

Está conforme.

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, na Praia, aos 21 de março de 2016. – *O Secretário, João Borges.*

Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de recurso contencioso do ato administrativo praticado pela Comissão Nacional de Eleições, registados sob o n.º 7/2016, em que é recorrente a IFH – Imobiliária Fundiária e Habitat, SA e recorrida a Comissão Nacional de Eleições.

Acórdão n.º 6/2016

Acórdão, em plenário, no Tribunal Constitucional

I. Relatório

A IFH- Imobiliária Fundiária e Habitat, S.A., com sede em Achada de Santo António, Cidade da Praia, inconformada com a Deliberação nº 46/CNE/LEGº016, da Comissão Nacional de Eleições, de 10 de março de 2016, que mandou sustar o ato público de pré-seleção dos beneficiários do Programa do Governo «Casa para Todos», previsto para o dia 11 de março do mesmo ano, interpôs recurso para o Tribunal Constitucional, tendo o formulado o seguinte pedido:

- Que a deliberação em causa seja declarada ilegal e consequentemente anulada;

1. A recorrente foi notificada da deliberação efetivamente no dia 11 de março de 2016, conforme registo de entrada;

2. O recurso deu entrada na Comissão Nacional de Eleições, conforme previsto no nº 1 do artigo 120º da Lei nº 56 / VI/2005, de 28 de fevereiro (LTC), no dia 14 do mesmo mês;

3. Fundamentando o recurso, a recorrente alegou, designadamente, o seguinte:

- a) A IFH no âmbito do Programa «Casa para Todos» marcou para o dia 11 de março um ato de pré-seleção de mais um leque de beneficiários do referido programa;
- b) O ato em causa estava inscrito no Plano de Atividades da IFH para 2016, e a decisão para a sua realização foi aprovada em janeiro do corrente ano;

c) A cerimónia em causa consubstanciava um ato de administração corrente da empresa, cuja atividade em mais de 95% se concentra na gestão do Programa «Casa para Todos»;

d) Embora as cerimónias de pré-seleção de beneficiários geralmente fossem públicas e amplamente publicitadas, desta feita entendeu-se realizar um ato mais discreto e com público mais restrito (circunscrito a beneficiários e autoridades);

e) Objeto do sorteio eram 500 imóveis que deviam beneficiar a igual número de famílias;

f) A CNE terá entendido que a cerimónia seria um «ato de campanha eleitoral, que punha em causa o princípio da neutralidade e imparcialidade perante as diversas candidaturas e, por isso, mandou-o suspender imediatamente, bem como todos os anúncios relacionados, sob pena da prática de um crime eleitoral punido com pena de prisão até dois anos, nos termos do artigo 290º do CE»;

g) A IFH não concorda com a interpretação da CNE;

h) O ato não integra quaisquer das situações previstas no artigo 97º, em particular o disposto nas alíneas a) e b) do nº 7;

i) A CNE teria manifestado, numa outra situação, «falta de critério» ao autorizar a atuação do grupo musical «Ferro Gaita» e a entrega de troféus pelas autoridades municipais no quadro das festividades da autarquia de S. Domingos, a 13 de março, 7 dias antes das eleições legislativas, contanto que fossem observadas «precauções relacionadas com a exibição de símbolos de campanha e o dever de não influenciar uma candidatura em prejuízo de outra»;

j) Contrariamente, «em relação ao IFH» não adotou o mesmo critério, mostrando-se sensível aos argumentos de uma das candidaturas em presença;

4. Enquanto entidade recorrida, a CNE sustenta, através da sua Presidente, a respetiva posição, pedindo, a final, que se negue provimento à pretensão da recorrente, essencialmente, com base nos seguintes argumentos:

a) A CNE não considera o sorteio de casas, proposto pela recorrente, como um ato de campanha;

b) O programa «Casa para Todos», além de ser um projeto governamental, «vinha sendo usado durante a campanha eleitoral pelo partido que sustenta o governo para o apelo ao voto, sendo por isso inquestionável que o sorteio de casas, para toda a população de Santiago e não só..., tão próximo das eleições, representaria uma forma indireta de promover a candidatura da presidente do Partido que sustenta o governo»;

c) O convite para o ato de sorteio foi dirigido a toda a população de Santiago;

d) A publicitação e o evento mereceram imediata contestação dos demais partidos concorrentes às eleições de 20 de março;

e) Perante os protestos e a queixa apresentada, a CNE analisou a questão em plenário, tendo decidido determinar a suspensão do ato nos termos e com os fundamentos referenciados na deliberação impugnada;

f) O atraso no sorteio durante 10 dias não causaria prejuízo relevante à recorrente;

g) «A CNE reconheceu que o ato de sorteio proposto pela recorrente naquele período e contexto era suscetível de, por um lado, promover a candidatura do partido que sustenta o governo, e, por outro, era ainda passível de influenciar o comportamento de eleitores a favor de uma certa candidatura, em prejuízo das outras, violando claramente, o dever de neutralidade e imparcialidade que lhe advém do n.º 1 e 2 do artigo 97.º do C.E. (sic!).»;

h) «... Medidas que evitem que um concorrente extraia benefícios do exercício governativo durante o período legal da campanha encontram sempre cobertura legal ao abrigo da norma prevista no artigo 97.º da CE, concretamente no seu número 2, donde resulta que a igualdade de tratamento das diversas candidaturas é o bem jurídico tutelado pelo princípio da neutralidade e imparcialidade imposta às entidades públicas;»

5. A Comissão Nacional de Eleições, remeteu os autos ao Tribunal Constitucional no dia 24 de março de 2016, dez dias após as eleições legislativas.

II. Fundamentação

1. Antes de mais, impõe-se verificar que a CNE, conforme estatui o n.º 3 do artigo 120.º da LTC, tinha a obrigação de enviar imediatamente os autos ao Tribunal Constitucional, o que, porém, só veio a acontecer no décimo dia após a entrada do recurso naquele órgão superior de administração eleitoral;

2. Tal facto, não obstante a justificação apresentada pela Senhora Presidente da CNE («avolumar de trabalhos com a preparação das eleições...»), não se afigura compatível com a celeridade que deve haver neste tipo de processos, uma vez que pode esvaziar a substância do direito ao recurso e a sua utilidade, bem como vulnerar o direito de acesso à justiça eleitoral, que é parte integrante do direito geral de acesso à justiça, previsto no artigo 22.º da Constituição;

3. Feita esta observação preliminar, cumpre agora apreciar e decidir:

a) A IFH foi diretamente afetada pela deliberação da CNE, ao ter de suspender um ato enquadrado nas suas atividades normais, e tem, por isso, um interesse legítimo em recorrer;

b) Nos termos do n.º 1 do artigo 20.º do CE, das deliberações da Comissão Nacional de Eleições

em matéria de processo eleitoral, que não sejam tomadas como assembleia de apuramento, cabe recurso contencioso... para o Tribunal Constitucional»....;

c) A IFH tem, por isso, legitimidade para recorrer;

d) É órgão competente para decidir do recurso o Tribunal Constitucional;

e) O objeto do recurso é a deliberação da Comissão Nacional de Eleições que mandou sustar o ato público de pré-seleção dos beneficiários do Programa do Governo «Casa para Todos», previsto para o dia 11 de março;

f) O recurso da IHF deu entrada na CNE, a 14 de março, três dias após a notificação da deliberação e, portanto, do conhecimento formal dela pela recorrente;

g) Contra a tempestividade do recurso poderia militar o facto de a Lei n.º 56/VI/2005, de 28 de fevereiro, que estabelece a competência, a organização e o funcionamento do Tribunal Constitucional, o estatuto dos seus juizes e os processos da sua jurisdição (LTC), fixar no n.º 2 do artigo 120.º um prazo de dois dias a contar da data do conhecimento pelo recorrente da deliberação em causa;

h) Contudo, há que ter em conta que a norma do n.º 1 do artigo 20.º do CE, que estabelece o prazo de recurso de três dias, sendo uma norma da mesma natureza que a norma do n.º 2 do artigo 120.º da Lei n.º 56/VI/2005, de 28 de fevereiro (*ambas normas processuais relativas a recursos de atos de administração eleitoral*), é uma norma posterior, uma vez que ela foi inserida no Código Eleitoral através da Lei n.º 12/VII/2007, de 22 de junho;

i) Convém ainda notar que as leis em questão são *leis ordinárias com procedimento especial*¹⁹, têm nos termos do artigo 268.º o mesmo valor hierárquico e que tanto a matéria de processo no Tribunal Constitucional, como a matéria eleitoral fazem parte do elenco da competência absolutamente reservada da Assembleia Nacional prevista no artigo 176.º da Constituição (específica e respetivamente, alíneas c) e d), por um lado, e i) por outro); outrossim, as referidas matérias são ambas aprovadas pela mesma maioria (especial) qualificada, prevista no n.º 3 do artigo 161.º da Constituição e obedecem ao mesmo procedimento legislativo, com votação obrigatória na especialidade pelo Plenário da Assembleia Nacional, conforme decorre do n.º 4 do artigo 160.º, também da Lei Fundamental;

j) Tratando-se de leis de igual valor hierárquico, vigora o princípio de que *lex posterior derogat priori*,

¹⁹Apesar do agravamento procedimental estas leis não parecem no direito cabo-verdiano revestir-se de uma hierarquia superior em relação às leis ordinárias comuns. A propósito conferir Wladimir Brito: A Feitura das Leis em Cabo Verde. In Direito e Cidadania, n.º 12/13 (2001), p. 22.

o qual segundo o eminente constitucionalista e jus-internacionalista de Viena, Hans Kelsen, significa o seguinte: «*Se se trata de normas gerais que foram estabelecidas por um e mesmo órgão, mas em diferentes ocasiões, a validade da norma estabelecida em último lugar sobreleva à da norma fixada em primeiro lugar e que a contradiz*²⁰»;

k) Há pois que concluir que o recurso foi tempestivamente introduzido, considerando que o prazo da sua interposição é de três dias, conforme dispõe o nº 1 do artigo 20º do CE, aprovado pela Lei nº 92/V/99, de 8 de fevereiro, alterado sucessivamente, pelas Leis nºs 118/V/2000, de 24 de abril, 17/VII/2007, de 22 de junho e 56/VII/2010, de 9 de março;

l) Assim há razões para se admitir o recurso;

m) Na apreciação do mérito da deliberação da CNE serão respondidas as seguintes questões:

- O ato da CNE é um ato que se insere no âmbito da campanha eleitoral? A campanha integra o processo eleitoral?
- A IFH, enquanto empresa pública, está sujeita a deveres de neutralidade e imparcialidade perante as candidaturas?
- A IFH está sujeita ao dever de não praticar ato que favoreça ou prejudique um concorrente às eleições?
- O ato de sorteio pretendido pela IFH era de molde a ofender um eventual dever de neutralidade e imparcialidade?
- O ato de sorteio pretendido pela IFH podia ofender um eventual dever de não praticar ato que favoreça uma candidatura em detrimento de outras?
- É título bastante para a CNE atuar que um concorrente beneficie do exercício da ação governativa durante a campanha eleitoral?
- Será que a recorrente, ao invocar o seu desacordo com a interpretação da CNE, tem razão para questionar a existência das situações previstas no artigo 97º e em geral a legalidade da deliberação da CNE que manda suspender o ato de sorteio das casas?

ma. A deliberação da CNE insere-se obviamente no âmbito da campanha eleitoral²¹, quer temporalmente²² - aconteceu a 10 de março e a

campanha começou a 3 e findou a 18 do mesmo mês - quer por referência a posições jurídico-eleitorais dos concorrentes, que são titulares do direito à igualdade de oportunidades e de tratamento (artigo 99º, nº 5); o ato de campanha eleitoral é um ato que faz parte do processo eleitoral ou procedimento²³ em sentido amplo²⁴; por conseguinte, trata-se, no caso em tela, do recurso de uma deliberação em matéria de processo eleitoral;

mb. A IFH é uma empresa pública e como tal os titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes estão vinculados ao princípio da neutralidade perante as diversas candidaturas, conforme dispõe o nº 1 do artigo 97º do CE, ao postular o seguinte: «*Os titulares dos órgãos e os funcionários e agentes do Estado, dos municípios e de outras pessoas coletivas de utilidade pública administrativa, das sociedades concessionárias dos serviços públicos, das empresas públicas, das sociedades de capitais públicos ou de economia mista, devem, no exercício das suas funções, manter rigorosa neutralidade perante as diversas candidaturas*»;

mc. Outrossim, os titulares dos órgãos das empresas públicas, conforme resulta do nº 2 do artigo 97º do CE, não podem, nessa qualidade, praticar atos que, de algum modo, favoreçam ou prejudiquem um concorrente às eleições, em detrimento, ou vantagem de outros;

md. Ora, a realização do ato de sorteio, não de uma casa, nem de uma dezena de casas, mas sim de 500 casas, pretendido pela IFH, em pleno período de campanha eleitoral, ainda que não constituísse em si um ato de campanha eleitoral, mas sim um ato de gestão normal, era de molde a ofender o dever de neutralidade e imparcialidade da empresa;

me. A realização do sorteio no período da campanha eleitoral, era também suscetível de violar o dever da empresa de não praticar ato que de algum modo favorecesse um concorrente em detrimento de outros; na verdade, com o sorteio, proporciona-se um bem aos eleitores que, por essa razão ficariam, eventualmente, em regra, mais propensos ou sensíveis às propostas eleitorais do partido da maioria, em detrimento de outros;

mf. O referido no ponto anterior não significa que, pelo simples facto de um concorrente extrair benefícios genericamente do exercício da ação

²⁰Hans Kelsen: Teoria Pura do Direito, 5ª edição, Coimbra, 1979, p. 286.

²¹O Código Eleitoral apresenta uma noção legal de campanha eleitoral ao dizer no seu artigo 103º que ela «consiste na apresentação das propostas e programas político-eleitorais e na justificação e promoção das candidaturas com vista à captação dos votos, no respeito pelas regras do Estado de direito democrático». Uma noção doutrinária de campanha eleitoral pode ser vista em Jorge Miranda: Manual de Direito Constitucional, tomo VII, Coimbra, 2007, pp. 273 e seg.

²²O período de campanha para as legislativas está definido no Código Eleitoral, no artigo 91º em conjugação com o artigo 417º, que dispõe o seguinte: «O período de campanha eleitoral inicia-se no décimo sétimo dia anterior e termina às vinte e quatro horas da antevespera do dia designado para as eleições». Nos termos do calendário para os atos eleitorais definido pela CNE para as legislativas de 2016, tal período teve início no dia 3 de Março e terminou no dia 18 do mesmo mês às 24 horas. Cfr. a deliberação da CNE publicada no Boletim Oficial, I Série, nº 65, de 29 de dezembro de 2015.

²³Entendido este como «sucessão de atos desde a marcação do dia da votação ... até ao apuramento final». Cfr. Jorge Miranda, ob. cit., p. 262.

²⁴É este entendimento que resulta da leitura de Jorge Miranda, quando sustenta que, «em rigor, a campanha eleitoral não corresponde a um procedimento eleitoral, ainda que se situe entre procedimentos eleitorais e seja condição para a plenitude da escolha a fazer por meio do voto», Jorge Miranda, ob. cit. p. 373. Pois, normalmente a campanha eleitoral é vista como parte do processo eleitoral em sentido lato. É o que decorre, mais claramente, do entendimento de Gomes Canotilho e Vital Moreira, quando sustentam o seguinte: «os atos do processo eleitoral, cuja regularidade e validade compete ao TC fiscalizar, são tipicamente os processos de candidatura, as campanhas eleitorais, a constituição das mesas e comissões de apuramento, a votação e o apuramento dos resultados». Cfr. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira: Constituição da República Portuguesa, Anotada, vol. II. 4ª edição, Coimbra, 2010, p. 624.

governativa, durante a campanha eleitoral, a Comissão Nacional das Eleições está legitimada, sem mais, a intervir para estancar eventuais benefícios; com efeito, durante a campanha não há uma qualquer suspensão da atividade governativa, nem o Governo do país, na plenitude das suas funções, se transforma em Governo de gestão; deste modo, o governo não só pode, como deve cumprir a sua responsabilidade constitucional de governar durante o período da campanha, ficando sujeita a candidatura da respetiva maioria, quer a averbar eventuais benefícios, quer a sofrer eventuais prejuízos que decorrem normalmente da atuação governativa; o que não pode acontecer é que as empresas públicas e outras entidades violem os princípios plasmados na Constituição e no Código Eleitoral, designadamente os princípios da igualdade de oportunidades e de tratamento de todas as candidaturas e da neutralidade e imparcialidade de todas as entidades públicas (nº 5 do artigo 99º da Constituição, em conjugação com os artigos 97º, nºs 1 e 2);

mg. A recorrente tem razão quando diz que as alíneas *a)* e *b)* do nº 7 do artigo 97º não se aplicam no caso vertente; já não lhe assiste razão, todavia, ao pretender que o nº 1 e o nº 2 do citado artigo não se aplicam à situação, como ficou patente anteriormente, pois em primeiro lugar, a realização do ato de sorteio era de molde a ofender o dever de neutralidade e imparcialidade da empresa e dos seus órgãos e agentes, em segundo lugar, a mesma realização do sorteio poderia conduzir à violação do dever da empresa e dos seus órgãos e agentes de não praticar ato que de algum modo favorecesse um concorrente em detrimento do outro; neste quadro não se pode deixar de reconhecer que faz parte das funções da CNE, nos termos da alínea *a)* do nº 1 do artigo 18º do CE, «assegurar a liberdade e regularidade das eleições, a igualdade de oportunidades e de tratamento das candidaturas e o respeito pelos demais princípios fundamentais do processo eleitoral estabelecidos na Constituição» e no Código Eleitoral e em demais legislação, como é o caso tanto do princípio da neutralidade e imparcialidade das entidades públicas (nº 1 do artigo 97 do CE), como também do princípio, que é corolário do anterior, de não praticar ato que de algum modo favoreça um concorrente em detrimento do outro (nº 2 do artigo 97º do CE); é, de resto, sabido por todos que, em Cabo Verde, o voto do cidadão deve ser livre (nº 1 do artigo 56º da Constituição), realizar-se de acordo com as regras constitucionais e legais e obedecer ao princípio de igualdade de oportunidades, que é um princípio expresso da Constituição cabo-verdiana (nº 5 do artigo 99º da Constituição)²⁵.

III. Decisão

Assim, pelo exposto, os Juízes – Conselheiros do Tribunal Constitucional, reunidos em Plenário, decidem julgar improcedente o presente recurso.

Sem custas, por não serem devidas.

Registe-se e notifique-se.

Praia, aos 29 de março de 2016.

(Processado nos termos do n.º 5 do artigo 131º do CPC)

Assinados:

Aristides Raimundo Lima (Relator), *José Manuel Avelino de Pina Delgado* e *João Pinto Semedo*.

Está conforme.

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, na Praia, aos 31 de março de 2016. – O Secretário, *João Borges*.

Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Fiscalização Sucessiva Abstrata da Constitucionalidade n.º 8/2015, em que é Requerente o Digníssimo Procurador-Geral da República, tendo como objeto a norma do n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 90/VII/2011, de 14 de fevereiro.

Acórdão n.º 7/2016

(proferido no âmbito dos Autos de Fiscalização Sucessiva da Constitucionalidade n.º 8/2015)

I – Relatório

1.1. O Digníssimo Senhor Procurador Geral da República requereu ao Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional, que, com fulcro no art. 280, da Constituição da República de Cabo Verde e dos artigos 11 *c)*, 51 a 62 *c)* e 69 *d)*, 70 a 74 da Lei nº 56/VI/2005, de 28 de Fevereiro, doravante Lei do Tribunal Constitucional, e 22 (1) *c)*, da Lei Orgânica do Ministério Público, que fosse apreciada a constitucionalidade da norma constante do número 2 do artigo 9º da Lei nº 90/VII/2011, que regula a organização e funcionamento do Conselho Superior da Magistratura Judicial.

1.2. Em fundamentada peça, a ilustre entidade requerente aduz os seguintes argumentos que justificam o desafio lançado à compatibilidade constitucional da supramencionada norma:

1.2.1. A Lei nº 90/VII/2011, de 14 de Fevereiro, que estabelece a competência, a organização e o funcionamento do Conselho Superior da Magistratura Judicial aprovada pela Assembleia Nacional no exercício da sua competência absolutamente reservada, inseriu norma constante do artigo 9, nº 2, no nosso ordenamento jurídico que, na sua opinião, “*viola o princípio da igualdade consagrado no artigo 24 da Constituição*” (Autos, f. 3).

1.2.2. Isto porque dispõe-se neste artigo que “*O CSMJ dispõe de um Vice-Presidente a tempo inteiro que coadjuva o Presidente. 2. O Vice-Presidente é eleito de entre os membros designados pela Assembleia Nacional. O Vice-Presidente tem remuneração correspondente à de juiz conselheiro do STJ*”.

²⁵ Sobre a relação entre a igualdade de oportunidades, a igualdade do direito de voto e a sua aplicação no processo eleitoral, na doutrina estrangeira, cfr. Siegfried Magiera, in Sachs, Grundgesetz, 3ª edição, 2002, nota de margem nº 91, p. 1237. Cfr. também, Klaus Stern, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2ª edição, Munique, 1994, p. 304 e seg.

acrescendo que o “artigo 223 da Constituição, epigrafado de ‘Conselho Superior da Magistratura Judicial, no número 5, dispõe que este órgão é composto por nove membros: um juiz designado pelo Presidente da República; quatro cidadãos de reconhecida probidade e mérito, que não sejam magistrados nem advogados, eleitos pela Assembleia Nacional; e quatro magistrados judiciais eleitos pelos seus pares”, remetendo a lei ordinária a fixação da competência, a organização e o funcionamento do Conselho Superior da magistratura Judicial, bem como o estatuto dos seus membros” (f. 4).

1.2.3. Conclui que “esta norma reserva o acesso ao cargo de Vice-Presidente do CSMJ exclusivamente aos membros designados pela Assembleia Nacional”, conferindo “capacidade eleitoral passiva, para o cargo de Vice-Presidente do CSMJ, apenas aos membros designados pela Assembleia Nacional”, e “retira a capacidade eleitoral passiva aos membros não-designados pela Assembleia Nacional”, o que “impede os juizes, tanto o designado pelo Presidente da República como os eleitos pelos seus pares, de serem eleitos para o cargo de Vice-Presidente do CSMJ” (f. 4).

1.2.4. Densificando, sustenta que “como é evidente, nos termos do artigo 8 da mencionada Lei nº 90/VII/2011, o Presidente da República pode, num primeiro momento, escolher um juiz para integrar o CSMJ e, num segundo momento, designar um outro juiz Presidente do citado órgão do governo da Justiça”, o que, no seu entender, “significa que se tal vier a acontecer, o juiz designado membro do CSMJ pelo Presidente da República não poderá ser eleito Vice-Presidente do mesmo órgão” (f. 5).

1.2.5. Que, “por outro lado, o artigo 9º, n. 2, da citada Lei nº 90/VII/2011 impede os membros do CSMJ de elegerem para aquele cargo um juiz”, entendendo, complementarmente, ser “certo que a designação de quatro membros para o CSMJ pela Assembleia Nacional confere, de um certo modo, legitimidade democrática, ainda que indireta a este órgão de justiça”, porém “isso [diz] não é razão suficiente nem legítima a que o legislador ordinário conceda privilégio especial aos membros do CSMJ designados pela Assembleia Nacional, mediante atribuição em exclusivo de capacidade eleitoral passiva para o cargo de Vice-Presidente do mencionado órgão, prejudicando, nos termos acima referidos, os juizes que compõem o mesmo órgão (f. 5)”.

1.2.6. O fundamento de tudo é que “as funções de Vice-Presidente do CSMJ são funções públicas, a que todos os membros do CSMJ têm direito a aceder, em condições de igualdade e liberdade, como determinado pelo artigo 56º, nº 1, da Constituição” (f. 5).

1.2.7. Para além disso, arremata “na medida em que a solução normativa vertida no artigo 9º, nº 2, da mencionada da (...) Lei nº 90/VII/2011 não encontra paralelo na Lei Orgânica do Ministério Público [Lei nº 89/VII/2011, de 14 de Fevereiro – LOMP], a aludida norma confere tratamento diferenciado aos juizes relativamente aos magistrados do Ministério Público” (f. 6), pois “nos termos do nº 2 artigo 34º da LOMP, os três magistrados do Ministério Público que integram o Conselho Superior do Ministério Público podem ser eleitos para o cargo de Vice-Presidente” (f. 6).

1.3. É assim que o Excelentíssimo Senhor Procurador Geral da República, “pelos fundamentos expostos, requer ao Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal

Constitucional, que aprecie e declare, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma contida no artigo 9º, nº 2, da lei nº 90/VII/2011, de 14 de Fevereiro, por violação do princípio da igualdade consagrado nos artigos 24º e 56º, nº 1, da Constituição” (Conclusão, Autos, f. 6).

1.4. Na jurisdição constitucional, o mesmo seguiu os seus trâmites, recortando-se o seguinte:

1.4.1. O requerimento deu entrada neste Tribunal no dia 10 de Janeiro de 2013 (f. 1) e o pedido foi admitido no dia 17 de Janeiro do mesmo mês (Autos, f. 9)

1.4.2. Foi admitido o pedido em razão da presença de todos os pressupostos da ação, uma vez que, “O subscritor tem legitimidade para formular o pedido – A petição inicial não evidencia deficiências – Nada obsta pois a que o pedido seja admitido” (Despacho de Presidente do STJ, enquanto TC, 17 de Janeiro de 2013, f. 9), pois, efetivamente o Procurador Geral da República integra as entidades com legitimidade processual para suscitar fiscalização abstrata sucessiva de normas constantes, e o enunciado em questão, em razão da sua natureza deontica, abstrata e geral, tem o estatuto de norma e porque a petição indica todos os requisitos exigidos por lei, ou, nos termos em que integram a proposta de memorando preparada pelo ilustre relator, “verificam-se os requisitos respeitantes à legitimidade do requerente, nos termos do disposto no artº 280, al. a) da CRCV, foi identificada a norma do nº 2 do artigo 9º da Lei nº 90/VII/2011 como sendo aquela cuja constitucionalidade pretende ver sindicada pelo TC e também foi apontado como violado o princípio constitucional da igualdade, como resulta do nº 1 do art. 57º da LOFT” (Autos, f. 15).

1.4.3. A 18 de Janeiro, a petição foi remetida à entidade produtora da norma, a Assembleia Nacional, para, em querendo, se pronunciar sobre o pedido (Autos, f. 11); através do seu Excelentíssimo Presidente ofereceu a seguinte resposta no dia 18 de Fevereiro de 2013: “venho em nome da Assembleia Nacional, enquanto órgão produtor da norma, responder, oferecendo merecimento dos autos” (Autos, f. 12).

1.4.4. Na sequência, o Venerando Juiz-Conselheiro Relator Anildo Martins elaborou a mencionada proposta de memorando que, de forma superior, identificou as questões que o Tribunal Constitucional deve responder em ordem a decidir o mérito do pedido de fiscalização, no sentido de que “sabendo-se que tal princípio [o da igualdade] se desenvolve em duas vertentes, a saber, a da proibição da discriminação e da obrigação de diferenciação, cabe aferir nos presentes autos se o princípio da igualdade se mostra violado nalguma das suas vertentes” (Ibid.), “cabe determinar se a norma sindicada, ao restringir a capacidade eleitoral passiva para o cargo de Vice-Presidente do CSMJ, mantendo-a apenas em relação aos membros designados pelo Parlamento, faz uma restrição que se afigura desrazoável ou injustificada por constituir uma exigência ou decorrência da realização da ideia de justiça” (Ibid.), e “ainda aferir se na verdade esse tratamento diferenciado ou desigual na norma do nº 2 do art. 9º da lei nº 90/VII/2011 em comparação com a norma do nº 2 do artº 34º da LOMP, nos termos da qual os magistrados que integram o CSMP podem ser eleitos para o cargo de Vice-Presidente do CSMP – pode ser justificado

por argumento razoável e cognoscível que justifique a observância da obrigação de diferenciação por parte do legislador” (Ibid.) (Autos, ff. 14-16).

1.4.5. Este programa decisório preparado de forma superior pelo Venerando Conselheiro-Relator foi adotado em sessão de 18 de Março de 2013 pelo Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional, com o aditamento de que “*deverá o tribunal indagar se a norma em causa não violará outras normas ou outros princípios constitucionalmente consagrados*” (v. Acta, Autos, f. 21).

1.4.6. Com a declaração de instalação do Tribunal Constitucional (‘Texto da Declaração da Instalação do Tribunal Constitucional’, publicado, nos termos legais, por via de determinação do Despacho nº 1/2015, de 19 de Outubro, *B.O. da República de Cabo Verde*, I Série, nº 63, p. 2084), assinado pelo Presidente do TC, ordenou o Colendo Relator a remissão dos autos a esta entidade (Autos, f. 47), cumprindo, assim, o estipulado no artigo 139 da Lei de Organização e Funcionamento do Tribunal Constitucional.

1.4.7. Recebido pedido a 26 de Outubro de 2015 pela Secretaria do Tribunal Constitucional (f. 49), o mesmo foi distribuído, nos termos da lei, ao Juiz Conselheiro Pina Delgado que assumiu a função de relator do processo de fiscalização sucessiva da constitucionalidade n.º 3/2013, renumerado de Autos de Apreciação Sucessiva da Constitucionalidade n.º 8/2015 (Ibid.).

1.5. Naturalmente, todas as indicações constitucionais e legais aplicáveis permitem deduzir um princípio da continuidade material da jurisdição constitucional, conforme o qual, apesar da instalação de um órgão judiciário especial para administrar a justiça em matéria constitucional, a jurisdição permanece ativa desde a consagração do modelo atual com a revisão constitucional de 1999. Não podia haver outra conclusão considerando o disposto.

1.6. Assim sendo, cumpre discutir as questões constitucionais subjacentes e decidir, nos termos do programa decisório adotado, se o artigo 9 (2) da Lei Orgânica do Conselho Superior da Magistratura Judicial:

1.6.1. Viola o princípio geral da igualdade, o direito a não ser tratado de forma discriminatória pela lei ou direito à igualdade de acesso a funções públicas previsto pelo artigo 56 (1) (II e III);

1.6.2. Afeta de forma constitucionalmente ilegítima a liberdade de acesso a cargo público reconhecida pelo artigo 56 (1) da CRCV (IV);

1.6.3. Atinge o princípio da independência dos tribunais e o seu corolário de independência dos magistrados judiciais;

1.6.4. Inibe de forma constitucionalmente ilegítima os poderes e as funções constitucionais atribuídas ao Presidente da República pela Lei Fundamental.

II – O Princípio e o Direito Constitucional da/à Igualdade

2.1. O mui Digno Procurador Geral da República assenta o lançamento deste pedido de fiscalização da

constitucionalidade na sua convicção de que a previsão legal impugnada vulnera, de forma constitucionalmente ilegítima, o princípio da igualdade plasmado no artigo 24 da Constituição da República de Cabo Verde (CRCV), um preceito que mereceu do legislador constituinte a seguinte redação: “*Todos os cidadãos têm igual dignidade social e são iguais perante a lei, ninguém podendo ser privilegiado, beneficiado ou prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de raça, sexo, ascendência, língua, origem, religião, condições sociais e económicas ou convicções políticas ou ideológicas*”. Assim sendo, a primeira etapa desta decisão deve passar necessariamente pela identificação e caracterização da igualdade na Constituição da República de Cabo Verde, que exige, *a priori*, a determinação da sua natureza exclusiva de princípio ou plurimo, nomeadamente de direito e dos seus eventuais contornos e âmbito, por um lado, e de se saber se há relevância na enunciação de situações de tratamento diferenciado previstas pelo dispositivo em questão no sentido de se poder determinar um núcleo ou esferas acessórias de proteção, do outro. Isto, considerando que, do ponto de vista prático, haverá uma diferença entre a igualdade como princípio, do qual resultariam deveres de concretização das autoridades públicas nos limites do que for jurídica e faticamente possível, e o caráter de direito, que, para além de criar deveres aos poderes públicos, estabelece posições jurídicas individuais, as quais o titular pode usar para opor-se a qualquer medida – legislativa ou de outra natureza – desses mesmos poderes.

2.2. A importância do princípio da igualdade já foi enunciada e não se questiona e é quão maior porque o legislador constituinte não se coíbe de manifestar a sua posição de que é não só um princípio do sistema de direitos fundamentais, mas um princípio constitucional da República Cabo-verdiana, explicitando-o na primeira parte do número 2 do artigo 1º da Lei Fundamental com a formulação de que: “*A República de Cabo Verde reconhece a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de origem social ou situação económica, raça, sexo, religião, convicções política ou ideológicas e condição social*”. Acresce ainda que o associa a outro princípio caro do sistema constitucional cabo-verdiano, o da liberdade, completando a expressão com a assertiva de que “*assegura o pleno exercício por todos os cidadãos das liberdades fundamentais*” e associa-a, com a utilização do “*conceito de igual dignidade*” do artigo 24, a um valor que a jurisdição constitucional cabo-verdiana (e, diga-se, o constitucionalismo global), tem atribuído uma posição suprema na ordenação constitucional, ao considerar, em importante *dicta*, que “*A Constituição da República leva em devida conta a evolução constitucional operada nos sistemas constitucionais democráticos (sobretudo do mundo ocidental) e parte da concepção jusfilosófica da dignidade da pessoa humana, como pedra angular da construção do estado constitucional, reconhecendo assim o primado da pessoa humana face ao Estado. As constituições deixaram de constituir meras cartas políticas sobre o estatuto do Estado para passarem a consagrar, e, em primeiro lugar, um leque de direitos fundamentais além de princípios básicos (fundamentais) e conferindo aos mesmos um conjunto de garantias de*

efetividade, visando a sua materialização, como acontece com a nossa Constituição” (Acórdão nº 1/2009, de 15 de Maio, sobre a Inconstitucionalidade de Norma que Indica como Juiz Conselheiro Cidadão com Idade Superior a 65 anos”, Supremo Tribunal de Justiça (enquanto Tribunal Constitucional), Praia, STJ, p. 7).

2.3. Como decorre especificamente da ligação sugerida pelo artigo 24 entre o princípio da igualdade e o princípio da dignidade humana, enunciado pelo artigo 1º da Constituição da República, por via da fórmula de acordo com a qual “*Cabo Verde é uma República soberana, unitária e democrática, que garante o respeito pela dignidade da pessoa humana (...)*”, que resulta claramente da associação entre dignidade da pessoa humana e igualdade representada pelo conceito de “*igual dignidade social*”.

A jurisdição constitucional cabo-verdiana também pronunciou-se especificamente sobre este princípio, tentando definir os seus contornos a diversos níveis. Se se considerar a plasticidade de termos que compõem a expressão, nomeadamente dignidade, pessoa e humano, e da indeterminação e plurissemia acentuada do seu significado, a sua determinação não é tarefa fácil. Não obstante ser real tal possibilidade, por meio do *Parecer nº 1/2015 (sobre a constitucionalidade da imprescritibilidade de certos crimes) (Rel: JC Zaida Lima)*, Supremo Tribunal de Justiça (como Tribunal Constitucional), 7 de Julho de 2015, dois aspetos fundamentais foram destacados e enunciados: a importância desse princípio no sistema constitucional cabo-verdiano no geral e no sistema de proteção de direitos em especial, e a importância de se recorrer às suas bases filosóficas, o pensamento moral e jurídico kantiano, para se determinar o seu conteúdo concreto.

Seguindo esta importante jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional, reiteramos essas conclusões, sublinhando a importância do princípio da dignidade da pessoa humana no nosso sistema constitucional, resultando no essencial na centralização do sistema na pessoa humana, conforme o próprio Preâmbulo do Texto Fundamental que, sem embargo de não ter força normativa direta, é um meio de interpretação constitucional importante, e ressalta a “*concepção da dignidade da pessoa humana com valor absoluto e sobrepondo-se ao próprio Estado*”, um valor que deve ser entendido na perspetiva da sua correlação com o Estado de Direito Democrático, com a soberania popular e com os direitos, liberdades e garantias do cidadão, não podendo ela própria justificar interpretação independente ao ponto de levar à negação total das liberdades, do bem-estar social ou do estatuto próprio do cidadão. Neste sentido, se a dignidade da pessoa humana é suprema, ela o é generalizadamente, mas enquanto realidade absoluta – e neste sentido excludente – ela o é somente em relação ao Estado, não se aplicando com tanta força em relação ao próprio homem, cuja dimensão constitucional é também configurada como autónoma e igual. Assim sendo, se o recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana pode criar um limite inatingível para o Estado, não pode legitimar tudo o que se faça em relação à liberdade, igualdade e bem-estar dos indivíduos.

Segundo, a douta decisão do Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional, remete-nos a outro elemento importante do princípio da dignidade da pessoa humana no sistema constitucional, precisamente um que permite dotar-lhe de conteúdo, ultrapassando-se as imputações que lhe são dirigidas de ser, apenas, uma fórmula vazia que, perante notória indeterminação, pode significar tudo e nada ao mesmo tempo. Neste sentido, na linha da jurisprudência constitucional pátria (*Parecer nº 1/2015 (sobre a constitucionalidade da imprescritibilidade de certos crimes)*, p. 25), citando Kant, entende-se que o recurso aos ensinamentos morais e jurídico-filosóficos que enformaram e formaram o princípio da dignidade da pessoa humana, é fundamental para se determinar o seu sentido.

2.3.1. Nesta linha, Marco Túlio Cícero, já havia considerado que “*É pertinente a toda a investigação do dever ter em mira o quanto a natureza do homem ultrapassa a dos animais domésticos e as feras. Nada sentem os animais a não ser o prazer, para o qual são arrastados com o máximo ímpeto; o espírito do homem, ao contrário, é nutrido pelo aprendizado e o pensamento, está sempre examinando ou agindo pelo deleite de ver e ouvir*” (*De Officiis [Dos Deveres]*, Ângela Chiapeta (trad.), São Paulo, Martins Fontes, 1999, l. I, para. 30).

2.3.2. “*Dignitas significat bonitatem alicujus propter seipsum, (...) [Dignidade significa algo que é bom em si mesmo]*”, dizia Santo Tomás de Aquino no período medieval (c. 1257) (in: *Scripti Super Sententis Magistri Petri Lombardi*, Maria Fabianus Moos (ed.), Parisii, Lethielleux, 1933, Distinctio XXXV, Articulus IV, Quaestincula 1, solutio 1c, para. 86, p. 1189, opondo-a à “*utilitas vero propter aliud*”).

2.3.3. No período seguinte, o humanista do Renascimento, Pico de la Mirandola asseverava que “*Pareceu-me ter compreendido, por que razão é o homem o mais feliz de todos os seres animados e digno, por isso, de toda a admiração, e qual enfim a condição que lhe coube em sorte na ordem universal, invejável não só pelas bestas, mas também pelos astros e até pelos espíritos supramundanos. Coisa inacreditável e maravilhosa. E como não? Já que precisamente por isso o homem é dito e considerado justamente um grande milagre e um ser admirado, sem dúvida digno de ser admirado*” (Giovanni Pico de la Mirandola, *Oratio de Hominis Dignitate/Discurso sobre a Dignidade do Homem*, Edição Bilingue, Maria de Lourdes Ganho (trad.), Lisboa, Edições 70, 2011, p. 55).

2.3.4. Por fim, Kant, de forma ímpar, estabelecia alguns elementos constitutivos da dignidade da pessoa através das suas fórmulas do imperativo categórico e dos exemplos da conduta moralmente correta.

A – No primeiro caso, indica-nos a segunda fórmula que “*Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio*” (Immanuel Kant, *Fundação da Metafísica dos Costumes*, Paulo Quintela (trad.), Lisboa, Edições 70, 1995, sec. 2, p. 69), prescrevendo efetivamente o que ficou conhecido como a fórmula da dignidade da pessoa humana. É também desdobramento da primeira fórmula,

a da universalização, de acordo com a qual “*Age apenas segundo uma máxima tal que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal*” (Ibid., p. 59). Esta, além da dimensão de moralidade como reciprocidade, também contém a ideia da moralidade como igualdade.

B – A determinação da substância do princípio é auxiliada igualmente se analisarmos os exemplos que Kant dá em obra que se seguiu àquela, *A Metafísica dos Costumes*, na qual sustentou que “*No sistema da natureza, um ser humano é um ser com reduzida importância e partilha com o resto dos animais, como descendência da Terra, um valor ordinário (pretium vulgare). Apesar do homem ter, no seu entendimento, algo mais do que eles e pode estabelecer finalidades para si, isto dá-lhe apenas um valor extrínseco pela sua utilidade; (...), mas um ser humano visto como pessoa, ou seja, como o sujeito da razão moral prática, é exaltado acima de qualquer preço; porque como pessoa (homo noumenon) ele não deve ser valorizado meramente como meio para os fins dos outros ou até para os seus próprios fins, mas como um fim em si mesmo, isto é, que ele possui uma dignidade (um valor interno absoluto) a partir do qual exige respeito para si de todas as criaturas racionais do mundo. Ele pode medir-se em relação a qualquer outro ser deste tipo e valorar-se em pé de igualdade com eles*” (*The Metaphysics of Morals*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, parte ii, l. i, cap. iii, para. 11), acrescentando o Sábio de Königsberg, dizendo ao homem: “*Não sejas o lacaio de ninguém – não deixes ninguém pisar com impunidade os teus direitos (...) Ajoelhar-se ou prostrar-se, (...) é contrário à dignidade da humanidade*” (Ibid., para. 12.)

2.3.5. Entre nós, não deixa de ser relevante para esse processo lembrar *O Escravo* de José Evaristo de Almeida (2. ed., Praia, ICL, 1989), de 1856, quando se faz essa associação num trecho no qual, pela boca de Maria, a heroína da trama, diz-se a João, que “*o homem não tem culpa da condição em que nasceu: as más acções, a ignorância e a maldade, é que deviam torná-lo indigno ante a sociedade. Se esta não o julga assim, não serei eu de certo, que siga o seu exemplo. Teu coração é nobre, tua alma bem formada; pela inteligência és superior a muitos que nasceram livres; mereces pois a minha estima, nem me envergonho de ouvir-te*” (p. 31), ou o manifesto anti-esclavagista que sai da boca de João dirigindo-se contra os seus algozes, que a reduziram à “*posição aviltante em que nascemos*” (p. 56) ao dizer: “*Maldição! Oh! Maldição sobre os brancos, que primeiro vieram devassar nossos climas; que chamaram selvagens a nossos costumes; e que – despertando a ambição em nossos pais – os levaram a sacrificar seus filhos à posse de vis europeus! Ah! Maldição sobre aqueles que vêm escravizar-nos, chamando-se humanos, porque – dizem eles – nos livram da morte quando em nossas guerras caímos prisioneiros – sendo aliás que essa morte fora o paraíso, em relação ao inferno que eles nos reservam! Chamam-se humanos, e suas mãos mandam o chicote retalhar nossas carnes, como se o sangue que dela corre não fosse igual aos deles! Chamam-se humanos e ordenam que pesadas algemas venham torturar os nossos pés! Deixem-nos livres seguir nossos instintos; ou eduquem-nos e verão que nossos génios poderão ombrear com os seus. A cor é atributo do corpo, e não da alma, a cor é um*

indício do país, e não do espírito; a cor não obsta a que a que a nossa pele seja tão acetinada como a deles – nem a que possuam nossas mulheres olhos e dentes tão belos como os seus mais belos” (p. 57).

2.3.6. De Eugénio Tavares, que tratando de matéria outra, não deixou de retratar o *ethos* e os ideais do homem cabo-verdiano e forma como entende digno viver, ao dizer que proibir a emigração cabo-verdiana para os Estados Unidos é dirigir-se ao povo cabo-verdiano, e dizer-lhe: “*Amigo, tira os sapatos; despe o casaco; pega numa enxada, e salta para os morgadios de Santiago, do Fogo, de Santo Antão, onde há falta de braços. Foste até aqui trabalhador livre da América; de agora em diante passas a ser espécie de contratado de S. Tomé. Até hoje comeste, à tua mesa, em pratos e com talheres, o pão que o suor do teu rosto livremente fecundou e amadureceu; de hoje em diante irás comer, em gamelas de pau, o pão da escravidão que o diabo amassa - dessa escravidão encamisada de liberdade, que é um insulto à dignidade humana. Tiveste, até esse momento, casas e terras tuas, sobre as quais teus avós derramaram seu suor de honra; desde esta hora teus filhos, sob a vesgasta da necessidade, com lágrimas fertilizarão malditas terras alheias, onde, se não forem muito humildes, muito rasteiros, muito fraldiqueiros para lamberem as mãos que os alancam, e se não souberem engolir afrontas sem que desespero lhe irrompa da alma, sem que o mais justo protesto lhes ensanguente as bocas, serão expulsos sem dó, avergoadas as faces pelos látegos dos comitres*” (Para Alexandre Almeida [Brava, 10 de Junho de 1918] in: Eugénio Tavares. *Viagens, Tormentas, Cartas e Postais*, Praia, IPC, 1999, p. 236).

2.3.7. A inolvidável acusação de Luiz Loff de Vasconcelos no concernente à omissão das autoridades colonias em relação à carestia alimentar nas Ilhas e ao morticínio resultante não deixa de estar ligado a uma percepção alargada, de acordo com a qual da dignidade humana resultam deveres positivos para o Estado no sentido deste ser obrigado a fazer tudo o que estiver ao seu alcance para impedir que o ser humano atinge um estado de degradação. Dizia o nosso polemista a propósito nas suas “*Pavorosas Revelações*”: que “*Está procurando, dizem, meios para acudir a esses milhares de desgraçados, que estão implorando misericórdia e que estão morrendo às dezenas por dia, n’uma agonia cruel e estrepitosa; mas até agora ainda não encontrou esses meios, ou pelo menos, não são do domínio do paiz, que aguarda com grande ansiedade o termo da horripel mortandade, que está devastando uma parte da população da ilha de S. Thiago de Cabo Verde. É uma responsabilidade gravíssima que o governo está assumindo perante o paiz, permanecendo n’esta situação de paliativos, deixando morrer á fome milhares de subditos portugueses n’uma colônia portuguesa. É um perfeito extermínio d’um povo. É ridículo e cynico o argumento, de que uma parte da imprensa governamental lançou mão, que o governo não tem culpa de que em Cabo Verde não tenha havido chuva regulares. A população da ilha de S. Thiago está morrendo, é por falta de providencias a tempo. Com metade do sacrifício que agora se tem de fazer, não haveria ali um só caso de morte pela fome. Mas não; a população da ilha de S. Thiago morre de fome e está prestes a desaparecer, porque foi votada*

ao exterminio. (...) Uma população andrajosa, faminta, estropiada, em estado de inanição, que está succumbindo aos horrores da fome; um bando de miseráveis, que já nem forças tem para pedir pão! A foice terrível da fome está devastando por dia cerca de oitenta pessoas. E tudo isto havendo nos cofres da provincia recursos para debellar esse sinistro flagello. Ainda ha pouco tempo devia existir ali quatrocentos contos de réis. Sim; quatrocentos contos de réis, e com esse dinheiro que é do povo, deixa-se-lhe morrer á fome” (L. Loff de Vasconcelos, *O Extermínio de Cabo Verde. Pavorosas Revelações*, Lisboa, Guimarães, Libânio & C^a, 1903, pp. 4-5).

E ainda arremata que “É um crime, dos mais hediondos e repugnantes, o que se está passando n’essa colonia. É o exterminio d’um povo e d’um povo que sempre foi amigo e leal á mãe patria. Está aniquilada a provincia de Cabo Verde; reduziram-n’a os seus algozes, a um montão de cadáveres e a um vasto campo de desolação. Quando a Providencia derramar sobre os seus campos a agua que trazia a abundancia, não haverá braços para lançar as sementes á terra: elles estarão ou presa dos vermes no fundo das valas mortuárias, ou bem longe em terras distantes, arroteando os campos de extranhos, enquanto os da sua patria querida ficarão incultos e aridos. Eis a situação desgraçadíssima a que Cabo Verde está condemnado; eis em singelas palavras, um leve rumor, do chammejante vulcão que ali está engulindo vidas. Adiante ver-se-ha descripta mais nitidamente toda pavorosa situação, toda esta medonha e luctuosa catastrophe, que está lançando o terror e a morte entre milhares de nossos desafortunados irmãos. É uma guerra de exterminio a um povo indefeso, humilde e digno de melhor sorte; é uma vilania revoltante, uma monstruosidade inqualificavel e um crime de lesa humanidade, tudo o que a imprensa periodica d’esta capital já revelou ao paiz sobre a fome em Cabo Verde e o que vamos revelar agora ao paiz e á imprensa, appellando para os nobres sentimentos do povo portuguez e da imprensa do paiz, para que n’um movimento geral e energico, se levante mais uma vez um grito de alarme, a favor d’uma população que soffre, d’um povo que se extingue á fome e que de mão levantadas pede misericordia, pede uma esmola ás almas caritativas.

2.3.8. De Kant, da tradição judaico-cristã, que também moldou a cultura destas Ilhas, e de todos eles, mormente dos nossos Eugénio Tavares e Luiz Loff de Vasconcelos, aprendemos que, primeiro, a dignidade da pessoa humana significa que ele, *imago dei* ou especial pela sua racionalidade, possui um valor intrínseco, autonomamente definido, que não depende de qualquer apreciação heterónoma. Neste sentido, qualquer tratamento que coisifique o homem, que o humilhe, que o menorize, que o instrumentalize, e que seja empreendida por poderes públicos ou privados, atentam contra a sua dignidade, o seu senso de si, a sua necessidade de não depender arbitrariamente de ninguém, de não ser descartável, enfim de não ser reduzido a condição animalésca e/ou de *res*, como o escravo ou até o liberto, que, sem liberdade ou igualdade, é equiparado as alimárias e condenado, contra a sua vontade, a servir a senhores em sociedades hierarquizadas. Neste sentido, também o ideário da Revolução Francesa, anti-aristocrático e anti-escravocrata, expresso no artigo 1º

da *Déclaration Française des Droits de l’Homme et du Citoyen* na versão originária de 1789, de acordo com a qual, “*Les Hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l’utilité commune* [Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ser fundadas na utilidade comum]”, e, na mais clara, de 1795, “*La égalité consiste en ce que la loi est la même pour tous, soit qu’elle protège, soit qu’elle punisse, l’égalité n’admett aucune distinction de naissance, aucune heredité de pouvoirs* [A igualdade consiste em ser a lei a mesma para todos, seja ela protetora, seja ela punitiva., a igualdade não admite qualquer distinção de nascimento, nenhuma hereditariedade de poderes]” (art. 3º), recusando ao mesmo tempo o privilégio e a discriminação, que o associou a outros princípios importantes, a dignidade como dependente da igualdade, a dignidade como decorrente da autonomia da vontade e a dignidade como potenciadora da fraternidade, ou, como dizia, o ‘nosso’ Eugénio Tavares, “*em que covis se occultam aqueles que não cultuam a liberdade, e a não praticam num nível de absoluta igualdade e de perfeita fraternidade*” (Para Alexandre Almeida [Brava, 10 de Junho de 1918] in: *Eugénio Tavares. Viagens, Tormentas, Cartas e Postais*, Praia, IPC, 1999, p. 238), pois é natureza intrínseca do homem a dignidade, a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

Mas, também os nossos, refletindo os *mores* do crioulo, sempre entenderam a dignidade da pessoa humana como refletindo deveres positivos de auxílio público em qualquer situação que a pessoa possa cair numa situação que não traduza a sua natureza intrínseca, mormente, nas trágicas situações experimentadas por nós, da fome, da pobreza extrema e da inexistência de condições materiais mínimas, que obrigava o homem cabo-verdiano, face ao descaso das autoridades coloniais, a vender-se, como se escravos fosse, para sobreviver nas roças de São Tomé ou condenar-se a morrer resignado e desesperançado de inanição.

2.4. O ponto que nos interessa para a resolução desta situação específica é a sua associação com o princípio da igualdade na modernidade e que remete-nos para a conceção de “*igual dignidade social*” do artigo 24. O conceito contemporâneo de igualdade ancora-se, ainda que não integralmente, no princípio da dignidade da pessoa humana, ligando-se, em última instância, à outra fórmula de Kant, a primeira, chamada da universalização, e que prescreve que devemos “*agir de tal forma que a máxima conduta se transforme em lei universal*”. É verdade que quando tratamos alguém de forma discriminatória, abaixo da lei, porque é de outra raça, etnia, religião, género, estado mental ou físico, peso, traços estéticos, orientação sexual ou outros dessa natureza, negamos-lhe o seu valor intrínseco, sobrepujando-se elementos derivados de uma avaliação heterónoma que não é compatível com essa conceção. É a humilhação do tratamento diferenciado por motivos aleatórios, a mágoa pela arbitrariedade e a reação contra o subjetivismo irracional que configura uma situação atentatória à dignidade. Quem é tratado de forma diferente por tais motivos é reduzido a uma situação não humana, como diria Cícero animalizante, ou como mera coisa ou instrumento, logo atinge-se o âmago do princípio da dignidade da pessoa humana que proíbe

tais tratamentos, nalguns casos mesmo que consentidos pela própria pessoa. É este o tratamento, que à luz da Constituição, é discriminatório, pois atinge a essência da humanidade de cada pessoa somente pelo fato de portar características tidas pelos outros como menores.

Neste sentido, a proibição da discriminação protege pessoas que integram grupos vulneráveis de tratamentos diferenciados por parte do Estado, permitindo-se, igualmente, a sua projecção para recobrir mesmo relações entre particulares. São pessoas que, por pertencerem, transitória ou permanente, a esses grupos são estigmatizados ou colocados em situação de especial desvantagem por motivos históricos e sociais que as tornam, à luz da Constituição, merecedores de especial protecção, por um lado, e que, por isso, demandam um controlo mais estrito em relação a qualquer tratamento diferenciado porque este, em potência, poderá ser mais um instrumento consciente de opressão ou poderá ter este efeito.

Estes grupos vulneráveis não só decorrem do artigo 24 da Constituição, como também são mencionados explicitamente por outros dispositivos constitucionais como é o caso da pessoas com deficiência (art. 76), registando-se, igualmente, a sua forte identidade com o que os instrumentos internacionais de protecção de direitos prescrevem nesta matéria, nomeadamente:

2.4.1. A Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, que, por força da Constituição faz parte do Direito Cabo-verdiano nos termos do artigo 12 (2) e goza, no geral, de força supralegal conforme o artigo 12 (4), de acordo com a qual: “1 - Os Estados Partes condenam a discriminação racial e obrigam-se a prosseguir, por todos os meios apropriados, e sem demora, uma política tendente a eliminar todas as formas de discriminação racial e a favorecer a harmonia entre todas as raças, e, para este fim: a) Os Estados Partes obrigam-se a não se entregarem a qualquer acto ou prática de discriminação racial contra pessoas, grupos de pessoas ou instituições, e a proceder de modo que todos as autoridades públicas e instituições públicas, nacionais e locais, se conformem com esta obrigação; b) Os Estados Partes obrigam-se a não encorajar, defender ou apoiar a discriminação racial praticada por qualquer pessoa ou organização; c) Os Estados Partes devem adoptar medidas eficazes para rever as políticas governamentais nacionais e locais e para modificar, revogar ou anular as leis e disposições regulamentares que tenham como efeito criar a discriminação racial ou perpetuá-la, se já existe; d) Os Estados Partes devem, por todos os meios apropriados, incluindo, se as circunstâncias o exigirem, medidas legislativas, proibir a discriminação racial praticada por pessoas, grupos ou organizações e pôr-lhe termo; e) Os Estados Partes obrigam-se a favorecer, se necessário, as organizações e movimentos integracionistas multirraciais, e outros meios próprios para eliminar as barreiras entre as raças, e a desencorajar o que tende a reforçar a divisão racial. 2 - Os Estados Partes adoptarão, se as circunstâncias o exigirem, nos domínios social, económico, cultural e outros, medidas especiais e concretas para assegurar convenientemente o desenvolvimento ou a protecção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos, a fim de lhes

garantir, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Essas medidas não poderão, em caso algum, ter como efeito a conservação de direitos desiguais ou diferenciados para os diversos grupos raciais, uma vez atingidos os objectivos que prosseguiram” (art. 2º).

2.4.2. A Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, com o mesmo estatuto que o tratado anteriormente mencionado, que estabelece que “Os Estados Partes condenam a discriminação contra as mulheres sob todas as suas formas, acordam em prosseguir, por todos os meios apropriados e sem demora, uma política tendente a eliminar a discriminação contra as mulheres e, com este fim, comprometem-se a: a) Inscrever na sua constituição nacional ou em qualquer outra lei apropriada o princípio da igualdade dos homens e das mulheres, se o mesmo não tiver já sido feito, e assegurar por via legislativa ou por outros meios apropriados a aplicação efectiva do mesmo princípio; b) Adoptar medidas legislativas e outras medidas apropriadas, incluindo a determinação de sanções em caso de necessidade, proibindo toda a discriminação contra as mulheres; c) Instaurar uma protecção jurisdicional dos direitos das mulheres em pé de igualdade com os homens e garantir, por intermédio dos tribunais nacionais competentes e outras instituições públicas, a protecção efectiva das mulheres contra qualquer acto discriminatório; d) Abster-se de qualquer acto ou prática discriminatórios contra as mulheres e actuar por forma que as autoridades e instituições públicas se conformem com esta obrigação; e) Tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação praticada contra as mulheres por uma pessoa, uma organização ou uma empresa qualquer; f) Tomar todas as medidas apropriadas, incluindo disposições legislativas, para modificar ou revogar qualquer lei, disposição regulamentar, costume ou prática que constitua discriminação contra as mulheres; g) Revogar todas as disposições penais que constituam discriminação contra as mulheres” (art. 2º).

2.4.3. A Convenção das Nações Unidas relativa às Pessoas com Deficiência, com a mesma natureza, que, no seu artigo 4º, estabelece: (Obrigações gerais): “1 - Os Estados Partes comprometem-se a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todas as pessoas com deficiência sem qualquer discriminação com base na deficiência. Para este fim, os Estados Partes comprometem-se a: a) Adoptar todas as medidas legislativas, administrativas e de outra natureza apropriadas com vista à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção; b) Tomar todas as medidas apropriadas, incluindo legislação, para modificar ou revogar as leis, normas, costumes e práticas existentes que constituam discriminação contra pessoas com deficiência; c) Ter em consideração a protecção e a promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência em todas as políticas e programas; d) Abster-se de qualquer acto ou prática que seja incompatível com a presente Convenção e garantir que as autoridades e instituições públicas agem em conformidade com a presente Convenção; e) Tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação com base na deficiência por qualquer pessoa, organização ou empresa privada; f) Realizar ou promover

a investigação e o desenvolvimento dos bens, serviços, equipamento e instalações desenhadas universalmente, conforme definido no artigo 2.º da presente Convenção o que deverá exigir a adaptação mínima possível e o menor custo para satisfazer as necessidades específicas de uma pessoa com deficiência, para promover a sua disponibilidade e uso e promover o desenho universal no desenvolvimento de normas e directrizes; g) Realizar ou promover a investigação e o desenvolvimento e promover a disponibilização e uso das novas tecnologias, incluindo as tecnologias de informação e comunicação, meios auxiliares de mobilidade, dispositivos e tecnologias de apoio, adequados para pessoas com deficiência, dando prioridade às tecnologias de preço acessível; h) Disponibilizar informação acessível às pessoas com deficiência sobre os meios auxiliares de mobilidade, dispositivos e tecnologias de apoio, incluindo as novas tecnologias assim como outras formas de assistência, serviços e instalações de apoio; i) Promover a formação de profissionais e técnicos que trabalham com pessoas com deficiências nos direitos reconhecidos na presente Convenção para melhor prestar a assistência e serviços consagrados por esses direitos”.

2.5. Não deixou de se densificar nesta mesma senda o ordenamento jurídico infra-constitucional, sendo exemplos desta reserva de utilização do termo ‘discriminação’:

2.5.1. O Código Penal (versão com as alterações inseridas pelo Decreto-Legislativo nº 4/2015, de 11 de Novembro, *B.O. da República de Cabo Verde*, I Série, nº 69, pp. 2175-2247), designadamente no tipo homólogo, quando se estipula que “quem, com base em distinção feita entre pessoas em razão da origem, do sexo, da situação familiar, do estado de saúde, dos hábitos e costumes, das opiniões políticas, da atividade cívica, da pertença ou não pertença, verdadeira ou suposta, a uma etnia, nação, raça ou religião, no fato de ser membro ou não de uma organização: a) recusar ou condicionar o fornecimento de um bem ou de um serviço; b) impedir ou condicionar o exercício normal de uma atividade económica qualquer; c) punir, despedir ou recusar contrato ou emprego a uma pessoa; será punido com pena de prisão (...)”.

2.5.3. O Código Laboral igualmente no seu artigo 15, prescrevendo que “a igualdade no trabalho compreende, nomeadamente: a) o direito a não ser preterido, prejudicado ou de outro modo discriminado no acesso ao trabalho, na fixação das condições de trabalho, na remuneração do trabalho, na suspensão ou extinção da relação de trabalho ou em qualquer outra situação jurídica laboral em razão do sexo, cor da pele, origem social, religião, convicções políticas ou ideológicas, filiação sindical ou outro motivo discriminatório”.

2.6. Todavia, há tratamentos desiguais que não têm qualquer relação com a dignidade humana, pelo menos no sentido apontado de dignidade como valor intrínseco do homem. Atentam, outrossim, contra a dignidade institucional ou pública de autoridades pelos cargos que desempenham e das instituições que representam e que resultam da sua qualidade de dignatários da República e que se refletem, por exemplo, na forma prescrita para

o seu tratamento público (“Excia.”), como, por exemplo, e a propósito, o artigo 47 do Estatuto dos Magistrados Judiciais, o qual estipula que “os magistrados judiciais têm o tratamento de excelência (...)”; nas precedências que se pode exigir em cerimonial do Estado, nos termos da *Lei sobre Ordem de Precedências e o Tratamento Protocolar das Entidades do Estado de Cabo Verde e Outras Entidades (Lei nº 54/VIII/2014, de 22 de Janeiro)*, quando compareçam em Solenidades Oficiais, cuja ordenação é, pela sua própria natureza hierarquizada, com exclusão, de aceder, de forma diferenciada, a mordomias como salas VIP, como decorre do artigo 3º do *Decreto-Lei nº 43/2013, de 11 de Novembro, que regula a Utilização das Salas VIP dos Aeroportos do País* (Presidente da República, Presidente da Assembleia Nacional, Primeiro Ministro, , Presidente do Tribunal Constitucional; Presidente do Supremo Tribunal de Justiça; os demais membros do governo, etc.), a honras de funeral de Estado (reservado ao Presidente da República, ao Presidente da Assembleia Nacional, ao Primeiro-Ministro e aos Antigos Presidentes da República pelo artigo 9º da *Lei nº 55/VIII/2014, que estabelece o Regime Jurídico do Luto Oficial, bem como das Honras Fúnebres*), as honras fúnebres, (exclusividade daquelas, dos Antigos Presidentes da Assembleia Nacional, dos Antigos Primeiros Ministros, dos Combatentes da Liberdade da Pátria e de outras personalidade de elevado prestígio de acordo com o artigo 10º da mesma lei) ou mesmo a decretação de luto oficial que reservada a algumas personalidades nacionais e estrangeiras somente beneficia o comum dos cidadãos se se tratar de morte coletiva resultante de catástrofe, calamidade natural, massacre ou outro acidente com incidência nacional, nos termos do artigo 4º do mesmo diploma.

Naturalmente, falhas do legislador em respeitar tais tratamentos, tais honrarias, de dignatários nacionais, podem até levantar questões constitucionais, nomeadamente a envolver o respeito pelo princípio da separação de poderes ou o valor tribuído a cada órgão de Estado ou entidade pública pela Lei Fundamental, mas, seguramente, não têm o mesmo valor do que aquele que resulta de tratamentos diferenciados que atentam contra o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, até porque o lesado em tais casos não é a pessoa, é a instituição que representa e quando muito o seu titular. Nestes casos, naturalmente, que não são suportados pela ideia de dignidade da pessoa humana, o nível de proteção do princípio da igualdade deve ser substancialmente menor, até porque são meras situações que podendo ser justificadas com base na invocação de interesses públicos relevantes, nascem elas próprias do privilégio que as Repúblicas ainda têm que suportar. Estas não geram seguramente um direito fundamental, até porque de difícil subjetivação; são honrarias que não cabem diretamente à pessoa humana enquanto tal, mas estão adstritas a instituições, a cargos, e funções e somente se justificam a este nível. Nestas situações, não há tratamento discriminatório, haverá simples tratamento diferenciado e, logo, merece um escrutínio conforme de igualdade, que, em tese, acentar-se-á somente na projeção sistémica do princípio e não decorre de um direito à igualdade perante a lei.

2.7. A Constituição incumbe, para se concretizar o ideal de igualdade, ao Estado as tarefas de “*garantir o respeito pelos direitos humanos e assegurar o pleno exercício dos direitos e liberdades fundamentais a todos os cidadãos*” (art. 7, b), e de “*promover o bem estar e a qualidade de vida do povo cabo-verdiano, designadamente dos mais carenciados, ver progressivamente os obstáculos de natureza económica, social, cultural e política que impedem a real igualdade de oportunidades entre os cidadãos, especialmente os fatores de discriminação da mulher na família e na sociedade*”, e, ainda, projeta-o explicitamente para cobrir situações especiais em diversos domínios da vida social, humana, económica, nomeadamente consagrando direitos especiais de igualdade no acesso à função pública (art. 42 (1)) ou a cargo público (art. 56 (1)).

2.8. Não podia ser diferente, aliás, atendendo ao modelo de organização da comunidade política vertido para a Constituição da República em que o princípio da igualdade inevitavelmente ocupa uma posição nuclear. É um princípio que, no fundo, é razão de ser de tal modelo, criado especificamente como reação a ordens políticas marcadas pelo privilégio e pela castificação social, em que parte da população (a maioria ou a minoria) é reduzida a um estatuto de diminuição jurídica, tratados como se filhos de um Deus menor se tratassem. Por determinação autocrática dos seus semelhantes, pessoas, por motivos de raça, género, religião, circunstancialismos diversos, eram colocadas abaixo da lei, como ‘intocáveis’ para o Direito. Naturalmente, na República de Cabo Verde, criada mais de quinhentos anos volvidos após o povoamento das ilhas, o povo conhece muito bem o que tais situações produzem e como são incompatíveis e intoleráveis para uma República Livre e Democrática; não só conheceu a escravatura, uma das mais vilipendiantes condições humanas, como também viu os seus filhos serem tratados de forma desigual em relação aos nativos da metrópole que por estas bandas se fixavam e laboravam. A humilhação permanente de se ver discriminado, impedido de realizar as suas potencialidades, pior, de ter de explicar aos filhos que eles não podem a mais almejar, independentemente das suas virtudes, esforços e méritos, tendo que se sujeitar e reverenciar pessoas cujo único mérito é serem tidas por ‘melhores’ por decreto, é tão forte que nenhuma pessoa, numa República de iguais e regida pelo Direito, deve ter que suportar.

A Constituição, apesar da sua universalidade e elementos abstratos e racionais, é também resultado de uma experiência concreta, constitucional, e, logo, histórica e sociológica, tem que ter um olhar no mundo e os pés na terra. Daí que o significado constitucional deve ter como referentes obrigatórios o texto constitucional e as significações dogmáticas partilhadas, mas igualmente o sentido que lhe é atribuído pela experiência nacional e institucional. Destarte, não é demais lembrar que em Cabo Verde a luta pela igualdade e pela dignidade foi sempre, em larga medida, uma luta contra a discriminação por motivos raciais, de origem, de nascimento, de cor, de religião, de género e política, naturalmente o que é elencado no artigo 24 da Constituição. É este o âmago da igualdade e é por isto que o termo discriminação somente cobre o núcleo essencial desses preceitos, com as restantes situações de tratamento desigual a corresponderem a meras esferas secundárias

de incidência do princípio. Não correspondem à mesma realidade, e essa distinção não é só parte de um imaginário global que se está a reproduzir. Antes, é uma reação a situações concretas da nossa história que justificaram a solução constitucional que se tenta interpretar.

2.8.1. É o que decorre da experiência do século XVI da célebre petição enviada ao Rei de Portugal pelos ‘pretos e baços de Santiago’ para poderem aceder aos cargos camarários do município da Ribeira Grande ‘Carta dos Moradores de Santiago a El-Rei [26 de Maio de 1546]’ in: *Monumenta Missionaria Africana*, Padre António Brásio (org.), 2ª Série, Lisboa, Agência Geral da Colónias, 1963, v. II, doc. 117, pp. 386-387), de André Álvares d’Almada – o primeiro cabo-verdiano a escrever uma obra científica em 1594 – a receber as mais altas honrarias do Reino, apesar do seu ‘defeito de nascença’, assente no facto de não ter ‘sangue limpo’, posto que de avó escrava (o Parecer favorável da Mesa da Consciência e Ordens pode ser encontrado em ‘Concessão do Hábito de Cristo a André Álvares de Almada [19 de Agosto de 1598]’ in: *Monumenta Missionaria Africana*, Padre António Brásio (org.), 2ª Série, Lisboa, Agência Geral da Colónias, 1964, v. III, pp. 428-430), a tentar ultrapassar preconceitos de raça e o tratamento discriminatório estabelecidos pelas leis do Reino e aplicadas às Colónias em relação a negros, mestiços, judeus e cristãos-novos.

2.8.2. Três dos maiores vultos da História Intelectual de Cabo Verde questionaram o tratamento diferenciado do cabo-verdiano por motivos de origem e nascimento, nomeadamente:

A – Eugénio de Paula Tavares, que, com notórios conhecimentos jurídicos, ainda que não tivesse formação formal, dizia, sobre mais uma lei de exceção para as colónias, que “*Tem agitado a inconstitucionalidade de algumas ordens postas aqui em vigor. Guarde-se Deus da ousadia de me espreitar em acção de controvérsias sobre matéria inatingida pela minha visão intelectual. Que bem me basta, porém, que sobre o assunto desta, se me conceda lastimar o facto verdadeiramente lamentável de os cabo-verdianos não permitirem meras circunstâncias legislatórias entrar no gozo de um direito reconhecido a todos os membros da família portuguesa. E deplorar mais ainda, que a lei, neste caso, tal seja no seu rigor excepcionalista que não conceda a cabo-verdianos o que a mais portugueses reconhece. (...) E calar, quando no-la negam, é consentir que, de facto, não a mereçamos. O que põe de relevo, imediatamente a nossa suposta inferioridade social. Mas se se não dá o caso de tal inferioridade (como é certo que não se dá), então apenas nos ficará a convicção de que, de facto, os poderes superiores se manifestaram, em tal ponto, desligados do interesse de ponderar a questão antes de a resolver*” (‘Sobre a questão da regulamentação das horas de trabalho’ in: *Eugénio Tavares. Viagens, Tormentas, Cartas e Postais*, Praia, IPC, 1999, pp. 268-9), arrematando em outra ocasião que, convicto filosoficamente, entendia convir que “*ao mesmo tempo que se decretam deveres aos cidadãos, outorgar-lhes direitos, em distribuição equilibradora. Porque assim se daria, ao mesmo tempo, ao cidadão, uma ideia exata das justas compensações, esclarecendo-o, de par, sobre suas responsabilidades. Se os deveres são, por lei, exigidos os*

direitos, por lei serão igualmente concedidos. Se o povo não está atrasado para se lhe exigir deveres, também o não deve estar para se lhe conceder direitos” (‘O 4º Aniversário da República’ in: *Eugénio Tavares pelos Jornais...*, Félix Monteiro (recolha; organização e prefácio, Praia, ICLD, 1997, p. 155), atirando, nas suas arengas públicas contra o preconceito, por não compreender “*que seja aceitável o princípio de conceder direitos restritos, cerceados aos coloniais, por exemplo, sob o fútil pretexto de não estarem preparados*” (Ibid.).

B – Nhô Pedro Cardoso, que dizia, quando reivindicava igualdade de tratamento, ancorando-se na sua qualidade de cidadão, ainda que colonial, em face aos cidadãos metropolitanos que aportavam às nossas Ilhas. Lembrando que na Constituição da República Portuguesa, o “*Artigo 1º – o território de Portugal compreende na África Ocidental o Arquipélago de Cabo Verde; art. 3º – Constituem a Nação todos os cidadãos portugueses; e art. 5º – o Estado português é uma República Unitária baseada na igualdade de todos os cidadãos perante a lei!*”, concluía que “*logo, eu nasci no território português, sou membro constituinte da Nação perante a lei aos demais cidadãos*” e que “*como eu, todos os naturais de Cabo Verde, seja qual for sua coloração epidérmica, sabendo ou não ler e escrever*” (‘Conferência 1ª in: *Pedro Cardoso. Textos Jornalísticos e Literários*, Manuel Brito-Semedo & Joaquim Morais (org.), Praia, IBNL, 2008, Parte I, p. 31). Daí a sua indignação quando criticava todas “*as regalias concedidas a metropolitanos, no exercício dos mesmos cargos*”, ou a sua reivindicação de “*um estatuto especial só para os nativos, com garantias inofismáveis contra o arbítrio ou o favoritismo*”, dando “*dois exemplos como amostra: É aberto um concurso documental para preenchimento de um lugar de professor. Apresentam-se 2 candidatos: um habilitado com o 3º ano do liceu de Guimarães e o outro com o 7.º ano do liceu-seminário de Cabo Verde. Pode acontecer mesmo, como várias vezes tem acontecido, que o peregrino do berço da democracia, nada perceba da poda. Mas apesar de tudo, o provido sabe-se de antemão quem será. (...) Suponhamos agora que os dois concorrentes são nomeados, porque apareceu mais um lugar, pela mesma portaria. Tornam-se colegas e metem-se a trabalhar ... Mas um após 6 anos de serviço pode ir flunar a Lisboa e visitar a família, e o outro não, tendo ambos estado sob o mesmo clima e desempenhados as mesmas funções (vide o decreto de 11 de Agosto de 1900, artigos 1º., 6º e para. 2. Porquê? Os leitores conhecem bem a razão da escandalosa desigualdade. Desnecessário pois, fazer a sangra da chaga. Ou direitos iguais, já que os deveres o são – ou nada de concorrência que isto não pode nem deve continuar a ser assim, para honra, prestígio e tranquilidade da República. Termino gritando com todas as forças da minha alma: união, união cabo-verdianos!*” (‘Funcionários Africanos’ in: Ibid., p. 119).

C – Estas mesmas incongruências essenciais que marcam estatutos de desigualdades impostos por parte da população por via de Lei foram, décadas depois, objeto da observação irónica de Amílcar Cabral, quando sublinhou que “*não é exagerado afirmar que, se o Estatuto dos Indígenas fosse aplicado em todas as partes integrantes de Portugal com o mesmo rigor que na Guiné Portuguesa, pelo menos 50% da população da metrópole seria considerada indígena*”

(‘As Leis Portuguesas de Dominação Colonial’ in: *Unidade e Luta. A arma da teoria*, Mário de Andrade (coord.), Praia, FAC, 2013, v. I, p. 92).

2.8.3. E isto porque não faltaram leis discriminatórias na História das Ilhas, que, de forma direta ou indireta, atingiam pessoas pertencentes a determinados grupos.

A – O tratamento desigual conferido a confissões ou etnias religiosas minoritárias, desde os primórdios da colonização; desde logo os cristãos-novos, os tachados de heréticos, nomeadamente os seguidores de confissões protestantes, os que optam pelo racionalismo cristão, etc, já que na legislação lusitana aplicável até ao século XIX, nomeadamente vertida para os Livros das Ordenações (*Ordenações Afonsinas [1446]*, 2. ed., Lisboa, FCG, 1998, l. II; *Ordenações Manuelinas [1512?]*, Lisboa, FCG, 1984, l. II; *Ordenações Filipinas [1603]*, Lisboa, FCG, 1985, com as referências subsequentes a usarem respetivamente as siglas OA, OM e OF), não deixava de conter previsões legais discriminatórias em razão da religião, origem, etnia, sexo, etc., de que são exemplo, a punição da heresia e da apostasia (OA, liv. v, tit. ii; OM, liv. v, tit. ii; OF, liv. V, tit. I), a incriminação de relações sexuais inter-religiosas, posto que “*qualquer Christão, que tiver ajuntamento carnal, com alguma Moura, ou com qualquer outra Infel; ou Christã com Mouro ou Judeu, ou com qualquer outro infiel morra por isso, e esta mesma pena haverá o infiel*” (OF, liv. v, tit. xiv, já vinha das OA, liv. v, tit. xxv, e das OM, liv. v, tit. xxi), ainda que com redação diferente); pela proibição de entrada no “*Reino de Ciganos, Armenios, Arabios, Persas e Mouriscos de Granada*”, prevendo-se que, se tal acontecesse, fossem “*presos e açoutados, com baraço e pregão*” (OF, liv. V, tit. LXIX). Mouros e Judeus eram obrigados a portar sinal de sua condição, sob pena de aplicação de sanções criminais nos termos das OF, liv. V, tit. XCIV (“*Os Mouros e Judeus, que em nossos Reinos andarem com nossa licença, assi livres, como captivos, trarão sinal, per que sejam conhecidos, convém saber, os Judeus carapuça, ou chapéu amarelo, e os Mouros huma lua de panno vermelho de quatro dedos, cosidos no hombro direito, na capa e no pelote. E o que não o trouxer, ou o trouxer coberto, seja preso, e pague pola primeira vez mil réis de Cadêa. E pola segunda dous mil réis para o Meirinho, que o prender. E pola terceira, seja confiscado, ora seja captivo, ora livre*”). Mesmo em épocas mais iluminadas, em que vigia o Código Penal de 1886, abria-se a parte especial com os crimes contra a religião do Reino, estabelecendo-se que “*Aquele que faltar o respeito à religião do reino, católica, apostólica, romana, será condenado na pena de prisão correicional desde um até dois anos, e na multa, conforme a sua renda, de três meses até três anos, em cada um dos casos seguintes: (...) 3º tentando por qualquer meio fazer prosélitos ou conversões para religião diferente ou seita reprovada pela igreja; 4º celebrando atos públicos de um culto que não seja o da mesma religião católica*” (art. 130). A liberdade e igualdade religiosa inserida pela Constituição Republicana de 1910 e a Lei da Separação entre a Igreja e o Estado, foi sol de pouca dura, uma vez que, sem voltar ao período anterior, a Constituição de 1933, voltou a inserir um sistema de predomínio de uma confissão sobre as outras.

B – As mulheres que foram submetidas a um estatuto jurídico discriminatório nas ilhas, por exemplo, tendo que ver com o Código Civil Oitocentista Português, aplicado às províncias ultramarinas. Apesar da enunciação geral do princípio da igualdade (Art. 7º “*A lei civil é igual para todos, e não faz distinção de pessoas, nem de sexo, salvo nos casos que forem especialmente declarados*”), os casos de tratamento discriminatório com estas bases não eram poucos e recobriam especialmente desigualdades conjugais, nomeadamente porque ao passo que o marido podia atribuir nacionalidade portuguesa à mulher, o inverso não acontecia (art. 18 (6)), para além de perder a sua nacionalidade, a menos que não receba a do marido (art. 22), o direito do marido administrar os bens do casal conforme disposto no artigo 1117 (“*O domínio e posse dos bens comuns está em ambos os cônjuges, enquanto subsiste o matrimónio: a administração, porém, dos bens do casal, sem excepção dos próprios da mulher, pertence ao marido*”), prerrogativa que a mulher não podia afastar nem mesmo por convenção pré-nupcial, nos termos do artigo 1104 (“*A mulher não pode privar o marido, por convenção ante-nupcial, da administração dos bens do casal; mas pode reservar para si o direito de receber a título de alfinetes, uma parte dos rendimentos de seus bens, e dispor dela livremente, com tanto que não exceda a terça dos dictos rendimentos*”), ou o artigo 1116, o qual estabelecia que “*a mulher não pode contrair dívida do marido, excepto estando ele ausente ou impedido, e se o fim para que a dívida foi contraída, não permite que se espere pelo seu regresso, ou pela cessação do impedimento*”; até os bens dotais podiam ficar submetidos à administração do marido, conforme decorrendo do artigo 1148 (“*o marido pode dispor livremente dos bens mobiliários dotais, salvo se outra coisa for estipulada; mas responderá pelo seu valor*”). Em sede civil ainda, o adultério, embora censurado e sancionado no geral, era tratado de forma diferente, consoante fosse do marido ou da mulher, com as condições de invocação para aquele fim a serem agravadas para esse, exigindo-se não só mera prática de adultério, mas “*com escândalo público, ou completo desamparo da mulher, ou com concubina teúda e manteúda no domicílio conjugal*”) (art. 1204).

Ademais, eram ainda vergastadas por tipos penais ou penas desiguais em relação aos homens, nomeadamente no que tange ao crime de adultério, decorrente dos artigos 401, que punia a esposa (“*O adultério da mulher será punido com privação maior celular de dois a oito anos, ou, em alternativa, com degredo temporário*”), com tratamento aparentemente igual para o có-reú adúltero (*O có-reu adúltero, sabedor de que a mulher é casada, será punido com a mesma pena, (...)*), todavia claramente distinto o regime de provas, pois “*somente são admissíveis contra o co-réu adúltero as provas do flagrante delito, ou as provas resultantes de cartas ou outros documentos escritos por ele*”), e muito distante do que era reservado ao marido, o qual era punível somente nos casos de mancebia na casa conjugal (“*O homem casado, que tiver manceba, teúda e manteúda na casa conjugal, será condenado a multa de três meses a três anos*”). Antes, nas Ordenações do Reino, o crime de adultério tinha as suas particularidades discriminatórias, já que indicava tanto o tratamento discriminatório em razão do sexo, mas também de posição social, pois, nos seus termos, “*Mandamos que o homem, que dormir, com*

mulher casada, e que em fama de casada estiver, morra por ello. Porém, se o adúltero for de maior condição que o marido della, assi como, se o tal adúltero fosse Fidalgo, e o marido Cavalleiro, ou Scudeiro, ou o adúltero Cavalleiro ou Scudeiro e o marido peão, não farão as Justiças nelle execução, até nol-o fazerem saber, e verem sobre isso nosso mandado. 1 E toda a mulher, que fizer adultério a seu marido que morra por isso (...).” (OF, liv. V, tit. xxv). Pese embora o homem pudesse ser punido por manter teúda e manteúda, não era bem a mesma coisa e as penas estavam longe de atingir tal gravosidade, valendo-lhe degredo e multa (OF, liv. v, tit. xxviii). Nas OM, liv. v, tit. xv, a redação é muito similar, solução com algumas diferenças que já vinha das primeiras ordenações do reino, as OA, aplicadas por pouco tempo nas nossas ilhas, com filosofia muito similar, que também previa a pena de morte para o adúltero que fosse comum, ao passo que os que tivessem posição perdiam os seus privilégios e seriam expulsos do seu feudo (OA, liv. v, tit. vii).

C – Os ‘filhos de fora’, cujos direitos foram inibidos pela lei, nomeadamente pelo Código Civil de 1886, o qual estabelecia regimes jurídicos diferentes e discriminatórios para os filhos legítimos e os legitimados, os filhos perflhados e os filhos espúrios, cabendo aos segundos, nos termos do artigo 129, ter os direitos de usar os apelidos dos pais; de serem alimentados por eles e os sucederem ou haverem parte da herança, conforme o disposto no artigos 1989 e 1992. Na prática, para o que é relevante – a situação de concorrência com filhos legítimos – “*Se o testador tiver, ao mesmo tempo, filhos legítimos, ou legitimados, e filhos perflhados, observar-se-á o seguinte: 1. Se os filhos perflhados o estavam ao tempo em que o testador contraiu o matrimónio, de que veio a ter os filhos legítimos, a porção daqueles será igual à legítima destes, menos um terço; 2. Se os filhos forem perflhados depois de contraído o matrimónio, a sua porção não excederá a legítima dos outros menos um terço, e sairá só da terça disponível para a herança*”; já, os últimos, marcados pelo estigma moral, “*só têm o direito de exigir de seus paes os alimentos necessários; em tudo o mais são havidos por inteiramente estranhos aos paes e á família destes*” (art. 134).

D – Os mais desvalidos da sociedade que os tipos penais de vadiagem e mendicidade procuravam atingir, estando presentes na tradição jurídica lusitana, mormente no Código Penal de 1886: “*art. 256º - Aquele que não tem domicílio certo em que habite, nem meios de subsistência, nem exercita habitualmente alguma profissão ou ofício, ou outro mister em que ganhe sua vida, não provando necessidade de força maior, que o justifique, de se achar nessas circunstâncias, serão competentemente julgado e declarado vadio, e punido com prisão correccional até seis meses, e entregue à disposição do governo para lhe fornecer trabalho pelo tempo que parecer conveniente*”) e 260 (“*Todo o individuo capaz de ganhar a sua vida pelo trabalho que fôr convencido de mendigar habitualmente será considerado e punido como vadio*”).

E – Também nesses tempos, a orientação sexual era objeto de incriminação com a tipificação penal de atos homossexuais e lésbicos, dizendo-se, na OF (liv. V, tit., XIII), que “*toda a pessoa, de qualquer qualidade que seja, que peccado de*

sodomia per qualquer maneira commeter, seja queimado, e feito per fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memoria, e todos os seus bens sejam confiscados para a Côroa de nossos Reinos, posto que tenham descendentes; pelo mesmo caso seus filhos e netos ficarão inhabiles e infames, assi como os daquelles que commettem crimes de Lesa Magestade. 1. E esta Lei queremos, que tambem se entenda, e haja lugar nas mulheres, que humas com as outras commettem peccado contra natura, e da maneira que temos dito nos homens”. Encontra-se o mesmo tipo penal nas OA (liv. v, tit. xviii) e OM (liv. v; tit. xii), todavia, sem recobrir as mulheres.

F – Isto, apesar das referências constantes ao princípio da igualdade nas constituições monárquicas e republicanas portuguesas anteriores à independência (Pode-se aceder às versões integrais em *Constituições Portuguesas 1822/1826/1838/1911/1933*, Lisboa, AR, 2004), em que, reiteradamente e em crescendo, é consagrado; ou seja, na de 1821 (Art. 9º “*A lei é igual para todos. Não se devem portanto tolerar privilégios de foro nas causas cíveis ou crimes, nem comissões especiaes*”), 1826 (Art. 145 (12): “*A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção aos merecimentos de cada um*”; 145 (13): “*Todo o Cidadão póde ser admittido aos Cargos Publicos Civis, Politicos, ou Militares, sem outra differença, que não seja a dos seus talentos, e virtudes*”; 145 (14): “*Ninguém será exempto de contribuir para as despesas do Estado, em proporção aos seus haveres*”; 145 (15): “*Ficam abolidos todos os Privilegios, que não forem essencial, e inteiramente ligados aos cargos por utilidade publica*”); 1836 (“*A lei será igual para todos*”) (tit. III, art. 10º); “*Ficam abolidos todos os privilégios que não forem essencialmente fundados em utilidade pública. Parágrafo único: À exceção das causas que por sua natureza pertencerem a juízos particulares na conformidade das leis, não haverá foro privilegiado*”) (tit. III, art. 20º); a republicana de 1911 (“*A lei é igual para todos, (...)*”) (art. 3 (2)); “*A República Portuguesa não admite privilégios de nascimento, nem fóros de nobreza, extingue os títulos nobiliárquicos e de conselho e bem assim as ordens honoríficas, com todas as suas prerrogativas e regalias*” (art. 3 (3)); “*O Estado reconhece a igualdade política e civil de todos os cultos (...)*”), e mesmo a Constituição de Salazar (“*O Estado português é uma República unitária e corporativa, baseada na igualdade de todos os cidadãos perante a lei, no livre acesso de todas as classes aos benefícios da civilização e na interferência de todos os elementos da Nação na vida administrativa e na feitura das leis*”. Parágrafo único: “*A igualdade perante a lei envolve o direito de ser provido nos cargos públicos, conforme a capacidade ou serviços prestados, e a negação de qualquer privilégio de nascimento, nobreza, título nobiliárquico, sexo, ou condição social, salvas, quanto à mulher, as diferenças resultantes da sua natureza e do bem da família, e, quanto aos encargos ou vantagens dos cidadãos, as impostas pelas circunstâncias e pela natureza das coisas*” (art. 5º).

Estas, como se pode ver, muito raramente não incluíam o conceito de discriminação, decisivo para a questão que nos importa tratar e à qual voltaremos. Entretanto, esses textos constitucionais também continham habilitações para tratar de forma diferenciada por motivos atinentes à

natureza da pessoa, a sua conceção de si ou à sua condição, nomeadamente nas constituições pré-republicanas por motivos de religião ou pela sua capacidade económica. Por exemplo, na Constituição de 1821, os criados de servir, os vadios e os iletrados (art. 33). Mais claramente, a Constituição de 1826 estipulava que “*são excluídos de votar nas assembleia paroquiais (...) os que não tiverem renda líquida anual de cem mil réis, por bens de raiz, industria, commercio ou emprego*” (art. 65): “*Podem ser eleitores, e votar nas eleições dos Deputados todos os que podem votar na Assembleia Paroquial, Exceptuão-se: 1. Os que não tiverem renda liquida anual de duzentos mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou emprego; 2. Os libertos; (...)*” (art. 67). Na de 1838 dizia-se que “*Têm direito de votar nestas eleições todos os Cidadãos portugueses que estiverem no gozo de seus direitos civis e políticos, que tiverem vinte e cinco anos de idade, e uma renda líquida anual de oitenta mil réis proveniente de bens de raiz, comércio, capitais, indústria, ou emprego. § único – Por indústria se entende tanto a das artes liberais como a das fabris. Art. 73. São excluídos de votar: II – Os criados de servir: (...). III – Os libertos; (...)*”.

São apenas exemplos, de entre várias situações, que perpassam a legislação aplicada em Cabo Verde desde o século XV, e que mostram um sistema jurídico marcado por várias situações de discriminação que atingiam as pessoas por motivos de raça, etnia, origem, sexo, religião, precisamente o núcleo das situações que são explicitamente mencionadas pelo artigo 24 da Constituição e, na maior parte das Constituições atualmente em vigor, e outras que já tinham existido em Cabo Verde, nomeadamente na Constituição de 1980, que, além da referência ao princípio da igualdade no artigo 25 com uma redação, de acordo com a qual “*todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, sem distinção de sexo, nível social, intelectual ou cultural, crença religiosa ou convicção religiosa*”, acrescentando que “*o homem e a mulher são iguais perante a lei em todos os planos da vida política, económica, social e cultural*” (art. 26) e “*os filhos são iguais perante a lei, independentemente do estado civil dos seus progenitores*” (art. 27). Portanto, a este nível, o texto constitucional pátrio em questão focou precisamente as situações em que tradicionalmente a mulher e o homem cabo-verdianos padeceram de tratamentos diferenciados por motivos inaceitáveis expostos no próprio artigo e reforçando o seu propósito primário, dirigindo-se em particular a duas situações que os legisladores constituintes do período entenderam ser afrontosas.

A inclusão da igualdade política e a proibição do tratamento diferenciado por motivos de convicção política não eram mencionados. Aliás, a título exemplificativo, para o próprio exercício de cargos judiciais e judiciários, como servidores da justiça, nos termos do Decreto-Lei 33/75, que aprovava a Organização Judiciária da República de Cabo Verde chegou a exigir-se integridade e idoneidade nos “*aspectos moral, ..., profissional e político*”) (art. 87), justificando-se, por esses motivos, a sua inserção na Constituição de 1992, tendo em conta, designadamente a alteração de regime político, absorvendo-se as outras bases de tratamento diferenciado e utilizando-se

explicitamente a expressão discriminação para a elas se referir. Destarte, quatro evidências resultam deste processo. Primeiro, que o legislador constituinte agravou uma espécie de tratamento diferenciado, considerando-o como discriminação se envolvesse qualquer das categorias do artigo 24 ou outras materialmente similares e deu-lhe um estatuto de direito; segundo, associou-o ao novel princípio da dignidade da pessoa humana; terceiro, manteve a tradição de princípio da igualdade, destinado a projetar-se sobre todo o ordenamento jurídico e, ainda, quarto, criou direitos subjetivos especiais de igualdade.

Sublinhe-se que o objetivo de estabelecer uma ordem constitucional marcada pela igualdade de direitos políticos foi uma das razões que justificaram o contexto de transição política, de reforma constitucional e de aprovação da nova Constituição, texto fundamental este que, sendo tributário da conceção mista que caracteriza o constitucionalismo global contemporâneo, incorpora princípios típicos do Estado Liberal de Direito, do Estado Democrático, do Estado Republicano e do Estado Social. Todos eles pressupõem igualdade entre os indivíduos em direitos civis, em participação política, em cidadania, e equilíbrio de bem-estar, e projetam o valor supremo da dignidade da pessoa humana.

2.9. Não constitui propriamente surpresa, pois, que o legislador constituinte tenha, precisamente, formatado a igualdade, tendo em vista estas mesmas situações, em que a pessoa humana, pelo mero acidente da sua raça, religião, género, condição social, língua, origem, etc., é tratado de forma discriminatória, portanto abaixo do prescrito em lei, tentado precisamente que as pessoas não sejam, por motivos arbitrários tratadas, como seres sem *pedigree*, vergastados à sua impotência jurídica, condenados à infâmia de uma condição de subordinação juridicamente estabelecida, não podendo andar hirtos, com as suas cabeças levantadas, segregados dos seus pares, enfim, tratado como sub-homens cujo destino é servir e ser vassalos vitalícios de autoproclamados *über menschen*.

Mais, tendo em vista este mesmo objetivo, autoriza, e nalguns casos, determina o tratamento diferenciado, dir-se-ia, privilegiado para que possam efetivamente usufruir do seu estatuto de igualdade. Este é o *locus* natural de aplicação do princípio da igualdade. É em situações nas quais as pessoas pelos motivos invocados são submetidas ao arbítrio da maioria – racionalizada em forma de lei –, que, com o objetivo de diminuir ou insensível a tanto, mantém-nas no lugar que lhes foi reservado no subterrâneo do direito. São essas pessoas que, desesperadas pela sua condição hétero-imposta, podem recorrer ao princípio constitucional da igualdade para questionar o seu tratamento e obter a merecida e integradora tutela judicial correspondente. É para os hilotas, para os *infra classen*, para os servos da gleba, para os *sans-cullote*, para os *coloured*, para ‘as raças impuras’, para os ‘associais’, para os ‘estranhos’, para o lúmpen, para os que não têm ‘sangue limpo’, para os que têm uma coloração epidérmica diferente, para os ‘indígenas’, para os que adoram divindades distintas ou de “modo equivocado” tal idólatras, blasfemos, heréticos e apóstatas, para aqueles que alguém entende arbitrariamente que não deviam ter nascido, para aqueles que são considerados por

outrem 3/5 humanos ou inumanos, de mundos pretéritos e hodiernos, que o princípio da igualdade foi primordialmente criado. É nestes casos que há discriminação.

2.10. Portanto, nem todas as situações em que resulte da lei, direta ou indiretamente, base ou efeito de tratamento desigual, devem ser, aqui a propósito, tratadas de forma igual, lembrando-se, desde já, a célebre fórmula derivada do pensamento de Aristóteles, de tratar situações iguais de forma igual, e situações desiguais de forma desigual. Com toda a razão, dir-se-á que o artigo 24 não contém um rol taxativo de situações de potencial tratamento desigual, no que estaríamos completamente de acordo. Efetivamente, pode haver situações análogas às previstas pelo dispositivo que podem ser integradas no âmbito de aplicação da norma, por interpretação, pela utilização da cláusula de abertura ou por via de recurso à Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Todavia, não há automaticidade neste processo, não bastando que a lei trate de forma desigual para que forçosamente a situação concreta esteja salvaguarda pelo direito a não ser discriminado do artigo 24. Antes de tudo, é fundamental que haja identidade entre a situação atípica e o que o legislador pretendeu proteger ao reconhecer o direito, o que se pode razoavelmente obter através da comparação entre as duas situações. O tratamento discriminatório é apenas um tipo de tratamento diferenciado, no entanto o mais grave de todos e o menos tolerável pelo sistema. A discriminação é um termo com as suas especificidades que permite formular um juízo de valor negativo sobre um tipo de tratamento diferenciado, direto ou indireto, porque intolerável para o sistema e (quase) insuscetível de justificação, cujo objetivo ou resultado é um impedimento de uma pessoa humana gozar da mesma dignidade do que os outros, que leva à sua subordinação e que, concomitantemente, incide sobre uma esfera pessoal ontológica do indivíduo.

É por isso também que a igualdade como já disse, não é ‘só’ um princípio que prescreve deveres nesta matéria para o Estado, projetando o seu poder irradiador por todo o sistema e, neste sentido, devendo guiar o legislador ordinário a encontrar sempre soluções que concretizem a ideia da igualdade na máxima intensidade possível, mesmo que não esteja em causa as situações previstas pelo/ou reconhecidas a partir do artigo 24 da Constituição; também é um direito, que assume contornos abrangentes no caso previsto pelo mesmo artigo 24, o qual, apesar de não estar explicitamente subjetivado, mesmo que quiséssemos ignorar o percurso que tomou a igualdade na legislação aplicável a Cabo Verde, por força do artigo 17 (3) da Constituição deve ser lido à luz do artigo 7º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de acordo com o qual “*todos são iguais perante a lei*” [dimensão objetiva], porém, para além disso, todos “*têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação*” [que insere, na nossa opinião uma base subjetiva inquestionável]. O Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional, já o tinha reconhecido no *Acórdão nº 4/2014 (sobre a constitucionalidade da presunção de destinação de interesse público de ativos do Tesouro Público)*, de 23 de dezembro de 2014, p. 6), sustentando que “*indubitavelmente o princípio da igualdade vincula os poderes públicos, tenham eles competência legislativa,*

administrativa ou jurisdicional, o que resulta já da sua consagração como direito fundamental, já da atribuição aos preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias de uma força jurídica própria”, Portanto, não se trata de novidade jurisprudencial da justiça constitucional de Cabo Verde.

2.11. Mais do que isso, convinha convocar para este segmento argumentatório o direito especial de acesso a cargo público que o pedido também menciona, com base no artigo 56 (1).

Porém, há de se notar que o artigo, com a fórmula *“todos os cidadãos têm o direito de aceder, em condições de igualdade (...), às funções públicas e aos cargos eletivos, nos termos estabelecidos pela lei”*, não chega explicitamente a dispor no sentido de que todos têm o direito de aceder a cargos públicos, mas simplesmente a função pública, por um lado, e a cargos eletivos, por outro lado. Havendo posições públicas em órgão de soberania ou em pessoas coletivas públicas, e tendo já determinado, num caso concreto, o Tribunal Constitucional que há uma diferença entre função pública e cargo público (Acórdão nº 1/2009), a interpretação literal do dispositivo em questão deixaria um hiato não preenchido. Destarte, cabe a este Tribunal verificar se o sistema cabo-verdiano contém um direito à igualdade no acesso a cargo público que possa ser objeto de proteção por via deste mecanismo constitucional.

2.11.1. A primeira questão é verificar se o direito de acesso a cargo público, de alguma forma, e apesar da letra do dispositivo, está previsto pelo artigo invocado, ou seja, pelo artigo 56 (1). Releva, mais uma vez, recorrer à decisão anterior da jurisdição constitucional pátria em que, não obstante se ter mantido esta distinção, os ilustres magistrados que a apoiaram, de forma judiciosa, fixaram a diferença clara entre o conceito de função pública em sentido estrito utilizado pelo antigo artigo 41 (atual 42) e o utilizado pelo antigo artigo 55 (atual 56), referindo-se a cargo público, com as seguintes palavras: *“Distinguindo as duas situações, a Constituição da República refere-se, no seu art.º 41º, ao direito de escolha da profissão e de acesso à função pública (“jus ad officium”, “jus in officio” e desenvolvimento profissional - promoção e progressão) e, no seu artº 55º, ao direito de participação na direcção dos assuntos públicos, isto é, ao acesso e exercício de cargos públicos. Do conceito constitucional de “função pública”, no sentido rigoroso e restrito, referido no artigo 41º da Lei Fundamental, estão clara e necessariamente excluídos os titulares dos órgãos de soberania, quer os do poder político quer os juízes, uns e outros titulares de cargos públicos a que se refere o artº 55º da CRCV”*. Este importante entendimento jurisprudencial é reforçado pela sistemática do artigo, inserida não entre os direitos, liberdades e garantias individuais, mas entre os direitos, liberdades e garantias de participação política e de exercício da cidadania e pela epígrafe do mesmo, *“participação na direcção de assuntos públicos”*, ambos com relevância hermenêutica e que permitem atestar aquele sentido jusfundamental para a norma.

O Conselho Superior da Magistratura Judicial não é evidentemente um órgão de soberania. Todavia, opera

numa área que se entrecruza de forma intensa com os poderes do Estado, tendo o legislador constituinte se posicionado de forma clara a partir do momento em que constitucionalizou a figura e formatou minimamente o órgão. A sua dignidade republicana é medida pelo simbolismo da sua constitucionalização. Portanto, é uma pessoa coletiva pública importante cujos integrantes estão abrangidos pelo conceito de “cargo público” e se tratar de “participação na direcção de assuntos públicos”, etc. E foi o entendimento que se consegue depreender dos debates que levaram à aprovação da versão originária da Constituição em que alguns intervenientes deram claramente a entender que a expressão função pública também se referia a cargo público (Dep. Benvindo Oliveira) e que o sentido de “funções públicas” ao optar pela utilização da expressão no plural (Dep. Arnaldo Silva) e não no singular pretendeu traduzir precisamente o afastamento de uma interpretação curta do seu sentido (*Acta das sessões. Apresentação e Debate da Constituição da República*, IV Legislatura, Praia, 2012, pp. 197-198).

2.11.2. Mas também existe outro elemento textual na Constituição da República que nos permitiria chegar à mesma conclusão: É que há, no mesmo artigo, ou seja, o artigo 56, menção a garantias fundamentais no número 2 e a certas injunções no número seguinte e ambos referem-se a “cargo público”. Ora, como são ambas normas secundárias e dependentes, tentando explicitar certos aspetos relacionados a uma norma mãe, nomeadamente da garantia fundamental em relação ao direito, para que exista uma garantia fundamental de uma pessoa não ser prejudicada na colocação/na carreira/no emprego/nas suas atividades públicas ou privada/nos benefícios fiscais a que tenha direito, tem que se pressupor a existência de um direito de acesso a cargo público, cujo núcleo essencial é protegido de forma mais intensa por essas mesmas garantias, o mesmo acontecendo, *mutatis mutandis*, com as injunções do número seguinte, que pressupõe um direito a ser limitado para se garantir a isenção e independência e eventuais outros interesses públicos relevantes num quadro de proporcionalidade (“necessárias”).

2.11.3. No mesmo sentido, mesmo que não fosse um direito de acesso a cargos públicos, enquanto direito de cidadania, do *status activae civitatis*, decorre inevitavelmente do princípio republicano inserto no artigo 1º da Constituição da República, de acordo com o qual o cidadão Cabo-verdiano, na qualidade de membro da Comunidade Política, pode e deve emprestar o seu saber, conhecimentos, experiência e valências para participar da gestão da *res publica*.

2.11.4. Para além do que, em razão da obrigação de consideração da Declaração Universal dos Direitos do Homem prevista no número 3 do artigo 17 da Lei Fundamental como meio de interpretação, haveria uma natural expansão do dispositivo para abarcar o direito de toda a pessoa aceder ao serviço público do seu país (note-se que a tradução oficial para o português é enganadora, uma vez que se usa a expressão “função pública” que não tem a amplitude de “*public service*” do original, a qual abrange também os cargos públicos).

2.11.5. Ademais, o direito em si, ainda pode, com base no artigo 17 (1), ser considerado a partir do artigo 25 do

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (mais uma vez retendo a versão original publicada também no *Boletim Oficial*, nomeadamente a alínea a) de acordo com qual “*Every citizen shall have the right and the opportunity, without any of the distinctions mentioned in article 2 and without unreasonable restrictions: (a) To take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives*” e c) *To have access, on general terms of equality, to public service in his country*”.

Não obstante não ser vinculativo para Cabo Verde e não ser preceito do ordenamento jurídico pátrio, no que diz respeito a estas duas normas, releva, para se entender o seu sentido, reter o que contém o comentário geral aprovado pelo órgão de monitorização criado pelo próprio Pacto, o Comité de Direitos Humanos, o qual assinala precisamente uma interpretação ampla do dispositivo ao dizer que “*the conduct of public affairs, referred to in paragraph (a), is a broad concept which relates to the exercise of political power, in particular the exercise of legislative, executive and administrative powers. It covers all aspects of public administration, and the formulation and implementation of policy at international, national, regional and local levels. The allocation of powers and the means by which individual citizens exercise the right to participate in the conduct of public affairs protected by article 25 should be established by the constitution and other laws*” [Em tradução livre, a condução de questões públicas, referida pelo parágrafo (a), é um conceito abrangente que diz respeito ao exercício do poder político, em particular dos poderes legislativo, executivo e administrativo. Cobre todos os aspetos da administração pública, e a conceção e implementação de políticas nos níveis internacional, nacional, regional e local. A alocação dos poderes e meios através dos quais cidadãos individuais exercem o direito de participar na condução das questões públicas protegida pelo artigo 25 deve ser estabelecida pela Constituição e outras Leis] (General Comment Adopted by the Human Rights Committee under Article 40, Paragraph 4, of the International Covenant on Civil and Political Rights, n. 25, CCPR/C/21, 27 August 1996, para. 5). Além disso, o artigo 13 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, é ainda mais claro, inclusivamente na versão em português, pois “*todos os cidadãos têm direito de participação dos assuntos públicos do seu país (...)*”, completando-se com o artigo complementar em que, mais uma vez se traduz para o vernáculo *public service* por ‘função pública’, adulterando o seu sentido original

São quatro as condições previstas pela cláusula de abertura do artigo 17 (1) para a receção de direitos atípicos pelo sistema cabo-verdiano de direitos fundamentais: a) ausência de previsão na constituição; b) natureza de direito, liberdade ou de garantia; c) previsão em tratado do qual Cabo Verde seja parte ou alternativamente em lei; d) materialidade constitucional. Estando, pois, previstas em tratados de que Cabo Verde faz parte, conforme já demonstrado, e sendo, sem dúvidas, um direito fundamental no sentido estrito, e *arguendo*, não estando tipificado na Constituição, restaria, para cumprir as condições de receção previstas pelo artigo 17 (1), sustentar a sua materialidade constitucional ou, por outras

palavras, a sua fundamentalidade, o que é relativamente fácil, recorrendo-se à técnica da sua comparação com os direitos previstos pelo mesmo artigo, nomeadamente de aceder a função pública e a cargo eletivo. Se estes são tidos por essenciais à pessoa, nomeadamente ao cidadão, não seria menos nuclear o de aceder, genericamente, a cargos públicos.

2.10.5. Portanto, acaso dúvidas subsistissem, a existência do direito não está em causa. O que pode estar em causa seria, sobretudo, a questão de se saber se, com tal incremento do direito da igualdade, aceitando-se que cobre a situação concreto, haveria que se considerar esta classificação suspeita ou quase suspeita e aplicar, respetivamente um escrutínio estrito ou de nível médio-alto para se avaliar uma violação eventual ao princípio da igualdade. Parece-nos, claramente, que não. Resulta da categoria afetada, do contexto e da relevância da situação uma resposta necessariamente negativa.

2.11. A sua tripla-natureza de princípio, de direito geral a não ser discriminado pela lei e de direito especial à igualdade de acesso a cargo público, cria, pois, a necessidade de se fazer um escrutínio diferenciado das situações em que poderá estar em causa, potencialmente, violação desse direito. Esse escrutínio diferenciado tem outras bases não menos fortes na Constituição. Atendendo que poderá haver situações justificadas de tratamento diferenciado porque, por mais que não se queira, e o sistema constitucional é tão realista quanto qualquer outro, não é possível o funcionamento do sistema político e da própria sociedade tal qual os conhecemos sem que possa haver casos em que normas jurídicas tratam de forma diferente as pessoas, desde que o façam justificadamente e com o fito de preservar um interesse público racional, relevante, forte ou supremo ou outros direitos individuais, conforme o caso.

Além disso, o princípio democrático também faz parte do Estado de Direito Democrático. Mesmo considerando que a Constituição é contra-maioritária, não pode desconsiderá-lo ou ser interpretada de tal modo que a sua própria força irradiadora seja contida e esvaziada, quedando o povo soberano, através dos seus representantes, completamente impotente para conformar o quadro legal de acordo com as suas opções fundamentais. Neste sentido, o mecanismo de aferição deve ser moldado de tal forma a efetivamente reconhecer este princípio estruturante da República também de tal modo que a conceção inserta no artigo 1º de que “*Cabo Verde é uma República (...) democrática*” tenha o seu significado natural e que o valor de que “*a soberania pertence ao povo, que a exerce pelas formas e nos termos previstos pela Constituição*” (art. 3 (3)) seja levado a sério.

2.12. Assim sendo, o escrutínio deve ser diferenciado e montado em cascata, reservando-se o escrutínio mais estrito, para as situações naturais recobertas pelo artigo 24, com a consequente desvalorização do princípio democrático, ao passo que ficaria o menos intenso para situações de mera irradiação do princípio da igualdade, onde, de modo inverso, reconhece-se de modo mais forte o princípio democrático. Nesta linha de raciocínio, e por ser absolutamente necessário, que as decisões dos tribunais, mesmo face a normas de textura tão aberta,

com acentuada porosidade, como aquelas que integram a Constituição, nomeadamente o artigo 24 da Constituição, sejam racionais, é fundamental que os critérios do escrutínio de igualdade sejam explicitados da forma o mais clara possível, garantindo-se, assim, imparcialidade, coerência e previsibilidade na sua aplicação.

Assim, quatro níveis de escrutínio relacionado a situações de desigualdade serão considerados, não havendo, a propósito, nenhum corte com a orientação da justiça constitucional cabo-verdiana que, por diversas vezes, já se teve que se pronunciar sobre o princípio da igualdade ou o direito homónimo. Apesar de a técnica utilizada se ter sempre centrado num juízo de arbítrio, na realidade, não obstante a pluralidade de casos, nunca se teve que lidar com uma situação de potencial diferenciação suspeita ou quase-suspeita, por um lado, e o facto de ter já considerado que, em certas situações, o teste genérico de conformidade de medidas legislativas, dever conceder a devida deferência ao legislador ordinário para conformar um determinado regime jurídico para o qual a Constituição lhe habilita, quando se sustenta que “*respeitados [certos] limites o legislador goza de inteira liberdade para estabelecer tratamentos diferenciados*” (Acórdão nº 4/2014 (sobre a constitucionalidade da presunção de destinação de interesse público de ativos do Tesouro Público), de 23 de dezembro de 2014, p. 6). O ajuste que se faz relativamente ao entendimento que se pode ter desta orientação jurisprudencial é que ela somente se aplicaria a casos que não pudessem ser considerados suspeitos ou quase-suspeitos por presunção, porque em relação a estes não seria aplicável o conceito de “*igualdade proporcional*” (p. 6) ou de “*igualdade no sentido de proporcionalidade*” (p. 7), parecendo-nos que uma aplicação generalizada de balanceamentos entre o direito em causa e interesses públicos ou justificações estaduais não permitiriam a proteção devida em situações (quase) intoleráveis de tratamento desigual, que não era o caso em apreciação. Haverá situações em que não bastará ao Estado apresentar justificações – em todo o caso objeto de escrutínio independente, nomeadamente para se aferir se é real ou fictício (p. 7) – que atestem a sua não arbitrariedade, mas a sua necessidade suprema ou a existência de um interesse público forte. Em todo o caso, recentemente houve uma elevação objetiva do escrutínio com o Parecer nº 1/2014 (sobre a constitucionalidade de alguns artigos do Regime Jurídico Especial de Micro e Pequenas Empresas), de 16 de Janeiro de 2014, p. 14) que face a uma diferenciação entre trabalhadores novos e trabalhadores comuns, exigiu-se que a entidade que aprovou a norma, apresentasse “*justificação de relevo*”, para a legitimar (p. 14; p. 16).

2.12.1. Para as que contemplarem discriminações suspeitas, as previstas pelo artigo 24 ou estruturalmente equivalentes, que dizem respeito a características não voluntárias e imutáveis da pessoa ou que se associam ontologicamente ao seu ser em razão de opção legítima, um escrutínio estrito, em que a inconstitucionalidade é presumida, o que somente podem ser ilidido por uma justificação tão forte do poder legislativo democrático que o Tribunal considere tratar-se de medida inevitável para a realização de um interesse público supremo ou a única forma de preservar direitos individuais dos próprios afetados.

2.12.2 As diferenciações quase-suspeitas, baseadas em características transitórias, mas de carácter identitário ou que tenham a ver com o livre desenvolvimento da sua personalidade, que vão sendo assumidas por um ser humano, em que a inconstitucionalidade é presumida, porém cujo tratamento diferenciado exige o contrapeso de interesses públicos fortes, mas menos perentórios do que os supremos como justificação ou a existência de outros direitos de menor importância, requerem a aplicação de um escrutínio de intensidade média, o suficiente para avaliar, além da natureza da diferenciação, o grau do interesse público justificante que foi apresentado pelo Estado.

2.12.3. Diferenciações ordinárias para contornar direitos ligados à igualdade, que acontecem com alguma frequência na vida social e económica e, que, destarte, exigem simplesmente a apresentação e a certificação pelo Tribunal de uma razão não arbitrária para o tratamento diferenciado, assente não em interesse público supremo ou forte, mas simplesmente relevante, e/ou na preservação de qualquer direito fundamental. Exige, pois, um escrutínio de nível médio-baixo.

2.12.4. Por fim, diferenciações simples, não relacionadas a discriminações, mas de tratamento diferenciado pela lei, mas de mero efeito irradiador do princípio da igualdade pelo sistema, bastando justificação sobre a finalidade da medida, promovendo-se juízo de mera razoabilidade e de racionalidade meio-fim, com notória deferência à legítima vontade de conformação que for feito pelo legislador democrático e cabendo a quem desafia a sua constitucionalidade demonstrar que a medida não é razoável ou que aquele propósito não é legítimo por inexistência de interesse público simples identificável. Ficaria, para estas situações, reservado um escrutínio de nível básico e fraco.

III – A diferenciação prevista pelo artigo 9 (2) da Lei Orgânica do Conselho Superior da Magistratura Judicial viola o Direito a não ser discriminado, o Princípio da Igualdade ou o Direito de Igualdade no Acesso a Cargos Públicos?

3. 1. Face ao arrazoado, o Tribunal já pode verificar se, de facto, a norma em avaliação viola o direito geral à igualdade perante a lei, o princípio da igualdade, ou o direito especial de igualdade no acesso a cargo público, devendo-se fazê-lo, conforme o desafio constitucional lançado pelo Digníssimo Senhor Procurador Geral da República, de duas formas: a primeira, de modo independente, tendo em conta a possibilidade de, por si só, o preceituado, ao limitar a capacidade eleitoral passiva aos vogais designados pela Assembleia Nacional, ter este efeito; a segunda, porque, ao comparar esta solução à adotada pelo Estatuto da outra magistratura, que integra as regras de organização do Conselho Superior do Ministério Público, haveria alegadamente um tratamento desigual, à medida que, no que é determinado por este, qualquer dos vogais pode ser vice-presidente nos termos do seu artigo 34 (2) (Lei Orgânica do Ministério Público, aprovada pela Lei nº 89/VII/2011, de 14 de fevereiro, B.O. da República de Cabo Verde, n. 7, p. 443 e ss (“O Vice-Presidente do CSMP é eleito de entre os membros que o compõe”)), precisamente o que se bloqueia com a solução ora em análise.

Para tanto, há que, primeiro, se verificar em que escala de escrutínio a atual situação pode ser enquadrada, convindo, pois, estabelecer a sua definição à luz da situação concreta, considerado o quadro jurídico desenvolvido pelo legislador, o papel do órgão envolvido, e do que está previsto pela Constituição.

3.2. O Conselho Superior da Magistratura Judicial é um órgão importantíssimo de gestão e disciplina dos juizes, de administração autónoma dos recursos humanos, financeiros e materiais dos tribunais, bem como dos seus próprios nos termos do artigo 223 (1) da Constituição da República. É composto, nos termos do número 5 do mesmo dispositivo, “*por um juiz designado pelo Presidente da República, quatro cidadãos de reconhecida probidade e mérito, que não sejam magistrados nem advogados, eleitos pela Assembleia Nacional; quatro magistrados eleitos pelos seus pares*”. Não se pronuncia a Constituição a respeito da figura do Vice-Presidente, somente sobre o Presidente do Conselho Superior da Magistratura Judicial, designado pelo Presidente da República, “*de entre os juizes que dele fazem parte, mediante proposta dos restantes membros desse órgão, para um mandato de cinco anos, renovável uma única vez*”.

É a Lei Orgânica do Conselho Superior da Magistratura Judicial que vem fazê-lo, prevendo-a no artigo 9º epígrafado de ‘Vice-Presidente’ com a seguinte redação: “*1. O CSMJ dispõe de um Vice-Presidente a tempo inteiro que coadjuva o Presidente. 2. O Vice-Presidente do CSMJ é eleito de entre os membros designados pela Assembleia Nacional. 3. O Vice-Presidente tem remuneração correspondente à de juiz conselheiro do STJ*”. Na Lei não se depreende que o Vice-Presidente seja um órgão com poderes próprios, até porque, por um lado, as competências do plenário do CSMJ são longamente esmiuçadas pelo artigo 29 e as do Presidente o são igualmente no artigo 33, sem que nada se diga sobre o Vice-Presidente. Do outro, o seu papel é explicitamente consignado como de “*coadjuvação*” do Presidente, o que significa, no fundo, que exerce uma função dependente, de auxílio, ao Presidente, que tem competências próprias, na realização destes. Não nos parece integralmente correta a conclusão do próprio Conselho Superior da Magistratura Judicial em relação ao seu papel vazio, o que decorreu na sua reunião de 26 de março de 2012, na qual, conforme extrato da Acta gentilmente enviada a este Tribunal se diz que “*o mesmo é destituído de quaisquer competências, não integra nenhuma comissão especializada, e nem substitui o Presidente*” (v. f. 122 dos Autos), mas é indubitavelmente órgão claramente secundário e nem sequer a sua função vicarial de substituição, ainda que possível, é assegurada pela lei. Parecendo um elemento despiciendo, não é. Na verdade, é essencial para se avaliar esta questão concreta.

3.3. A desigualdade derivaria do facto, tantas vezes mencionado, de se bloquear o acesso à Vice-Presidente aos magistrados membros do Conselho Superior da Magistratura Judicial, o que, por um lado, geraria, uma desigualdade para com os membros eleito pela Assembleia, e/ou, com os seus congéneres do Ministério Público, que podem aceder a órgão que desempenha, *mutatis mutandis*, papel equivalente.

Este Tribunal começa por notar que não subsistem dúvidas em relação a situação de tratamento diferenciado, neste sentido concordando tanto com o próprio Conselho Superior da Magistratura Judicial que o notou na sua reunião de 26 de março de 2012 (“*ao não permitir que os membros juizes sejam eleitos para o cargo de Vice-Presidente, cria uma situação de desigualdade entre os membros do CSMJ*”) (v. f. 122 dos Autos), todavia para ferir a Constituição da República não basta esta constatação, mas que tal diferenciação não seja permitida ao legislador democrático, o que dependerá, naturalmente, da força do interesse público que justifica o tratamento desigual e da intensidade de desconsideração do princípio ou de um ou outro direito a ele associado.

Neste sentido, o fulcro do tratamento desigual de algumas pessoas em relação a outras seria o facto de se integrarem na carreira da magistratura judicial. Se o tipo de escrutínio deve resultar de um escalonamento dependente do tipo de situação de tratamento diferenciado presente, seria quase evidente que tanto a primeira escala, quando a segunda não seriam adequadas, pois o facto de alguém pertencer à magistratura judicial ou a outra carreira qualquer não é, por si só, uma categoria suspeita ou quase-suspeita. Antes de tudo, porque não é nenhum elemento imutável ou que possa integrar o ser de uma pessoa, segundo, por ser uma categoria para a qual a pessoa entra voluntariamente, submetendo-se a um estatuto próprio que, dadas às suas responsabilidades e justificadamente, lhe confere vários privilégios, remuneratórios e não-remuneratórios, conforme tentar-se-á densificar um pouco mais adiante. O doutíssimo Acórdão nº 1/2009, já citado, expressa-o de forma lapidar, quando diz que “*os juizes, como titulares de órgão de soberania, os tribunais, possuem um estatuto próprio, como resulta do número 1 do artigo 220 da Constituição (...), que regula a carreira profissional dos Magistrados Judiciais – ingresso, desenvolvimento profissional (promoção e progressão), direitos, deveres, incompatibilidades, aposentação e jubilação, estatuto remuneratório, responsabilização disciplinar e situações jurídicas diversas*” (p. 5). De fato, e dí-lo o Tribunal Constitucional, integrado por pessoas que também deles se beneficiam por força da aplicação conjunta dos artigos 42 da Lei do Tribunal Constitucional (“*os juizes efetivos do Tribunal Constitucional (...) têm o mesmo estatuto dos juizes do Supremo Tribunal de Justiça, (...)*” e os artigos 37 a 50 do Estatuto dos Magistrados Judiciais, dificilmente poderíamos construir o princípio da igualdade para recobrir com proteção intensa expressa em escrutínio equivalente, um grupo de pessoas que já goza de privilégios dessa magnitude previstos na Lei. Isto é natural porque a inserção, que resulta de ato voluntário de qualquer pessoa num estatuto funcional especial, implica, no quadro dos equilíbrios necessários para o funcionamento da sociedade e do sistema constitucional, na possível limitação de certos direitos e numa possível incidência menor de princípios, mas também na compensação genérica que resulta dos direitos especiais que o mesmo preveem. Naturalmente essa afetação deve estar vinculada a um interesse público no mínimo relevante. Todavia, são casos em que a pessoa não pode escolher os bónus sem receber igualmente os ónus associados ao desempenho da função ou do cargo.

Porém, nem sequer na terceira categoria se as pode incluir, na medida em que não se pode dizer que o acesso ao Conselho Superior da Magistratura Judicial seja uma situação corriqueira da vida social e económica, cujo impacto sobre as vidas das pessoas pode ter-se por preponderante. Longe disso, e também pelos motivos invocados no parágrafo anterior, é uma instituição que, por si só, já indicia uma diferenciação de base própria de cargos públicos de exercício da cidadania, excluindo do seu acesso, atendendo-se que é de acesso reservado, o grosso da população, reservando, na nossa opinião legitimamente, mais de metade das vagas a pessoas que são magistradas judiciais. Trata-se, pois, de cargo público de mérito, seja porque composto por pessoas que já o demonstraram por terem sido escolhidas em concurso público para integrarem uma das carreiras mais importantes para a vida de uma República Liberal de Direito, Democrática e Social, seja porque integrado por pessoas que receberam tal incumbência de outro órgão central do sistema constitucional, precisamente de representação do povo por terem demonstrado, em razão do seu percurso, capacidade para representá-lo, acompanhando o funcionamento da magistratura judicial e dos tribunais judiciais cabo-verdianos.

Por conseguinte, à primeira vista, o único modo como se pode classificar este desafio de constitucionalidade que o Senhor Procurador Geral da República em boa hora trouxe a este tribunal, posto que duvidou da compatibilidade entre o preceito em causa e a Constituição, é como uma diferenciação simples que pode eventualmente violar o princípio da igualdade, mais concretamente os efeitos irradiadores que deve ter sobre o ordenamento jurídico. No entanto, isto se não houver da parte do legislador *a)* interesses públicos que legitimam a solução; *b)* ser a mesma tida como solução razoável em face daqueles interesses, numa lógica de instrumentalidade meio-fim.

Todavia, não será bem isto que está em causa, neste segmento de análise porque, como já se disse, não só se deve conhecer um princípio geral da igualdade na Constituição que, por si só, limitaria o Tribunal a aplicar um nível básico de escrutínio, mas vai além disso, requerendo-se que se avalie a questão à luz do caráter subjetivável da igualdade enquanto direito na forma de não-discriminação e de se convocar a norma inserta no artigo 56 (1) da Constituição da República, a qual prescreve, na parte relevante que *“todos os cidadãos têm o direito de aceder em condições de igualdade (...), às funções públicas e aos cargos eletivos, nos termos estabelecidos por lei”*, pois, em tese, este poderia estar a indicar uma situação especial de aplicação do princípio da igualdade que o legislador, sem ambiguidades, quis salvaguardar, e que exige que este Tribunal agrave o escrutínio, respeitando o peso atribuído, considerando-o a partir de uma diferenciação não suspeita adequada ao exercício de um direito de cidadania, ou seja de ter capacidade passiva de ser eleito para cargo público. O que se vai avaliar é se o que presidiu a vontade do legislador foi um desejo de diferenciar arbitrariamente ou se a finalidade de tal tratamento não teve na sua base nenhum interesse justificante do ponto de vista constitucional.

3.4. Para tanto, faz-se necessário identificar a entidade tratada de modo diferenciado, o interesse público invocado

pela autoridade legislativa ou decorrente da lei ou do seu processo de aprovação, o contexto do tratamento diferenciado, o efeito pessoal do tratamento diferenciado e o nível concreto de diferenciação.

3.4.1. Primeiro, a categoria afetada são os magistrados judiciais, os quais são titulares de um órgão de soberania, conforme já determinou a jurisdição constitucional pátria no Acórdão nº 1/2009, sufragando a ideia de que exercem *“um poder soberano (do Estado), qual seja o de administrar a justiça em nome do povo”* (p. 9), desempenhando uma função pública, que denominam de *“função pública soberana”* (Id., p. 9), cuja importância não só não se pode desmerecer, como é das mais centrais e indispensáveis para o Estado de Direito Democrático. Não exagerou seguramente o Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional, quando considerou que *“ao definir a função jurisdicional, a Constituição acentua com particular realce o carácter tutelador e pacificador dessa função (v. art.º 208º): a missão dos tribunais é assegurar a defesa dos interesses legítimos dos cidadãos e dirimir conflitos, públicos e privados (tutela de direitos), assim como reprimir as violações da legalidade democrática (tutela dos Direitos)”* (Id., p. 7).

Como tal, a partir do momento em que uma pessoa escolha seguir a nobre carreira jurídica e é selecionada nos termos da lei, submete-se voluntariamente a um estatuto especial, que, dentre outros aspetos, conforme já mencionado, inibe-o de exercer alguns direitos, ao mesmo tempo que lhe confere certas posições jurídicas especiais e regalias, pois, como sustenta a jurisprudência constitucional pátria, *“os juízes têm um estatuto próprio”* (Id., p. 5).

Ademais, fora desse contexto, o legislador, por determinação constitucional ou não, confere-lhe acesso exclusivo a certos cargos públicos, nomeadamente como juiz do Supremo Tribunal de Justiça (aqui, com base constitucional direta, pois, conforme o número 3 do artigo 216 da Lei Básica, *“o acesso ao cargo de juiz do Supremo Tribunal de Justiça faz-se mediante concurso público, aberto a magistrados judiciais”*), como Presidente da Comissão para a Fiscalização do Segredo de Estado (*“A Comissão deve ter a seguinte composição: a) um magistrado judicial designado pelo Conselho Superior da Magistratura Judicial, que preside; (...) (Lei nº 82/VII/2010, B.O. da República de Cabo Verde, n. 48, 1ª Série)*) e preferência no acesso à Presidência da Comissão Nacional de Eleições, etc (Nos termos do Código Eleitoral, art. 12: *“A Comissão Nacional de Eleições é composta por: a) Um presidente, eleito pela Assembleia Nacional, por maioria de dois terços dos deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções, de entre cidadãos nacionais de reputado mérito, licenciados em direito e no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos, durante sete anos, atividade profissional na magistratura, de preferência, ou em qualquer outra atividade forense”*) (conforme versão resultante da Lei nº 56/VII/2010, de 9 de Março, B.O. da República de Cabo Verde, I Série, nº 9). Sendo assim, muito dificilmente se pode constituir essa categoria como uma que remotamente possa ser considerada como suspeita ou quase-suspeita; seria uma inversão sistémica intolerável da finalidade primária do princípio da igualdade em combater o privilégio arbitrário transvestido de lei.

3.4.2. Segundo, a presença de interesses públicos deve ser avaliada em cada situação à luz da sua importância relativa. No caso concreto, há interesses públicos que podem ser convocados, ainda sem lhes atribuir um peso determinado. São, em última instância, o interesse público relevante da boa administração da justiça, especialmente relacionada às garantias de autonomia dos tribunais, pressuposto para que ela cumpra, de forma independente, o seu papel de “*dirimir os conflitos de interesses públicos e privados, reprimir a violação da legalidade democrática e assegurar a defesa dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos*” (art. 209), e da participação democrática na gestão da magistratura judicial, decorrentes, como apontado, do princípio do Estado Democrático, da explicitação desse interesse no artigo 7º, c) (“*São tarefas fundamentais do Estado (...) garantir o respeito pelos princípios do Estado (...) Democrático*”) e d) (“*Garantir a (...) a participação democrática dos cidadãos na organização do poder político e nos demais aspetos da vida política e social nacional*”), não se devendo esquecer que, nos termos do artigo 210, “*A Justiça é administrada, em nome do povo, pelos tribunais (...)*”. Não podia estar mais atento o Conselho Superior da Magistratura Judicial quando, no *Relatório sobre o Estado da Justiça de 2006*, Praia, CSMJ, 2006, p. 2, reconhecia esse mesmo interesse, lembrando que, no ano em causa, e essa tendência só tem crescido, houve, “*maior acutância e padrões mais exigentes de avaliação de desempenho do setor [da Justiça]*” ou no *Relatório sobre Estado da Justiça de 2008*, Praia, CSMJ, 2008, p. 8, mostrando a sua convicção na importância e no interesse público desse acompanhamento ao dizer que “*tem sido firme entendimento deste Conselho que nenhum Sistema da Administração da Justiça será credível se não estiver submetido ao permanente escrutínio democrático, nomeadamente da parte da opinião pública e da comunicação social (...)*”. Naturalmente, disso não decorre, longe disso, sob pena de se afetar a sua independência, pedra de toque do Estado de Direito, que receba instruções do povo e muito menos dos seus representantes. Todavia, será indiscutível que, no mínimo, legitime um interesse público no acompanhamento próximo da forma como a justiça está a ser administrada. A análise dos debates em que se discutiu o ato normativo que inclui a norma impugnada sugere que quando se inseriu a figura do Vice-Presidente a escolher de entre os cidadãos eleitos pela Assembleia Nacional terá sido precisamente com a intenção de equilibrar a equação entre magistrados judiciais e cidadãos, nomeadamente estabelecer um contraponto, ainda que assimétrico e simbólico, em relação ao Presidente magistrado judicial e o vice-presidente não magistrado judicial. O deputado que fez a proposta da solução que ficou consagrada, durante os debates, salientou que “*Nós achamos que o mais correcto é que o vice-presidente fosse eleito entre os membros designados pela Assembleia*”, como forma de equilíbrio, pois, no seu entender “*com estas soluções que nós estamos a adotar, corremos o risco real de, na verdade, o conselho ser dominado por juizes, o que foge à intenção constitucional*”, acrescentando que “*o risco de corporativismo é elevado, quando a Constituição quis mitigar este risco*”. Note-se que a esta preocupação de se evitar a aparência de corporativismo não era tradicionalmente alheio o próprio órgão de gestão da nobre magistratura, o CSMJ, quando, embora em contexto diferente e com sentido distinto, mas

num quadro de menor representação de magistrados na composição do órgão, dizia que “*são completamente destituídas de fundamento as apreensões que, de quando em vez, são manifestadas junto da opinião pública, exprimindo receio por um eventual domínio corporativo do Conselho por parte de magistrados de carreira. Em Cabo Verde esse risco corporativo foi esconjurado com a revisão constitucional de 1999, que estabeleceu uma maioria fixa de não magistrados nos Conselhos Superiores das Magistraturas*” (*Relatório sobre Estado da Justiça de 2008*, p. 24).

3.4.3. O contexto do tratamento diferenciado, não é despciando para a elucidação desta questão constitucional. Há que se considerar que a norma sob escrutínio foi aprovada em circunstâncias específicas insertas num processo abrangente de reforma do setor da justiça, visando fundar um novo modelo, o que era suposto pelos representantes do povo que promoveram as reformas e que destacaram, por exemplo, que “*valeu a pena esperar para termos uma reforma relativa à justiça, que mude o paradigma vigente*” para “*romper com o modelo vigente de até então*” e “*concretizar o modelo saído da revisão de Maio deste ano*” (Dep. Mário Silva, MpD), posição partilhada por outros sujeitos parlamentares que destacaram que “*com a revisão constitucional que se aprovou durante este ano era preciso dar execução aos comandos novos estabelecidos, ao novo modelo para a justiça estabelecido, no sentido da justiça corresponder aos consensos conseguidos, aos objetivos que se pretende para que a justiça tenha maior capacidade de resposta*” (Dep. José Manuel Andrade, PAICV) e do Dep. Lídio Silva (UCID) que “*a Justiça é fator de desenvolvimento e era necessário dar esse instrumento com uma nova visão futuro e de uma nova constituição para que Cabo Verde possa ganhar, e para Cabo Verde se possa desenvolver de acordo com aquilo que todos nós queremos para o bem desta terra (...)*”. E também, ainda que em tons mais serenos, pela classe, refletindo-se no *Relatório sobre o Estado da Justiça de 2010*, Praia, CSMJ, 2010, p. 23, que “*a recente revisão veio estabelecer bases para uma ampla reforma da justiça*”.

Assim, com o fito de reordenar o poder judicial, a Constituição foi revista e as leis estatutárias e orgânicas alteradas, tendo-se, de entre várias medidas, aprovado a reorganização do órgão em novos moldes, nomeadamente passando a ter uma nova forma de escolha do seu Presidente e uma nova composição, direcionada, nomeadamente, a garantir uma representação plural, maior intervenção na gestão administrativa e financeira dos tribunais, o afastamento de qualquer postura ou imagem externa corporativa, o seu controlo e legitimidade democráticos. Nada disso, pode ser desconsiderado neste inquérito constitucional. Essas leis devem ser, pois contextualizadas a objetivos a um tempo de legitimação e de eficácia relacionados ao papel, função e composição de um órgão que remonta a 1981, já que estabelecido pelo *Estatuto do Pessoal Judiciário* (aprovado pelo Decreto-Lei nº 46/81, de 30 de Maio), com funções essencialmente disciplinares, e que continuou a fazer parte da nossa tradição desde aquela data, nomeadamente sendo mencionada pela *Lei 32/III/87, de 31 Dezembro* (que aprova o *Estatuto dos Magistrados Judiciais*), nos artigos 42-45, e pela *Lei nº 135/IV/95, de 3 de Julho* (que aprova os *novos Estatutos*), artigos 47-71, na qual se inverte a

predominância necessária de juizes na sua composição, juntando-se ao Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, ao Inspetor Superior Judicial e aos dois juizes de carreira nomeados pelos seus pares, os dois cidadãos nomeados pelo Presidente da República e três cidadãos eleitos pela Assembleia Nacional (art. 48), soluções que, no fundo, se interligam aos desenvolvimentos constitucionais na mesma matéria e que vão desde a versão originária de 1992, que, no seu artigo 246, inseriu este modelo de representação misto, em que a predominância elemento de juizes e de cidadãos dependia do Presidente da República. A lógica de equilíbrio manteve-se com a revisão de 1999, embora com uma aposta clara na elevação da participação cidadã, com uma composição necessariamente com menos juizes. A alteração de 2010 é igualmente importante para o Conselho Superior da Magistratura Judicial, pois, além da sua função mais consolidada de gestão e disciplina dos juizes, passou a ser “*órgão de administração autónoma dos recursos humanos, financeiros e materiais dos tribunais, bem como dos seus próprios*”, ajusta a equação magistrado-não-magistrado do Conselho, com um predomínio do primeiro elemento, mas ainda assim numa perspetiva de equilíbrio nos termos do artigo 223 da atual versão da Lei Fundamental, a mesma que opera uma nova inversão da equação juiz – membro laico na sua composição, passando aqueles dos nove a ter cinco membros. É perante este pano de fundo que se legitimam as opções do legislador e os interesses públicos subjacentes já identificados.

3.4.4. No mesmo diapasão pode ser tratado o critério da relevância, pois, o que está em causa é o acesso a um cargo público concreto – o de Vice-Presidente do Conselho Superior da Magistratura Judicial –, relevante é certo, na medida em que permite que um cidadão não-magistrado exercendo funções a tempo inteiro possa inteirar-se do funcionamento dos tribunais e do sistema judicial no seu todo, dos dados, dinâmicas e práticas e assim contribuir coadjuvando o Presidente e sobretudo acompanhando o seu funcionamento, mas que não tem poderes próprios e é de duvidosa autonomia, estando, ao invés, dependente do Presidente, constituindo-se em mero auxiliar desta figura, sem que se autonomize claramente a sua natureza orgânica e sem que se disponha explicitamente que assume função vicarial que lhe permitisse substituir o Presidente do órgão. Acresce que, conforme a lei, não é considerado para integração por inerência de funções nas importantes Comissão Administrativa (Presidente; dois membros do CSMJ, eleitos pelo Plenário; Secretário do CSMJ; O Diretor de Serviços Administrativos e Financeiros); comissões internas de Relações Institucionais, acompanhamento dos Tribunais Judiciais, Formação e Recrutamento de Magistrados (Presidente; o Secretário e um vogal eleito pelo Plenário) e a de Comunicação, Estudos e Planeamento (o Presidente; o Secretário e um vogal eleito pelo Plenário).

3.4.5. Neste sentido, o impacto pessoal desta diferenciação é mínimo, não se podendo imaginar que alguém se vá sentir diminuído e muito menos humilhado ou atingido na sua dignidade pessoal, enquanto indivíduo ou enquanto cidadão, pela lei, por não poder ser eleito Vice-Presidente do Conselho Superior da Magistratura Judicial, designadamente em razão de ser membro da instituição, de ter acesso ao seu órgão principal, e de ter exclusividade no acesso ao cargo de Presidente.

3.5. Levando todos esses elementos em consideração, não sendo uma diferenciação suspeita ou quase-suspeita, especialmente em razão do direito de acesso a cargos públicos deve ser levado a sério e atribuir-se a devida importância, sendo qualificada o suficiente para exigir um escrutínio médio-baixo, radicado na necessidade de existência de razões não arbitrárias para o tratamento diferenciado, um critério que tem sido habitualmente utilizado pela nossa jurisprudência constitucional e que radica, no fundo, num juízo de arbitrariedade da medida e de não existência de qualquer justificação assente na presença de um interesse público relevante conforme que a legitima.

3.5.1. No caso concreto, como já se apontou este interesse existe e tem relevância mais do que suficiente, pois o que se convoca para justificar esta solução legislativa relaciona-se com a necessidade de se garantir em última instância a criação em novos moldes e funcionamento de um órgão de gestão da magistratura judicial e dos tribunais que, a um tempo, fosse representativo da classe e conhecedora dos meandros do funcionamento do sistema judiciário, daí integrar magistrados, e da sociedade no geral, permitindo que esta nele participe, podendo contribuir, através do pluralismo de ideias sociais sobre a justiça, para a sua melhor administração e também a fim de garantir o necessário acompanhamento democrático do exercício da função judicial, não deixando de ser relevante que o *Estudo sobre o Estado da Justiça* tenha demonstrado empiricamente a pluralidade de visões existentes sobre o setor, o que, numa sociedade democrática, justificaria também a organização da sua gestão que permitisse e se beneficiasse desses diversos olhares sobre o “*sistema, a administração, os males e os remédios*” (p. 16).

É verdade que a solução não se encontrava consagrada na versão que foi submetida como proposta de lei pelo Governo, como decorre do documento que, disponibilizado pela Assembleia Nacional, se juntou aos autos nas ff. 29-39, e nem provavelmente constava da iniciativa que o Conselho Superior da Magistratura Judicial teve ao propor o esboço ao Ministro da Justiça (conforme informação vertida para o *Relatório sobre o Estado da Justiça de 2010*, p. 5). Outrossim, nem sequer a figura do Vice-Presidente dele constava, pois o artigo relevante, então numerado como artigo 7º, simplesmente mencionava que “*O CSMJ é presidido pelo magistrado que for designado pelo Presidente da República, de entre os juizes que dele fazem parte, mediante proposta dos restantes membros. 2. O mandato do Presidente CSMJ tem a duração de cinco anos, renovável uma única vez. 3. O cargo de Presidente do CSMJ é incompatível com o exercício de qualquer outra função pública e privada*” e, naturalmente, não aparecia na disposição que trata da substituição desta entidade, atendendo que se estipulava que “*O Presidente do CSMJ é, nas suas faltas, ausência e impedimentos, substituído, sob proposta daquele, por um dos magistrados, membro desse órgão*”. A solução legislativa apareceu, conforme já mencionado, somente durante o debate no parlamento, como se depreende das Atas, sendo proposta de um deputado, mas o facto é que, de forma hesitante ou não, o diploma foi adotado por unanimidade e as soluções foram endossadas por todos os sujeitos parlamentares, *maximé* pelos próprios deputados.

Fê-lo, essencialmente, formatando a referida instituição com base em soluções de equilíbrio entre a componente profissional e a democrática, com um ligeiro ascendente para a primeira. É assim que, com base numa composição de nove membros, cinco vagas são reservadas por magistrados judiciais e quatro a cidadãos que representam a sociedade cabo-verdiana, e que, naquilo que interessa em particular, um Presidente, cujo acesso é reservado aos próprios magistrados judiciais, e um Vice-Presidente, forçosamente escolhido de entre os vogais eleitos pela Assembleia, o qual, além deste papel de base, ainda pode contribuir positivamente, auxiliando o Presidente e o próprio Conselho Superior da Magistratura Judicial no exercício das suas atribuições, a partir do momento que possa agregar as suas valências formativas e profissional às dos membros provenientes da magistratura judicial, em especial o Presidente.

3.5.2. As pessoas poderão ter opiniões distintas sobre esta solução, poderão questioná-la politicamente e exercer pressão para a alterar numa eventual revisão à lei orgânica. Por exemplo, o *Estudo sobre o Estado da Justiça em Cabo Verde* de 2002 (J.C. Fonseca e J. Estrela), mencionado algumas vezes em *Relatórios sobre o Estado da Justiça* (e.g., 2001, p. 2; 2005), como um documento importante nesta matéria, apresentou recomendação distinta a respeito da configuração do órgão, optando por sugerir um aumento do número de membros para treze dos quais apenas seis seriam magistrados judiciais (cinco eleitos pelos seus pares e um designado pelo Presidente da República) e sete não magistrados (um designado pelo Chefe de Estado e seis eleitos pela Assembleia Nacional, dentre o quais dois não juristas); embora não se previsse a figura do Vice-Presidente, não havia reserva da posição de Presidente para magistrados judiciais) (*Súmula*, para. 21). Isto, depois do próprio estudo ter apresentado visões díspares sobre a melhor forma de governo das magistraturas, ora tendendo os agentes da justiça e personalidades para conferir maior predomínio a magistrados ou cidadãos, bastando verificar o que se apurou: “a exigência de uma maioria de magistrados, a par de, em menor número, propostas de exclusividade de pertença a magistrados, consubstancia uma parte importante de sugestões (alguns falam em autogoverno, pondo ao mesmo tempo o acento na diminuição ou cessação da interferência do ‘poder político’” (p. 37); “também tem um razoável número de subscritores a defesa da integração de advogados e ex-advogados nos Conselhos, algumas vezes com indicação de que a sua escolha caberia à Ordem respetiva, a par de alguma vozes que igualmente querem ver neles representação de outras classes jurídicas (conservadores e notários” (pp. 37-38); “alguns manifestam-se contra a presença de magistrados nos Conselhos, na defesa de uma composição mista (juristas – não magistrados e não advogados – e representantes das forças vivas da sociedade” (p. 38); “reivindicam outros, que haja apenas juristas nos Conselhos, excluindo-se a presença de leigos” (p. 38).

Todavia, dificilmente se pode construir esta solução legítima do legislador, definidas as suas finalidades de estabelecer um órgão independente composto por magistrados e por cidadãos destinado a garantir ao mesmo tempo a representação intraorgânica por pares e uma representação democrática por cidadãos, e assim garantir a

boa administração do sistema judiciário e o acompanhamento democrático do mesmo, como sendo razões arbitrárias. Longe disso, decorrem de interesses objetivos previstos pela própria Constituição que incumbe ao Estado, através de poderes próprios, concretizar. Apesar da pluralidade de visões sobre a organização, a composição, a presidência, os integrantes, etc. esse percurso mostra-nos que há uma grande identidade no que toca a quatro questões essenciais de finalidades, no sentido de que o sistema deve ser moldado de tal forma a garantir a independência dos tribunais, a imparcialidade dos magistrados, a qualidade da justiça e evitar o corporativismo, tudo isto atendendo à realidade de Cabo Verde e à experiência vivida.

Numa das sessões parlamentares que aprovou a Lei Constitucional nº 1/99, isto ficou patente, ouvindo-se:

A – De um Deputado do PCD que “*Eu sempre defendi claramente que poder político tem toda a legitimidade para querer estar representado no Conselho Superior da Magistratura para além de ter também interesses próprios, específicos, a defender, particularmente no que respeita à execução da política de justiça. Mas, eu permitir-me-ei discordar, se isso, de alguma forma resultar, não propriamente a influência política, mas poder resultar o governo. Eu acho que deve influenciar, mas não deve governar. E o Sr. Presidente da República tem utilizado, com sapiência, a eleição de dois cidadãos, e tem procurado reforçar o pendor do governo das magistraturas, o autogoverno das magistraturas indicando magistrados para esse cargo. Com essa alteração, fica claro que são cidadãos nomeados através de processos políticos no Conselho Superior de Magistratura, em clara maioria sobre os magistrados, mesmo que se inclua também o Inspetor Judicial. Eu creio que há algum excesso que deve ser suprimido, reduzir esse grau de influência, de modo a permitir a influência política, mas não autorizar o governo das magistraturas*” (*Actas de Sessões da Assembleia Nacional*, Praia, AN, 1999, p. 317) ou que “*na situação concreta do país em que nós vivemos, sobretudo desta democracia, digamos, recente, não há assim uma cultura democrática sólida consolidada no país, é evidente que uma simples afirmação em texto de lei não assegura absolutamente nada. E é por isso que se tem o cuidado das normas de garantias. Ou seja, nós para sabermos que o juiz é independente, queremos que ele não seja dependente na nomeação, colocação, na transferência, no exercício do poder disciplinar. Porque, se eu disser que o juiz é independente, mas disser o Ministro da Justiça é que nomeia, é que coloca, é que transfere, é que promove e que demite, na atual situação do país, no estádio da nossa cultura, a situação, nós só podíamos sorrir. Colocando todos os mecanismos de gestão desde a nomeação até à demissão por exemplo nas mãos do Sr. Ministro da Justiça, por mais boa vontade e por mais bem intencionado que seja, é a mesma coisa que dizer que se está a fazer sair pela porta o que doutro lado faz-se entrar pela janela. Portanto, é uma afirmação que seria qualquer coisa de retórico, mas não teria conteúdo substancial é esse é o cuidado que creio que devemos ter. (...). E é por isso que percebo a preocupação e também defendo claramente que o poder político, seja através da Assembleia, seja através do Sr. Presidente da República, deve ter representação na Comissão do Conselho da Magistratura e nem deve ser uma*

representação simbólica, deve ser uma representação que é respeitada, porque pode influenciar, isso é importante, não é algo decorativo, mas que nós devemos na construção do estado de direito democrático, atendendo à nossa situação concreta, atendendo ao estágio de desenvolvimento, que devemos dar ao poder político a força de influenciar, mas não a autoridade de governar” (Ibid., p. 319).

B – De um deputado do PAICV que “O grupo parlamentar do PAICV, globalmente, eu diria que tendo o desenho institucional deste Conselho, a que chamaria Conselho Superior de Magistratura Judicial e em cuja composição defenderia uma maioria de magistrados. (...). Em síntese a nossa proposta vai no sentido, de facto, de auto-afirmação clara do autogoverno, mas com a possibilidade de haver quatro cidadãos escolhidos pelo Presidente da República e pela Assembleia Nacional e que pudessem traduzir junto deste autogoverno as sensibilidades próprias que tem a ver com as preocupações dos cidadãos em relação à Justiça” (Ibid., pp. 317-318);

C – Do deputado do MPD que participou do debate: para quem “A mim parece-me que a próxima Constituição do Conselho Superior da Magistratura, assim como está configurado aqui, deixa uma maioria, ou dá o sinal para uma maioria de não magistrados (...). Não é este aspeto do autogoverno das magistraturas, ou seja, duma maioria de juizes, algo que excecional e que não é indispensável para o que realmente deve preocupar-nos a todos, que é a questão da independência dos tribunais. A independência no ato de julgar. (...) Há interesses, realmente, da defesa política que normalmente são caros, particularmente na democracia. Mas há interesses vários, interesses de classes profissionais, interesses corporativos, e que é preciso fazer um check também nesse tipo de interesses, e eu penso que os políticos ou a classe política ou os órgãos de poder político são órgão de legitimação direta e são órgãos responsáveis politicamente, respondem, vão às eleições periodicamente. Eleições livres, e são por conseguintes responsáveis, de maneira que não se pode simplesmente dizer porque é político vai influenciar no sentido contrário. Eu penso que o poder político tem tido interesse na independência dos tribunais. (...) Há naturalmente a presença de representantes dos órgãos do poder político que respondem perante um eleitorado num órgão de gestão, não nos tribunais, num órgão de gestão da magistratura devem ter o benefício de trazer esses elementos da utilidade social e imediata da construção da República, da Democracia e das necessidades de resposta, com a complexidade da vida, das respostas e dos conflitos entre os cidadãos, entre entidades privadas e públicas e assim por diante, de maneira que eu penso que há um engajamento de todas as partes. Da parte dos magistrados há necessidade de facto de se sentirem que tem todas as condições para exercerem a sua magistratura com toda a competência, com toda a ética e com toda a independência. Mas por outro lado, do lado dos eleitos há também que haver preocupação em que o poder judicial realmente esteja a altura das necessidades do país neste momento, da necessidade da institucionalização da democracia e da modernização da sociedade cabo-verdiana” (Ibid., pp. 319-320).

D – Apesar de a revisão de 2010 ter incidido sobre esta questão, nomeadamente alterando a equação magistrado-não-magistrado, já não tivemos o benefício de uma discussão tão extensa no plenário na sessão de aprovação, ainda assim a partir da leitura dos projetos de revisão apresentados a debate (Dep. Humberto Cardoso, Grupo Parlamentar PAICV e Grupo Parlamentar do MpD), nota-se, no fundo, posição estruturalmente similar de reforço da independência do poder judicial (Dep. Humberto Cardoso), reforço da autonomia e independência do poder judicial (GP PAICV) ou de “independência, qualidade e eficiência da justiça” (CP MpD).

No fundo, relativamente à questão concreta que nos aflige, independentemente das soluções específicas sobre a composição, a filosofia da mesma não se afastaria muito do que consta do *Estudo sobre o Estado da Justiça em Cabo Verde*, isto é, que “Deve, pois, o CSM representar, na sua composição, de forma equilibrada, diferentes segmentos da Justiça, incluindo naturalmente os juizes, seja por razões de eficácia técnica e de tradição, seja por tradução da democracia como princípio informador do estado e da sociedade, mas também representantes da sociedade civil, numa lógica de preocupações a que, aliás, obedeceu a nossa atual Constituição (art.º 221.º, n.º3) e que também não aconselha que o Conselho abrigue apenas técnicos (juristas)” (p. 132).

Portanto, dentre outras soluções, tendo que harmonizar objetos desta nobreza e magnitude, mantendo-se em relação uns com os outros, impelido pela orientação constitucional de fazê-lo de forma equilibrada, perante tal contexto e finalidade, não seria legítimo construir a solução concreta do legislador como remotamente arbitrária. Assim sendo, não parece haver muita margem para considerar que a previsão do artigo 9 (2) da Lei Orgânica do Conselho Superior da Magistratura Judicial viola o direito à igualdade de acesso a cargo público previsto pelo artigo 56 (1), o direito a não ser discriminado ou o princípio da igualdade.

3.6. Coloca-se igualmente a possibilidade de haver violação do princípio da igualdade numa perspetiva interorgânica, ou seja, entre o magistrado judicial membro do Conselho Superior da Magistratura Judicial e o magistrado do Ministério Público que integra o Conselho Superior do Ministério Público. Cabe-nos avaliar a pertinência deste questionamento específico de constitucionalidade.

3.6.1. Não é seguro que tal base de diferenciação sequer permita que se avalie a legitimidade da diferenciação, até porque, se se for as últimas consequências, abrir-se-ia a caixa de pandora e qualquer fator de diferenciação na modelação das instituições poderia ser questionado nas mesmas bases, quando, *a priori*, enquadram-se dentro da margem razoável de apreciação em que o legislador democraticamente legitimado pode conformar livremente um determinado regime ou organizar uma instituição. Poderá, mais uma vez, desagradar-nos, podemos continuar a questioná-la e a tentar alterá-la, valerá criticá-la em pareceres, artigos de opinião, ou discutí-las em revistas científicas, porém é a manifestação legítima do poder soberano, do povo, através dos seus representantes, nos termos da Constituição.

3.6.2. Não se pode, estritamente, baseando-nos nesse ponto, questionar o porque do Vice-Presidente do Conselho Superior do Ministério Público e o Vice-Presidente do Conselho Superior da Magistratura Judicial estarem submetidos a condições de elegibilidade diferente. Não seria o mesmo do que compará-los à organização de outras instituições constitucionalizadas como a Autoridade Reguladora da Comunicação Social, o Banco Central ou a Provedoria de Justiça, mas, com as devidas distinções ressalvadas, e conhecida a equivalência entre os dois órgãos, são coisas diferentes. Os dois Conselhos, é certo, estão no eixo do sistema de justiça, e destinam-se a gerir magistraturas essenciais para o seu funcionamento. Neste sentido, a dignidade equivalente e indispensabilidade de ambas são inquestionáveis, sendo que, nos limites do possível, o legislador deverá deferir a esta equivalência, nomeadamente adotando soluções infraconstitucionais igualmente equivalentes, como, de resto, tentou fazer.

3.6.3. Todavia, equivalência, igual dignidade e paralelismo no desenvolvimento do regime estatutário das suas magistraturas, não significa que tenham funções iguais no sistema de justiça e no funcionamento da República. A sua natureza é distinta e desempenham papéis também diferentes, ainda que complementares e igualmente indispensáveis. A própria Constituição emite tais orientações, bastando comparar-se o artigo 222 (Magistratura Judicial) e 227 (Ministério Público), sendo distinto, mas complementar e igualmente relevante o papel dos tribunais e do Ministério Público. Mais especificamente ainda, não se pode esquecer que a composição constitucional dos dois Conselhos não é rigorosamente igual, tendo em conta que, apesar de ambos constituídos por nove integrantes, magistrados e cidadãos, escolhidos pelas respetivas magistraturas e pela Assembleia, há duas diferenças notórias: a) relativamente ao Presidente, é cargo que é, no caso da magistratura do Ministério Público, ocupado por inerência de funções pelo Procurador-Geral da República, e no da magistratura judicial, por juiz proposto pelos restantes membros do Conselho e designado pelo Presidente da República; b) a correlação entre magistrados e não magistrados, constituindo estes maioria no Conselho Superior do Ministério Público e minoria no Conselho Superior da Magistratura Judicial. Naturalmente, não se tirará grandes ilações deste aspeto, mas permite registar esta ideia de que, mesmo do ponto de vista constitucional, não há qualquer comando de densificação igual dos órgãos de gestão das duas magistraturas em razão das distinções legítimas que existem entre uma e outra. O legislador constituinte, deu, aliás, provas de tentar vincar esse papel distinto ao abolir, algo que por si só já era mera possibilidade, a intercomunicabilidade entre as magistraturas que aparecia no artigo 245 da versão originária da Constituição (*“o estatuto dos juízes poderá estabelecer a comunicabilidade entre a carreira de Magistrado Judicial e a do Ministério Público”*) entretanto abolida. Neste sentido, o legislador constituinte estabeleceu algumas distinções. Retirar liberdade ao legislador ordinário para organizar o órgão recebidas tais indicações seria um atropelo, aí sim constitucionalmente ilegítimo, do princípio democrático e da soberania popular, a menos que existisse um motivo forte que, no caso concreto, o suplantasse. E não nos parece que exista.

3.6.4. No desafio constitucional recebido, apresenta-se simplesmente a existência de uma diferenciação cruzada configurada na desigualdade de configuração de regimes jurídicos entre a magistratura do ministério público e a judicial incidindo sobre a capacidade eleitoral passiva nas eleições para Vice-Presidente. Haveria supostamente um efeito subjetivo no sentido de uma desigualdade de tratamento entre o magistrado judicial e o magistrado do Ministério Público, com prejuízo para o primeiro. Dando de barato que o Tribunal deve fazer este juízo cruzado de desigualdade interorgânico, largamente desavisado, tendo em consideração os efeitos generalizados que isso pode fazer eclodir, tal juízo incidiria, na melhor das hipóteses, numa situação normal de diferenciação em que se aplicaria um escrutínio simples, bastando que o Tribunal descortine um motivo racional para o legislador fazê-la. Como foi demonstrado, não se tem dúvidas que este motivo pode ser convocado além da medida necessária, radicando no interesse público relevante da boa administração da justiça e de participação democrática na gestão da magistratura judicial.

3.7. Assim sendo, é da opinião desta Corte Constitucional que a diferenciação apontada entre as condições de acesso à Vice-Presidência do Conselho Superior da Magistratura Judicial e a Vice-Presidência do Conselho Superior do Ministério Público não viola o direito a não ser discriminado previsto na Constituição.

IV – Afeta Ilegitimamente o artigo 9 (2) da Lei Orgânica do Conselho Superior da Magistratura Judicial a Liberdade de Acesso a Cargo Público prevista pelo Artigo 56 (1) da Constituição da República?

4.1. O artigo 56 (1) pode ter uma incidência adicional sobre a questão concreta que importa observar. Na medida em que, para além do direito à igualdade no acesso a cargo público, contém uma segunda norma a prever a liberdade de acesso a cargo público, determina que se verifique se, ao invés da vulneração ilegítima ocorrer em relação ao primeiro, cuja possibilidade este Tribunal já rejeitou, afetar o segundo.

Esta possível e hipotética afetação da liberdade é evidente se atendermos ao facto de que no seu núcleo significaria que qualquer cidadão é livre para aceder a todos os cargos públicos, constituindo-se, naturalmente, qualquer obstáculo que seja colocado pela lei, numa afetação objetiva, ainda que distinta. Os argumentos supra-utilizados para justificar a existência deste direito pode também aqui ser utilizados, ainda que, de algum modo, diferente, nomeadamente com amparo na mesma interpretação extensiva do termo função pública inserto no artigo 56 (1) da Constituição, do direito geral à liberdade do artigo 29, que cobre outras situações não especificadas de liberdade, da cláusula de abertura do mesmo artigo, da cláusula de abertura do artigo 17 e interpretação conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos que decorre do artigo 17 (3). Efetivamente, sem haver a necessidade de estender a argumentação, neste caso, qualquer dúvida sobre a existência de uma liberdade de acesso a cargo público que, por ventura, pudesse resultar da inexistência de menção explícita no texto constitucional. No entanto, conforme dito, isso não constitui, por si só,

um problema, longe disso. É que, desde logo, haveria base para, apesar da suas particularidades, este Tribunal reconhecer esse direito a partir do princípio constitucional estruturante da liberdade e da autonomia individuais, inserto no artigo 1 (2) da Constituição, ao reconhecer o dever do Estado assegurar “*o pleno exercício de todos os cidadãos das liberdades fundamentais*”; segundo porque a Constituição reconhece, no seu artigo 29, um direito geral à liberdade, que se projeta sobre as suas diversas dimensões fundamentais, não só as tipificadas, mas também as que não encontrem presença na Constituição, mas que são materialmente constitucionais; terceiro, porque resultante de direito previsto pela Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Art. 3º. “*Todos os cidadãos têm o direito de participar livremente nos assuntos públicos do seu país (...)*”) e pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Art. 25: “*Todo o cidadão tem o direito e a possibilidade, (...), e sem restrições excessivas de aceder (...) às funções públicas do seu país*”), que facilmente pode ser construído como uma liberdade materialmente constitucional prevista por um tratado e, logo, passível de receção tanto por via da cláusula de abertura do artigo 17 (1) como pela específica do artigo 29 (2), ambos da Constituição; quarto, porque seria o resultado de uma hermenêutica constitucional conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pois esta, no seu artigo 21 prevê que “*toda a pessoa tem o direito de acesso (...) às funções públicas do seu país*”.

São efetivamente direitos diferentes, como já decorre dos debates parlamentares que levaram à sua inserção na versão originária da Constituição, demonstrada na insistência do deputado apresentador em manter a expressão “liberdades” face à insistência de outros colegas em retirá-la por redundante em relação ao termo igualdade (*Acta das sessões. Apresentação e Debate da Constituição da República*, pp. 197-198), embora em casos concretos podem se apresentar com alguma sobreposição. Naturalmente, a liberdade cria um espaço para que o cidadão, em querendo – porque também pode não querer – aceder a cargo público; por seu turno, a igualdade asseguraria que todos os que o queira fazê-lo seriam tratados de forma igual pela lei. De modo que se se veda, dificulta ou condiciona-se o acesso a cargo público pela inserção de condições de elegibilidade gerais e especiais, no primeiro caso, haverá impactos sobre a liberdade e no segundo sobre o direito à igualdade perante a lei. No caso concreto, o tratamento diferenciado não só se relaciona a este direito, como, na medida, também limita a liberdade ao cidadão. Como o controlo de legitimidade constitucional em casos de tratamento diferenciado e o escrutínio constitucional de cumprimento das condições de restrição de uma liberdade são distintos, é preciso verificar se, a situação concreta se conformando àquela, também se adequam a estas.

4.2. Claro está que, assegurando-se o estatuto de direito da figura invocada, não significa que não possa ser afetado pelo legislador ordinário. Poucos direitos teriam uma prerrogativa de anti-afetabilidade e seguramente não seria a liberdade de acesso a cargo público, que pressupõe limitabilidade em razão das suas próprias características e as que o sistema impõe. O que acontece é que, atendendo ao tipo de afetação concreta, sendo uma liberdade fundamental, qualquer limite por esta via sempre seria tido por excecional,

reservado a situações muito particulares e objetivamente controladas pela própria Constituição por via da instituição de condições que devem obrigatoriamente ser preenchidas para os legitimar.

Estas condições resultam da Constituição, concretamente dos números 4 e 5 do artigo 17 da Constituição da República, que passa pela definição de alguns passos. Primeiro, a finalidade legítima da afetação, que resta evidente, tendo em vista o que já foi desenvolvido em relação à existência de razões legítimas do legislador em adotar essa solução, ou seja, de estabelecer um sistema de gestão da magistratura judicial assente num órgão equilibrado composto por magistrados judiciais e por cidadãos; segundo, autorização constitucional, que resta límpida, a partir do momento em que explicitamente o legislador remete à lei (“(...) nos termos da lei”) à sua densificação, a qual abarca igualmente operações restritivas; terceiro, a lei tem caráter geral e abstrato, como resta evidente, a mesma – e tão-pouco a norma impugnada – produz efeitos retroativos, que são deduções relativamente evidentes e que carecem de fundamentação adicional.

4.3. O desafio maior é de avaliar se a norma em questão atinge o núcleo essencial do direito ou não e se este foi ou não afetado de forma proporcional.

4.3.1. Em resposta à primeira questão, urge apontar, mais uma vez, que a norma em si, enquadra-se num conjunto de soluções orgânicas inseridas numa lei que faz parte de um pacote legislativo, cujas finalidades já foram mencionadas. Por conseguinte, não se pode fazer uma avaliação isolada sem que se arrisque a ter uma imagem distorcida da realidade. Mais uma vez, a questão refere-se a um órgão ao qual se acede por via de uma legitimação entre pares, os magistrados, ou por indicação do Presidente da República, obrigatoriamente incidindo sobre um juiz, e por via de legitimação democrática, os cidadãos eleitos pela Assembleia Nacional. Conforme este esquema estabelecido, tendo em vista a realização das finalidades que se propôs, exclui-se do acesso à Presidência do Conselho Superior da Magistratura Judicial o cidadão que não é magistrado, naturalmente, tendo em conta o que prevê a Constituição, e bloqueia-se o acesso à Vice-Presidência do magistrado. É certo que, por via legal, mas não é isto que está em causa. Este Tribunal não entende que impedir o acesso a um cargo com mera função de coadjuvação quando são invocados objetivos públicos suficientemente justificantes por não arbitrários, atinge o núcleo essencial da liberdade de acesso a cargos públicos.

4.3.2. No concernente ao princípio da proporcionalidade, um juízo sempre dependeria de uma análise de compatibilidade entre a restrição efetiva à liberdade de acesso a cargos públicos e as três dimensões da proporcionalidade, nomeadamente o subprincípio da adequação, o subprincípio da necessidade e o subprincípio da justa medida, igualmente chamado de proporcionalidade em sentido restrito. O Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional, já vinha usando esta técnica de aplicação do princípio da proporcionalidade, nomeadamente com a novidade de ter explicitado e aplicado recentemente, passo a passo, o juízo que nele se assenta, nomeadamente, quando afirma

que há “*ordem lógica de aplicação dos três subprincípios, que se devem relacionar entre si segundo uma regra de precedência do mais abstrato perante o mais concreto, ou o mais próximo (pelo seu conteúdo) da necessária avaliação das circunstâncias específicas do caso da vida que se aprecia*” (Parecer nº 1/2015 (sobre a constitucionalidade da imprescritibilidade de certos crimes), p. 33) e derivado a consequência natural de que “*a formulação de um juízo negativo acerca da adequação prejudica logicamente a necessidade de aplicação dos outros testes. No entanto, se se concluir pela inadequação típica do meio ao fim, haverá em seguida que recorrer ao exame da exigibilidade, também conhecido por necessidade de escolha do meio mais benigno*” (Ibid.). Não é, pois, novidade a utilização desta técnica que, aliás, salvo raros espaços propagou-se, do direito constitucional germânico para todo o globo. O único detalhe é de uma aplicação seccionada ao caso concreto, precisamente objetivando permitir uma maior clareza na apresentação e aplicação do teste.

A – A adequação da medida depende de um juízo de racionalidade do qual resulte uma conexão entre a finalidade por ela pretendida e a afetação concreta ao direito, no sentido de haver suscetibilidade de ser meio que pode materializá-la, ou como sustenta a jurisprudência constitucional cabo-verdiana, ter capacidade para “*transformar a realidade jurídica e material no sentido de alcançar o fim proposto*” (Ibid., p. 35), não cabendo ao julgador fazer juízos sobre medidas preferenciais no seu entendimento ou endossar o raciocínio do legislador, sufragando a tese da neutralidade relativa do teste de adequação adotada pelo Parecer nº 1/2015 (ibid.). No caso concreto a finalidade da solução normativa vertida para o artigo 9 (2) é de permitir a construção, e funcionamento de um órgão de gestão da magistratura judicial com equilíbrio de representação de magistrados e de cidadãos na sua composição e estrutura dirigente e consequente participação cidadã nesse processo, participação esta que o legislador julga facilitada se um dos integrantes do órgão que elege esteja a tempo inteiro, ocupando funções como Vice-Presidente. Sendo assim, incluir regra afim à realização deste objetivo que, face à reserva constitucional da Presidência a um magistrado, limita o acesso à vice-presidência ao não magistrado, cumpre exigências de adequação.

B – A necessidade da medida depende de esta ser o meio menos afetante ao direito que o legislador poderia utilizar para atingir a mesma finalidade legítima que se propôs, o que deve resultar da comparação entre o meio utilizado e outros meios hipoteticamente disponíveis. Naturalmente, havendo meio menos afetante que também permitisse atingir tal finalidade seria este que deveria ser escolhido, havendo vários menos afetantes, o que atingir de forma menos intensa o direito; mas, ainda assim, permita a realização da finalidade legítima é que deve ser escolhido, importando, naturalmente, reter que o princípio da necessidade não obriga a escolher qualquer meio menos afetante, mas o menos que permita atingir a finalidade legítima, caso contrário seria meio inócuo que não passaria pelo teste de adequação.

Neste contexto, o teste de necessidade depende da análise de dois elementos, a existência de alternativas

que permitam alcançar a finalidade legítima (igualando a medida ou até ultrapassando-a) e que ela (s) limite (m) o direito de forma menos intensa. Se assim for, não há necessidade da medida, e, inversamente, caso não existam alternativas ou, existindo, elas não afetem de forma mais intensa o direito (pelo facto de compressão ao mesmo ser igual ou até inferior) o teste é ultrapassado pela norma. Aqui não parece que houvesse outro meio, pois a alternativa de permiti-lo ou levaria a resultados no mínimo incertos (e aqui a suscetibilidade hipotética não é suficiente), atendendo que, ao contrário do sistema anterior, a maioria dos membros do Conselho Superior da Magistratura Judicial já é magistrado judicial, o que não permitiria garantir aquele mesmo fim de garantir a representatividade do órgão, ou levaria à necessidade de reconfiguração de todo o regime de composição e acesso, nomeadamente atingindo aquela mesma maioria, ainda que se continuasse a reservar a Presidência a magistrados, ou ainda o dispêndio de recursos adicionais, por exemplo prevendo o exercício de funções de todos os vogais a tempo inteiro, que, além de tudo, tiraria do exercício efetivos de funções quatro magistrados judiciais, acrescentando ao Presidente do órgão, ou o exercício de funções a tempo inteiro somente de parte ou todos os vogais eleitos pela Assembleia, levantando-se novos problema de tratamento diferenciado. Ademais, não poderia jamais essa alternativa ser passível de ser solução credível, pois ela própria leva a afetação das liberdades dos cidadãos que não são magistrados, os quais não podem ocupar o cargo de Presidente do CSMJ, sem que haja quaisquer normas que reequilibrem a relação, como acontece no caso concreto. Como a norma logrou passar a segunda barreira, impõe-se confrontá-la com a terceira.

C – Por fim, a proporcionalidade em sentido restrito ajuíza-se avaliando se o legislador logrou, por via da sua ponderação abstrata, encontrar um equilíbrio, uma relação própria, constitucionalmente aceitável, entre os benefícios relacionados ao bem jurídico que pretende preservar ou concretizar, no caso concreto as finalidades públicas supramencionadas, e o sacrifício que impõe ao direito com a norma restritiva. O que se deve avaliar são os efeitos da própria operação sobre o direito à luz da concretização do bem jurídico que a justifica, não podendo ser aceites resultados que ataquem excessivamente o direito. Por um lado, a importância pública da medida do legislador não pode ser desmerecida, pois trata-se de garantir que haja uma representação equilibrada na direção do Conselho Superior da Magistratura Judicial, permitindo maiores condições de acompanhamento democrático de um órgão de importância central para o funcionamento do sistema judicial, do outro, deve-se não só considerar a relevância pública do direito, como avaliar a intensidade de afetação do mesmo, nomeadamente se atinge o seu núcleo central, esferas importantes de proteção ou somente uma dimensão periférica. E, no caso concreto, é da nossa opinião que fá-lo às expensas de um sacrifício mínimo sobre a liberdade de acesso a uma posição dentro de instituição, porque, no caso concreto, o titular mantém o direito de aceder ao Conselho em si e integra o plenário, que é o seu órgão principal, poderá ser indicado pelos seus pares para ser Presidente do mesmo, quedando somente inibido de ser Vice-Presidente, um cargo de coadjuvação, sem poderes próprios e influência institucional direta.

4.4. Portanto, atendendo o que foi dito, dificilmente se pode considerar que a norma restritiva inserta no artigo 9 (2) da Lei Orgânica do Conselho Superior da Magistratura Judicial, afeta de forma constitucionalmente ilegítima a liberdade de acesso a cargo público.

V – O fato de o Vice-Presidente do CSMJ ser um Não-Magistrado pode violar o princípio da independência dos tribunais ou dos juizes?

5.1. Há ainda outra possibilidade que pode ser levantada, malgrado não fazer parte do pedido e dos fundamentos utilizados pela entidade requerente: a possibilidade de um Vice-Presidente não magistrado judicial poder bulir com o princípio da independência dos Tribunais e, em particular, com o princípio e as garantias de independência dos juizes no exercício de funções judiciais.

5.2. O desiderato de se criar um “poder judicial forte e independente” já se encontra lavrado no preâmbulo da Constituição da República, sendo, ademais, corolário evidente do princípio do Estado de Direito, conforme inserto no artigo 2 (2) do mesmo instrumento fundacional (*“A República de Cabo Verde reconhece e respeita (...) a independência dos Tribunais”*) e mencionada entre os princípios da administração da justiça expostos pelo artigo 211 (conforme o seu número 1, *“No exercício das suas funções, os Tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à Constituição e à lei”*). Acresce que os titulares desse órgão de soberania plural também, gozam dentre as suas garantias, de independência, sendo que, nos termos do artigo 222 (3), *“os juizes no exercício das suas funções, são independentes e só devem obediência à lei e à sua consciência”*, articulando-se com essa independência a sua inamovibilidade, irresponsabilidade, (quase) exclusividade e incompatibilidades.

Nos sucessivos Relatórios sobre a Situação da Justiça se vinha dando conta de uma incremental criação de condições de independência dos Tribunais e dos juizes decorrente não só da autoavaliação do Conselho Superior da Magistratura Judicial como também resultado das perceções sociais nacionais e até internacionais. Por exemplo, no de 2008, no qual se discutiu de modo mais pormenorizado a questão, arrazoou-se que *“A independência dos tribunais e a sua obediência estrita à Constituição e demais leis da República constituem por outro lado condição primária para se preservar a sua credibilidade como instituição. Crê o Conselho que esse objetivo, que já não é pouco, tem sido conseguido”* (p. 13).

Mesmo depois da reforma do setor da justiça, portanto depois de 2011 essa perceção avaliação/perceção continua a existir, não se colocando neste momento questões de fundo relativamente a essa independência ou qualquer patologia dessa natureza que incide sobre o poder judicial cabo-verdiano. Os Relatórios sobre a Situação da Justiça dessa data em diante não se têm referido à questão, o que é sintomático de uma consolidação forte do Estado de Direito Democrático Cabo-Verdiano em relação ao princípio da independência dos tribunais e dos juizes.

5.3. Acresce que, conforme dispõe a própria Constituição, *“a nomeação, a colocação, a transferência dos juizes, bem*

como o exercício de ação disciplinar sobre os mesmos compete ao Conselho Superior da Magistratura Judicial”, fórmula, grosso modo, reproduzida pelo artigo 223 (2) c), da mesma forma como condiciona as duas exceções à regra da exclusividade – o exercício de funções docentes de natureza jurídica ou de investigação de natureza jurídica – a autorização do mesmo órgão. Ademais, relativamente aos tribunais, atribui-se-lhe competências para *“a orientação geral e a fiscalização dos Tribunais Judiciais, Administrativos e Fiscais e Aduaneiros, bem como do Tribunal militar de Instância e de organismos de regulação de conflitos; b) a superintendência no funcionamento das secretarias judiciais”*.

5.4. A questão a determinar é se o facto de o Vice-Presidente ser um membro laico do Conselho pode atingir a independência dos tribunais e as garantias de independência dos magistrados judiciais atendendo aos poderes que têm em matéria de gestão administrativa e financeira dos tribunais e de nomeação, colocação, transferência, desenvolvimento na carreira e disciplina dos magistrados judiciais e outros recursos humanos afetos aos tribunais.

5.4.1. Antes de tudo, deve-se considerar que um vogal eleito pela Assembleia Nacional não será um comissário da mesma no Conselho Superior da Magistratura Judicial, não será veículo de controlo dos partidos políticos que apoiaram a sua eleição no parlamento nacional e tão-pouco terá *a priori* qualquer postura necessária de constrangimento da independência dos magistrados judiciais e dos Tribunais. Outrossim, são, em tese, indicados em razão da sua capacidade própria para integrarem, de boa-fé, perspectivas diversificadas que podem existir na sociedade sobre a justiça em matérias que sejam da competência do Conselho Superior da Magistratura Judicial.

5.4.2. Posto isto, enquanto tal, como já se disse várias vezes ao longo deste acórdão, não há a mais remota possibilidade de um Vice-Presidente poder ter uma atuação que cause tal efeito. É que, apesar do Vice-Presidente ser uma entidade importante para os efeitos que se pretende, mas de mera coadjuvação do Presidente, não possui poderes próprios que pudessem ser usados à margem da vontade desta entidade e mais ainda do Plenário, a unidade principal do Conselho.

5.4.3. Assim sendo, somente poderá exercer alguma influência a partir do momento em que o faça no próprio plenário, órgão que realmente tem os poderes que podem interferir com as questões supramencionadas. Isso atendendo que fazem parte das suas atribuições, conforme o artigo 29 da sua lei orgânica *“a) Nomear, colocar, transferir, proceder ao desenvolvimento na carreira, apreciar; o mérito profissional, exercer a ação disciplinar e, em geral, praticar todos os actos de idêntica natureza respeitantes a magistrados judiciais; b) Nomear o Inspector Superior Judicial e os demais Inspectores Judiciais e superintender no Serviço de Inspeção Judicial; c) Proceder à nomeação do Secretário do CSMJ; d) Gerir os recursos financeiros e materiais dos tribunais; e) Superintender no funcionamento das secretarias judiciais; f) Nomear, colocar, transferir, proceder ao desenvolvimento na carreira relativamente aos Oficiais de Justiça e demais funcionários das secretarias judiciais; g) Apreciar o mérito profissional e exercer a ação disciplinar sobre os oficiais de justiça e demais*

funcionários das secretarias judiciais, sem prejuízo da competência atribuída aos juízes; h) Aprovar o plano anual de inspecções; i) Ordenar inspecções, sindicâncias e inquéritos aos serviços judiciais; j) Promover a formação e o aperfeiçoamento profissional dos magistrados judiciais e dos funcionários das secretarias judiciais, e elaborar o correspondente plano de formação; k) Designar os juízes substitutos, sob proposta dos titulares, nos termos da lei; l) Processar e julgar as suspeições opostas a qualquer dos seus membros em processos da sua competência; m) Emitir parecer, quando solicitado, sobre os projectos de diplomas legais relativos à organização judiciária, ao estatuto dos magistrados judiciais e, em geral, sobre matérias relativas à administração da justiça; n) Estudar e propor ao Governo, através do Ministro da Justiça, providências legislativas com vista a eficiência e ao aperfeiçoamento das instituições judiciárias e sobre o Estatuto dos Magistrados; o) Elaborar e aprovar o regulamento interno do Conselho; p) Elaborar e aprovar os projectos de orçamento anual do CSMJ; q) Aprovar os projectos de orçamento anual dos tribunais judiciais; r) Afectar juízes aos juízos em função da quantidade de processo distribuídos aos tribunais, com vista a uma melhor operacionalidade dos serviços; s) Estabelecer prioridades no processamento de causas, que se encontrem pendentes nos tribunais por período considerado excessivo, sem prejuízo dos restantes processos de carácter urgente e salvaguardado o princípio da independência do tribunal e dos seus juízes; t) Exercer as demais funções previstas no presente Estatuto ou conferidas por lei”. E ainda as previstas pelo artigo 30, isto é de “Dar orientação geral e fiscalizar a actividade dos tribunais judiciais, administrativos e fiscais e aduaneiros, bem como do Tribunal Militar de Instância e de organismos de regulação de conflitos; b) Colaborar com o Governo em matéria de execução de política da justiça”.

Mas, isto é possibilidade aberta a qualquer membro de um órgão colegial, num quadro em que a pluralidade é, para além de elemento objetivo auxiliar para uma adequada prestação do órgão administrativo, igualmente elemento negativo, pois permite um controlo mútuo entre os membros do Conselho Superior da Magistratura Judicial. Todavia, mesmo este órgão, como é natural, atua legitimado e no quadro legal vigente, quadro legal bastante esmiuçado que segue, naturalmente, os condicionamentos constitucionais que estabelecem garantias objetivas, nomeadamente com a utilização das fórmulas seguintes: “*em caso algum os juízes podem ser transferidos para circunscrição judicial diversa daquela em que desempenham funções, salvo se nisso expressamente consentirem, por escrito, ou a transferência assentar em razões ponderosas de interesse público, de natureza excepcional, devidamente perceptíveis e explicitadas em comunicação prévia*” (art. 222 (5)), e mesmo os dispositivos que remetem à lei inserem limitações nesta matéria, *maximé* o artigo 222 (4) (“*os juízes são inamovíveis, não podendo ser suspensos, transferidos, aposentados compulsivamente ou demitidos, salvo nos casos especialmente previstos em lei*”) e 222 (5) (“*os juízes não respondem pelos seus julgamentos e decisões, excepto nos casos especialmente previstos na lei*”).

Para além disso, é órgão integrado por uma maioria de magistrados judiciais, eliminando-se, *a priori*, que pudesse

haver dessa fonte atentados à independência dos tribunais ou dos juízes. E mesmo que houvesse, sempre haveria a possibilidade de um magistrado lesado nos seus direitos e interesses legítimos impugnar a deliberação junto ao Supremo Tribunal de Justiça. Portanto, nesta matéria, as garantias são suficientes, com *checks and balances* que afastariam a possibilidade de se congeminar que a independência dos juízes pudesse sair beliscada pela utilização indevida das competências do Conselho em matéria de nomeação, colocação, transferência, desenvolvimento na carreira dos juízes ou por via de exercício da ação disciplinar. Muito menos sê-lo-ia pelo fato do seu Vice-Presidente não ser magistrado que é o que releva para este desafio constitucional.

5.4.4. Não havendo a possibilidade de se construir os poderes do cargo e sequer do estatuto originário de membro do Conselho Superior da Magistratura Judicial eleito pela Assembleia Nacional como podendo remotamente afetar a independência dos tribunais ou até dos juízes no atual quadro legal, quedaria presente uma única possibilidade. A de o Vice-Presidente poder substituir, como seria natural, o Presidente do órgão, assumindo poderes que pudessem facilitar ações de condicionamento da independência dos juízes ou dos tribunais. Porém, tratar-se-ia de um exercício igualmente problemático porque, desde logo, a Lei não prevê que o Vice-Presidente seja o substituto do Presidente. Naturalmente, não há um impedimento absoluto, de acordo com a lei que o seja, mas, sendo-o, os poderes que são próprios do Presidente não lhe facultariam qualquer tipo de conduta que pudesse atentar contra a independência dos tribunais e dos juízes, tratando-se de atribuições de natureza executiva, administrativa e de representação. Acresce que o *Regulamento Interno do Conselho Superior da Magistratura Judicial* no seu artigo 10 (2) (aprovado por deliberação de 25 de outubro de 2013 e publicado no *B.O. da República de Cabo Verde*, II Série, 8 de Abril de 2014, pp. 539-543), interpretando os termos da lei, afastou mesmo essa possibilidade, estipulando que “*o Presidente é substituído nas suas ausências e impedimentos pelo membro juiz mais antigo do CSMJ e, caso houver juízes com a mesma antiguidade, pelo mais antigo na função*”.

Não caberá nesta sede fazer um pronunciamento sobre isto, mas somente dizer que, mesmo que fosse possível ao Vice-Presidente ser Presidente nos casos de ausência ou impedimentos do titular, a única forma de ter a possibilidade, e ainda assim mínima de atingir a independência de tribunais e magistrados judiciais, seria de o Presidente ter recebido por via de delegação de poderes prevista pela alínea d) do artigo 33 da Lei Orgânica. Todavia, essa possibilidade seria tão remota porque requeria uma conjugação tão improvável de ânimo do substituto, situação de impedimento ou ausência do titular, delegação de poderes em relação à função específica e previsão legal. E, mesmo estando todos esses elementos presentes, ainda teria que contar com uma possível revogação de poderes pelo Plenário em reunião que, por aplicação do artigo 14 do *Regulamento Interno do Conselho Superior da Magistratura Judicial* e do número 3 do artigo 13 da regime geral de organização e funcionamento da administração pública central, aprovado pelo *Decreto-legislativo nº 2/95*, de 20 de Junho (*B.O. da República de Cabo Verde*, I Série, nº 19, pp. 1-10), teria que convocar a pedido de um terço dos vogais. Mais: mesmo que,

por hipótese remotíssima, tal possibilidade acontecesse, dispõe o artigo 32 da Lei Orgânica do Conselho Superior da Magistratura Judicial que *“das decisões do CSMJ cabe impugnação contenciosa para o Supremo Tribunal de Justiça”*.

Destarte, não haveria qualquer possibilidade de a figura do Vice-Presidente poder afetar a independência dos tribunais e/ou dos magistrados judiciais, devendo, assim, descartar-se esta possibilidade para infirmar a norma impugnada.

VI – Os poderes presidenciais ficam inibidos pelo facto de um conselheiro que nomeia não poder ser eleito como Vice-Presidente do CSMJ?

6. 1. A possível inibição dos poderes presidenciais não fazendo parte do pedido, é sugerida pelo Senhor Procurador Geral da República, quando sustenta na sua douda peça que *“como é evidente, nos termos do artigo 8 da mencionada Lei n.º 90/VII/2011, o Presidente da República pode, num primeiro momento, escolher um juiz para integrar o CSMJ e, num segundo momento, designar um outro juiz Presidente do citado órgão do governo da Justiça”*, o que, no seu entender, *“significa que se tal vier a acontecer, o juiz designado membro do CSMJ pelo Presidente da República não poderá ser eleito Vice-Presidente do mesmo órgão”* (f. 5).

6.2. Naturalmente, os poderes do Presidente da República decorrem da natureza das suas funções, conforme arroladas pelo artigo 125 da Constituição da República, ou seja, de ser o *“garante da unidade da Nação, da integridade do território, e da independência nacional, e vigia e garante do cumprimento da Constituição e dos tratados internacionais, representante interno e externo da República e Comandante Supremo das Forças Armadas”*, espelhando-se grosso modo no compromisso que assume face à Nação, por via de juramento, de *“defender, cumprir e fazer cumprir a Constituição, observar as leis e garantir a integridade do território nacional”*.

Traduzem-se no que prevê genericamente o artigo 135 e especificamente o artigo 136 no domínio das relações internacionais. Seria um exercício desnecessário analisar prioritariamente esta questão a partir de um eventual prisma de avaliação dos poderes que resultassem de uma função primária e de funções acessórias do Presidente da República que levasse ao seu escalonamento. Mais avisado será começar pela verificação das suas competências em relação ao Conselho Superior da Magistratura Judicial, concretamente previstas nas alíneas l) e m) do artigo 135, de *“nomear um juiz para o Conselho Superior da Magistratura Judicial”* e *“nomear o Presidente do Conselho Superior da Magistratura Judicial, sob proposta deste órgão”*, soluções que reaparecem no número 5 do artigo 223, de acordo com o qual *“o Conselho Superior da Magistratura Judicial é composto por nove membros, sendo: a) um juiz designado pelo Presidente da República; (...)”*, e número 6, prevendo-se que *“o Presidente do Conselho Superior da Magistratura Judicial é designado pelo Presidente da República, de entre os juizes que dele fazem parte, mediante proposta dos restantes membros desse órgão, (...)”*.

6.3. Em relação ao magistrado judicial, que é mencionado na peça, o que interessa é o juiz nomeado pelo Presidente da República para integrar o órgão, que não poderia ser eleito pelos restantes vogais como Vice-Presidente. É preciso avaliar se, de alguma forma, isso pode levar a uma inibição constitucionalmente ilegítima dos poderes presidenciais. Para se avaliar esta questão é preciso

verificar, primeiro, a ligação entre o poder concreto do Presidente e a questão específica, não se podendo considerar que faça parte daquele rol de competências presidenciais que fazem parte do seu núcleo de poderes sem os quais o papel constitucional que lhe foi reservado de defesa da Constituição, de garantia da unidade da nação, da unidade e integridade do território nacional, de representação da República, de estabilização do sistema político e social, seria amputado de um dos seus elementos vitais essenciais. Apesar do seu estatuto constitucional indiscutível e da sua importância, permitindo que o Presidente da República para a gestão do sistema judicial e, através da escolha de um magistrado com perfil que entenda adequado, possa exercer alguma influência na forma como genericamente o Conselho é conduzido, não seria propriamente algo que tenha que ser lido como um dos poderes essenciais desse órgão de soberania, uma extensão natural e incontornável ao nível dos poderes da função presidencial no nosso sistema político-constitucional, que levasse a alguma conclusão de inibição dos poderes e posição institucional do Presidente da República pelo facto de não poder ser o seu escolhido como Vice-Presidente do Conselho Superior da Magistratura Judicial.

Segundo, mesmo que assim fosse e não é, nesta matéria o importante seria analisar qual é a competência concreta do Presidente nesta matéria. É, conforme a própria Constituição, de *“nomear um juiz para o Conselho Superior da Magistratura Judicial”*. Assim sendo, esta parece se consumir com a nomeação de um juiz como membro do Conselho, sabendo de antemão que está perante um órgão colegial, no qual ele terá paridade em relação aos restantes integrantes, e integrará o órgão ao qual inevitavelmente se atribuíram os poderes principais, nomeadamente de carácter deliberativo, do órgão. Neste sentido, o facto dele não poder ser Vice-Presidente em nada belisca os poderes presidenciais, até porque mantém a possibilidade de ser Presidente, o principal cargo singular do Conselho Superior da Magistratura, cuja competência de nomeação é do próprio, ainda que precedida de proposta do Conselho Superior da Magistratura Judicial, devendo recair somente sobre um membro que seja magistrado judicial.

Terceiro, por aquilo que já se descreveu, o poder concreto do Vice-Presidente do CSMJ, enquanto tal, é tão diminuto, que estaria muito longe de a presente situação poder ser construída como sendo passível de levar a uma inibição material ou sequer simbólica dos poderes presidenciais e o exercício das suas funções constitucionais.

VII. Da decisão

Pelo exposto, os Juizes Conselheiros do Tribunal Constitucional, acordam em Plenário, por unanimidade, não declarar a inconstitucionalidade da norma do n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 90/VII/2011, de 14 de fevereiro.

Registe, notifique e publique.

Praia, 21 de abril de 2016.

Assinados:

José Pina Delgado (Relator), *Aristides Raimundo Lima* e *João Pinto Semedo*.

Está conforme.

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, na Praia, aos 29 de abril de 2016. – O Secretário, *João Borges*.



I SÉRIE
**BOLETIM
OFICIAL**

Registo legal, nº 2/2001, de 21 de Dezembro de 2001

Endereço Electronico: www.incv.cv



Av. da Macaronésia, cidade da Praia - Achada Grande Frente, República Cabo Verde
C.P. 113 • Tel. (238) 612145, 4150 • Fax 61 42 09
Email: kioske.incv@incv.cv / incv@incv.cv

I.N.C.V., S.A. informa que a transmissão de actos sujeitos a publicação na I e II Série do *Boletim Oficial* devem obedecer as normas constantes no artigo 28º e 29º do Decreto-Lei nº 8/2011, de 31 de Janeiro.