



# BOLETIM OFICIAL

## ÍNDICE

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

#### Acórdão n.º 7/2017:

Proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 2/2016, em que é recorrente Maria de Lurdes Gomes Ferreira e recorrido o Supremo Tribunal de Justiça. .... 898

#### Acórdão n.º 8/2017:

Proferido nos autos de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade n.º 9/2015, em que é recorrente a Sal Hotéis, S.A. e recorrido o Supremo Tribunal de Justiça. .... 903

#### Acórdão n.º 9/2017:

Proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 1/2017, em que é recorrente Martiniano Nascimento Oliveira e recorrido o Supremo Tribunal de Justiça. .... 925

#### Acórdão n.º 10/2017:

Proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 2/2017, em que é recorrente Adilson Danielson Barbosa e recorrido o Supremo Tribunal de Justiça. .... 929

#### Acórdão n.º 11/2017:

Proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 2/2016, em que é recorrente Maria de Lurdes Gomes Ferreira e recorrido o Supremo Tribunal de Justiça. .... 933

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Cópia:**

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 2/2016, em que é recorrente **Maria de Lurdes Gomes Ferreira** e recorrido o **Supremo Tribunal de Justiça**.

**Acórdão n.º 7/2017**

**(Maria de Lurdes Gomes Ferreira v. STJ,  
Pedido de Extinção de Instância por Inutilidade  
Superveniente do Processo)**

**I. Relatório**

1.1. Maria de Lurdes Gomes Ferreira, devidamente identificada nos autos em epígrafe e competentemente patrocinada por mandatária judicial, inconformada com o acórdão n.º 36/2016, do Supremo Tribunal de Justiça, que negou provimento a seu recurso veio, “*nos termos e para os efeitos do art.º 20º da Constituição da República de Cabo Verde e dos artigos 2º, 3º, 6º e 7º, n.º2, da Lei n.º 109/IV/1994*”, pedir amparo. Entende a recorrente que o seu direito a contrair matrimónio foi violado por aquele aresto que confirmou decisão que considerando estar-se perante forma processual inadequada para o fim pretendido não reconheceu a união de facto que terá mantido com o seu alegado companheiro falecido, Senhor José Lima, uma posição jurídica, na sua opinião, decorrente daquele direito fundamental.

1.2. O processo deu entrada no dia 11 de abril de 2016. Depois de devidamente autuado e registado sob o n.º 02/2016, no dia seguinte - 12 de abril - foi concluso a Sua Excelência o Sr. Presidente do Tribunal Constitucional, que proferiu o primeiro despacho. Nessa sequência ordenou-se a abertura de vistas ao Ministério Público nos termos do n.º 1, do art.º 12º, da Lei n.º 109/IV/94, de 24 de outubro.

Aquela alta entidade da República emitiu o seu parecer e, no final, pugnou pela rejeição do presente recurso porque, segundo fundamenta, primeiro, o recurso deve ter-se por intempestivo e, segundo, não resulta dos autos que a recorrente tivesse alegado a violação de um qualquer direito fundamental no processo e requerido a sua reparação.

1.3. Por despacho de 06/05/2016, foi designada a sessão a que alude o art.º 13º, n.º 1, da Lei n.º 109/IV/94, de 24 de outubro. Reunidos em sessão no dia 17 do mesmo mês, os Conselheiros decidiram, por unanimidade, através do Acórdão n.º 9/2016, de 17 de maio de 2016, Rel: JP Pinto Semedo, ordenar a notificação da recorrente para, no prazo de dois dias, sob pena de rejeição do recurso, corrigir, clarificar e completar a sua peça impugnatória, tendo a mesma procedido em conformidade.

1.4. Por despacho exarado a fls. 103 dos autos, foi designada nova data para a realização da sessão referida no n.º 1, do art.º 13º, da Lei n.º 109/IV/94, de 24 de outubro, o dia 23 de junho, pelas 09h30.

Depois dos debates e avaliação dos pressupostos processuais, os Juizes Conselheiros decidiram, através do Acórdão n.º 11/2016, Rel: JP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 43, 27 de julho de 2016, pp. 1418-1420 e na *Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional*, Praia, INCV, 2016, v. I, pp. 323-331, pela admissão do presente recurso de amparo, ocorrendo, conseqüentemente, a sua imediata distribuição.

1.5. Do sorteio realizado a 28 de junho coube a relatoria ao JC Pina Delgado.

1.6. Nos termos do artigo 18 da *Lei do Amparo e do Habeas Data* foi notificada a entidade requerida, o Supremo Tribunal de Justiça, para responder, optando a mesma por não o fazer.

1.7. E, em seguida, seguindo para vistas do Ministério Público, que, por meio do Senhor Procurador Geral da República, em douda promoção recebida a 5 de agosto, voltou a apresentar o seu entendimento sobre a admissibilidade de recursos de amparo. Naturalmente aplicando-o ao caso concreto, e para aspetos mais substantivos do recurso de amparo, considerou em síntese: primeiro, que o pedido não devia ter sido admitido, atendendo que não cumpre os pressupostos previstos pela Lei, nomeadamente, porque a requerente, na sua opinião, não terá dirigido pedido de reparação da violação arguida ao tribunal *a quo*; segundo, que, na hipótese de se o admitir [o que já tinha acontecido], deveria ser declarado improcedente por não ter sido violado direito, liberdade e garantia fundamental suscetível de amparo constitucional, atendendo que há um processo próprio para tal reconhecimento e o Tribunal *a quo* só pode deferir tal pretensão se formulada de modo processualmente próprio. Por conseguinte, promove que não tendo sido utilizadas as ações e as regras processuais adequadas e legalmente estabelecidas, não tendo o Tribunal se negado ao reconhecimento pretendido, o pedido da requerente não seria constitucionalmente amparável.

1.8. O Relator, nos termos dos artigos 21 e 22 (1) da Lei do Amparo submeteu o Projeto de Acórdão a 27 de março de 2017, tendo se seguido despacho do Juiz Presidente de 29 de março a marcar a sessão de julgamento para o dia 13 de abril.

1.9. Disso foi notificada a recorrente e o Ministério Público no dia 30 de março, todavia, na tarde anterior à data marcada realização dessa sessão de julgamento a que alude o artigo 22 da Lei de Recurso de Amparo e do Habeas Data, isto é, a 12 de abril, veio requerer desistência de instância, por requerimento de f. 137.

1.10. No dia seguinte, 13 de abril, e antes da realização do referido ato, o Relator, a quem o processo fora concluso, encaminhou o pedido a quem dirigido, decidindo-se adiar a sessão para se decidir o incidente e sendo-lhe incumbida a elaboração do projeto de acórdão.

1.11. A 19 de abril, o Relator submeteu, para efeitos de distribuição, o projeto de acórdão, o qual foi adotado pelo Tribunal por maioria (Acórdão n.º 6/2017, de 21 de abril, Rel: JC Pina Delgado publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 27, de 16 de maio, pp. 659-668), indeferindo

o pedido de desistência feito pela recorrente com base em argumentos que nele constam e que se recupera em parte (*infra*).

1.12. Na sequência, e ultrapassado o incidente, por despacho de 16 de maio, o Presidente do Tribunal Constitucional marcou sessão para 18 do mesmo mês com a finalidade de se decidir o pedido de amparo.

1.13. No dia 17, todavia, deu entrada um novo pedido da recorrente, cujo inteiro teor se reproduz: “*Notificada da audiência de julgamento para o dia 18.05.2017, vem pelo presente expor à V. Exa. que nos autos do processo de Reconhecimento da União de Facto n.º 154/2016, que correu termos no Juízo da Família do Tribunal Judicial da Comarca da Praia, foi proferida sentença que reconheceu post mortem a união de facto entre a Requerente e o de cujus. Assim o prosseguimento da presente instância tornou-se inútil. Assim, em abono da Economia processual e da inutilidade superveniente da lide, requer-se a extinção da presente instância*”. Junta, para o efeito um documento de 5 páginas datado do dia 18 de abril referente a decisão relativa a um processo de que é autora.

1.14. Nos termos da Lei, o Relator preparou e submeteu a decisão projeto de acórdão relativo ao incidente suscitado no dia 23 de maio.

Cumpre, atendendo a esses elementos, decidir o pedido.

## II. Fundamentação

2.1. O pedido da recorrente de extinção da instância baseia-se no facto de ter havido uma decisão do Juízo de Família e Menores a respeito de uma ação de reconhecimento de união de facto que intentou e fundamenta-se literalmente no princípio da economia processual e no instituto da inutilidade superveniente da lide.

2.2. Pode considerar-se que a recorrente tem legitimidade processual para suscitar o incidente, que se pode colocar este tipo de questão até ao início da sessão de apresentação do acórdão e que o Tribunal é competente, atendendo, inclusivamente, que já se havia adotado o entendimento de que “*(...) por motivos que convergem igualmente com a orientação de fundo em relação à possibilidade de desistência na fase terminal do processo, é que em tal momento, o mesmo, a partir do envio do projeto de acórdão, saiu, até fisicamente, das mãos do relator e passou a ser responsabilidade partilhada pelo Coletivo, com aquele a assumir um papel meramente ancilar de apresentação do projeto e de, caso a solução que propõe faça vencimento, definir a versão final do acórdão entretanto aprovado. Assim sendo, os incidentes suscitados depois desse momento deverão ser resolvidos por meio de uma decisão dos membros do Tribunal*” (1.2), uma orientação que é também aplicável, com as devidas adaptações, ao presente pedido. Portanto, em relação a uma eventual dúvida sobre a competência decisória originária nesta matéria já foi resolvida em decisão anterior ao adotar-se o entendimento de que cabe ao Coletivo.

2.3. Naturalmente, há, desde logo pelos efeitos de inibição que incidem sobre uma eventual decisão de mérito que este Tribunal venha a adotar, alguma similitude, além das

já mencionadas, com o pedido anterior que foi indeferido e que fixou um conjunto de orientações relativas ao entendimento da Corte Constitucional sobre o seu papel e a natureza dos processos que nele tramitam, que convém sublinhar pela sua possível aplicação ao caso vertente.

2.3.1. Primeiro, que o Tribunal Constitucional é um órgão judicial especial especificamente concebido para servir uma ordem objetiva de valores públicos que tem na sua base o indivíduo e que se assenta na dignidade da pessoa humana. Sendo instância de proteção da Constituição, da Democracia e dos Direitos, não pode ser concebida nem como jurisdição concorrente, nem alternativa e muito menos suplente em relação à ordinária. Dada à sua composição e natureza, incompatíveis com qualquer banalização, pressupõe-se que quando lhe sejam dirigidos pedidos, processos paralelos não estejam a tramitar em qualquer outra instância, nacional ou internacional, disso decorrendo que, se estiverem, serão irrelevantes para o mesmo.

2.3.2. Segundo, em razão da sua condição, qualquer processo da sua jurisdição tem, de forma mais ampla ou restrita, dimensão pública, fazendo referência precisamente aos valores da Comunidade Política sejam eles a garantia da supremacia da Lei Fundamental, a Democracia ou os diversos direitos fundamentais reconhecidos pelo legislador constituinte ou incorporados ao sistema. É o caso igualmente do recurso de amparo, o qual, não obstante ter também extensa dimensão subjetiva e individual, integra-se, no quadro constitucional e jurisprudencial, numa estrutura de proteção de direitos em que se coíbe a violação e confere-se tutela sucessiva de cada posição jurídica individual não só pela sua importância intrínseca, como também como meio de garantir a proteção e a sobrevivência do sistema objetivo de proteção de direitos fundamentais.

2.3.3. Terceiro, a natureza do processo constitucional é especial precisamente por isso. Destinando-se a criar mecanismos de proteção objetiva da Constituição e de tutela de direitos fundamentais, não se compadece com uma aplicação desajustada e acrítica de regras processuais concebidas para dirimir conflitos entre partes – lides no sentido estrito –, nomeadamente entre particulares. Outrossim, devem sempre partir das orientações presentes na Constituição, na Lei do Tribunal Constitucional e na Lei do Amparo e do Habeas Data definidas pelos juízes e completadas com as normas do Código de Processo Civil que sejam adequadas à sua natureza e que não sejam contrárias às grandes linhas que definem a sua essência.

2.3.4. Neste diapasão, se o novo processo civil cabo-verdiano já adotou o entendimento de que, em princípio, qualquer demanda deve culminar com uma decisão de mérito, não haverá qualquer dúvida que, tirando casos muito excecionais, por maioria de razão, o mesmo deve acontecer com as que tramitam perante a justiça constitucional, o que se aplica não só ao instituto da desistência que esteve em causa, como igualmente à alegada inutilidade superveniente da lide.

2.4. Contudo, há igualmente diferenças notórias, considerando que, de uma parte, ao contrário do pedido de desistência apreciado e indeferido por este tribunal, desta



feita, segundo arrazoa a recorrente, houve uma decisão de uma outra instância num sentido favorável às suas pretensões, e que, de outra, ancora-se num princípio objetivo de direito processual civil, o da economia processual, e um dos seus corolários, o instituto da inutilidade superveniente da lide, e não um direito subjetivo.

2.4.1. Em relação ao princípio da economia processual, no geral, pode considerar-se o seguinte:

A – É cabível nesta discussão, não obstante a necessidade desta Corte sempre fazer a devida arbitragem em relação à aplicação de institutos de processo civil aos recursos que estão debaixo de sua jurisdição, mormente a sua harmonização à natureza própria do Direito Constitucional. Até pelo facto de parcialmente ser uma manifestação do direito à tutela jurisdicional em tempo útil, seria de todo justificada a sua consideração. Assim sendo, não há nada que obste a que se estime o princípio da economia processual nesta esfera jurisdicional enquanto princípio objetivo de processo civil, que, naturalmente, se impõe ao julgador, que o deve ter em conta a par de outros princípios e interesses públicos aplicáveis. Ainda que não como direito subjetivo à economia processual, pelo menos nas dimensões em que seja autónomo em relação à supramencionada posição jurídica.

B – Nesta medida, o Tribunal deve considerar-se vinculado a um dever positivo de decidir uma questão que seja levada ao seu conhecimento no mais curto espaço de tempo possível e justificável e a um dever negativo de não realizar atos inúteis que possam contribuir de modo não razoável para postergar uma decisão judicial. Deve, contudo, ficar claro que, sendo um princípio, pela sua natureza, não é absoluto, desde logo pela necessidade de se respeitar nomeadamente o princípio do contraditório, o dever de se prolatar uma decisão devidamente fundamentada que a um tempo permita conhecer a sua justificação e viabilizar a definição dos contornos e conteúdo das normas constitucionais, e também de se analisar e decidir os pedidos decorrentes de direitos processuais dos recorrentes.

C – Naturalmente, em abstrato, levantar possível desdobramento do princípio da economia processual na sequência de dilação de tempo resultante de incidentes suscitados por um demandante de amparo não pode ser o fundamento para se extinguir a instância ao abrigo desse mesmo argumento que, no limite, leva a um *venire contra factum proprium*. Tal não pode, por conseguinte, ser imputado ao Tribunal e muito menos vinculá-lo. Em tal situação, a invocação do princípio da economia processual se pode ser entendida como uma forma de colaboração devida da parte com o processo, conforme reconhecido pelo Código de Processo Civil, afigura-se dificilmente compatível com o conteúdo abstrato do princípio.

D – Com os elementos específicos presentes, claro está que sempre se poderia dizer que caso o Tribunal deferisse o pedido de extinção da instância, haveria, até para si, poupança de tempo, e a tutela solicitada poderia ser assegurada de forma mais acelerada. Porém, na verdade, a decisão a respeito do pedido de amparo já podia ter sido tomada em meados do mês de abril, na data marcada para o julgamento. Como esta é caracterizada pela simples

apresentação do projeto de acórdão – que inclui o voto do relator – e dos votos dos restantes membros do coletivo, sem qualquer intervenção das restantes entidades que, porventura, entendam estar presentes, nomeadamente advogados, ministério público e demais interessados, caso a proposta do relator faça vencimento e tendo os fundamentos sido apresentados, a solução e respetivo embasamento seriam imediatamente conhecidos. Não fazendo vencimento, estando todos os votos redigidos, e devidamente apresentados, saber-se-ia igualmente se o amparo é concedido e os fundamentos da maioria. Haveria, neste caso, acesso ao acórdão - desta feita redigido por quem houvesse de substituir o Relator, nomeadamente o 1º Adjunto -, na semana seguinte.

Não fossem os incidentes que a recorrente – conforme sua interpretação do Direito e a estratégia que gizou para a proteção dos seus interesses – entendeu suscitar, a decisão já teria sido tomada, não se constituindo questão de economia processual que se possa impor ao tribunal, até porque, em razão do tempo, o aresto, em qualquer das duas situações em que suscitou incidentes, seria sempre adotado no dia seguinte ao da entrada na secretaria daqueles pedidos.

E - No concernente à poupança de atos processuais, com as devidas adaptações, o mesmo raciocínio se aplica, considerando que a proliferação dos mesmos neste processo não são imputáveis ao tribunal, mas à duplicação e agora triplicação de atos de requerimento, de análise e elaboração de projeto de acórdão, de conferência de julgamento, de finalização do acórdão, de notificação da decisão, de remarcação da sessão de apresentação do aresto e de notificação do mesmo ao Ministério Público e à recorrente. Não fazendo o Tribunal Constitucional, por desnecessário, qualquer juízo de valor sobre as opções processuais da recorrente, e partindo do princípio que decorrem de interpretação que faz da lei, da utilização dos direitos processuais que lhe assistem, e, desta feita, arguivelmente, imbuída de um espírito de colaboração com a Corte, o facto objetivo é que a proliferação de atos nesta fase final do processo em muito se deve a isso. Não sendo seguramente o que o Tribunal pretende materializar há muito, ou seja, a sessão de julgamento, em que singelamente se apresentam projeto de acórdão e cada juiz exterioriza o seu voto fundamentado, é que ampliaria de forma incompatível com tal princípio o número de atos processuais necessário para resolver a questão.

F – Aparentemente, o problema de fundo que ancora este pedido é o facto de a recorrente entender que já obteve tutela do direito, liberdade e garantia que pretendia por outras vias, nomeadamente perante a jurisdição ordinária. Naturalmente, o Tribunal toma nota do que diz a recorrente, mas reitera o que havia sublinhado no aresto anterior (Acórdão nº 6/2017, de 21 de abril, Rel: JC Pina Delgado). Em princípio, a conduta da mesma perante outras jurisdições só interessa para efeitos de avaliação de admissibilidade do recurso, atendendo ao princípio de base constitucional do esgotamento dos meios ordinários de recurso. Havendo, eventualmente vias processuais que pode seguir para a tutela desses mesmos direitos, depois de o pedido ser admitido, para efeitos do

princípio da economia processual simplesmente não pode ser considerado, a menos que a Corte estivesse disposta a aceitar a ideia de que do imperativo de aceleração processual pudesse decorrer a legitimação da propositura de ações e recursos paralelos com fundamentos diferentes, mas objetivos idênticos, dirigidos a instâncias distintas com o fito de ver qual dos pedidos é mais rapidamente decidido. Não é o caso.

G – Independentemente disso, o princípio da economia processual, que, como já se salientou, não é absoluto, não só tem que ser harmonizado com outros princípios constitucionais e processuais já salientados, como também com interesses públicos proeminentes, que se colocam também no caso concreto, nomeadamente o de se culminar um processo com uma decisão de mérito, o de proteger a ordem objetiva de proteção dos direitos por meio da definição do âmbito e do conteúdo das posições jurídicas emergentes e do desenvolvimentos de orientações jurisprudenciais. Estes, obviamente, do ponto de vista do Tribunal, nesta fase final do processo, sempre se imporiam em relação a possíveis benefícios para o sistema da extinção da instância que eventualmente decorresse do pedido feito pela recorrente.

H – Por conseguinte, não entende a Cúria Constitucional que seja justificado nesta fase decidir-se pela extinção da instância com fundamento em economia processual, o que não significa que não se possa discutir a possibilidade de tal efeito resultar do reconhecimento, como alega e pede a recorrente, de uma eventual “inutilidade superveniente da lide”.

2.4.2. A respeito deste instituto e a sua aplicação ao caso concreto destacar-se-ia o seguinte:

A – Se a questão, considerando o momento em que é colocada, é superveniente, já não se pode dizer que exista no sentido estrito da palavra lide na maior parte dos processos constitucionais. É facto que este instituto está previsto no Código de Processo Civil, nomeadamente no seu artigo 260 e) que a integra entre as causas de extinção da instância e o artigo 412, prevendo-se, neste último caso, que “*Quando a instância se extinguir por impossibilidade ou inutilidade da lide, as custas ficam a cargo do autor, salvo se a impossibilidade ou inutilidade resultar de facto imputável ao réu, que nesse caso as paga*”.

Por si só, este enunciado normativo reflete um aspeto importante. No processo constitucional é, no mínimo, duvidoso, que se esteja perante uma lide no sentido estrito da palavra, porquanto esta, na sua essência, é marcada por um conflito de interesses estribado numa pretensão resistida de uma parte por outra parte (na sequência autor e réu) em que o tribunal é chamado a intervir para dirimir, nos termos do artigo 3 do Código de Processo Civil, a contenda, não só porque não se pode reduzir o recurso de amparo a isso, ou seja, a mera controvérsia *inter partes*, como também porque o encaminhamento que a recorrente deu ao seu pedido, nomeadamente entendendo que se trataria de uma ação de reconhecimento de um estatuto interposta contra o Estado, mais disso se afastaria. Pelo que, inexistindo uma lide, no sentido jurídico do conceito, e, no mesmo sentido, instância nos moldes definidos pelo CPC,

por definição ordinária, entendemos que também a sua extinção não pode obedecer automaticamente aos parâmetros do processo civil, mas subordinar-se, antes de mais, à natureza do processo constitucional e aos seus institutos próprios.

Não havendo lide no sentido estrito da palavra, há indubitavelmente um processo, atendendo que se está perante uma sequência organizada de atos destinados a culminar com a prolação de uma decisão judicial, a sua meta. Portanto, o que eventualmente o Tribunal poderá discutir é uma inutilidade superveniente do processo, na dimensão de inutilidade da decisão judicial, na perspetiva de se saber, considerando certos factos que podem relevar, se se justifica ou não que, neste momento, prolate a sua decisão ou se, como requer a recorrente, deverá extinguir esta instância especial sem julgamento de mérito.

B – Por conseguinte, o decisivo será verificar se uma eventual decisão será, para efeitos da justiça constitucional, inútil, ou seja, conforme o *Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa*, Lisboa, Temas e Debates, 2003, t. II, p. 2128, sem “*serventia, préstimo, (...) que não vale a pena, que é baldado, infrutífero (...) incapaz de realizar qualquer coisa*”. Em princípio, atendendo à natureza específica do processo constitucional, dificilmente se consagraria situação em que se pudesse considerar de forma automática a inutilidade de uma decisão. Presume-se, outrossim, que o desenvolvimento e o culminar de qualquer processo constitucional com uma decisão de mérito é sempre útil. Contudo, admite-se que haverá situações em que se conclua pela inutilidade da continuidade de um processo, nomeadamente porque o seu desfecho releva-se incapaz de gerar qualquer fruto para o recorrente e concomitantemente porque ele é inócuo do ponto de vista institucional e social, portanto sem capacidade para produzir qualquer efeito na ordem objetiva de proteção de direitos.

C – A possível inutilidade superveniente deste processo em concreto, teria na sua base, segundo requerimento da Sra. Maria de Lurdes Ferreira, uma decisão proferida por um tribunal de instância a reconhecer união de facto que terá mantido com o falecido Sr. José Lima. Contudo, por mais interesse que normalmente lhe suscita e o mérito que o Tribunal Constitucional sempre atribui às decisões dos outros tribunais da nossa ordem jurídica, as quais procura acompanhar, em relação à que a recorrente apresenta em anexo ao presente pedido, não se reconhece a sua relevância para o presente processo constitucional. Isso mesmo na hipótese de tal decisão ter transitado em julgado, o que está longe de ser líquido – até pelo facto de não se ter juntado certidão nesse sentido – considerando a possibilidade de se interpor recurso no prazo de trinta dias. Pelo contrário, mesmo que se parta do princípio de que o mandado de notificação da decisão assinada pelo Ilustre Juiz do Tribunal de Família e Menores do Tribunal da Comarca da Praia tenha sido cumprido no mesmo dia em que exarado, ou seja, a 19 de abril, considerando a suspensão de contagem em sábados, domingos e feriados, o *dies a quem* seria, no mínimo, o futuro dia 1 de junho, que, ainda, por ser feriado, passaria para o primeiro dia útil seguinte.

Não obstante, isso não é relevante. O Tribunal já tinha manifestado nestes mesmos autos posição no sentido de

que as iniciativas judiciais promovidas pela recorrente paralelamente ao processo que tem em mãos para decidir não lhe interessam para efeitos práticos. Já avaliou as decisões da jurisdição ordinária que devia no momento em que analisou os autos e decidiu-se pela admissibilidade do pedido. Mesmo assim, caso isso tivesse alguma relevância para esse processo, e não tem, o encaminhamento de tal decisão dificilmente determinaria a inutilidade superveniente deste processo.

Porque, do ponto de vista da recorrente, poder-se-ia seguir, grosso modo, duas vias: ou insistir nos argumentos de que o modo correto de se intentar a ação de reconhecimento *post mortem* de união de facto é colocar o Estado na posição passiva e que o pedido deve ser o de reconhecimento de um estatuto de unido de facto depois da morte de um convivente, o que significaria que ainda há interesse — mesmo recortando o conceito de forma limitada aos interesses da recorrente —, em decidir-se a questão constitucional incidente, atendendo que a ordinária já fora decidida, constituindo caso julgado, e ainda que, retrospectivamente, se viesse a mostrar que, afinal, as vias ordinárias de recurso não tinham sido propriamente esgotadas; ou, alternativamente, como é a hipótese mais óbvia e provavelmente a única viável, seguir via processual diferente da anterior, o que, mais uma vez, deixaria intacto o interesse em decidir, já que subsistiria a questão de se saber se, de facto, viola algum direito, liberdade e garantia um tribunal indeferir uma ação de reconhecimento de união de facto pelo facto de a parte ter indicado entidade que, na sua opinião, não pode figurar no polo passivo da mesma — o Estado — e para efeitos de reconhecimento póstumo de um estatuto geral de unido de facto.

E é esta a questão que a recorrente trouxe a este Tribunal, quando sustentou na conclusão da sua peça impugnatória que *“a única entidade com capacidade judicial, legal e institucional para a legalizar [a união de facto], se nega a prática[-la], invocando-se parte ilegítima. F. Ora, se não for o Estado a reconhecer o Estado das pessoas quem o fará?”* (f. 4). Não tendo a decisão da justiça ordinária à qual se imputa a violação de direito, liberdade e garantia incidido sobre o preenchimento ou não dos pressupostos do reconhecimento da união de facto, mas simplesmente sobre o encaminhamento processual escolhido pela recorrente, somente em relação a esta questão é que o Tribunal Constitucional se poderá pronunciar e qualquer amparo que venha a ser concedido a isso se limitará.

Assim, em qualquer hipótese, o amparo que a recorrente pede ao Tribunal Constitucional é, naturalmente, diferente do que poderia formular no processo que corre ou correu os seus termos junto do Juízo de Família do Tribunal da Comarca da Praia. Porém, do ponto de vista subjetivo quem saberá melhor se uma decisão relevar-se-á de alguma utilidade ou não é a recorrente, que, obviamente, atendendo ao pedido que faz, já precisou o seu entendimento. O Tribunal dá-se por satisfeito, sem embargo das considerações feitas, que para a recorrente o processo cessou de ter utilidade.

D — Todavia, mesmo admitindo, por mera hipótese, a existência de uma lide e de uma instância que se desenvolveu,

uma eventual decisão de ação de reconhecimento da união de facto não esvazia o objeto do presente Recurso de Amparo ao ponto de deixar inútil o processo para efeito de sua extinção sem julgamento do mérito e nem fica à disposição de um recorrente determiná-lo. Por conseguinte, não se pode constituir em fundamento para justificar uma pretensão de deferimento de pedido de extinção de instância por inutilidade da decisão porque mesmo que, por hipótese, inútil para a recorrente, pode, objetivamente, continuar a ser de grande utilidade para o sistema de proteção de direitos, do qual o Tribunal é também entidade de custódia.

Destarte, mesmo que, por consideração académica, fossem iguais o pedido e a causa de pedir, disso não decorreria inevitavelmente a inutilidade superveniente do processo, uma questão que deve ser determinada atendendo às circunstâncias de cada caso, levando-se em consideração nomeadamente o esforço que ainda o Tribunal teria que despender para resolver a questão face ao interesse público em se a decidir. No fundo, para que o Tribunal, em sede de processo constitucional, viesse a considerar a inutilidade superveniente de um processo em situação terminal ter-se-ia que estar praticamente perante cenário de ausência de qualquer interesse institucional ou social na prolação da decisão, por exemplo porque o Tribunal já apresentou de forma consistente a sua posição sobre a mesma matéria ou porque ela não tem qualquer impacto social, sendo questão meramente académica ou, *de per se*, marcada por notória vetustez.

Na situação concreta, o esforço adicional que se exigiria ao Tribunal é mínimo, atendendo que, conforme os autos, já há um projeto de acórdão e os juízes já estão preparados para decidir, seja no sentido proposto pelo Relator ou noutra que entendam mais adequado, fazendo-se necessário apenas a marcação da sessão de apresentação do acórdão e dos respetivos votos e inserir os ajustes necessários à versão final da decisão, ao passo que, como já se tinha decidido por meio do Acórdão nº 6/2017, de 21 de abril, Rel: JC Pina Delgado, os interesses públicos, nomeadamente sistémicos, institucionais e sociais da adoção de uma posição do Tribunal a respeito das questões suscitadas pelo recurso, são de notória relevância constitucional.

Primeiro, porque, naturalmente, a decisão permitirá, de forma geral, que o Tribunal possa determinar o âmbito, as fronteiras e conteúdo de direitos, liberdades e garantias importantes como são o de casamento e de constituição de família ou ainda de pronunciar-se a respeito de princípios prestigiados como o da solidariedade vertido para o número 3 do artigo 1º da Constituição, ou o do livre desenvolvimento da personalidade; segundo, atendendo que promoverá a discussão de aspetos importantes relacionados ao processo de amparo de grande repercussão em situações futuras e definir se a atuação concreta do poder judicial no caso que se trouxe ao seu conhecimento violou ou não os direitos, liberdades e garantias supramencionados, contribuindo desta forma para se estabelecer as bases para o tratamento de casos similares ou, no mínimo, para dar a conhecer aos membros da comunidade jurídica a sua posição nesse domínio; terceiro, visto que o impacto social prospetivo desta matéria é substancial, haja em vista que, conforme demonstrado por estatísticas sociais, trata-se de questão



que perpassa toda a sociedade cabo-verdiana. Mesmo considerando que o inquérito incidiu sobre a população com idade de doze anos ou mais, portanto abrangendo pessoas em faixa etária não-núbil, 23,8% da população identificou o seu estado civil como sendo de união de facto no *Inquérito Multi-Objetivos Contínuo 2014. Estatísticas das Famílias e Condições de Vida 2014*, Praia, INE, 2015, p. 28), o que demonstra a representatividade dessa forma de organização familiar em Cabo Verde.

E – Portanto, cabendo ao Tribunal decidir se, perante os argumentos apresentados pela recorrente, há inutilidade superveniente da decisão, em razão da avaliação feita, reitera-se o que já se havia considerado por meio do Acórdão nº 6/2017, de 21 de abril, Rel: JC Pina Delgado, e que se ajusta também à presente situação: chegados a este ponto, sendo negligenciáveis os esforços adicionais da instituição em termos de tempo, de esforço e desvio em relação a outras incumbências processuais, por um lado, e os importantes benefícios gerais de tal decisão, do outro, é de todo o interesse que o processo prossiga para sua fase terminal, culminando com uma decisão de mérito a respeito das questões colocadas nos autos.

### III. Decisão

Pelo exposto, os Juízes do Tribunal Constitucional indeferem o pedido de extinção da instância com fundamento em inutilidade superveniente da lide feito pela recorrente.

Registe, notifique e publique.

Praia, 25 de maio de 2017

*José Pina Delgado (Relator) - Aristides Raimundo Lima - João Pinto Semedo*

Está conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, na Praia, aos 26 de maio de 2017. – O Secretário, *João Borges*

Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade n.º 9/2015, em que é recorrente a **Sal Hotéis, S.A.** e recorrido o **Supremo Tribunal de Justiça**.

#### Acórdão nº 8/2017

**Acordam em Plenário do Tribunal Constitucional:**

#### I.

1. A recorrente «Sal Hotéis, S.A.», com sede na Vila de Santa Maria, Ilha do Sal, inconformada com o teor do duto acórdão nº 2/2015 e com a decisão recaída sobre a reclamação, através do acórdão nº 48/ 2015, do STJ, interpôs, no âmbito dos Autos Cíveis de Apelação nº 200/2012 (Impugnação Judicial Tributária 24/2009), recurso para o Tribunal Constitucional com os seguintes fundamentos:

a) A sentença do tribunal de instância, confirmada pelo acórdão recorrido, conferiu uma dimensão

interpretativa ao nº 2 do artigo 2º do Decreto-Lei nº 17/2004, de 27 de maio, segundo a qual a não apresentação, no mesmo ano fiscal do requerimento / declaração de não sujeição ao IVA, conduz à obrigatoriedade de as empresas hoteleiras pagarem ao tesouro o IVA nos contratos de prestação de serviços turísticos celebrados antes de 1 de Janeiro de 2004, ainda que a existência desses contratos resulte inquestionavelmente comprovada e que tal imposto não tenha sido efetivamente liquidado aos adquirentes de tais serviços»;

- b) Essa interpretação viola o princípio da justiça;
- c) A interpretação é desproporcional;
- d) A solução que resulta da norma com essa dimensão interpretativa viola a boa-fé;
- e) O procedimento da administração tributária ofende o princípio da transparência, que é um princípio com consagração constitucional.

2. A recorrente demonstrou, no plano subjetivo, ter legitimidade para recorrer.

3. No plano objetivo, a decisão é recorrível, foram esgotadas as vias de recurso ordinário, e o recurso foi tempestivamente interposto.

4. Sendo assim, ele foi admitido pelo Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional.

5. Instalado o Tribunal Constitucional, o processo seguiu os seus trâmites neste, tendo sido distribuído a 29 de outubro de 2015.

6. Por despacho do relator, foi notificada a recorrente para proceder às alegações nos termos do nº 4 do artigo 86º da Lei nº 56/VI/2015, de 28 de fevereiro, adiante LTC.

7. Nas suas duntas alegações, a recorrente formula o seguinte pedido: que «seja declarado inconstitucional o disposto nos números 1 e 2 do artigo 2º do DL nº 17/ 2004, de 20 de Maio, na dimensão interpretativa segundo a qual a não apresentação, no mesmo ano fiscal, do requerimento/declaração de não sujeição ao IVA, conduz à obrigatoriedade de as empresas hoteleiras pagarem o IVA ao Estado nos contratos de prestação de serviços turísticos celebrados antes de 1 de janeiro de 2004, ainda que fique inequivocamente demonstrada a existência de todos os pressupostos da vantagem tributária fixados por essa lei».

8. As alegações são sintetizadas da seguinte forma, na parte conclusiva:

- a) «O STJ, confirmando a sentença do TFAB, entende que é devido o IVA pelas empresas hoteleiras, nos termos do Decreto-Lei nº 17/2004, de 20 de maio, ainda que fique inquestionavelmente comprovado que tal imposto não teria lugar se o contribuinte tivesse apresentado o requerimento/ declaração de não sujeição;

- b) Para o STJ é irrelevante a existência objetiva de todos os pressupostos da vantagem tributária fixados por lei, pois que a relevância só poderia ser apreciada no mesmo ano fiscal e no quadro da declaração de não sujeição;
- c) Assim, o erro consubstanciado na omissão da declaração tem como consequência o pagamento do imposto que não seria devido, não liquidado aos clientes e, por isso, não recebido pela empresa hoteleira;
- d) Ora, com o devido respeito, entende a recorrente que essa interpretação impõe uma solução normativa que viola a Constituição da República, pois que o princípio da Justiça tem proteção constitucional, sendo aplicável a toda a atividade administrativa, nos exatos termos dos artigos 236º e hoje 240º da Constituição da República: A Administração Pública prossegue o interesse público, com respeito pela Constituição, pela lei, pelos princípios da justiça, da transparência, da imparcialidade e da boa-fé e pelos direitos e legítimos interesses dos cidadãos;
- e) A solução normativa que resulta da norma com essa dimensão interpretativa é ostensivamente desproporcional, logo injusta, face a um incumprimento de uma obrigação fiscal de apresentação de um requerimento/declaração na qual se deva manifestar a opção pela não sujeição, especialmente quando tal dimensão interpretativa manda desconsiderar a existência efetiva dos pressupostos legais essenciais da vantagem tributária;
- f) É injusto, porque desproporcional, impor, como reação, o pagamento do imposto que não seria devido, como se, afinal, o facto fosse típica e normalíssimamente tributável;
- g) Não podem fazer-se equivaler a conduta daquele que liquida ao adquirente do serviço o imposto devido, em conformidade com os critérios de incidência objetiva e subjetiva, recebe o pagamento e não faz a sua entrega e daquele outro que não liquida o imposto porque ele não era devido na ocasião da contratação, não cobra o imposto na prestação do serviço convencido da ilegalidade da cobrança e, por isso, não faz a sua entrega no cofre do tesouro;
- h) A solução normativa que resulta da norma com essa dimensão interpretativa é ofensiva ainda do princípio da boa-fé e da cooperação leal, com proteção constitucional, pois que recaía sobre a administração tributária, no quadro de um imposto novo, com uma mecânica manifestamente complexa, o dever de informar, de esclarecer e emitir instruções, nos termos do artigo 3º do mesmo diploma legal (DL 17/ 2004, de 20/5) e do artigo 20º do Código Geral Tributário vigente na ocasião, não cumprindo, pois, os seus deveres de administração tributária, mas aproveitando-se do erro, descuido ou desconhecimento e fragilidade dos contribuintes (num tributo novo com uma mecânica absolutamente complexa) para se locupletar com um imposto que, pelos pressupostos objetivos da isenção, não se mostrava substancialmente devido.;
- i) Por isso também a conduta da AT ofende o princípio constitucional da transparência na atividade administrativa»
9. Ouvida a parte recorrida no processo principal, esta contra-alegou o seguinte:
- a) A Sal Hotéis não fez nenhum requerimento dirigido ao Senhor Diretor-Geral das Contribuições e Impostos, solicitando a não sujeição do IVA relativamente aos contratos celebrados antes da sua entrada em vigor, o que se impunha, por força do disposto no Decreto-Lei nº 17/2004;
- b) O regime da não sujeição era uma opção que o contribuinte podia tomar, com todas as suas consequências;
- c) As consequências de a Sal Hotéis - SA, estar no regime de não sujeição seriam não só não ter a obrigação de liquidação do IVA nas suas operações ativas, mas também não ter o direito à dedução integral do IVA suportado;
- d) A Sal Hotéis- SA, sem ter solicitado a opção por esse regime especial, não liquidou o IVA nos contratos celebrados antes da entrada em vigor do IVA, assim como deduziu na íntegra o IVA suportado;
- e) A Sal Hotéis assumiu «in tutto» (sic!) a sujeição do contrato à tributação em sede do IVA, como ato regular de gestão dos órgãos da empresa;
10. A parte recorrida no processo principal concluiu, sustentando que o recurso não merece provimento, porque:
- a) A autoridade tributária se limitou a aplicar as normas de procedimento previstas no Decreto-Lei nº 14/2004, de 20 de maio;
- b) Não se encontra «perante uma situação de inconstitucionalidade no artigo 2º do Decreto-Lei nº 14/ 2004, de 20 de maio, sendo os procedimentos administrativos utilizados «constitucionais»;
- c) Não pode vingar a tese da recorrente no sentido de que houve violação dos princípios de justiça, da transparência e da boa fé e dos interesses legítimos dos contribuintes;
- d) A recorrente inverteu as regras de não sujeição, transformando uma situação de devedor de imposto, em «credor de imposto», deduzindo indevidamente o IVA que deveria ser entregue nos cofres do Estado no montante de 25.506.692\$00.
11. Terminados os vistos, o processo foi inscrito em tabela para julgamento, o que aconteceu a 30 de maio de 2017.



12. Aberta a audiência, o relator fez uma exposição sumária do objeto do recurso e, de seguida, procedeu à leitura do memorando sobre as questões fundamentais.

13. A senhora mandatária da recorrente e o senhor representante da Fazenda Pública discorreram doutamente sobre o projeto do memorando, tendo reafirmado as suas posições definidas na alegação e contra-alegação.

14. O digníssimo Procurador – Geral da República imediatamente a seguir procedeu, igualmente, às suas considerações, tendo-se pronunciado, na sua, também, douta intervenção, pela improcedência do pedido.

15. Após breves considerações do relator, o Tribunal reuniu-se em Conferência à porta fechada para discussão e votação.

## II.

16. O Tribunal Constitucional, antes de mais, considerou que a fiscalização concreta sucessiva da constitucionalidade em Cabo Verde pode incidir sobre normas ou resoluções de conteúdo material normativo ou individual e concreto, ou ainda sobre uma dada interpretação normativa que se faz de um certo preceito. A alínea a) do nº 1 do artigo 281º da Constituição da República reporta-se a decisões positivas de inconstitucionalidade ou decisões de acolhimento, quando dispõe que cabe recurso para o Tribunal Constitucional, das decisões dos Tribunais que recusem, com fundamento em inconstitucionalidade, a aplicação de qualquer norma ou resolução de conteúdo material normativo ou individual e concreto. A alínea b) do mesmo artigo incide o seu âmbito regulatório sobre as chamadas decisões negativas de inconstitucionalidade ou decisões de rejeição, quando prevê o recurso das decisões que apliquem normas ou resoluções de conteúdo material normativo ou individual e concreto cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada no processo.

17. O Tribunal, na sequência da audiência de julgamento, considerou que o objeto do recurso é uma interpretação do nº 2 do artigo 2º, em conjugação com o nº 1 do artigo 1º do Decreto-Lei nº 17/2004, de 27 de maio. O nº 2 do artigo 2º, como ficou claro, insere-se num «bloco normativo» que inclui não apenas o nº 1 do mesmo artigo, mas também o artigo 1º do citado diploma. Com efeito, o artigo 1º do diploma estabelece um regime de não sujeição à liquidação do IVA em relação a obras de construção civil, «cujos contratos de adjudicação hajam sido celebrados e iniciados anteriormente a 1 de janeiro de 2004. No seu número 2 (dois), dispõe-se que «os sujeitos passivos do IVA, titulares de um contrato para execução de obras de construção civil, podem requerer ao Diretor-Geral das Contribuições e Impostos a declaração de não sujeição desse contrato ao regime do IVA», desde que cumpridos certos requisitos. O nº 1 do artigo 2º, por seu turno, estatui que «os contribuintes sujeitos passivos de IVA, enquadrados no regime normal, detentores de certificado de utilidade turística válido, poderão optar pela aplicação do regime a que se refere o artigo 1º deste diploma relativamente aos contratos de fornecimento de bens e serviços de caráter continuado, celebrados em data anterior a 1 de janeiro de 2004, cuja duração não exceda doze meses por cada um

e tenham sido iniciados anteriormente àquela data». O nº 2 do artigo 2º do citado Decreto-Lei dispõe, entretanto textualmente o seguinte: «A opção a que se refere o número anterior deverá ser formulada em requerimento dirigido ao Diretor-Geral das Contribuições e Impostos, a apresentar na Repartição de Finanças da área fiscal do requerente, acompanhado dos elementos de prova da natureza, duração e requisitos dos contratos celebrados».

18. Segundo a recorrente, o Tribunal a quo e o STJ deram «uma dimensão interpretativa ao nº 2 do artigo 2º do Decreto-Lei nº 17/2004, de 27 de maio, segundo a qual a não apresentação, no mesmo ano fiscal do requerimento/ declaração de não sujeição ao IVA, conduz à obrigatoriedade de as empresas hoteleiras pagarem ao tesouro o IVA nos contratos de prestação de serviços turísticos celebrados antes de 1 de Janeiro de 2004, ainda que a existência desses contratos resulte inquestionavelmente comprovada e que tal imposto não tenha sido efetivamente liquidado aos adquirentes de tais serviços.

19. A questão que se coloca é se esta foi a interpretação do STJ. Dito de outro modo: será que tal interpretação serviu, no caso em apreço, como base da decisão do STJ? Ora, aparentemente o STJ teve a mesma interpretação do que o Tribunal a quo no que respeita ao bloco normativo em questão. Com efeito o acórdão nº 2 / 2015 considera, *ipsis verbis*, o seguinte: «O Decreto-Lei nº 17/ 2004, de 20 de maio surgiu exatamente para obviar as dificuldades que as empresas teriam nos contratos celebrados em momento anterior à vigência do IVA, mas com o desenvolvimento e execução efetiva no período da vigência deste imposto. O Decreto-Lei referido veio deixar às empresas a decisão de faturar ou não faturar o IVA. Se optarem pela sua não sujeição ao IVA de modo a não alterarem os contratos com os seus clientes deviam manifestar essa opção à Administração Fiscal acompanhada de elementos de prova da «natureza, duração e requisitos, etc.... dos contratos».

20. A segunda questão que se coloca é se a interpretação referida, isto é a busca do sentido das normas relevantes para a decisão do caso concreto, viola o princípio da justiça, previsto no nº1 do artigo 240º da Constituição.

20.1. Entendeu o Tribunal, antes de responder a esta questão importante, interrogar-se sobre a função dos impostos e o dever de os pagar, a posição da recorrente como sujeito passivo da relação tributária e o direito a requerer a não sujeição ao regime do IVA.

20.2. Com efeito, os impostos são elementos essenciais do sistema fiscal e visam a satisfação das necessidades e encargos públicos do Estado. Nos termos do nº 1 do artigo 93º da Constituição de Cabo Verde «o sistema fiscal é estruturado com vista a satisfazer as necessidades financeiras do Estado e demais entidades públicas, realizar os objetivos da política económica e social do Estado e garantir uma justa repartição dos rendimentos e da riqueza. Por seu turno, a importância e inevitabilidade do pagamento de impostos foram magistralmente cunhadas pela expressão do político e cientista americano do século XVIII, Benjamin Franklin, quando proferiu a seguinte frase: «Só há duas coisas absolutamente certas: morrer e pagar impostos». Nesta linha, não surpreende a ninguém

que a Constituição da República de Cabo Verde tenha estabelecido de forma clara entre as obrigações dos cidadãos, enquanto destinatários principais da ordem jurídica, o dever de pagar as contribuições e impostos estabelecidos nos termos da lei. Ora, tanto o Código do IVA vigente como o Decreto-Lei nº 17/ 2004, de 20 de maio foram aprovados nos termos da lei. Esta obrigação específica de pagar impostos não pode deixar de ser também um dever que incumbe naturalmente às pessoas coletivas privadas. Pela mesma razão que as pessoas coletivas privadas são também titulares de direitos fundamentais compatíveis com a sua natureza.

20.3. A recorrente é um sujeito passivo do Imposto sobre o Valor Acrescentado. O artigo 2º do Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado, aprovado pela Lei nº 21/VI/2003, de 14 de julho, alterado pela Lei nº 81/VIII/2015, de 8 de janeiro, dispõe que são sujeitos passivos do IVA « todas as empresas e demais pessoas singulares ou coletivas que: a) Sendo residentes ou tendo estabelecimento estável ou representação em território nacional, exerçam, de modo independente e com carácter de habitualidade, com ou sem fim lucrativo, atividades de produção, de comércio ou de serviços ... ». Nos termos do artigo 30º do Código Geral Tributário é obrigação do sujeito passivo efetuar o pagamento da dívida tributária. (Já o Código Geral Tributário anterior, aprovado pela Lei nº 37/IV/92, de 28 de janeiro, estipulava, no seu artigo 11º, que são sujeitos passivos das relações tributárias os contribuintes, incluindo os substitutos e responsáveis, bem como outras pessoas sobre as quais recaiam obrigações daquela natureza»). No caso em apreço, a «Sal Hotéis S.A.» funcionou como substituto tributário, qualidade que é regulada hoje pelos artigos 20º e seguintes do Código Geral Tributário. Ora, o substituto tributário é a entidade obrigada à retenção e responsável pelas entregas das importâncias retidas nos cofres do Estado<sup>1</sup>, havendo no direito cabo-verdiano um regime específico de responsabilidade do mesmo, plasmado no Código Geral Tributário (artigos 25º a 27º).

20.4. A recorrente poderia, entretanto, ter-se eximido à obrigação de pagar o Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA) nos contratos em causa, com base numa simples declaração de vontade nesse sentido dirigida ao Diretor-Geral das Contribuições e Impostos. A recorrente, que a 16 de abril de 2004, conforme consta dos autos (a folhas 18/07 e 19/07), chegou a enviar uma correspondência ao Senhor Ministro das Finanças e Planeamento a pedir a reformulação de um projeto de Decreto-Lei sobre «os Contratos de Operadores Turísticos» (presumivelmente o futuro Decreto-lei nº 17/2004, em referência), não podia ignorar o ato normativo governamental que resultou deste processo. Este ato normativo foi obviamente publicado no boletim oficial da República por força do disposto na alínea b) do nº 1 do artigo 169º da Constituição. Acresce que, nos termos do artigo 6º do Código Civil em vigor «a ignorância ou má interpretação da lei não justifica a falta do seu cumprimento, nem isenta das sanções nela estabelecidas». Ora, a recorrente é a principal responsável pela defesa do seu interesse empresarial. No âmbito da sua autonomia privada preferiu, contudo, não apresentar

o referido requerimento. Deste facto resultou um prejuízo para o Estado na cobrança de impostos, que são vitais para o funcionamento das instituições públicas e para a satisfação das necessidades dos cidadãos. O montante do prejuízo não é irrelevante.

20.5. O princípio da justiça é um princípio muito amplo, podendo funcionar em três planos: o plano da justiça legal, o plano da justiça extralegal e o plano da justiça supralegal. No primeiro caso, está-se perante uma pauta de valores incluída nas leis. No segundo trata-se da observância de um conjunto de critérios que obrigam as pessoas e que vão para lá do que se encontra nas leis. No terceiro caso, a ideia da justiça reporta-se a valores anteriores e superiores à lei e que vinculariam o próprio legislador<sup>2</sup>. Não é este o lugar para se desenvolver um debate amplo ou quiçá filosófico sobre a questão da justiça como um princípio dos princípios. Todavia, não se pode deixar de notar que não foram invocados critérios de aferição do justo que ultrapassem o quadro normativo positivo. Por outro lado, há que ter em conta que as jurisdições superiores ou constitucionais, dada a grande abertura do princípio e o seu carácter relativamente indeterminado, têm, no plano estritamente jurídico, sido muito prudentes quando se trata da aferição da validade das condutas da Administração Pública através de uma aplicação autónoma do princípio da justiça. Assim, o Supremo Tribunal Administrativo de Portugal, por exemplo, considerou que só se justificaria a intervenção fiscalizadora do Tribunal « nos casos de manifesta ou notória injustiça », quando se verificasse uma situação que « fira aquele mínimo ético de justiça que é património comum da consciência humana e social, isto é, em que o critério usado é manifestamente desacertado e inaceitável<sup>3</sup> ».

No caso em apreço, tratando-se em última análise de um ato da administração fiscal que está em causa, sem prejuízo dos desenvolvimentos posteriores a nível do sistema judicial, nomeadamente no sentido do indeferimento da pretensão da recorrente, encontramos no plano da aplicação do princípio da justiça a nível da administração e mais propriamente da administração fiscal. A administração fiscal, vale a pena lembrar, funciona na base do princípio da legalidade, incluindo esta quer a precedência da lei, quer a prevalência da lei face a atos regulamentares e administrativos.

Ora, no plano da administração, como ensinam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, o princípio da justiça significa essencialmente que a administração deve guiar-se na sua relação com os particulares pelo princípio da dignidade da pessoa humana, pelo princípio da efetividade dos direitos fundamentais e pelo princípio da igualdade e da proporcionalidade<sup>4</sup>.

Acontece, porém, e é fácil de perceber, que neste caso, tratando-se de uma empresa privada, não se encontra em causa a pauta da dignidade da pessoa humana, uma

<sup>1</sup>Diogo Freitas do Amaral: *Curso de Direito Administrativo*, Coimbra 2013, p. 130.

<sup>2</sup>Cfr. Acórdão do Pleno da Secção do Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo de 15 de março de 2001, processo 044018, in <http://www.dgsi.pt/jsta>.

<sup>3</sup>J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira: *Constituição Da República Portuguesa Anotada*, vol. II, 4ª edição, Coimbra, 2010, p. 802.

<sup>1</sup>Cfr. Diogo Leite de Campos / Suzana Soutelinho: *Direito do Procedimento Tributário*, Coimbra, 2013, p. 120.

vez que tal princípio não se aplica a pessoas coletivas privadas. <sup>5</sup>É ensinamento firme da teoria geral dos direitos fundamentais que as pessoas coletivas privadas não podem ser titulares de todos os direitos, mas apenas daqueles que sejam compatíveis com a sua natureza. Um dos aspetos da aplicabilidade dos direitos fundamentais de acordo com a natureza das pessoas coletivas é que «o direito fundamental em causa não pode partir de *qualidades naturais da pessoa humana*, que faltam a todas as pessoas coletivas»<sup>6</sup>.

É certo que o legislador ordinário cabo-verdiano tentou concretizar o princípio da Justiça no âmbito do Regime Geral de Organização e atividade da Administração, aprovado pelo Decreto-Legislativo nº 2/95, de 20 de junho. Aí, no artigo 6º, se regula o princípio em ligação com o princípio da imparcialidade ( nº 1) e o da igualdade ou não-discriminação ( nº 2). Concretamente, estatui este artigo o seguinte:

«1. A Administração Pública deve tratar de forma justa e imparcial todos os que com ela entrem em relação».

2. A Administração Pública não pode privilegiar, beneficiar, prejudicar, privar de qualquer direito ou isentar de qualquer dever nenhum administrado, designadamente em razão da ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social». Ora, não se vislumbra aqui qualquer violação do princípio da justiça, do princípio da imparcialidade, nem tampouco do princípio da igualdade, que, aflorado pela recorrente em momento anterior, de resto não foi sequer invocado nas doutas alegações finais perante o Tribunal Constitucional.

20.6. Inquirindo a dimensão procedimental do princípio da justiça, não vê este Tribunal onde é que haveria injustiça, se a nível do processo contencioso foi respeitado sempre o princípio do contraditório pelas diversas instâncias judiciais e a recorrente, como sujeito da relação processual, interveio ativamente no processo, exercendo todos os seus direitos. Acresce que, mesmo no âmbito do processo de elaboração do Decreto-Lei nº 17/2004, de 20 de maio, em sede de decisão governativa, a recorrente teve oportunidade de ser ouvida.

21. Outra questão sobre a qual o Tribunal se debruçou foi a seguinte: será que a interpretação viola o princípio da proporcionalidade, na sua tríplice dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*), relevante não só no quadro do exame de direitos fundamentais, mas também enquanto imperativo que deflui do princípio do Estado de Direito, previsto no artigo 2º da Constituição? A recorrente sustenta que foi violado o princípio da proporcionalidade, considerado por certos autores como um subprincípio do princípio da justiça, ao mesmo tempo que o princípio da boa fé.

Para responder a esta questão, o Tribunal Constitucional entendeu ser pertinente considerar em primeiro lugar a introdução do IVA em Cabo Verde enquanto reforma fiscal e a aprovação do Decreto-Lei nº 17/2004, de 20 de maio.

21.1. O Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA), foi introduzido em Cabo Verde através da Lei nº 14/VI/2002, de 19 de setembro de 2002, tendo na altura sido definido como «um imposto geral sobre o consumo, incidindo sobre as transmissões de bens e serviços realizadas a título oneroso, no território nacional, pelos sujeitos passivos agindo nessa qualidade» (artigo 5º). No nº 2 do artigo 5º dizia-se que «o IVA é um imposto de tipo plurifásico, não cumulativo, funcionando em geral pelo método indireto subtrativo, de forma a fracionar o pagamento pelos vários intervenientes do processo de produção e distribuição dos bens e serviços. A introdução do Imposto sobre o Valor Acrescentado em Cabo Verde constituiu um momento importante da modernização do sistema tributário em Cabo Verde. Segundo a estudiosa Clotilde Celorico de Palma, o IVA «é um caso de sucesso a nível mundial, depressa se tornando um imposto em moda, contagiando os distintos sistemas fiscais»<sup>7</sup>.

Atualmente, cerca de duzentos países a nível mundial fundaram o seu sistema de tributação das transações neste imposto.

Para a citada fiscalista, o «sucesso deste imposto deve-se fundamentalmente às suas características, em especial à generalidade e à neutralidade, obtidas através do chamado método de faturas, do crédito do imposto ou método subtrativo indireto»<sup>8</sup>.

Três são os aspetos que fazem do IVA um imposto particularmente virtuoso e apetecível : em primeiro lugar, o facto de se estar perante um imposto geral sobre o consumo, que « atuando através do método subtrativo indireto nas diversas fases do circuito económico, teoricamente apenas sobre o valor acrescentado de cada uma delas, provoca o chamado efeito de anestesia fiscal; em segundo lugar, o facto de ser bastante reditício»; em terceiro lugar, pelo facto de se tratar de um imposto de fácil administração, «dado o controlo cruzado efetuado necessariamente entre sujeitos passivos»<sup>9</sup>.

Em Cabo Verde, o IVA foi aplicado pela primeira vez em 2004, tendo a sua introdução, em 2002, sido preparada por uma Comissão específica para o efeito: a Comissão de Reforma da Tributação sobre a Despesa. Uma das medidas na altura tomadas pela Comissão foi a disponibilização de linhas telefónicas diretas através das quais a Comissão prestava «toda a informação», ao mesmo tempo que anotava as preocupações dos cidadãos<sup>10</sup>.

Os objetivos da reforma iam no sentido de garantir uma diminuição da carga fiscal na constituição dos preços, formatar um sistema tributário mais justo e equitativo, reduzir as taxas alfandegárias, substituir o imposto de

<sup>5</sup>Neste sentido, **Bodo Pieroth/ Bernhard Schlink**: *Grundrechte.Staatsrecht II*, 22ª edição, Heidelberg, 2006, p. 37. Cfr. **Os mesmos autores**: *Direitos Fundamentais.Direito Estadual II*, Lisboa 2008, p. 46.

<sup>6</sup>Cfr. **J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira**: *Constituição Da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª edição, Coimbra, 2007, p. 330.

<sup>7</sup>**Clotilde Celorico Palma**: *Introdução ao Imposto sobre o Valor Acrescentado Cabo-Verdiano*, Coimbra, 2014, p. 9.

<sup>8</sup>**Clotilde Celorico Palma**, ob.cit. p. 13.

<sup>9</sup>**Clotilde Celorico Palma**, ob.cit. p. 14.

<sup>10</sup>Notícia da *Panapress*, de 06 de janeiro de 2004.



consumo pelo IVA, i.a.. Todavia, a implementação podia criar dificuldades às empresas, caso se aplicasse aos contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei.

É neste quadro que foi aprovado o Decreto-Lei nº 17/2004, de 20 de maio.

Com este ato legislativo do Governo colocou-se na mão dos sujeitos passivos a possibilidade de, com o seu concurso, por via de um requerimento de não sujeição ao IVA, eliminar ou reduzir «os ónus indevidos modificadores dos termos do contrato», como se escreve no preâmbulo daquele ato legislativo.

21.2. Será que a exigência da lei no sentido da apresentação de um requerimento de não sujeição ao IVA, interpretada no sentido anteriormente referido pela recorrente, é desproporcional?

Em primeiro lugar, é preciso dizer que pedir o requerimento a uma empresa turística interessada para que o Governo possa deferir a não sujeição é uma medida adequada à prossecução do interesse público de uma tributação justa, porque permite que o Estado possa arrecadar as receitas daqueles que devem pagar o imposto nos termos da lei e exonerar aqueles que não devem pagar.

Em segundo lugar, a medida em si é necessária para se atingir o objetivo da arrecadação de receitas no quadro da lei. Por um lado, não se pode esquecer que a lei estabelece que os sujeitos passivos são obrigados a entregar às entidades competentes ... o montante do imposto exigível apurado nos termos dos artigos 18º a 22º e do artigo 65º do CIVA (Código sobre o Valor Acrescentado. Por outro, para se alcançar o objetivo público da arrecadação de receitas, mas também para que, ao mesmo tempo, o sujeito passivo pudesse defender o seu interesse, não se conhece um meio mais suave ou menos oneroso.

Em terceiro lugar, a medida não parece excessiva, pois apenas impõe um ónus a quem pretende beneficiar-se do regime da não sujeição. O benefício a obter pelo sujeito passivo seria sempre superior ao ónus de um mero requerimento previsto na lei. Mas mais, em geral todo o gestor prudente, sabendo que pode obter um benefício do Estado sem quaisquer encargos adicionais, optaria pelo benefício. Finalmente, este tipo de exigência ou ónus é de resto suportável para os sujeitos passivos do IVA, pois, como se sabe, nos termos da lei, estes sujeitos passivos do IVA estão adstritos a, pelo menos, cinco tipos distintos de obrigações: de pagamento (artigos 23º e 24º do CIVA e artigos 2º a 19º do Decreto-Lei nº 65/2003); declarativas (artigos 25º, 26º, 27º, 28º 29º 30º e 31º, 37º, 38º), de faturação (artigos 25º, 32º, 34º, 35º, 36º), contabilísticas (artigos 25º, 38º, 39º, 40º, 41º, 42º e 46º), de conservação de documentos (artigo 45º)<sup>11</sup>.

22. Embora a recorrente não tenha invocado o direito à propriedade privada nas suas alegações, a mesma beneficia de uma posição jurídica ativa, enquanto titular do direito à propriedade privada, previsto no artigo

69º da Constituição da República<sup>12</sup>. Obviamente que a interpretação no sentido de a recorrente ter de transferir uma quantia elevada a título de imposto, que devia ter sido cobrado por ela enquanto substituta tributária, pode levar à ideia de que a sua posição jurídico-patrimonial teria sido afetada. Todavia, há que ter em conta, por um lado, que quem suporta verdadeiramente o IVA do ponto de vista económico é aquele que, no caso concreto, adquire o serviço. É o que ensina o fiscalista Sérgio Vasques, ao dizer que o IVA é um imposto indireto, porque, «sendo por regra exigido do vendedor, o legislador pressupõe que através da repercussão sobre os preços ele acabe «indiretamente» por ser suportado pelo comprador, cuja riqueza se pretende afinal onerar»<sup>13</sup>. Tivesse a recorrente solicitado o benefício da não sujeição, ela não teria sido responsabilizada pela cobrança e transferência do montante do imposto. Por outro lado, admitindo-se, por hipótese, que haja uma certa afetação da situação jurídico-patrimonial da recorrente, não se pode deixar de reconhecer que foi ela a principal responsável pelo facto, ao não ter requerido o benefício da não sujeição ao IVA, que estava nas suas mãos fazer. Acresce que há que ter em conta que o direito à propriedade privada não é um direito absoluto, podendo, enquanto direito sujeito a um regime análogo ao dos diretos, liberdades e garantias<sup>14</sup>, ser restringido nos termos dos números 4 e 5 do artigo 17º da Constituição. Na operação hermenêutica não se pode descurar o valor constitucional do dever de pagar impostos, que tem base constitucional explícita e que, por isso, despoleta uma força específica no sentido da limitação da esfera dos direitos e liberdades, designadamente do direito à propriedade privada<sup>15</sup>. De resto, é relativamente pacífico na doutrina que os deveres fundamentais que são previstos nas Constituições de forma autónoma e no interesse das várias dimensões do bem comum surgem como restrições de direitos<sup>16</sup>. Neste sentido, Jorge Miranda, afirma que as normas prescritivas de deveres «duma forma ou de outra, acarretam (ou podem carretar) limites e restrições de direitos<sup>17</sup>». Ora, o potencial para a limitação de direitos, liberdades e garantias pelos deveres fundamentais talvez valha mais ainda para uma Constituição, como a cabo-verdiana, que, contrariando a tendência de algumas Constituições modernas e liberais revaloriza o lugar dos deveres na Constituição, ao prever um título inteiro, o título IV, da II Parte, dedicado aos deveres fundamentais.

Não se pode esquecer que a propriedade assume hoje em dia uma função central como base da liberdade das pessoas e que o direito à propriedade se reveste de um conteúdo próprio de direitos humanos. Mas, isto não significa que se deva ignorar, ou fazer *tabula rasa* das vinculações

<sup>12</sup>O nº 1 do artigo 69º dispõe o seguinte: «É garantido a todos o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição e da lei».

<sup>13</sup>Cfr. Sérgio Vasques: *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, 2015, p. 223.

<sup>14</sup>Não obstante a colocação no Título III da segunda parte da Constituição, relativa aos direitos e deveres económicos, sociais e culturais, o direito à propriedade privada é um direito ao qual se aplica um regime análogo ao dos direitos, liberdades e garantias (Veja-se o artigo 26º da Constituição).

<sup>15</sup>Cfr. José Casalta Nabais: *O dever fundamental de pagar impostos*, Coimbra 2015, p. 122 e seg.

<sup>16</sup>Em relação aos deveres que são estabelecidos *legalmente*, Michael Sachs fala de «*legitimationsbedürftige Einschränkungen der Grundrechte*» (restrições que exigem legitimação). Cfr. Sachs: *Grundgesetz*, 3ª edição, 2002, p. 52 (nota anterior ao artigo 1º, número de margem 59).

<sup>17</sup>Cfr. Jorge Miranda: *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 3ª edição, Coimbra, 2000, p. 77.

<sup>11</sup>Cfr. Clotilde Celorico Palma: *Introdução ao Imposto sobre o Valor Acrescentado Cabo-Verdiano*, Coimbra, 2014, p. 9.

sociais pressupostas ou definidas pela Constituição, como é o caso dos deveres fundamentais. No caso em apreço, o interesse público em arrecadar os impostos para a realização das diversas funções do sistema fiscal acima referidas deve prevalecer perante uma eventual afetação da propriedade privada, que, não sendo despicienda, não é tão preponderante, até porque esta eventual afetação só aconteceria porque, como já se viu, a recorrente não apresentou o seu requerimento de não sujeição ao IVA.

A arrecadação de impostos é fundamental em Cabo Verde se este país quiser cumprir a sua Constituição Económica, como deve, e seguir a aposta no desenvolvimento de um Estado fiscal (*Steuerstaat*), como se tem defendido modernamente, isto é, de um Estado que se financia basicamente ou predominantemente através de impostos e de tributos unilaterais<sup>18</sup>. Todos sabem que o país é desprovido de grandes recursos naturais como o petróleo, o ouro ou o diamante. Nele vigora uma economia de base privada, em que o Estado não é o dono da economia e as principais fontes de ingresso financeiro são as receitas fiscais, as receitas não fiscais e particularmente os ingressos provenientes da ajuda para o desenvolvimento. O caminho para o Estado fiscal moderno está aberto, mas ainda é bastante exigente<sup>19</sup>. Basta lembrar o seguinte quadro: em 2006, no âmbito das receitas correntes previstas (mais ou menos 24 milhões de contos), cerca de 21 milhões de contos foram receitas fiscais, cerca de 3 milhões foram receitas não fiscais. O programa de investimentos públicos, que muito conta para o desenvolvimento, totalizou cerca de 19 milhões de contos. Ora, a fatia maior de receitas para o Programa de Investimento Público proveio da ajuda pública ao desenvolvimento, que alcançou cerca de 77% (à volta de 12 milhões de contos). Da ajuda pública para o Programa de Investimentos, 43% consistiram em donativos e 34% em empréstimos. Os recursos da ajuda orçamental totalizaram cerca de dois milhões de contos. Assim, enquanto, por um lado, se pode concluir que as receitas fiscais desempenham um papel determinante, papel que ficou relativamente reforçado com a introdução do IVA, por outro lado, considerando as necessidades efetivas do Estado, as receitas fiscais são de todo insuficientes, se pensar por exemplo em áreas como o combate ao desemprego e à pobreza, a justiça, a segurança ou o reforço do municipalismo. Na verdade, nota-se que as despesas de investimento têm ainda uma base de sustentação interna muito fraca, dependendo o país muito da ajuda externa. Por isso, as questões de arrecadação de receitas são questões de eminente interesse público que não podem ser desvalorizadas.

23. A recorrente alega que a interpretação do Tribunal a quo e a do STJ, que a confirmou, seriam contrárias ao princípio da boa fé.

Como é conhecido, o princípio da boa fé, que provem do direito romano, encontra o seu campo de eleição no Direito Civil, mas hoje em dia admite-se que ele é

aplicável em diversos outros ramos de Direito, incluindo o próprio direito fiscal. De todo o modo, a Constituição cabo-verdiana, como já se notou, prevê no nº 1 do artigo 240º, este princípio especificamente para o âmbito da Administração. Tradicionalmente, este princípio da *bona fides* ou, no direito germânico, *Treu und Glauben*, enquanto «fidelidade» (*Treue*), segundo a doutrina, «remete para as virtudes da confiança, do cumprimento da palavra dada e da lealdade<sup>20</sup>», enquanto *confiança* (*Glaube*) significa o acreditar (*Vertrauen*) na fidelidade da outra parte. Assim, boa fé (*Treu und Glauben*) significa «o princípio de uma conduta decente e atenciosa, a prescrição da consideração equitativa pelos interesses justos da outra parte». Além disso, ela inclui o princípio da proteção da confiança.

Em Portugal, por exemplo, a doutrina, representada por A. Menezes Cordeiro e D. Freitas do Amaral, vê a boa fé associada ao princípio da proteção da confiança, por um lado e, por outro, à ideia da materialidade subjacente aos problemas<sup>21</sup>. Segundo Freitas do Amaral, que remete para Menezes Cordeiro, a boa fé por um lado, «*determina a tutela das situações de confiança e por outro visa garantir a conformidade material – e não apenas formal – das condutas aos objetivos do ordenamento jurídico*»<sup>22</sup>.

Para se apurar se houve no caso em apreço a violação da boa fé, tal qual ela foi recortada impõe-se responder às seguintes questões: houve alguma deslealdade ou má-fé? Será que houve alguma palavra dada e que foi quebrada pela Administração fiscal enquanto intérprete institucional do «bloco normativo» em questão, e em especial dos números 1 e 2 do artigo 2º do Decreto-Lei nº 17/2004, de 20 de maio? Será que o tribunal de instância e o STJ, ao validarem tal interpretação, infringiram o princípio da boa fé? Houve com a interpretação sucessivamente realizada alguma conduta não coberta pela decência? Não nos parece!

O recorrente refere-se a uma injunção estabelecida no artigo 3º para que o Diretor Geral das Contribuições e Impostos emitisse as necessárias instruções para a execução eficiente do regime previsto no Decreto-Lei nº 17/2004. Mas, salvo o devido respeito, tal argumento não nos parece suficiente para inquirar o comportamento da Administração fiscal e a interpretação que ela fez do quadro normativo. Primeiro porque, quer a legislação do IVA em geral, quer o Decreto-Lei nº 17/2004, de 20 de maio são claros quanto às obrigações do sujeito passivo do IVA; segundo, porque em relação à questão de fundo o próprio recorrente tinha conhecimento não só do processo legislativo prévio que conduziu à elaboração da solução normativa, como também não podia ignorar a lei, tratando-se de uma questão que esteve na discussão pública; em terceiro lugar, porque a Administração fiscal, que, repete-se, está vinculada ao princípio da legalidade, limitou-se a aplicar a lei e a defender o interesse público constitucionalmente previsto da cobrança de impostos para o Estado, nos termos da lei; finalmente, em quarto lugar, não se vislumbra qualquer comportamento de má fé ou

<sup>18</sup>Sobre o conceito de Estado fiscal, cfr. José Casalta Nabais: *Estudos de Direito Fiscal*, Vol. III, Coimbra 2010, p. 115. Cfr. ainda, Helmut Siekmann, in *Sachs, Grundgesetz*, 3ª edição, 2002, p. 2092 (nota anterior ao artigo 104a, número de margem 44).

<sup>19</sup>Cfr. Alocução de Aristides R. Lima, in *Assembleia Nacional (Org.): Políticas fiscais, desenvolvimento sustentado e luta contra a pobreza*, Praia, 2007, p. 17. Veja-se ainda a Lei nº 1/VII/2006, de 3 de agosto, que aprova o Orçamento de Estado para 2006.

<sup>20</sup>Max Vollkommer, in Othmar Jauernig: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 9ª edição, Munique, 1999, p. 157.

<sup>21</sup>António Menezes Cordeiro: *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra, 2015, p. 1252 e segs.

<sup>22</sup>Diogo Freitas do Amaral: *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 2ª edição, Coimbra, p. 148.



não coberto pela decência por parte da Administração fiscal. Por outro lado, é claro que quer o tribunal de instância, quer o Supremo Tribunal de Justiça, com a sua interpretação, indeferindo a pretensão do recorrente, confirmaram a interpretação da Administração Fiscal. Mas tal não significa que tenham «homologado», na aplicação da lei, qualquer conduta desleal ou não coberta pela decência, pelo que não parece que tenham violado o princípio da boa fé.

No que respeita ao princípio da proteção da confiança, O Tribunal considera o seguinte. No caso em apreço, em nenhum momento ficaram demonstradas as premissas da proteção da confiança: uma situação de confiança criada pelo Estado, uma conduta de confiança tutelável ligada a essa situação, um desvio pelo Estado da base de confiança que frustra a confiança do particular.

Também, não se vislumbra no caso *sub judice* nenhum assomo de formalismo que ponha em causa o disposto na lei. O que aconteceu é que se fez pura e simplesmente uma aplicação da lei face aos factos concretos: exigia-se um requerimento do particular para que se pudesse reconhecer o regime da não sujeição. Tal não aconteceu e, portanto, aplicou-se o regime previsto na lei. Quer o Tribunal de instância, quer o STJ limitaram-se a aplicar a lei, procedendo a uma interpretação das normas que não feriu quaisquer parâmetros de interpretação jurídica. Deve-se, pois concluir que não há violação do princípio da justiça e de nenhum dos seus subprincípios, se é que se pode falar de subprincípios neste caso.

24. A recorrente também considera a interpretação como violadora do princípio da transparência.

Antes demais, convém esclarecer o entendimento de transparência. O Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa refere a transparência, designadamente, como «a qualidade ou condição do que é transparente»; «clareza», «limpidez», «evidência». Uwe Thaysen fala de «*Transparenz*» como «a transparência (*Durchsichtigkeit*) de uma organização de domínio («*Herrschaftsverband*») bem como dos processos de decisão nele realizados». Segundo este autor, a transparência teria várias dimensões: a) *A transparência de domínio*, entendida como transparência da execução do poder e da comunicação no âmbito do sistema político; b) *a transparência dos problemas*, no sentido do entendimento de matérias políticas objetivas e intenções; c) *a transparência de planeamento*, como comunicação da programática para o futuro; d) *A transparência histórica*, que gera conhecimento sobre concatenações históricas e de atualidade histórica<sup>23</sup>. A transparência está muito ligada à publicação dos atos do poder político e ao princípio democrático a que deve servir a Administração. Neste sentido, vale lembrar a afirmação de Norberto Bobbio de que «a democracia é o governo do poder visível ou o governo cujos atos se desenvolvem em público, sob o controle da opinião pública<sup>24</sup>». Isto, apesar de nem toda a atividade

do Estado ser regida pelo princípio da publicidade. Basta pensar nas matérias sujeitas ao segredo do Estado ou a segredo de justiça (alínea a) do nº 2 do artigo 147º da Constituição).

A alegação da violação da transparência fundamenta-se, aparentemente, no facto de a Administração Fiscal não ter cumprido o disposto no artigo 3º, isto é a injunção da emissão pelo Diretor Geral das Contribuições e Impostos das necessárias instruções para a execução eficiente do regime previsto no Decreto-Lei nº 17/2004. Sobre este aspeto convém referir que a Fazenda Pública foi notificada para fornecer a este Tribunal uma informação factual sobre a prática do cumprimento do disposto no artigo 3º do Decreto-Lei nº 17/2004, de 20 de maio e para o envio de texto ou textos que documentem a prática da emissão de instruções para a execução do regime do IVA previsto no Decreto-Lei já citado. Entretanto, o digníssimo representante da Fazenda Pública limitou-se a informar que «o Diretor Geral das Contribuições e Impostos não exarou qualquer despacho tendo como objeto a regulamentação dos procedimentos administrativos para a execução eficiente do regime previsto no referido diploma» (p. 354 dos autos).

No entanto, o facto de não ter havido aparentemente o cumprimento do disposto no artigo 3º do citado decreto-lei por parte do Diretor – Geral das Contribuições e Impostos não significa forçosamente que a interpretação realizada pôs em causa o princípio da transparência. Primeiro, é sabido que houve previamente à instauração do IVA a criação de uma Comissão para esclarecer dúvidas sobre a legislação, chegando a Administração Fiscal a ir ao ponto de identificar e divulgar, como se disse anteriormente, números de telefones disponíveis para receber chamadas dos cidadãos interessados. Segundo, houve em vários jornais do país artigos de esclarecimento sobre o IVA<sup>25</sup>; terceiro, foram noticiadas diversas reuniões de membros de Governo com a classe empresarial para tratar questões relacionadas com o IVA, como se pode verificar<sup>26</sup>. Acresce que, no caso em apreço, não se encontrava a Administração, propriamente, a relacionar-se com uma pequena empresa ou um pequeno contribuinte ignorante das suas responsabilidades perante o fisco. Por outro lado, as instruções referidas no artigo 3º do Decreto-Lei nº 17/2004, de 20 de maio, visavam mais procedimentos internos do que uma ação de informação externa generalizada.

A nível do poder legislativo governamental a transparência realizou-se através da publicação do Decreto-Lei nº 17/2004, de 20 de maio. Como se sabe, os decretos-leis são publicados obrigatoriamente nos termos da alínea b) do nº 1 do artigo 269º, sob pena de ineficácia jurídica. Já anteriormente a discussão sobre todo o pacote do IVA foi realizada no Parlamento, cujas sessões plenárias são públicas. Acresce que as leis que aprovam impostos em Cabo Verde são típicas leis reforçadas pelo procedimento, ou noutra aceção, leis com procedimento especial, devendo

<sup>23</sup>Cfr. Stefan Marschall: *Parlamentsreform.Ziele.Akteure.Prozesse.*, Opladen, 1999, p. 75. Cfr., igualmente, Uwe Thaysen: *Parlamentsreform in Theorie und Praxis. Zur institutionellen Lernfähigkeit des Parlamentarischen Systems, Eine empirische Analyse der Parlamentsreform im 5. Deutschen Bundestag*, Opladen, 1972, p. 86.

<sup>24</sup>Citado por Paulo Gustavo Gonet Branco, in: Gilmar F. Mendes/ Inocência M. Coelho/ Paulo Gustavo Branco: *Curso de Direito Constitucional*, 4ª edição, São Paulo, 2009, p. 884. Cfr. ainda Norberto Bobbio: *O futuro da Democracia*, 6ª edição, São Paulo, 1997, p. 84 e segs.

<sup>25</sup>O Caderno Cifrao do Jornal *A Semana*, por exemplo, de 21 de outubro de 2003 traz um artigo com o sugestivo título «Quem paga o IVA e quem é obrigado a entregar o IVA ao Fisco?» da autoria da especialista Norma Nuñez.

<sup>26</sup>O jornal *A Semana* de 12 de março de 2004, na sua página 10, noticia encontros entre o Secretário de Estado das Finanças e a classe empresarial.



ser aprovadas obrigatoriamente no plenário por maioria qualificada (alínea *r*) do artigo 176º, em conjugação com o nº 4 do artigo 60º da Constituição da República. Elas são igualmente publicadas no *Boletim Oficial* por força do disposto no citado artigo 269º.

Por outro lado, os atos administrativos praticados pela Administração Fiscal sobre a matéria em questão foram do conhecimento do recorrente, que aliás, por isso recorreu aos tribunais. Não há quaisquer elementos que apontem igualmente para uma violação do direito à informação fiscal, enquanto garantia do contribuinte, previsto com o conteúdo determinado no artigo 20º do anterior Código Geral Tributário, vigente na altura. Os tribunais por seu turno procederam à interpretação da lei no âmbito de um processo em que o recorrente é parte, tendo tido, como é normal, completo acesso aos autos, para além de ter sido notificado da sentença do tribunal de instância, de que recorreu legitimamente, bem como do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Assim, a interpretação em si não parece pôr em causa o princípio da transparência pelo menos para o interessado, que, quer a nível da Administração Fiscal, quer a nível judicial, sempre teve conhecimento das decisões pertinentes, a ponto de inconformado com elas, recorrer, a final, para este Tribunal Constitucional de uma alegada inconstitucionalidade da interpretação.

25. *Conclusão*: face à exposição feita verifica-se que a interpretação normativa do Supremo Tribunal de Justiça, de que recorreu a empresa «Sal Hotéis S.A.» não viola os princípios constitucionais da justiça, proporcionalidade, boa-fé e transparência, previstos na Constituição da República.

### III

Pelo exposto, os Juízes Conselheiros do Tribunal Constitucional, em Plenário, decidem:

a) Não julgar inconstitucional o disposto nos números 1 e 2 do artigo 2º do Decreto-Lei nº 17/ 2004, de 20 de Maio, interpretado no sentido de que a não apresentação, no mesmo ano fiscal, do requerimento de não sujeição ao IVA, conduz à obrigatoriedade de as empresas hoteleiras pagarem o IVA ao Estado relativamente aos contratos de fornecimento de bens e serviços de carácter continuado, celebrados em data anterior a 1 de janeiro de 2004, cuja duração não exceda doze meses por cada ano e tenham sido iniciados anteriormente àquela data;

b) Consequentemente negar provimento ao recurso.

Custas pela recorrente, tendo em conta o preceituado nos números 1 e 4 do artigo 94º da LTC.

Registe e notifique.

Cidade da Praia, 29 de junho de 2017.

Os Juízes Conselheiros

*Aristides R. Lima* (relator), *José Pina Delgado*, *João Pinto Semedo*

## DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO JC PINA DELGADO

### Resumo

*Com pena minha não poderei associar-me ao Acórdão em relação à decisão de não considerar procedente o pedido de fiscalização concreta da constitucionalidade feito pela recorrente, Sal Hotéis. Reconhecendo mérito à decisão da maioria pelo esforço feito de densificação ou aplicação de um conjunto de princípios importantes do nosso ordenamento jurídico-constitucional, creio que era uma oportunidade que se colocou ao Tribunal para conferir a tutela solicitada e temo que será um dos acórdãos que, coletivamente, marcará o desempenho deste Coletivo do qual, com muito orgulho, faço parte, mas que, na minha opinião, adotou abordagem que lhe levou a calibrar o seu aresto de modo diferente daquele que me parece mais acertado. Em síntese porque:*

*A – Primeiro, entendeu que uma norma que prevê, numa situação em que uma empresa, de forma descuidada, não coleta um imposto de consumo que deveria e que tem como consequência jurídica obrigação de entregar todo o valor não recolhido ao Fisco, não há violação do princípio da proporcionalidade. Isso mesmo considerando haver, em abstracto, alternativas muito menos afetantes que podiam ter sido previstas e aplicadas, e os efeitos de sacrifício extremo imposto ao particular, o que indicia claramente que se desconsiderou o efeito da drástica medida sobre as dimensões da necessidade e da justa medida do parâmetro constitucional da proporcionalidade;*

*B – Segundo, não considerou que o desfecho deste processo em relação a norma que impõe a entrega do valor que não foi efetivamente cobrado a um sujeito passivo, o recorrente, de um tributo com repercussão económica em relação a terceiros, pelo simples facto de não ter submetido um requerimento a pedir a sua não sujeição ao regime do IVA no tocante a contratos previamente firmados, dificilmente seria compatível com qualquer critério institucional e comunitariamente aceitável de justiça pública, determinação principiológica que deve ser levada a sério como diretriz geral de atuação da administração pública, mormente a fiscal;*

*C - Terceiro, mais amplamente, transmite um sinal pouco positivo a toda a Comunidade Jurídica, de que um órgão judicial vocacionado para a proteção dos direitos, o Tribunal Constitucional, faz uma abordagem em sede de juízo de constitucionalidade em que perante a invocação da necessidade da administração fiscal recolher impostos e de um conseqüente dever do cidadão pagar impostos, confere-se a tais prerrogativas públicas a natureza de super normas constitucionais que neutralizam precisamente a base que num Estado de Direito Democrático consagrador de uma economia de mercado um escrutínio com estas características deveria centrar-se: o direito à propriedade privada.*

*Explico-me melhor no seguimento desta declaração, cuja extensão se justifica em razão do tipo de processo, o de fiscalização concreta da constitucionalidade, que acaba por impor aos juízes o dever de apresentar o seu voto, o que pressupõe que já esteja esquematizado. Apesar de ter ponderado, com toda a atenção e interesse, os*

*raciocínios dos eminentes Colegas e a argumentação do douto acórdão, acabei por considerar que a abordagem utilizada e a solução preconizada não se harmonizam à minha filosofia constitucional e judicial, fazendo originar a necessidade de a apresentar e de a aplicar ao caso concreto e, assim, encetar um diálogo com a posição assumida pelo fundamentado aresto.*

### **1. Introdução**

1.1. Considerando que a Constituição é também filosofia política aplicada e positivada, devo começar por reconhecer a forma muito feliz e apropriada como a maioria começa o seu arrazoado com uma frase do famoso cientista, político e diplomata norte-americano, Benjamin Franklin, conforme a qual “*só há duas coisas absolutamente certas: a morte e os impostos*”, que é uma pérola do saber universal e vem, muito a propósito, considerada nestas discussões. Contudo, consideraria também relevante ainda para esta discussão outro trecho da célebre missiva que antecede à notável alocução para completar o raciocínio do autor, ou seja, de que “*A nossa nova Constituição foi agora aprovada e tem uma aparência que promete perenidade, mas neste Mundo nada pode ser tido por certo, a não ser a morte e os impostos [Our new Constitution in now established, and has appearance that promises permanency, but in this world nothing can be said to be certain, except death and taxes]*” (“*To Jean Baptist Le Roy*” [Philadelphia, November 13, 1789] in: *The Writings of Benjamin Franklin*, Albert Henry Smyth (ed.), New York, MacMillan, 1907, v. X, p. 69), o que levaria à mudança da percepção sobre o que, no fundo, está em causa nestas questões, subjacente à simples indagação fiscal.

1.2. Curiosamente, sem saber se os autores da importante e utilíssima compilação legislativa sobre legislação fiscal do Ministério das Finanças (*Colectânea Fiscal*, Praia, Ministério das Finanças e Planeamento, 2016, v. I), consideraram o conceito lassaliano da Constituição como folha de papel (*stuck papier*) (Ferdinand Lassale, *O que é uma Constituição?*, Lisboa, Escolar, 2013, p. 82) ou não, não deixa de ser, no mínimo, curioso, que, embora no posto e com a precedência que são seus por direito, se represente trechos da Constituição com a expressão “*algumas folhas, as que têm normas constitucionais fiscais*” (Índice).

Com efeito, no deserto do real, no mundo exterior às folhas de papel que tanto idolatramos, e que fazem parte da nossa querida Lei Fundamental, a morte e os impostos, expressão real do poder do Estado desde as mais priscas eras, podem ser mais robustos, firmes e apelam à eternidade de modo mais efetivo do que a Constituição. Até porque claramente, se nesta vida somente a “morte e os impostos” são certos, a tragédia da existência dos particulares é que os impostos podem causar a morte, nomeadamente económica, e se se sobrepuserem à Constituição e ao que ela reconhece de mais sagrado, os direitos fundamentais, são inaceitáveis, atentórios e odiosos à justiça política que está na base do nosso sistema constitucional, por serem instrumentos de opressão. Outrossim, no Mundo do nosso Direito nada há acima da Constituição Justa, que é um instrumento de limitação do poder do Estado de impor e cobrar impostos.

Se ainda pudermos aproveitar o canal histórico-filosófico aberto pelo mui douto Acórdão, sempre registaríamos as lições que o seu contexto nos oferece, não fosse o facto de demonstrar que sempre que o Estado privilegia propósitos de recolha ilimitada e imoderada de recursos, recorrendo aos bolsos das pessoas e ignorando os seus direitos, preocupações e expectativas, cria o gérmen da instabilidade social e da revolução, como aconteceu nas então colónias britânicas da América do Norte, na Inglaterra do século anterior e na França revolucionária.

Lembrando o autor setecentista Adam Smith, *Lectures on Jurisprudence*, Oxford, Clarendon, 1978, p. 324, “*Não há dúvida que a imposição de impostos exorbitantes, (...) tal como qualquer abuso de poder, justifica a resistência do povo [No doubt the raising of a very exorbitant tax, (...), as well as any gross abuse of power, justify resistance in the people]*”.

2 – Uma abordagem necessariamente ancorada no direito à propriedade privada e no princípio da justa tributação, que moderam o citado dever fundamental de pagar impostos

2.1. Admito, naturalmente, que o desfecho deste processo dependeu da filosofia constitucional e judicial dos seus juízes, o que não deixa de ser algo digno de realce, pela demonstração da riqueza de abordagens assente no pluralismo de métodos e posições que um tribunal coletivo pode ter. A minha decorre de uma visão liberal temperada pelo reconhecimento de que há certos interesses públicos relevantes que o legislador constituinte pretendeu proteger, mas que se mantém centrada naquilo que me parece ser a melhor aproximação a um sistema centrado no indivíduo e em que o Tribunal Constitucional assume-se como baluarte de proteção das posições jurídicas que lhe são reconhecidas mesmo contra o Estado.

2.2. Há, efetivamente, formulações principiológicas objetivas de acordo com as quais “*todos os cidadãos têm o dever de pagar as contribuições e os impostos estabelecidos nos termos da lei*” (art. 85 (g)) e que “*o sistema fiscal é estruturado com vista a satisfazer as necessidades financeiras do Estado e demais entidades públicas, realizar os objetivos da política económica e social do Estado e garantir uma justa repartição dos rendimentos e da riqueza*” (art. 93).

Responder-se-ia que são cláusulas constitucionais que enquadram esta matéria não fossem uma expressão do princípio republicano previsto pelo artigo 1º da Lei Fundamental. Nesse sentido, naturalmente, somos uma coletividade política em que todos os cidadãos são coproprietários do Estado, no seio do qual é natural que tenham deveres que o constituinte atribuiu natureza fundamental, não havendo alternativa a não ser considerá-los como tais; ademais, como esta Corte se tem pronunciado de forma unânime vezes sem conta desde as suas primeiras decisões, a Comunidade Política tem interesses próprios que legitimamente pode e deve perseguir; finalmente, é límpido que o sistema fiscal é necessário dentro do quadro social como forma de arrecadação de recursos para financiar a prossecução desses mesmos interesses públicos. Ninguém de boa fé, ao interpretar a Constituição, chegaria a outras conclusões.

Já o que não se pode também inferir é que se deve abordar questões tributárias, algumas delas, como



mencionado, de base constitucional, *als ob*, como se, nada existisse acima do sistema fiscal e como se os direitos fundamentais não fossem uma realidade essencial a ser considerada nestas matérias, como sempre foram. E não se fala de princípios gerais que devem ser densificados, mas especificamente de um direito subjetivo em espécie, o direito à propriedade privada, sem o qual, aliás, nem sequer haveria a necessidade de um sistema fiscal, a menos que estivéssemos a pensar em corvéias medievais ou impostos similares pagos com trabalho por servos em sistemas alheios ao modelo económico-constitucional e jusfundamental adotados.

2.3. Optando-se por invocar outras normas constitucionais dever-se-ia começar pela lembrança do artigo 69, de acordo com o qual “*é garantido a todos o direito à propriedade privada (...)*”, o qual, mesmo estando no título de direitos económicos, sociais e culturais, é um direito *sui generis*, que, pelo menos, pode e deve ser considerado como um direito, liberdade e garantia análogo, beneficiando do regime especial de proteção que a Constituição reconhece aos que portam tal natureza. Assim, sendo evidente que o direito à propriedade privada é garantido nos termos da Constituição e da Lei, o facto é que qualquer restrição que lhe seja dirigida deve conformar-se, como qualquer outra, às condições previstas pelo número 5 do artigo 17 da Lei Básica, nomeadamente e decisivamente, como se irá analisar dentro de instantes, ao princípio da proporcionalidade.

Aliás, a este propósito a abordagem de uma questão fiscal desta natureza sem se partir do direito à propriedade privada vai em contrapé até do que a jurisdição constitucional cabo-verdiana já tinha estabelecido, nomeadamente através do importante Acórdão n. 11/11, de 12 de julho, Supremo Tribunal de Justiça enquanto Tribunal Constitucional, Rel: JC Manuel Alfredo Semedo, p. 21 (não publicado), em que, por meio de pronunciamento de grande valor doutrinário, sublinhou-se que “*a sujeição do imposto à reserva de lei transporta consigo a manifestação de uma premente exigência de controlo democrático do poder tributário do Estado, por parte daqueles que vão consentir com a intromissão pública na propriedade privada, embora justificada para a realização de fins sociais, conquanto que com respeito pela igualdade e justiça tributárias (...)*”.

2.4. E, diga-se, num sistema como o nosso, não há possibilidade de conferir, por *contra natura*, qualquer prioridade ao dever fundamental sobre o direito fundamental, particularmente em se tratando de um direito, liberdade e garantia. Admite-se que complementam um sistema geral de proteção de direitos fundamentais, mas nunca podem estar no centro de uma Constituição estruturalmente liberal, precisamente porque têm no seu bojo – aspeto que é relevante para o caso em apreciação – a colocação da pessoa como meio para a realização dos interesses do Estado ou da coletividade, estejam estes ligados à sua manutenção financeira ou ao seu desenvolvimento, transformando-a em sujeito passivo de uma relação jusfundamental, o que só se admite excecionalmente e em doses contidas, pois de contrário gera um ataque exatamente ao núcleo do princípio da dignidade da pessoa e a decorrente proibição de sua instrumentalização, ainda que seja para prosseguir fins arguivelmente nobres. Assim,

nunca seria constitucionalmente legítimo colocar no centro desta discussão o dever fundamental de pagar impostos, mas antes a afetação ao direito à propriedade privada.

2.5. Mais ainda, se dermos a devida atenção à ligação entre o direito à propriedade privada e a proteção das liberdades individuais e da manutenção da independência das pessoas em relação ao Estado, lembrando o que disse um compatriota de Santo Antão de nome Manuel da Silva Ferreira que protestava precisamente contra um desenvolvimento legislativo que as colocavam em risco ao atacar-se a sua propriedade: “*Como agricultor, vi em perigo a minha sobrevivência e a de todos quantos do mesmo ramo viviam, pela introdução da lei de bases da Reforma Agrária, que não foram mais do que uma tentativa de destruir todos quantos tinham uma vida independente*” (in: Onésimo Silveira, *Tortura em nome do Partido Único*, Mindelo, Terra Nova/Ponto e Vírgula, 1991, p. 103).

A construção do regime de proteção constitucional da propriedade privada na Constituição de 1992, até pelo contraste que manifesta em relação à antiga ordem constitucional, não deixa de ser tributário deste contexto de ruptura axiológica em que à negação de relevância da propriedade privada e da iniciativa se contrapõe a sua centralidade, seja do ponto de vista subjetivo, seja instrumentalmente como fator de promoção do desenvolvimento nacional.

Não nos podemos esquecer que ele se desenvolveu como reação à ordem económico-constitucional da I República. Mesmo atendendo à revisão de 1988, caracterizou-se por ser uma economia estatizada assente numa filosofia não-liberal, o que é atestado pela análise de Liriam Tiujo, “*A Constituição Económica Cabo-Verdiana*” in: José Pina Delgado & Mário Ramos Silva (orgs.), *Estudos Comemorativos do XX Aniversário da Constituição de Cabo Verde*, Praia, Edições ISCJS, 2013, pp. 165-166, que chama a atenção para a “*a assunção pelo Estado das rédeas económicas*”, que, no seu entender, “*foi dominante, como se pode constatar das medidas políticas e legislativas adotadas*” e considerando ainda que “*Em termos concretos, a actuação estadual pode ser observada pelo papel preponderante que desempenhou na constituição de um sector produtivo público nacional, quer pela criação ab initio de empresas públicas, quer por processos de nacionalização ou similares, iniciados antes mesmo de 1980, com a “transformação” de unidades produtivas existentes em propriedade e iniciativa públicas*”. *Mutatis mutandis* é o que também conclui o estudo histórico-constitucional recente de Mário Ramos Silva, para quem, ancorando-se num princípio da economia estatizada, “*o Estado foi intervindo na economia, controlando toda a atividade económica, criando empresas públicas e mistas em quase todos os setores, nacionalizando e expropriando propriedades privadas. Deste modo, o setor estatal passou a ser o sector dominante da economia, e as empresas privadas não encontravam espaços de intervenção*” (pp. 136-138).

Em oposição, a ordem económico-constitucional de 1992, alterando o paradigma, tem nas suas bases nem mais nem menos do que a liberdade individual, pois, como assevera, mais eloquentemente a autora Liriam Tiujo, “*A Constituição Económica Cabo-Verdiana*”, p. 168: “*A*



*resposta a esta questão está, primeiramente, relacionada com a assunção pela ordem constitucional do princípio da liberdade individual aplicado a todas as esferas da vida, dentre as quais a económica. Nesta linha, pretende-se que os indivíduos possam livremente realizar-se neste domínio, em particular, fazendo uso de todas as suas capacidades para ofertarem bens e serviços no mercado, assim como para escolherem os bens e serviços que correspondam a suas necessidades (e ao incontornável limite de suas reais possibilidades). Esse modelo cujas decisões económicas ficam precipuamente a cargo dos indivíduos permite que as trocas se perpetuem e que o espaço denominado «mercado» seja constituído com base nas suas próprias regras, parâmetros de valoração e dinâmica de funcionamento. Esse pressuposto filosófico encontra tradução jurídica na consagração dos direitos fundamentais económicos, i.e., a livre iniciativa e a propriedade privada”.*

Aliás, a tradução do sistema que é feita por académicos, é corroborada pela prática constitucional se atentarmos às motivações do poder constituinte de 1992, pois é de se lembrar que na apresentação do Projeto de Lei Constitucional, o Presidente da Assembleia dizia que *“a obra que se propõe realizar com a alteração da Lei Fundamental, é o corolário lógico de todo o processo de transição do regime monopartidário para o regime plural democrático, em que se impõe adequar a Constituição à nova situação política expurgando-a dos conteúdos já ultrapassados e plasmando neles os valores democráticos que a Sociedade conquistou e que espelham, no seu conjunto o rosto do novo regime implantado no País. Sem se deter na problemática da amplitude da alteração a fazer-se, parece ser pacífico que ela deverá corresponder à profundidade das transformações políticas já operadas e à dimensão das reformas preconizadas para os setores económico, social e cultural, fixando na Constituição, para além do mais, os princípios, os objetivos, e a ideia de sociedade que se quer construir e ainda o tipo de desenvolvimento que se propõe para Cabo Verde”* (Actas referentes à Sessão Parlamentar de Aprovação da Versão Originária da Constituição de 1992, Praia, AN, 1992, p. 4), o que, atendendo aos debates subsequentes parece ter captado a vontade constituinte nesta matéria específica.

2.6. Com tal enquadramento e considerando as matérias fundacionais envolvidas, o Tribunal foi confrontado com questões da mais alta importância, não só para o recorrente, que tinha em jogo o pagamento de milhões de escudos ao Fisco, como para o próprio sistema, atendendo que se trata, em última instância, por um lado, de escrutinar a base normativa que habilita atos da administração pública no geral e da administração fiscal em particular à luz de princípios importantes como o da justiça, da proporcionalidade, da boa fé e da transparência, todos princípios materiais da atividade administrativa e nalguns casos eixos estruturantes da própria República, bem como a incidência restritiva de normas relativas a tributos sobre o direito à propriedade privada e sobre a liberdade de iniciativa económica; e, do outro, de definir o modo como este Tribunal iria sinalizar à Comunidade Política a modo como controla o poder tributário do Estado perante os particulares, pessoas físicas e empresas, que inevitavelmente incidem sobre a sua propriedade, no exercício da sua nobre missão de proteção de posições

jurídicas subjetivas, nomeadamente porque, como a *obiter dictum* do aresto do Supremo Tribunal de Justiça nas vestes de Tribunal Constitucional acima citado indica, esta tradição já fazia parte da jurisdição constitucional cabo-verdiana, desde há muito e nos termos assinalados.

**3. O Sistema do Imposto sobre o Valor Acrescentado em Cabo Verde.** Assim, qualquer questão fiscal deve ser tratada por aquilo que a matéria representa no Estado de Direito Democrático, um ato ablativo da propriedade privada das pessoas, protegida por uma posição jurídica fundamental. Não como uma prerrogativa ilimitada de financiamento do poder público e sim como uma possibilidade justa de arrecadação de recursos pelo Estado em moldes a garantir o seu funcionamento e a concretização de prestações públicas e sociais. Não porque o Estado tenha um valor intrínseco superior às pessoas, mas porque ele facilita a concretização de bens jurídicos importantes dos integrantes da Comunidade Política, daí justificando-se o financiamento do seu funcionamento pelos particulares, e porque, de facto, é entidade que garante a operacionalização da solidariedade constitucional, nomeadamente criando as condições para a realização de interesses públicos relevantes e as tarefas que constitucionalmente se lhe atribuem pela Lei Fundamental, conforme as arroladas, de modo não exaustivo, no artigo 7º, mormente aquelas que tenham a ver com a concretização dos direitos de natureza prestacional.

3.1. O sistema de tributação das despesas foi introduzido em Cabo Verde pela Lei nº 14/VI/2002, de 19 de setembro, que entrou em vigor a 1 de janeiro de 2003. Ademais, no caso concreto do IVA, a sua disciplina foi feita através da Lei nº 21/VI/2003, de 14 de julho, juntando-se ao regime um diploma aprovado pela Lei nº 23/VI/2003, de 14 de julho, que aprova o Regime de Infrações Relativas ao Imposto sobre o Valor Acrescentado e do Imposto sobre Consumos Especiais. Nos termos do art.º 2 do Regulamento do Imposto sobre o Valor Acrescentado, o mesmo entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2004. Assim, a recorrente já na vigência do IVA e do RIVA, ficou obrigada, à estrita luz da Lei, a aplicar o novo imposto às suas atividades, mormente aos contratos celebrados antes da vigência do novo imposto e cuja execução ocorreria depois da sua entrada em vigor.

3.2. Foi neste contexto que surgiu o Decreto-lei 17/2004, de 20 de maio, que, não obstante a sua autonomia e propósitos próprios, não deixa de se enquadrar num regime jurídico que gravita à volta de um núcleo normativo que integra os atos legislativos supramencionados.

É verdade que não foi este diploma que veio a permitir a cobrança, por parte da autoridade tributária, do IVA nos contratos de prestação de serviços turísticos celebrados antes de 1 de janeiro de 2004. Na realidade, neste caso, o Governo, com os fundamentos constantes do preâmbulo, teve a intenção de reduzir, de forma transitória, a incidência do IVA em relação a determinados contratos celebrados por certos operadores económicos dos setores da construção civil e turismo. Estes, por sua vez, no âmbito da sua liberdade podiam, querendo, optar por manter-se no regime vigente ou, mediante a declaração mencionada, não se sujeitar, no tocante aos contratos referidos, ao regime do IVA. O Decreto-lei não estabelecia um prazo

para se apresentar a opção feita pelo contribuinte, embora pudesse se entender com alguma razoabilidade que isso teria que acontecer até 31 de dezembro de 2004, fim do ano fiscal.

Pode parecer à primeira vista que a atitude governamental de se abster de coletar tributos a ele devidos em razão dos impactos negativos que disso resultaria para um certo setor de atividade económica foi motivado por uma mera liberalidade. Porém, embora não haja elementos para o atestar de modo definitivo, isso provavelmente poderá ter tido no seu bojo uma outra questão de constitucionalidade que o poder público procurou evitar, ou seja, que se gerasse um problema de efeito retrospectivo da lei fiscal caso fosse aplicável um imposto novo a situações a envolver contratos celebrados antes da aprovação da lei (e da sua entrada em vigor) por empresas que operam, pela sua natureza, com tal antecedência, como é o caso das empresas de construção civil e das turísticas.

Embora, a coberto de justificações económicas e com apelo à teoria do imposto específico, o legislador não fica longe da aceitação desse quadro quando, por meio do Preâmbulo, se manifesta no sentido de que *“surtem com especial relevância, o tratamento a dar aos contratos celebrados em momento anterior à vigência do Regulamento do IVA, mas com desenvolvimento e execução efetiva no período de vigência deste imposto. Surgindo estes contratos num ambiente contratual sem IVA, a sua execução num contexto tributário em que este imposto se impõe legal e obrigatoriamente sobre as contraprestações a efetuar como contrapartida ao contrato em execução, forçosamente resultaria em ónus indevidos modificadores dos termos do contrato, podendo mesmo apresentar-se como alterações insuportáveis [d]os termos negociais originais, logo determinando a sua não observância e quebra do contrato”*.

Sendo assim, na realidade, o Decreto-Lei não pode ser visto como um ato magnânimo do bom legislador para facilitar o sistema de recolha de tributos por uma entidade empresarial que o vai buscar, por imposição de lei, ao contribuinte de facto, o consumidor do serviço, sobre quem repercute o imposto, mas, antes, como um meio de se corrigir, uma solução cuja constitucionalidade, por si só, podia ser questionada, ou diretamente com apelo à regra constitucional da não-retroatividade da norma fiscal ou, no mínimo, com fulcro, no princípio – algumas vezes já considerado por este Tribunal – da proteção de confiança (v. Acórdão nº 24/2016, de 20 de outubro, referente a constitucionalidade de norma revogatória dos Estatutos dos Magistrados do Ministério Público, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 61, 2 de novembro de 2016, pp. 2033-2054; Parecer nº 1/2017, de 2 de maio de 2017, referente a constitucionalidade de certas normas dos Estatutos dos Oficiais de Justiça, Rel: JP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 27, 16 de maio de 2017, pp. 672-682).

Como aconteceu, de resto, com diplomas ligados ao regime jurídico do Imposto sobre o Valor Acrescentado que, por meio do Acórdão nº 13/2006, de 9 de novembro, Supremo Tribunal de Justiça enquanto Tribunal Constitucional, foram devidamente declarados inconstitucionais.

#### 4. A inexistência de uma abordagem constitucional

4.1. Não deixa de ser igualmente relevante que o STJ através do Acórdão 02/2015, confirmou a sentença do Tribunal Fiscal e Aduaneiro de Barlavento que, por sua vez, julgou improcedente a impugnação da ora recorrente. Pelo que a interpretação que a Sal Hotéis se ampara para suscitar a verificação de constitucionalidade que foi feita pela autoridade tributária, não mereceu reparo do Tribunal Fiscal e Aduaneiro de Barlavento, na sua sentença e esta foi confirmada pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça.

4.2. Seria o fim da discussão caso o que estivesse em jogo fossem questões ordinárias de direito fiscal. Mas, não eram. Os problemas colocados pela recorrente eram de mais elevada relevância, tomando como referência a nossa Lei Magna. Destarte, não se pode deixar de sublinhar que as questões constitucionais suscitadas pela recorrente foram, durante todo o processo, na melhor das hipóteses, lateralizadas, considerando-se no arrazoamento decisório uma abordagem centrada na legalidade estrita da medida e baseando-se o mesmo somente no direito fiscal ordinário.

4.3. Se isso é até aceitável – no caso concreto - do ponto de vista do órgão administrativo que aplicou a medida impugnada, havendo dúvidas se deveria ter considerado questões de constitucionalidade levantadas pelos reclamantes, já os tribunais envolvidos, sendo igualmente tribunais de proteção de direitos, como todos os outros, e cabendo-lhes igualmente fiscalizar a constitucionalidade das normas, poderiam ter, no mínimo, considerado essas questões fundamentais com a centralidade devida.

O Tribunal Fiscal e Aduaneiro de Barlavento, na prática, ignorou essas questões, refugiando-se diretamente na aplicação da lei, sendo que o único órgão judicial que se pronunciou sobre a matéria constitucional suscitada pela recorrente foi o Supremo Tribunal de Justiça, mas de todos os princípios invocados somente abordou e considerou o da justiça e o muito lateralmente alegado princípio da igualdade, não se estendendo na fundamentação no que toca à rejeição dos argumentos da recorrente.

4.4. Naturalmente, não se pode dizer o mesmo da abordagem dos colegas, que, com todo o respeito, considero, pois foca matéria essencialmente constitucional e com a densificação considerada adequada, mas, ainda assim, pareceu-me igualmente muito permeável a uma leitura da Constituição a partir da consideração de elementos próprios do direito fiscal ordinário, o que, naturalmente, inverte a lógica do sistema e a filosofia do controlo de constitucionalidade de atos normativos inconstitucionais, pois, se são aqueles a definirem, pelo modo como são gizados pelo legislador, as pautas de sua avaliação, na prática qualquer exercício neste sentido, torna-se vazio e circular. É constitucional porque é legal, tudo o que é legal é constitucional. Lembra um jogo de roleta em que, tudo se discute, há aparência de competição, mas a casa - neste caso o legislador ou o aplicador da norma, em suma o Estado - sempre ganha.

#### **5. As normas sindicadas.**

5.1. É sobre esta dimensão – a da constitucionalidade – que o Tribunal devia se pronunciar em todos os itens, nomeadamente a respeito dos números 1 e 2 do artigo 2º, com extensões ao artigo 1º, do Decreto-Lei 17/2004, de



20 de maio, conforme os quais, respetivamente, “1. *Os contribuintes sujeitos passivos de IVA enquadrados no regime normal, detentores de certificado de utilidade turística válido, poderão optar pela aplicação do regime a que se refere o artigo 1º deste diploma [opção por regime de não liquidação de IVA], relativamente aos contratos de fornecimento de bens e serviços de carácter continuado, celebrados em data anterior a 1 de janeiro de 2004, cuja duração não exceda doze meses por cada um e tenham sido iniciados anteriormente àquela data*” e que “*a opção a que se refere o número anterior deverá ser formulada em requerimento dirigido ao Diretor Geral de Contribuição e Impostos, a apresentar na Repartição de Finanças da Área Fiscal do requerente, acompanhado dos elementos de prova da natureza, duração e requisitos dos contratos celebrados*”.

5.2. Não se pedia a fiscalização da constitucionalidade da norma *per se*, ou seja, na sua aceção mais literal, mas, antes, a decorrente da interpretação do preceito nos termos em que ela foi efetivamente aplicada pelos tribunais; ou seja, no sentido de que “*a não apresentação, no mesmo ano fiscal, do requerimento/declaração de não sujeição ao IVA, conduz à obrigatoriedade de as empresas pagarem o IVA ao Estado nos contratos de serviços turísticos celebrados antes de 1 de janeiro de 2004, ainda que fique inequivocamente demonstrada a existência de todos os pressupostos da vantagem tributária fixados em lei*”.

5.3. É relevante reter-se que, pelos motivos já invocados e que constam do seu preâmbulo, o objetivo declarado da Lei era o de proteger dois sectores de atividades que celebram contratos com alguma antecedência e que, com o surgimento do novo imposto, seriam, muito provavelmente, afetados no decurso da sua aplicação. Não deixa de ser esta a *ratio* geral dos artigos relevantes para este juízo de constitucionalidade, ou seja, de permitir que efeitos de contratos previamente celebrados entre dois particulares não viessem a produzir efeitos tributários *in mala partem* depois da entrada em vigor de um novo imposto. Todavia, condicionando-se a opção, além desse elemento contratual, à apresentação de um requerimento, o que só pode ser justificado como forma de a administração fiscal obter tal informação para efeitos de organização, acompanhamento e fiscalização dessa situação transitória.

5.4. Tudo isto, naturalmente, com o objetivo de se concretizar uma justa tributação, nos termos do número 1 do artigo 93 da Constituição, a representação do princípio da justiça tributária dentro do Estado de Direito Democrático, que não pode nem significar a negação do direito à propriedade privada, nem tampouco legitimar a promoção do ‘Robynhoodismo’ do Estado Fiscal, que, de outro modo, estaria a autorizado a tirar o que lhe aprouvesse, para distribuir riqueza, mas a imposição de deveres tributários equilibrados a pessoas físicas e empresas.

6. A ausência de elementos suficientes para se atestar a violação do princípio da boa fé e do princípio da transparência da atuação da administração e a impossibilidade de se o fazer por meio de recurso de fiscalização concreta.

Neste segmento, sem ter uma posição definitiva sobre a forma de avaliação de violações aos princípios

constitucionais da boa fé e do princípio da transparência na atividade da administração, acompanho a proposta de solução feita pelo Ilustre Relator, pelos seguintes motivos, alguns dos quais referidos com grande propriedade no texto do Acórdão, mas no seu bojo com uma abordagem metodológica distinta e com foco diferente.

6.1. Efetivamente, na opinião da recorrente, a lesão do princípio da boa-fé e também da transparência, decorreria do facto de a administração fiscal não ter cumprido os seus deveres de informar, de esclarecer e emitir instruções, procurando aproveitar-se de erros, descuidos, desconhecimentos e fragilidades dos contribuintes num contexto de introdução de um imposto novo, com uma dinâmica complexa, em particular porque, no seu entender, perante a apresentação de declarações ao Fisco, estando patente a não liquidação do IVA em relação àqueles contratos abrangidos pela Lei, nunca recebeu qualquer reparo em relação a essa situação.

6.2. Não há dúvida que tais princípios têm base constitucional explícita, estando previstos pelo artigo 240, número 1, da Constituição da República. Os princípios da atuação de boa-fé e de modo transparente da administração são uma decorrência do próprio princípio do Estado de Direito, que impõe obrigações, designadamente pelo maior ascendente em termos de poder, de recursos e de informação, que ela normalmente possui em relação aos administrados. Não só num prisma negativo de não poder tirar vantagem dessa posição privilegiada, mas também positivo de fazer o que estiver ao seu alcance para evitar que estes sejam prejudicados, em qualquer caso sendo vedado o comportamento malicioso. Ademais, resulta do princípio da transparência o dever de a administração agir de forma clara, através de processos públicos, acessíveis e controláveis por todos, proibindo-se, no geral, qualquer opacidade na condução dos seus negócios, particularmente os que tenham incidência sobre os particulares.

Assim sendo, no caso concreto, no que diz respeito ao princípio da boa-fé, a questão que se coloca é se o Estado como pessoa de bem, não contribuiu ele próprio maliciosamente para o desfecho que se concretizou ou se, podendo, não interveio para evitar que tal resultado se tenha materializado efetivamente com o ânimo de tirar proveito de forma improba das fragilidades do particular.

6.3. Não que se deva partir do princípio de que a administração estava a lidar com um contribuinte normal, porque também não é isto que está em causa. Longe disso. Por um lado, a recorrente é uma sociedade comercial que, pela sua própria natureza, tem cunho lucrativo. Para prosseguir esse desiderato, ela, em princípio, integra ou deve integrar um número mínimo de órgãos ou ter acesso a serviços terceirizados, com natureza diversificada e competências especializadas, nomeadamente nas áreas jurídica, contabilística, da publicidade e marketing, relações públicas e imagem, hoteleira, culinária, entretenimento, etc. Por outro lado, não estamos propriamente em presença de pequena unidade empresarial. A recorrente é uma sociedade anónima, que, como ela própria assevera nos autos em razão da sua posição favorável no mercado de serviços turísticos, é classificável dentro do tecido empresarial cabo-verdiano como uma grande empresa, posição que não se coaduna



com justificações da espécie que apresenta em sua defesa. Uma empresa da envergadura da recorrente pressupõe estrutura, organização, hierarquia e responsabilização interna. Não tenho dúvidas que perante os factos, dê-se a volta que se der, a empresa foi, no mínimo, pouco cuidadosa com os seus próprios interesses e provavelmente agiu com descaso para com os interesses fiscais subjacentes, que não são de somenos importância.

6.4. Todavia, apesar disso, alega-se que a Administração Fiscal, considerando efetivamente que se tratava de imposto novo e de um regime de transição, podia ter emitido as instruções ou alertas necessários em relação a essa questão. No concernente às instruções é importante registar a sua importância, particularmente atendendo à natureza do imposto em questão que pressupõe na prática que a administração fiscal use a empresa, qualificada para tanto como sujeito passivo de um imposto, para facilitar a sua colecta junto ao contribuinte de facto que é o consumidor do produto ou do serviço. Contudo, considerando que a empresa participou, como se demonstra, ativamente no processo tendente a encontrar-se uma solução para o problema gerado pelo regime jurídico do IVA, a partir de uma análise perfunctória, parece que a exigência de apresentação do requerimento não poderia passar despercebida, até em razão do que muito pertinentemente se diz no Acórdão a respeito da divulgação feita sobre o regime do IVA.

No caso dos alertas, efetivamente recebeu por período considerável de tempo declarações relativas às operações efetuadas, nos termos da lei, sem que tenha advertido a empresa para a situação de incumprimento em que já se encontrava. E, nesta dimensão, chega, no mínimo, a permitir alguma discussão sobre possível violação do princípio da boa fé e do da transparência, embora não existam inequivocamente elementos suficientes para se o concluir de forma inequívoca no caso concreto porque não se consegue estabelecer se tal decorreu de alguma estratégia consciente da administração fiscal, atendendo que isso pode ter-se devido ao funcionamento não-ideal dos procedimentos internos e das práticas debaixo das quais opera.

Embora, não deixa de ser verdade que há um notório descompasso entre as consequências atribuídas às omissões dos particulares e as que decorrem das inações do Estado, estas sempre avaliadas pelo próprio, nomeadamente pelos tribunais, a partir de lentes mais favoráveis e compreensivos. E, de facto, mais de quarenta anos depois da independência, o nível de tolerância com a administração pública deve diminuir na medida em que se deve recentrar a Constituição e o Direito na proteção dos particulares contra o poder político e contra o poder administrativo.

6.5. Em relação ao princípio da transparência, podendo suscitar questionamento nesta esfera também o que se descreveu no parágrafo anterior, a conclusão seria a mesma: não existem elementos suficientes para se concluir que possa, por si só, ter sido atingido, até por decorrerem da sua dimensão positiva, um processo que, no geral, e sem embargo do meu entendimento a respeito das demais questões, decorreu, no geral, de modo transparente.

6.6. Agora, no fundo, entendo que tal exercício, a ser feito, não seria por via de um recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade, pois esta limita o Tribunal a fazer um controlo normativo, o que significa que a questão de base é a de se saber se a norma que tão doutamente se recortou é inconstitucional por violação do princípio da boa fé e do princípio da transparência da atuação da administração. A resposta, neste caso, sempre seria negativa, pois da norma em si não decorre qualquer desrespeito por esses princípios, a menos que se viesse demonstrar que o legislador elaborou conscientemente enunciados deontológicos obscuros, não determináveis ou com falta de elementos típicos para poder tirar algum proveito da situação.

Portanto, se ainda se podia colocar a possibilidade de os atos concretos da administração e até a omissão muito bem lembrada pela recorrente de não se ter aprovado as instruções devidas por si só poderem atingir normas constitucionais, eventualmente escrutináveis por outra via, não me parece que o Tribunal pudesse oferecer qualquer tutela desta natureza por via deste tipo de recurso em relação a estes atos da administração a menos que elas decorressem daquela base normativa. E, neste caso, além de não se ter pedido fiscalização do artigo 3º do Decreto-lei (procedimentos internos – regulamentação), dela dificilmente resultaria, *de per se*, uma violação aos princípios constitucionais escrutinados neste segmento.

#### 7. O descumprimento do parâmetro da proporcionalidade da restrição de direitos.

7.1. Considera ainda a recorrente que há violação do parâmetro da proporcionalidade, o único dos princípios mencionados que não consta do artigo já diversas vezes considerado da Constituição, o número 2 do artigo 240. O que, por si só, não criaria um obstáculo intransponível, considerando que se trata de um dos feixes do princípio do Estado de Direito e, como tal, integrante do nosso sistema constitucional, aplicável à atividade da administração pública, de onde se origina. Trata-se de questão aqui diretamente relevante, na medida em que a possível inconstitucionalidade depende, em última instância, de uma certa interpretação normativa feita pelo Fisco como base de legitimação de um ato administrativo.

Contudo, neste processo, o que interessa é que a administração habilitou o seu ato recorrendo a uma norma resultante de interpretação que fez do regime jurídico aplicável e que foi endossada pelos tribunais que intervieram neste processo. Destarte, o que está em causa é, na sua essência, independentemente de alegação da recorrente, uma potencial afetação inconstitucional do direito à propriedade privada e incidentalmente da liberdade de iniciativa privada, exigindo-se a utilização dos parâmetros constitucionais de controlo de restrições de direitos, por definição operadas pelo legislador ordinário, sobretudo o da proporcionalidade.

7.2. A questão é que, por esta via de controlo incidental de constitucionalidade, o Tribunal só está habilitado a controlar a norma habilitante do ato e não o ato em si, mesmo que se tenha que admitir, no caso concreto, alguma sobreposição.

A solução adotada pela administração fiscal foi a de cobrar, com base nos serviços tributáveis, o valor correspondente

ao IVA que, na sua opinião, deveria ter sido recolhido e não foi, ancorando-se precisamente em norma aplicada de acordo com a qual *“a não apresentação, no mesmo ano fiscal, do requerimento/declaração de não sujeição ao IVA, conduz à obrigatoriedade de as empresas pagarem o IVA ao Estado nos contratos de serviços turísticos celebrados antes de 1 de janeiro de 2004, ainda que fique inequivocamente demonstrada a existência de todos os pressupostos da vantagem tributária fixados em lei”*. Este aspeto seria suficiente para se confundir o tipo de escrutínio que se está a fazer neste caso concreto, mas este, em princípio, só pode incidir sobre a própria norma e não sobre o ato administrativo considerado enquanto tal.

7.3. Naturalmente, em tese, porque no nosso sistema não se pode pressupor dos poderes públicos conduta consciente de afetação gratuita de direitos, sem causa portanto, o que se pode concluir é que estava a tentar perseguir finalidade legítima de arrecadação de impostos, nos termos do princípio da justa tributação, por meio de medida que se destinava a garantir que aqueles que pretendiam se beneficiar do regime especial deveriam comunicá-lo à administração fiscal para que esta pudesse se organizar e fazer os controlos devidos.

7.4. Se não há problemas com este interesse público enquanto tal, já a consequência jurídica que resulta dessa norma, ou seja, de que a não apresentação do requerimento conduziria a uma obrigatoriedade de pagamento integral do IVA nos contratos de serviços turísticos celebrados antes de 2004 produz um resultado de difícil compatibilização com a Constituição. É nesta dimensão que radica a restrição de primeiro grau, correspondendo a uma ingerência intensa que afeta de forma intensa a posição jurídica da recorrente, não a de segundo grau, a mera obrigatoriedade de apresentação do requerimento que, enquanto mera incomodidade, atinge de forma leve a liberdade (diga-se que, isoladamente, não atinge o direito à propriedade privada) da recorrente. O que vai contar como restrição efetiva é a consequência jurídica que de uma eventual omissão do contribuinte se retira: a gravosa obrigação de se ter que entregar ao Estado o IVA que efetivamente não foi recolhido, como se tivesse sido.

7.5. É esta medida que se projeta sobre o património da recorrente, dimensão que, como é natural, é protegida pelo direito à propriedade privada. Sendo assim, dado que a norma incide sobre esta esfera abstratamente resguardada, e atendendo que, nos termos já recortados, o direito à propriedade privada, é um direito, liberdade e garantia análogo, que contempla dimensões típicas da liberdade, sobretudo no nosso ordenamento jurídico constitucional, e incidentalmente sobre a liberdade de iniciativa privada, estamos perante restrições típicas de direitos. Destarte, a) havendo incidência de medida legislativa sobre um direito e b) tendo a posição jurídica atingida natureza de direito, liberdade e garantia, a sua compatibilidade constitucional depende de ela se conformar às exigências previstas pelos parâmetros de controlo de afetações arrolados pelos números 4 e 5 do artigo 17 da Constituição da República, nomeadamente enquanto norma afetante, finalidade constitucionalmente legítima, e especificamente: existência de autorização

para restringir, operacionalização por lei geral e abstrata, não produção de efeitos retroativos, não-atingimento do núcleo essencial do direito e proporcionalidade.

Como qualquer modalidade de afetação de direitos de base constitucional, a restrição só é legítima se perseguir finalidade legítima, que, por sua vez, só pode ser a proteção direta de direitos (de outrem ou do próprio titular) ou interesses públicos relevantes, como, aliás, é densificado pelo artigo 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos que assim reza: *“No exercício destes direitos e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática”*.

Aqui não haveria problemas em reconhecer-se finalidades legítimas ao Estado nesta matéria, mas esta só pode ser uma tributação justa, destinada a garantir-lhe os recursos que precisa para satisfazer as suas necessidades financeiras e de outras entidades públicas e realizar os objetivos da sua política económica e social. Note-se que o artigo 93 já contém no seu bojo a ideia da moderação e do equilíbrio quando apela ao conceito de satisfazer “necessidades” do Estado e não satisfazer o Estado, dentro de um quadro tendencialmente objetivo que visa moderar e compatibilizar aos valores constitucionais o natural apetite do *Leviathan* em relação a recursos dos particulares. Na medida em que essa norma tenha efeitos restritivos sobre o direito à propriedade privada deve ser interpretada conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos, significando que o que pode figurar como interesse público não é a mera arrecadação de impostos, mas somente aquela que seja justa. Portanto, o princípio ao abrigo do qual o legislador pode legitimar esta medida não é o da tributação, mas sim o da justa tributação. Não é nem nunca pode ser legítima qualquer finalidade de arrecadação ilimitada ou máxima de tributos por parte do Estado. Caso fosse esta a legitimidade geral invocada nem seria preciso prosseguir neste juízo pois a norma restritiva já seria inconstitucional por perseguir finalidades ilegítimas.

É no quadro deste chapéu legitimador geral que o legislador veio, e bem, sublinhar que *“os primeiros impactos surgidos com a aplicação do IVA no sistema tributário nacional, obrigando ao enquadramento de um imposto totalmente novo para os operadores económicos nacionais, determina a necessidade de intervenção atenta neste âmbito, através da tomada das medidas de correção ou reorientação dos comportamentos quer da administração fiscal quer dos sujeitos passivos”*. Para tanto, conforme a lei, aquelas empresas dos setores económicos envolvidos que tivessem celebrado contratos antes de 2004 poderiam não ficar sujeitos à recolha e pagamento do IVA referente a esse período precisamente porque, como se reconheceu e se explicita no preâmbulo, *“inseridos nesta problemática surgem com especial relevância, o tratamento a dar aos contratos celebrados em momento anterior à vigência do Regulamento do IVA, mas com desenvolvimento e execução efetiva no período de vigência deste imposto. Surgindo estes contratos num ambiente contratual sem IVA, a sua*



*execução num contexto tributário em que este imposto se impõe legal e obrigatoriamente sobre as contraprestações a efetuar como contrapartida ao contrato em execução, forçosamente resultaria em ónus indevidos modificadores dos termos do contrato, podendo mesmo apresentar-se como alterações insuportáveis [d]os termos negociais originais, logo determinando a sua não observância e quebra de contrato”.*

Além do que, como se expõe complementarmente, “*não é função do IVA, e em princípio também de nenhum outro imposto nacional, apresentar-se como factor determinante para o sujeito passivo, na conformação das decisões e oportunidades do seu negócio. Deverá por isso, e dentro dos limites tidos por razoáveis e esperados ser desenhado o modelo de comportamentos fiscais a exigir dos sujeitos passivos, contido aquele dentro dos referidos limites razoavelmente esperáveis e não distorcidos da vontade comercial dos obrigados fiscais. Em última análise, aquele imposto deverá apresentar-se tradicionalmente neutro neste campo, não desincentivando os sujeitos passivos da realização das operações objeto do seu negócio”.*

Com tais elementos só se pode concluir que o objetivo específico do legislador com essas normas concretas era, pura e simplesmente, o de corrigir os efeitos temporais de um diploma que já tinha aprovado para evitar que os contribuintes ficassem sujeitos à incidência de um imposto relativo a um momento em que este não existia. Do que decorreria, muito provavelmente, a violação do princípio da irretroatividade da lei fiscal ou, no mínimo, do princípio da proteção da confiança dados os efeitos retrospectivos gerados.

Neste contexto, a norma que foi aplicada ao adicionar-se a consequência da obrigatoriedade de entrega do IVA no caso de não submissão do requerimento só pode visar a obtenção de uma informação imprescindível para, conforme o Decreto-lei nº 17/2004, efeitos de controlo, nomeadamente das deduções, e poder fazer-se o acompanhamento necessário e o devido controlo dos contratos que habilitaram essas empresas a requerer o regime especial e da recolha de IVA nas demais situações, com objetivos de proteger os interesses da Fazenda Pública.

Destarte, a base desta fiscalização da constitucionalidade decorre, primeiro, da existência de uma restrição que incide sobretudo sobre o direito à propriedade privada ao abrigo de um interesse público concreto de correção dos efeitos negativos e potencialmente inconstitucionais da aplicação do IVA a contratos celebrados por certos setores económicos normalmente com alguma antecedência. Naturalmente, segundo, num contexto de concomitante proteção da capacidade de acompanhamento e fiscalização da administração fiscal. Por conseguinte, impõe-se ajuizarmos esta situação específica de afetação conforme o programa já previsto pelos números 4 e 5 do artigo 17 da Constituição.

7.6. Mesmo sem considerarmos a orientação que tem sido seguida por este Tribunal de que, com raras exceções, havendo necessidade objetiva de preservação de outros direitos ou de interesses públicos relevantes os direitos podem ser afetados, no caso concreto, é evidente que se analisarmos o modo como esses direitos foram configurados

chegaremos à conclusão de que o legislador está autorizado a restringi-los. (Artigo 68: A iniciativa privada exerce-se livremente no quadro definido pela Constituição e pela lei”; Artigo 69: “É garantido a todos o direito à propriedade privadas (...) nos termos da lei”).

7.7. Não estará em causa a generalidade e abstração da lei e também não se coloca a hipótese de se ter atingido o núcleo essencial dos direitos, nomeadamente o do direito à propriedade privada. Agora nem a produção de efeitos retroativos, ainda que imperfeitos, e muito o respeito do parâmetro da proporcionalidade na restrição de direitos são muito claros neste caso. Admitindo, *ad argumentandum*, que o primeiro, considerando o teste normalmente aplicado por este Tribunal, seria ultrapassado, a questão decisiva a saber é se a medida legislativa é proporcional.

7.8. É verdade que A próprio recorrente parece ter indicado que a violação do parâmetro constitucional de proporcionalidade teria sido resultado do ato da administração fiscal, mas, pelos motivos já avançados, não é isso que interessa neste momento, porque a sua conduta, em razão do princípio da legalidade da atuação da administração, estriba-se numa norma legal, decorrente da interpretação de dois preceitos legais, que a legitima. Este é, de facto, o único tipo de acto que se pode escrutinar por meio de processo de fiscalização de constitucionalidade e aqui por eventual ingerência desproporcional do direito à propriedade privada, normativamente reconhecido pela Constituição.

O teste de proporcionalidade já tinha sido trabalhado e aplicado pela jurisdição constitucional cabo-verdiana, mormente por este Tribunal Constitucional por meio do Acórdão 7/2016, de 7 de julho, Rel. JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 35, 10 de maio de 2016, pp. 1248-1249, consagrando-se, nomeadamente, pela identificação de finalidade legítima e pela avaliação da adequação, necessidade e equilíbrio da medida, a também denominada proporcionalidade em sentido restrito. Não é um teste criado entre nós, mas uma técnica quase universal de operacionalização deste parâmetro de escrutínio. Identificada a finalidade legítima com base na qual o poder público opera e fixados o(s) direito(s) afetados por meio de restrição legal, o passo seguinte seria determinar se a norma ao abrigo da qual a administração atuou é proporcional.

A – A adequação de uma medida, nos termos da orientação já adotada pelo Acórdão 7/2016, de 7 de julho, Rel. JC Pina Delgado, “*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*”, (...) *não cabendo ao julgador fazer juízos sobre medidas preferenciais no seu entendimento ou endossar o raciocínio do legislador, sufragando a tese da neutralidade relativa (...)*”.

No caso concreto, a medida que se está a escrutinar é a própria norma objeto deste escrutínio de constitucionalidade, mas não só na parte em que se exige a apresentação de um requerimento, que, por si só, afeta de forma limitada um direito, mas, mais intensamente, na parte em que agrega uma consequência jurídica incidente sobre o património da recorrente na hipótese de ela se omitir em agir no sentido previsto. Enquanto tal, e ainda sem discutir a



intensidade, objeto do juízo subsequente, uma norma aplicada, como a que se escrutina, pode, no limite, ser considerada apta a garantir que a empresa – na hipótese de pretender se beneficiar do regime especial –, disso informe à Administração Fiscal, para que esta se pudesse organizar e fazer o acompanhamento e fiscalização da aplicação da medida, porque racionalmente há conexão entre o meio e o fim, com o primeiro a habilitar a concretização do segundo.

B – Por sua vez, nos termos do Acórdão 7/2016, de 7 de julho, Rel. JC Pina Delgado, “*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*”.

Portanto, a questão da necessidade deve ser claramente distinguida da adequação, pois, como é evidente, uma medida pode ser útil a atingir-se uma certa finalidade, mas ainda assim, a partir de uma perspetiva comparada, atacar de forma mais intensa um direito do que as alternativas abstratamente consideráveis. Na prática, o teste de necessidade depende essencialmente de dois aspetos: primeiro, haver outras opções que permitam concretizar a finalidade legítima (neste caso o interesse público) que justifica a operação de restrição; segundo, que ela(s) agrida(m) o direito de forma menos intensa. Fica, destarte, o legislador obrigado a usar sempre a alternativa mais branda que possibilite atingir a finalidade legítima que pretende.

Neste caso, o fim desta norma era de garantir que o contribuinte, mesmo estando num regime especial, diligenciaria no sentido de disso informar a administração fiscal para os efeitos supramencionados. A primeira questão a saber é se estariam disponíveis medidas menos afetantes para se atingir o mesmo resultado, lembrando-se, desde logo, que aqui o ponto não é de saber se já existiam enquanto tais no ordenamento jurídico. Mas, tratando-se de uma fiscalização que incide sobre uma norma, se o legislador tinha, em abstrato, outras alternativas possíveis no momento em que a concebeu, o que não é o mesmo de uma avaliação da proporcionalidade do ato administrativo, que leva em consideração as alternativas não abstratas, mas as concretas decorrentes da lei e/ou do espaço de discricionariedade criados pelas normas que governam a sua conduta.

Nesta matéria, é possível imaginar facilmente várias opções diversas, pois ele, em abstrato, poderia, nomeadamente, ter previsto uma sanção pela não entrega do requerimento que, por sua vez, fosse ajustada ao desvalor que se poderia atribuir a um comportamento omissivo do recorrente com tais características e impacto, nomeadamente de 25%, 15% ou até 10% do valor referente ao IVA não recolhido ou ter

concebido outro tipo de consequência que contasse para efeitos de avaliação do estatuto de utilidade turística, todas medidas que, abstratamente, seriam menos malignas e que podiam ter sido exploradas, particularmente as primeiras, e dada a distância com a consequência jurídica decorrente da norma em crise qualquer delas fora do âmbito do que se poderia considerar um espaço em que o legislador goza de alguma margem de atuação estrutural assente no princípio democrático.

Naturalmente, não releva para este caso o que dispunha o regime jurídico das infrações fiscais relativas ao IVA e ao Imposto sobre Consumos Especiais, nomeadamente a sua orientação no sentido de que “*a aplicação das penalidades previstas neste diploma em caso algum dispensa o infrator do pagamento do imposto e dos respetivos juros que se mostrem devidos*” (artigo 37). Não se pode, como é natural, tratar parâmetros constitucionais com base na lei, pois, assim sendo, gera-se um vício que esvazia o juízo de constitucionalidade como decorre do facto de se considerar que a natureza da sanção fiscal é que ela não exime o devedor do cumprimento da obrigação fiscal. a conclusão, como se pode imaginar, é corretíssima, do ponto de vista do direito fiscal positivo. Agora, não parece que tal solução seja mais do que uma mera opção do legislador que, por si só, deve ser submetida a escrutínio de conformidade constitucional, do qual, se assim for, dificilmente permitiria chegar a um resultado assente na compatibilidade de tal tipo de norma com a Constituição para situações similares à avaliada nestes autos.

O que é determinante é saber-se se, em tese, tais alternativas permitiriam atingir as finalidades visadas pela norma e a resposta teria que ser forçosamente positiva, bastando que se indague se uma empresa na hipótese de ter que pagar, por exemplo, uma coima total de 10.000.000\$CV por não ter apresentado atempadamente um requerimento sentir-se-ia impelida ou não a fazê-lo, sabendo que teria que retirar o valor dos seus próprios lucros sem que antes o tenha recebido dos seus clientes? Seria preciso uma estratégia comercial quase suicida para não se optar por tal possibilidade.

Por conseguinte, havia, em abstrato, medidas muito menos malignas disponíveis para o legislador que lhe permitiriam atingir a mesma finalidade legítima a que se propôs. Ao optar por não prever qualquer delas, deixando à administração fiscal, a possibilidade de interpretar o regime inferindo norma com o teor daquela que se está a sindicat, fez uso de uma medida que agride de forma desnecessária e direta o direito à propriedade privada e incidentalmente a liberdade de iniciativa económica por motivos que ele próprio admitiu no preâmbulo do diploma central deste inquérito constitucional.

C – Isso seria suficiente para que se declarasse a norma inconstitucional por violação do parâmetro constitucional da proporcionalidade, mas, além disso, não me parece medida equilibrada, na justa medida, que, enquanto proporcionalidade em sentido restrito, nos termos do Acórdão já citado, “*ajuíza-se avaliando[-se] 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*”. Em relação ao princípio da proporcionalidade em sentido restrito, não nos podemos esquecer que estamos perante a operação de balanceamento no sentido estrito que integra o juízo de proporcionalidade. Tais empreitadas, como acontece nomeadamente com o homólogo juízo de colisão de direitos, depende de se atribuir pesos, por um lado, às vantagens geradas para o interesse público que o legislador pretende concretizar com a norma e, do outro, à privação que se impõe ao direito numa determinada situação.

O juízo considera, em específico, o peso da finalidade legítima de forma concorrente ao sacrifício que se impõe ao direito à luz dos dados que envolvem uma norma abstrata, mas ainda assim específica a cada situação. Não pode ser somente entre um interesse público generalizadamente considerado em impor e recolher tributos, e, neste caso, o sacrifício concreto que se impõe a um direito, da mesma forma como seria fraudar o sistema considerar abstratamente o direito no seu núcleo essencial e um ganho marginal proporcionado pela medida restritiva. A estrutura de balanceamento depende de se identificar concretamente qual é a dimensão do direito que se afeta à luz das vantagens específicas na realização de uma finalidade legítima do Estado.

Ademais, se a natureza da medida que se está a escrutinar tem natureza sancionatória não entra na lógica direta do teste a imputação concreta de responsabilidades aos titulares dos direitos que são afetados, mas saber se a consequência jurídica de um eventual comportamento ilícito ou desconforme ao prescrito dos mesmos é ou não equilibrada atendendo à intensidade do interesse público que se pretende proteger. Portanto, se numa situação hipotética, o legislador pretender sancionar criminalmente uma conduta, o que vai relevar não é se o titular do direito que se coloca em posição de ser punido é responsável ou não por uma conduta ou por um desfecho, pois pressupõem-se que o seja, para que uma norma lhe seja aplicada num caso concreto. Antes, o que interessa é saber se a consequência que o legislador, de antemão, concebeu para esta situação é equilibrada ou não, pois, caso contrário, comprovada a culpa de uma pessoa em certos crimes hediondos, o Estado poderia prever penas de sessenta anos e aplicá-las, sem mais, ao titular do direito sem que houvesse objetivamente, dado ao desvalor que se poderia atribuir à conduta concreta e à necessidade de preservar interesses públicos, de carácter individual ou coletivo, extremamente fortes, qualquer incidência negativa sobre o parâmetro da justa medida, o que não é o caso.

Em situações mais complexas como esta e para garantir a redução máxima do subjetivismo que lhe é inerente, o juízo de justa medida depende de se balancear idealmente quatro aspetos centrais: o peso abstrato do direito que se pretende proteger à luz do direito oponente ou do interesse público relevante que garante finalidade legítima à medida restritiva; a intensidade que se limita o direito à luz das vantagens que se pretende realizar para proteger

outro direito ou, como neste caso, um interesse público relevante; a segurança das premissas empíricas, caso presentes os dados, que sustentam a operação restritiva, e, eventualmente, a avaliação do comportamento do titular do direito à luz da importância do bem jurídico que se pretende proteger.

Não parecendo que tenha sido trazidos dados empíricos nesta matéria, atendendo as circunstâncias já descritas, não é possível incluir o penúltimo critério de balanceamento, mas em relação ao primeiro, no nosso sistema quando há um sopesamento entre um direito, liberdade e garantia análogo e uma finalidade legítima coletiva há sempre uma prevalência abstrata do direito sobre o interesse público e do direito sobre o dever, portanto a priorização da posição jurídica individual sobre o bem coletivo. Portanto, neste caso, estando de um lado, o direito à propriedade privada e, incidentalmente, a liberdade de iniciativa económica, e, do outro, finalidade assente sobre interesse público de cobrar impostos de forma justa, o dever individual de os pagar e eventualmente direitos sociais de receber prestações sociais que deles dependem, há prevalência dos primeiros sobre os segundos. E ainda assim sem considerar que ao interesse público de recolha de impostos não é totalmente alheia a necessidade de se manter a vitalidade das empresas sob pena de se matar a galinha dos ovos de ouro, e de se fomentar o investimento privado, interno e externo, num quadro de previsibilidade económica e proteção do património.

Num segundo plano, numa dimensão mais específica e a decisiva no caso concreto, temos uma posição jurídica patrimonial protegida pela Constituição por meio da consagração do direito à propriedade privada que é afetada de forma intensa, já que, em abstrato, o valor sempre seria considerável, já que equivalente à prestação de serviços da empresa, para mais atendendo ao tipo de empresa abrangido pela lei, que, no geral, para o padrão cabo-verdiano, movimenta grandes quantias num quadro em que não arrecadou tais recursos e, por conseguinte, é obrigada a tirá-los dos seus próprios cofres para pagar ao Estado, enquanto que para este o ganho marginal com a norma seria de obter informações importantes para efeitos de acompanhamento e controlo da execução do regime especial que criou nos termos já expostos. Não deixa de ser um objetivo público relevante, mas, convenhamos, os ganhos marginais que se atinge com a medida, ainda mais sendo temporária, são limitados, tanto é assim que, mesmo sem ter tal informação, a administração fiscal fez o acompanhamento e controlo da aplicação do regime jurídico, identificou o valor que não foi cobrado e aplicou as medidas que entendeu adequadas.

Terceiro, o único aspeto a considerar a este nível são os efeitos do comportamento abstratamente considerado no quadro da operação de balanceamento, que, claro está, neste caso penderia de modo desfavorável sobre qualquer contribuinte que no cálculo do legislador tenha deixado, no mínimo de forma descuidada, senão negligente, de ter em atenção aos interesses legítimos do Estado, em concreto os da administração fiscal, de obter as informações necessárias para sua organização e controlo de aplicação do regime especial concernente ao IVA.

Mesmo assim, atendendo ao facto de maior peso do direito à propriedade privada sobre o dever de pagar impostos



e o interesse público em arrecadá-los; de, em concreto os ganhos marginais que decorrem da aplicação da medida restritiva à luz da intensidade dos prejuízos ocasionados à dimensão patrimonial do direito à propriedade privada terem maior peso, parece insofismável que a balança se inclinou excessiva e inconstitucionalmente para o lado da proteção do interesse público em detrimento do direito, liberdade e garantia análogo onde se ancorava tal posição jurídica, obtendo ganhos gerais mínimos. O ataque excessivo ao direito subjacente e a desproporção da norma são evidentes, atendendo ao sacrifício quase extremo que impõe ao contribuinte em relação à finalidade que pretende realizar, que não é a recolha do tributo em si, já que este fora afastado pela própria medida legislativa de transição, logo o erário público deixara de contar com ele, mas sim uma justa tributação, caracterizada, e bem, neste caso, pela criação de um regime especial que leva em consideração contratos previamente celebrados, que isenta, por um lado, e obriga à prestação de informação sobre a escolha do contribuinte para evitar fraudes fiscais, do outro lado. Isso para garantir que o contribuinte prestasse informações à administração fiscal a respeito do regime que ficaria sujeito e ela pudesse controlar devidamente a aplicação do regime.

Não o tendo feito, é tratado praticamente como se tivesse recebido o imposto e não tivesse entregado à Fazenda Pública os respetivos valores, supliciando-o com a obrigação de entregar na íntegra tudo o que não arrecadou. Aliás, mesmo que a finalidade da medida neste caso fosse, por si só, a arrecadação de tributos, sem mais, a medida seria excessiva, nomeadamente por poder implicar, voltando ao início, numa intromissão excessiva na esfera patrimonial do próprio contribuinte (qualquer que ele seja). Não há dados que nos permitissem dizer que seria a sua morte, nem o impacto concreto sobre a empresa, mas, decerto, se tal lógica impera, se ela tivesse deixado de recolher 1 bilhão de contos proveniente da liquidação do IVA e tivesse que os entregar integralmente ao Estado em boa situação não iria ficar!

#### 8. A violação do princípio da justiça na sua dimensão substantiva.

Diz ainda a recorrente que a decisão da autoridade tributária, impugnada em sede do Tribunal Fiscal e Aduaneiro de Barlavento que a considerou improcedente, decisão essa confirmada pelo STJ, viola o princípio da justiça, previsto pelo artigo 240 da Constituição da República, conforme o qual “*A administração prossegue o interesse público, com respeito pelo princípio da justiça*”, que, de todos os invocados, é o mais denso e, provavelmente, o mais difícil de concretizar, até porque, no fundo, também revelador de um princípio constitucional estruturante reconhecido pelo número 3 do artigo 1º da Constituição redigido em termos segundo os quais “*A República de Cabo Verde (...) tem como objetivo fundamental (...) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária*”.

8.1. E, de facto, a administração pública, além de agir de equilibrada, deve agir de forma justa.

Claro está que se pode abordar a questão da justiça a partir da sua dimensão procedimental.

8.1.1. Seguiria que, no caso concreto, a recorrente, pessoa coletiva de direito cabo-verdiano, foi alvo de uma

ação inspetiva da autoridade tributária. Na sequência foi condenada a pagar o montante de 94.717.166\$00, dos quais cerca de 92.123.471\$95 correspondentes ao IVA não recolhido, que, alegadamente, estava obrigada nas suas operações, a cobrar e entregar ao Estado. Segundo essa mesma entidade não o fez, apesar do ónus que recaia sobre si. O processo tributário, enquanto processo sancionatório, garante ao sujeito passivo um conjunto de direitos e garantias. Durante o processo, quer na sua fase administrativa quer na judicial, foi respeitado o pleno exercício do contraditório. Assim, a recorrente foi notificada do relatório pela Autoridade Tributária, pôde apresentar a sua reclamação junto à mesma, alegando de facto e de direito, em defesa da sua tese. Sobre a sua reclamação a Autoridade Tributária emitiu um pronunciamento, confirmando a sua decisão.

A recorrente, não se conformando, impugnou-a junto ao órgão judicial competente – o Tribunal Fiscal e Aduaneiro de Barlavento. Este, no estrito cumprimento das regras do direito adjetivo – constitucionais e legais – aplicáveis, instruiu o processo, com a intervenção ativa da recorrente que, através do seu mandatário, indicou perito, arrolou testemunhas e assistiu às inquirições. Da mesma forma, o processo contou com a fiscalização da legalidade por parte do Ministério Público que, em todas as fases, promoveu o que entendeu por conveniente e após o seu visto. Da decisão do Tribunal da Primeira Instância nessa matéria, a recorrente interpôs recurso para o Supremo Tribunal de Justiça.

8.1.2. E isso amparando-se em base normativa – o objeto deste escrutínio – que aparentemente ultrapassaria qualquer teste de justiça procedimental. Por um lado, da parte do Governo, autor da iniciativa legislativa, que teria plena legitimidade para executar a sua política fiscal, conformando o seu regime jurídico, dentro dos parâmetros que a Lei Básica lhe permite. Do outro lado, a recorrente, sociedade comercial de direito cabo-verdiano, que teve a oportunidade de ser consultada no processo de criação do regime normativo objeto deste desafio de constitucionalidade. Nesta conformidade, como concede nos autos, participou de forma ativa no período da criação e implementação do novo imposto. Além disso, no âmbito da liberdade que o sistema lhe reconheceu, em abstrato, qualquer empresa – e também a Sal Hotéis - ao tomar conhecimento da faculdade que tinha em optar pelo regime de não sujeição, sempre teria oportunidade para evitar o desfecho do qual recorre, e, na hipótese de o ter feito, que também alega, devia ter guardado o recibo documental dessa entrega, o que seria suficiente para produzir o mesmo resultado.

8.1.3. Portanto, no que diz respeito à dimensão formal do princípio da justiça, sendo o regime do Decreto-Lei 17/2004, de 20 de maio uma exceção à regra que é o regime jurídico constante do Regulamento do IVA em vigor desde 1 de janeiro de 2004, não se constata qualquer violação por ato ou omissão da administração. Como dito *supra*, a recorrente assume que só por lapso, omissão que, naturalmente, só pode ser da responsabilidade da recorrente, seus órgãos e agentes, ficou no regime que legalmente estava implementado desde 1 de janeiro de 2004. Não se vislumbraria como é que, à primeira vista,



o não aproveitamento de faculdade, que lhe conferiria vantagem, por, no mínimo, descuido, ficando inserida num regime que lhe era desfavorável, pode ser assacada à autoridade tributária e, como alega, ferir o princípio da justiça na sua dimensão procedimental. O contribuinte teve, outrossim, não só oportunidade para contribuir para a própria solução normativa que lhe era favorável, como ainda de solicitar à Administração Fiscal a não sujeição ao regime que reputa desfavorável, não o tendo feito, ou, se o fez, sem registar documentalmente o ato em moldes a poder ter elementos probatórios.

8.2. Contudo, primeiro, o princípio da justiça não tem uma dimensão exclusivamente procedimental. Isso, por um motivo de base que se deve lembrar. Caso o princípio da justiça conhecesse somente uma dimensão procedimental, haveria uma debilitação notória da proteção dos particulares em face do poder político do Estado, que tem poderes para aprovar, por via de lei, o lançamento de impostos e também de os coletar. Portanto, cria as regras, apita e joga. Felizmente, é também um princípio substantivo, que tem conteúdo, ainda que marcado por uma textura porosa. Para um Estado Material de Direito, o princípio do *No taxation without representation* não é suficiente, pois as soluções em matéria fiscal devem ser substantivamente justas também.

8.2.1. Primeiro, porque o princípio da justiça é manifestação de vontade do legislador constituinte, não se podendo pressupor que foi inconscientemente ou para efeitos de mera ornamentação que foi inserido no texto constitucional e explicitamente ao contrário de muitos outros princípios que, fundadamente, temos reconhecido como fazendo parte da ordem constitucional, como o princípio da proteção da confiança, tantas vezes aplicado por este Tribunal.

E não é só em relação à administração pública (o já citado artigo 240 (1) ou à função pública - (art. 241(1): “*O pessoal da Administração Pública e os demais agentes do Estado e de outras entidades públicas estão exclusivamente ao serviço do interesse público definido pelos órgãos competentes, devendo, no exercício das suas funções, agir com especial respeito pelos princípios de justiça, (...)*”) – que se faz alusão à justiça e ao justo na Constituição, mas em inúmeras ocasiões, nomeadamente em sede de princípios constitucionais estruturantes, como já se fez menção. Apesar de, em certas situações, o sentido da expressão justiça apelar sobretudo à sua dimensão formal, orgânica e institucional, noutras se aposta precisamente num conteúdo substantivo.

Desde logo, o Preâmbulo já estabelece que “*Esta Lei Constitucional vem, assim, formalmente corporizar as profundas mudanças políticas operadas no país e propiciar as condições institucionais para o exercício do poder e da cidadania num clima de liberdade, de paz e de justiça, fundamentos de todo o desenvolvimento económico, social e cultural de Cabo Verde*”.

No artigo 1º, considera-se que “*Cabo Verde é uma República soberana, unitária e democrática, que garante o respeito pela dignidade da pessoa humana e reconhece a inviolabilidade e inalienabilidade dos direitos humanos como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça*” (para 1º), e que “*A República de Cabo Verde assenta na vontade popular e tem como objectivo fundamental*

*a realização da democracia económica, política, social e cultural e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária* (para 3º), mencionando-se igualmente que os “*Os trabalhadores têm direito a justa retribuição segundo a quantidade, natureza e qualidade do trabalho prestado*” (art 62 (1)), que “*O despedimento sem justa causa é ilegal, constituindo-se a entidade empregadora no dever de justa indemnização ao trabalhador despedido, nos termos da lei*” (art 63 (3)), que a “*A requisição ou expropriação por utilidade pública só podem ser efectuadas com base na lei e sempre mediante o pagamento da justa indemnização*” (art. 69 (3)); que “*O sistema fiscal é estruturado com vista a satisfazer as necessidades financeiras do Estado e demais entidades públicas, realizar os objectivos da política económica e social do Estado e garantir uma justa repartição dos rendimentos e da riqueza*” (art. 93 (1) e que “*A lei define o património das autarquias locais e estabelece o regime das finanças locais, tendo em vista a justa repartição de recursos públicos entre o Estado e as autarquias, (...)*” (art. 233 (2)).

O próprio Tribunal Constitucional, é verdade por maioria, já tinha aplicado o princípio da justa repartição de receitas entre o Estado e os municípios para declarar a inconstitucionalidade de uma norma, o artigo 13 da última versão da Lei da Taxa Ecológica (Acórdão nº 1/2017, de 12 de janeiro, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 10, 27 de fevereiro, pp. 218-260, especialmente 258-259), e, antes, ao abrigo da consideração de que o Estado de Direito é um Estado Ético, o Supremo Tribunal de Justiça nas vestes de Corte Constitucional também o fez, referindo-se ao “*tratamento equitativo a todos os intervenientes afetados pelo aumento da carga fiscal. Nem podia deixar de ser assim porque o Estado de Direito é um Estado Ético*” (Acórdão nº 13/2006, de 9 de novembro, Supremo Tribunal de Justiça enquanto Tribunal Constitucional, Autos de Fiscalização Sucessiva da Constitucionalidade, Rel: Ile., p. 8).

8.2.2. Segundo, não é meu entendimento que se possa tratar o princípio da justiça como uma fórmula vazia, sem conteúdo, precisamente porque não se pode presumir que o legislador constituinte reproduz na Constituição enfeites sem funcionalidade nenhuma. Mesmo que se considere as dificuldades que são colocadas por expressões dessa natureza, a partir do momento que estão na Constituição delas emana um mandado/to destinado aos juizes deste e de outros tribunais de densificação, fixação de condições técnicas de sua aplicação, objetivação e, finalmente, concretização efetiva. É o que tem acontecido com vários outros princípios normalmente utilizados pelo Tribunal Constitucional e que não são menos polissémicos, sendo esta a natureza própria de normas com tal textura aberta. Não se pode dizer que o significado do termo justiça seja mais complexo do que os conceitos de proporcionalidade, da confiança legítima, da igualdade, até de dignidade da pessoa humana, todos densificadas por este Tribunal com base nessa mesma abordagem, ou até a termos que são trazidos à discussão, pela primeira vez na história deste tribunal, mas com toda a pertinência, como o de decência, boa-fé, transparência, razoabilidade, etc.

Haverá, suponho, um receio legítimo – ao meu ver – de haver manipulação do princípio da justiça através inserção

de entendimentos particulares sobre o seu conteúdo, nomeadamente porque aquilo que pode corresponder ao conceito de justiça de uns poderá não ser algo partilhado por todos os integrantes da Comunidade Política. Mas, se é este o problema, ele também se aplica aos outros conceitos vagos que pululam na Constituição como os mencionados no parágrafo anterior.

Em relação a estes fazemos o que devemos: tentamos recortá-los, inferimos o seu conteúdo, por mínimo que seja, e, sobretudo, estabelecemos parâmetros com alguma racionalidade para reduzir a sua permeabilidade a manipulação e instrumentalização por nós próprios, os juizes, tentando garantir o máximo de objetividade na sua aplicação, mesmo quando isso afronte as nossas inclinações, preconceitos ou filosofias morais ou políticas. O mesmo pode ser feito em relação ao princípio da justiça e até, neste caso, já se ensaiou fazê-lo quando se discutiu o princípio da justa distribuição.

Na ocasião, entendeu-se que *“Naturalmente, está-se perante uma expressão com teor extremamente aberto e dir-se-á difícil de densificar, pelo menos se o objetivo for fazê-lo de modo geral, abstrato e conceitual. A definição do justo poderá depender de um determinado contexto e da operação de certas condicionantes, de modo a ser possível de determinar com especificidade somente perante situações concretas”* (Acórdão nº 1/2017, de 12 de janeiro, Rel: JC Pina Delgado, 4.2). Reconhecendo-se, é certo, as dificuldades de densificação e a necessidade de se estabelecer parâmetros situação a situação, o Tribunal não se coibiu de o fazer pronunciando-se no sentido de que *“No que tange ao preceito constitucional é razoável pressupor-se que, numa das suas dimensões, as das relações entre os Estados e as autarquias, neste caso os Municípios, deverá haver uma distribuição dos recursos arrecadados que leve em consideração o nível de atribuições, as responsabilidades assumidas, as necessidades concretas de satisfação dos interesses das populações e uma determinada quota nos recursos públicos, naturalmente proporcional ao total arrecadado pela República. Neste particular, o sentido mais provável de justa repartição de recursos é o de equilíbrio baseado na correlação entre responsabilidades perante as populações e o acesso a recursos”* (Ibid., 4.3.).

8.2.3. Terceiro, não creio que, em última instância, o princípio da justiça seja o somatório do princípio da igualdade, do princípio da proporcionalidade e do princípio da imparcialidade, sem que dele decorra qualquer conteúdo autónomo e não sobreposto a outras diretrizes constitucionais, porque se assim fosse não seria necessário fazer qualquer menção ao princípio da justiça, bastaria as referências ao princípio da igualdade, à proporcionalidade e à imparcialidade. Claro que tratar de forma discriminatória é tratar de forma injusta, do mesmo modo que sacrificar direitos e interesses legítimos de forma excessiva é, em princípio, injusto. Mas não é só isso. É muito mais.

É seguramente tratar as pessoas, mesmo as coletivas, de modo processualmente justo, de acordo com procedimentos pré-estabelecidos, que lhe garantem um conjunto de direitos de defesa, de contraditório, de auscultação, etc, nos termos já analisados. Todavia, não se pode reduzir o princípio da justiça a essa esfera, e apesar de ser correto

afirmar-se que os tribunais revelam alguma contenção nesta matéria, não é menos verdade que várias jurisdições constitucionais um pouco por todo o Mundo aplicam princípios similares como os equivalentes *principle of fairness, principle of substantive justice, principle of reasonableness*, ou critérios de justiça baseados na noção de *substantive due process*, ou ainda o princípio da moralidade da administração, em que se apela a noções de justiça institucional e comunitária para controlar atos dos poderes públicos, particularmente da administração e dos poderes legislativos.

8.2.4. Neste contexto, no quadro do modelo de Estado que a Comunidade Política Nacional adotou para si própria, não é possível, de um ponto de vista lógico, dissociar a dimensão procedimental e a substantiva, já que se interpenetram e energizam-se mutuamente, sem que seja possível separá-las já que mesmo a construção das garantias formais e processuais corresponde também à concretização de valores constitucionais e políticos substantivos.

E isso é inevitável porque, independentemente das nossas conceções individuais a respeito da conexão necessária entre Direito e Moral à luz da teoria jurídica geral, o facto é que o nosso Estado de Direito Democrático foi construído a partir de convicções éticas, clama por uma legitimação externa baseada na sua correção moral e visa a criação de uma sociedade justa, como se estabelece explicitamente, no número 3 do artigo 1º da Lei Fundamental, enquanto princípio constitucional estruturante da República. Não podia, aliás, a justiça ficar amputada da sua incontornável dimensão substantiva num Estado Material de Direito, que por definição comporta valores fundamentais, portanto com uma essência própria e bem definida ligada às bases que estruturam a Constituição, as conceções de natureza moral dos direitos humanos e da democracia e os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da solidariedade.

8.2.5. Naturalmente, a densificação dessa dimensão substantiva do princípio da justiça não pode decorrer de conceções éticas de cada pessoa, mormente de justiça, mas de categorias que se infere da própria Constituição e das suas instituições bem assim como das tradições públicas partilhadas pela nação cabo-verdiana desde as mais priscas eras em que foi moldando os princípios comportamentais que integram o seu *ethos*.

Tendo estes dois parâmetros na sua base, ou seja, os valores fundamentais que enformam o conceito constitucional de justiça política e as tradições éticas da nação, uma norma que habilita um comportamento da administração viola o princípio da justiça quando permite que ela possa agir ancorada em máximas de ação incompatíveis com os valores institucionais públicos adotados pela Comunidade Política Cabo-verdiana, ou quando legitima a sua atuação com motivações notoriamente incorretas e maliciosas ou ainda quando justifica conduta, que, independentemente da sua boa vontade, leva a que se atinjam resultados manifestamente iníquos.

8.2.6. Mais uma vez, na situação que temos em mãos, uma norma como a que se escrutina e que permite à administração fiscal cobrar todo o valor não recolhido do IVA nas presentes circunstâncias está longe de ser



conforme ao princípio da justiça, pois permite que o Estado imponha o pagamento de impostos indiretos de uma empresa que não os foi buscar ao consumidor na totalidade, como se os tivesse recebido, quando, na realidade, já nem podia contar com eles.

Perante o contexto que a lei pretendia recobrir, parece-me que uma norma que obriga o contribuinte, perante impostos indiretos que não foram efetivamente recebidos a entregar ao Fisco o valor correspondente como se o tivesse efetivamente recolhido atinge de modo inconstitucional o princípio da justiça que deve nortear a atividade da administração. Na minha opinião, viola o senso ético comum e atinge de forma intolerável a noção de justiça que funda a ordem política, considerando que a Constituição do Estado de Direito Democrático apela a uma legitimação moral externa, devendo, assim, o Estado agir de forma correta nas relações com os particulares, o que significa não ficar com nada além daquilo que estritamente é seu ou tenha direito.

Se, objetivamente, uma norma permite ao Estado apropriar-se de valores de base tributária que não foram efetivamente recolhidos por uma empresa de turismo de sujeitos passivos de facto, sobre quem se repercute o tributo dos serviços inerentes à sua atividade, no quadro de uma lei destinada precisamente a isentá-lo desse pagamento que seria por si problemático moralmente, há uma máxima que permite uma acção manifestamente injusta.

8.2.7. Por conseguinte, se ainda se pode dizer que não se consegue apurar se a intenção que moveu o legislador foi maliciosa, pois talvez não tenha sido, o facto é que dificilmente se consegue compatibilizar uma máxima dessa natureza com a justiça, mormente se utilizarmos a fórmula da universalização de Kant, e muito menos poderíamos deixar passar sem consequências o facto de ser resultado manifestamente iníquo, o Estado se locupletar dos recursos de um particular sem causa, atendendo às especificidades da legislação concreta, em que sequer se estava perante um contexto em que esperava recolher aqueles impostos.

### Conclusão

Por esses motivos, na conferência de julgamento votei no sentido de se declarar a inconstitucionalidade dos números 1 e 2 do artigo 2º do Decreto-lei 17/2004, de 20 de maio, quando interpretados no sentido de que a não apresentação do pedido de não sujeição teria como consequência o pagamento integral do IVA que deveria ter sido coletado e não foi pela empresa turística, atendendo ao regime especial, ainda que tenha deixado em aberto a possibilidade de, mediante melhor análise dos argumentos da maioria, aderir ao acórdão integralmente ou, pelo menos, acompanhar a solução.

Depois de reflexão ulterior, no entanto, fica reforçado o meu entendimento primário de que há inconstitucionalidade normativa por violação do princípio da justiça e do parâmetro da proporcionalidade, e reputo que, no limite, o Tribunal condescendeu com uma conduta de puro de “Robynhoodismo” do Estado ao certificar aquilo que é, na prática, uma autorização legal para operar o que é materialmente um ‘confisco’ ilegítimo de propriedade privada em nome de uma noção muito particular de interesse público, notoriamente incompatível com um Estado Liberal de Direito Democrático, por definição Justo.

Lembro-me e registei que no fim da sua sustentação oral a advogada da recorrente pediu ao Tribunal que fizesse justiça e a Fazenda Pública lembrou-nos que estavam em jogo interesses públicos do Estado, nomeadamente a sua própria sustentabilidade. Um dos maiores ícones da Filosofia Política e Constitucional contemporâneas, o saudoso John Rawls, escreveu na sua Teoria da Justiça que “*Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem sequer o bem-estar de toda a sociedade pode ultrapassar. Por este motivo, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns é justificada por um bem maior gerado para outros. Não admite que os sacrifícios impostos a uns poucos são compensados pela maior soma de vantagens usufruídas por muitos* [Each person possesses an inviolability founded on justice that even the welfare of society as a whole cannot override. For this reason, justice denies that the loss of freedom for some is made right by a greater good shared by others. It does not allow that the sacrifices imposed on a few are outweighed by the larger sum of advantages enjoyed by many]” (John Rawls, *A Theory of Justice*, Original Edition, Cambridge, Mass/London, Belknap Press, 1971 p. 3).

Naturalmente, mesmo que admitamos que as ideias sobre a justiça política tenham que ser arbitradas e ajustadas em constituições concretas, o farol de qualquer sistema liberal de direitos é este, ou seja, de que as afetações, a existirem, devem ser excepcionais, proporcionais e justas. Hoje, temo que a Justiça não foi feita e .... o Estado ganhou outra vez.

Praia, 11 de julho de 2017

O Juiz Conselheiro *José Pina Delgado*

Está conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, na Praia, aos 11 de julho de 2017. – O Secretário, *João Borges*

### **Cópia:**

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 1/2017, em que é recorrente **Martiniano Nascimento Oliveira** e recorrido o **Supremo Tribunal de Justiça**.

### **Acórdão n.º 9/2017**

#### **I. Relatório**

1. Martiniano Nascimento Oliveira, com os demais sinais de identificação nos autos, interpôs Recurso de Amparo Constitucional contra o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 06/2017, de 27 de janeiro de 2017, que julgou improcedente a sua reclamação constante de fls. 96 dos Autos Cíveis de Apelação n.º 03/16, em que era apelante o ora recorrente e apelada a SDTIBM – Sociedade de Desenvolvimento Turístico das Ilhas de Boa Vista e Maio.

O Acórdão n.º 06/2017, de 27 de janeiro de 2017, foi proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ) na sequência de um recurso interposto pelo apelante, ora recorrente, que, inconformado com a decisão proferida pelo Tribunal Judicial da Comarca da Boa Vista, nos termos da qual reconhecera à apelada o direito de propriedade sobre os terrenos em litígio e o condenara a *devolver tais terrenos livre de pessoas e bens, demolindo as construções e removendo todos os escombros e materiais;*



Ordenada a subida dos Autos n.º 03/16 contendo o recurso de apelação ao STJ, feita a distribuição, foram passadas as guias para o pagamento do preparo inicial, as quais, segundo informação constante do verso de fls. 72, não foram levantadas;

Por não terem sido levantadas as guias mencionadas no parágrafo antecedente, emitiu-se o mandado n.º 57/16, através do qual se notificou o recorrente, para no prazo de cinco dias, cujo termo *a quo* seria o dia 27 de janeiro de 2016, solicitar guias na secretaria e efetuar o pagamento do preparo inicial no montante de 17.000\$00 (dezasete mil escudos), assim como o valor global de 51.000\$00 (cinquenta e um mil escudos);

Entretanto, foi prolatado o Acórdão n.º 77/2016, de 06 de maio, que, tendo constatado que, até àquela data, o preparo inicial, acrescido da penalização, ainda não se mostrava pago, declarou deserto aquele recurso, com base na falta de pagamento do preparo;

Desse Acórdão o recorrente foi notificado no dia 16 de maio de 2016, mas dele não interpôs qualquer recurso;

Elaborada a conta n.º 242/2016, constante de fls. 85, dela foi notificado o recorrente no dia 22 de junho de 2016, tendo lhe sido indicado como termo do prazo para o pagamento voluntário o dia 14 de julho de 2016;

Dessa notificação reagiu o ora recorrente, apresentando, no dia 24 de junho de 2016, uma reclamação da conta, alegando que a elaboração da conta reclamada baseara-se no pressuposto de que o apelante não tinha pago o preparo inicial nem a penalização prevista na lei, o que não correspondia à verdade, pois, conforme certificam o talão de depósito e o *bordereau* de crédito junto a 25 e 26 de janeiro de 2016, fora depositado na conta n.º 10652929 101 a quantia de 51.000\$00, cumprindo escrupulosamente a decisão do Egrégio Supremo Tribunal de Justiça;

Mas a reclamação dele foi julgada improcedente pelo Acórdão n.º 06/2017, de 27 de janeiro, com base na seguinte fundamentação:

*Que o reclamante falhara no tempo e no modo de reacção contra o ato processual de que fora notificado. Fora notificado da conta, e, portanto, podia, sim, apresentar reclamação contra esta, e já não contra a decisão que o condenara a pagar as custas contadas. O que, só por si, inviabilizaria a presente reclamação; que, no entanto, mesmo que assim não fosse de intuir, a circunstância de o recorrente, ora reclamante, ter pago o preparo, em dobro, adentro do prazo indicado não legitimaria uma eventual reclamação contra a decisão acima referenciada.*

Segundo o mesmo aresto, *isto deve ser entendido, precisamente, porque, além do pagamento atempado do preparo em dobro, incumbia ainda ao recorrente, ora reclamante, o ónus de entregar, em tempo, na secretaria do tribunal o duplicado das guias e o respetivo talão de recibo, nos termos previstos no artigo 162.º ou no 156º/6, ambos do C.C.J. E isto não foi feito, o que é equiparável à falta de pagamento.*

Por não se conformar com essa decisão e respetiva fundamentação, o recorrente lançou mão do recurso de Amparo, alegando que efetuara o pagamento das custas em dobro, no prazo que lhe fora fixado, só não se juntou o comprovativo no prazo legal “*por uma falha de*

*comunicação, pois o recorrente é da ilha de Boa Vista e o seu representante legal vive na ilha de São Vicente e o STJ fica na ilha de Santiago, enfim problema que a insularidade nos brinda, não foi possível perceber a data em que o seu recurso foi distribuído, e por não tê-lo pago tempestivamente foi condenado a pagá-lo em dobro. Perante a notificação, receando o despacho de deserção, o recorrente dirigiu-se imediatamente aos balcões do BCA na ilha da Boa Vista fazer o pagamento, tendo entregue logo no ato contínuo os talões de depósito e transferencial no tribunal da Boa Vista para os remeter ao STJ.*

*Tempo depois foi confrontado com o acórdão do STJ dando conta que o seu recurso tinha sido considerado deserto, por falta de pagamento em dobro. Ora, convencido que se tratava de uma falha de somenos de quem faz o controlo do pagamento dos preparos, o recorrente juntou os documentos comprovativos e incumbiu o seu domicílio escolhido de os entregar no STJ, o que aconteceu, pois a própria Secretaria confirmou que os havia recebido.”*

Mais alega que “*ao invés do STJ sanar essa falha, optou por desconsiderar a prova e os esclarecimentos apresentados, mandando notificar o recorrente para pagar as custas do processo sob pena de execução, o que motivou a pretérita reclamação que o coletivo considerou improcedente, obrigando o recorrente a lançar mão deste recurso de amparo constitucional.*”

Na perspetiva do recorrente, a decisão impugnada violou o seu direito fundamental de acesso à justiça.

Termina, pedindo que o Tribunal Constitucional declare inconstitucional o Acórdão recorrido, por forma a que o recurso que apresentara junto do STJ pudesse seguir os seus trâmites normais até a final.

O presente Recurso de Amparo deu entrada na Secretaria do Tribunal Constitucional no dia 15 de março de 2017, tendo sido autuado e registado no dia 16 de março de 2017.

2. Cumprindo o estabelecido no artigo 12.º da Lei do Amparo, foram os autos com vista ao Ministério Público para emitir o parecer sobre a admissibilidade do recurso. Sua Excelência o Senhor Procurador-Geral da República, emitiu o duto parecer constante de fls. 15 a 19 dos presentes autos, tendo formulado as seguintes conclusões: “*somos de parecer, com fulcro no art.º 17.º, que o recorrente deve ser notificado para juntar documento comprovativo da data em que foi notificado do acórdão recorrido e oficiado o Supremo Tribunal de Justiça no sentido de fazer juntar aos autos, a título devolutivo, o processo que determinou a prolação do duto acórdão ora objecto de recurso de amparo.*

*Juntado a certidão de notificação, em caso de o recurso ter dado entrada depois do prazo estabelecido no art.º 5.º n.º 1, o mesmo deverá ser rejeitado, ou em alternativa, verificados que estão os demais pressupostos, deve ser admitido, seguindo os ulteriores termos do processo até a final.”*

Concluso o processo, o Relator houve por bem mandar oficial o Supremo Tribunal de Justiça no sentido de remeter, a título devolutivo, os Autos Cíveis de Apelação n.º 03/16, os quais já se encontram apensos, por linha, aos presentes autos.

3. O Plenário desta Corte, tendo verificado que a petição inicial do recurso em apreço não formulara conclusões, nem resumira, por artigos, os fundamentos de facto e de direito que justificam a petição e tinha pedido que o Tribunal declarasse a inconstitucionalidade do Acórdão recorrido, decidiu, por Acórdão n.º 05/2017, de 18 de abril de 2017, votado por unanimidade, ordenar que o recorrente fosse notificado para, querendo e no prazo de dois dias e sob pena de rejeição, aperfeiçoar a petição do recurso.

4. Notificado do acórdão acima referido numa quinta-feira, 20 de abril de 2017, apresentou, no dia 24 de abril, segunda-feira, a peça processual constante de fls. 31 a 33, através da qual corrigiu a petição inicial, observando a determinação do Acórdão n.º 05/2017, de 18 de abril.

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 n.º 1 do artigo 20.º da Constituição da República de Cabo Verde, sob epígrafe tutela dos direitos, liberdades e garantias:

*A todos os indivíduos é reconhecido o direito de requerer 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 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.*

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 Durán, citado por Catarina Santos Botelho na obra intitulada a Tutela Direta dos Direitos Fundamentais, Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional, Almedina, 2010, P.217, quando diz que o recurso de amparo apresenta-se como 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 amparo.

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 do Amparo.

Pois, no recurso de amparo não pode ser feito valer outra pretensão que não seja a de restabelecer ou de preservar os direitos, liberdades e 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.

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

Antes de 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 da Lei n.º 109/IV/94, de 24 de outubro.

1. Tratando-se de um recurso de amparo contra um Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, importa verificar se existe alguma razão que possa impedir a sua admissão, atento o disposto no artigo 16.º da Lei n.º 109/IV/94, de 24 de outubro:

O recurso não será admitido quando:

- a) *Tenha sido interposto fora do prazo;*

O recurso de amparo é interposto no prazo de vinte dias contados da data da notificação da decisão, sempre que a questão seja suscitada em processo que corre termos nos tribunais.

O Acórdão recorrido ao considerar improcedente a reclamação, apesar do reclamante ter apresentado documentos suscetíveis de provar que tinha pago o que lhe fora exigido, pode ter vulnerado o direito a um processo equitativo enquanto desdobramento do direito de acesso à justiça que também postula a proibição do enriquecimento sem causa. Obrigá-lo a pagar o valor que alegou ter pago, sem apreciar a prova para o efeito apresentada, pode configurar, uma situação de enriquecimento sem causa por parte do Estado. E isto enquadra-se na alegada violação do direito de acesso à justiça.

Portanto, o Acórdão n.º 6/2017 era passível de recurso de amparo independentemente da recorribilidade de outras decisões proferidas no âmbito dos Autos Cíveis de Apelação n.º 03/2016.

Considerando que o Acórdão recorrido foi notificado ao recorrente no dia 02 de março de 2017 e o recurso

de amparo dado entrada na secretaria deste Tribunal no dia 15 de março de 2017, conclui-se que o recurso foi tempestivamente interposto.

*b) A petição não obedeça aos requisitos estabelecidos nos artigos 7.º e 8.º;*

Ficou consignado no relatório que o recorrente apresentou a peça processual constante de fls. 31 a 33 dos autos, cumprindo a determinação do Acórdão n.º 05/2017, de 18 de abril.

A referida peça foi apresentada em tempo e nos seguintes termos:

*Que o acórdão recorrido ao cerceá-lo o acesso à justiça, sem razão, ou então sem razão bastante, violou os seus direitos, liberdades e garantias, consagrados na Constituição da República de Cabo Verde (Cfr. art.º 3.º e segts da Lei n.º 109/IV/94, art.º 20 da CR).*

*O Estado reconhece como invioláveis os direitos e liberdades consignados na Constituição da República e garante a sua proteção (Cfr. art.º 15.º da CRCV).*

*Ainda que se considerasse que a primeira reclamação devia obedecer a forma escrita e que o Recorrente não devia limitar-se a entregar o comprovativo do pagamento efetuado, considerar o seu recurso deserto por causa disso e impedi-lo do acesso à justiça afigura-se como uma medida extremamente exagerada, desproporcional, pois viola um direito elementar que consiste em continuar a ter acesso à justiça.*

*Tratando-se de uma decisão do Supremo Tribunal de justiça órgão máximo do poder judiciário, ficou esgotado o recurso ordinário, não podendo ser atacado por outra via que não seja o Recurso de Amparo (Cfr. art.º 6.º da Lei n.º 109/IV/94).*

*O Recorrente possui legitimidade para interpor o presente Recurso de Amparo Constitucional (Cfr. art.º 29.º da lei n.º 109/IV/94).*

Termina a peça pedindo “*a esta Corte se digne considerar procedente e provada o presente Recurso de Amparo Constitucional, e cumprindo o previsto no art.º 25 da supracitada lei n.º 109/IV/94, seja reconhecido ao Recorrente o direito ao acesso à justiça e se declare nulo ou inexistente o acórdão recorrido, proferido pelo STJ, seguindo o processo os seus trâmites normalmente, até a final.*”

Portanto, consideram-se supridas as insuficiências de que padecia a petição inicial.

*c) O requerente não tiver legitimidade para recorrer;*

Ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 25.º do Código de Processo Civil, tem legitimidade ativa, quem tiver interesse direto em demandar. No caso *sub judice*, o disposto naquele inciso processual civil conjugado com n.º 1 do artigo 4.º da Lei do Amparo asseguram ao recorrente legitimidade ativa para recorrer para o Tribunal Constitucional e poder ver tutelado o seu direito fundamental que alega ter sido violado pelo Acórdão ora impugnado.

*d) Não tiverem sido esgotadas, ainda, todas as vias de recurso;*

Essa causa de inadmissibilidade do recurso de amparo decorre da natureza excecional desse meio especial de

proteção de direitos, liberdades e garantias fundamentais que implica que a violação desses direitos 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.

Por se tratar de um recurso interposto da decisão da mais alta instância judicial da ordem comum, considera-se que o recorrente esgotou as vias de recurso ordinário.

*e) Manifestamente não estiver em causa a violação de direitos, liberdades e garantias fundamentais constitucionalmente reconhecidos como suscetíveis de amparo;*

A causa da inadmissibilidade do recurso prevista na alínea e) do n.º 1 do artigo 16.º da Lei n.º 109/IV/94, de 24 de outubro, ao utilizar o advérbio manifestamente, exige que se tenha certeza quanto à inexistência da fundamentalidade do direito alegadamente violado, ou ausência de conexão entre esse direito e os factos concretos alegados no recurso ou ainda a certeza quanto à inviabilidade de concessão do amparo. Todavia, a aferição desse requisito deve ser feita em face de cada processo em concreto.

Nos presentes autos, o direito que o recorrente julga ter sido violado é o direito de acesso à justiça consagrado no n.º 1 do art.º 22.º da Constituição de Cabo Verde: “*A todos é garantido o direito de acesso à justiça e de obter, em prazo razoável e mediante processo equitativo, a tutela dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos.*”

O direito à tutela jurisdicional mediante processo justo e equitativo vem consagrado no título I referente aos princípios gerais do sistema cabo-verdiano de direitos fundamentais. Não obstante esta inserção sistemática, justificada pelo facto de o direito de acesso à justiça comportar natureza híbrida de princípio e conter várias posições jurídicas subjetivas processuais, o direito do acesso à justiça, na sua dimensão de direito de ação judicial e de tutela jurisdicional efetiva, é um direito, liberdade e garantia, na medida em que é essencial ao ser humano ter mecanismos de defesa dos seus próprios direitos básicos, sendo esta uma das principais características do sistema cabo-verdiano de direitos fundamentais, conforme este Tribunal já havia considerado no Acórdão n.º 6/2017.

O direito de acesso à justiça terá de efetivar-se através de um processo equitativo, pressupondo o direito à prova, isto é, apresentação de provas destinadas a auxiliar o julgador na formação da sua convicção sobre a verificação ou não de factos alegados em juízo. O processo equitativo orienta-se para justiça material, visando a tutela efetiva dos direitos, designadamente pela prevalência da decisão de fundo sobre a mera decisão de forma e com a adoção do princípio da adequação formal.

Tem sido esse o entendimento desta Corte Constitucional, como bem ilustra o seguinte trecho do Acórdão n.º 21/16, proferido nos autos de Recurso Contencioso Eleitoral n.º 17/2016, em que era recorrente a União Cabo-verdiana Independente e Democrática e recorrida a Assembleia de Apuramento Geral nas eleições autárquicas de 2016, no círculo eleitoral de São Vicente, publicado no B.O. n.º 59, I Série, de 14 de outubro de 2016:



*“O princípio do favorecimento do processo é uma decorrência do direito de acesso à justiça.*

*O acesso efetivo à justiça exige que as normas processuais sejam interpretadas e aplicadas de forma a favorecer o exercício de direitos junto dos tribunais e que estes possam conhecer do mérito da causa, sem excesso de formalismo e em tempo oportuno.*

*De facto, a tutela efetiva tem de ser simultaneamente eficaz e eficiente: eficaz, na medida em que realiza os objetivos de proteção dos direitos, e eficiente, na medida em que consiga tais objetivos de forma adequada, sem custos desproporcionados”.*

Ter o direito invocado a natureza de direito, liberdade e garantia fundamental é uma exigência de amparabilidade à luz do artigo 20.º da Constituição.

Pelo exposto, conclui-se que o direito que o recorrente julga ter sido violado tem natureza de direito, liberdade e garantia fundamental.

Em relação à ausência de conexão entre esse direito e os factos concretos alegados no recurso, não se pode afirmar, com grau de certeza que se exige para a formação da convicção do Tribunal que manifestamente não haja conexão entre os factos alegados e o direito fundamental que o recorrente apresenta como tendo sido violado.

Quanto à certeza de que o amparo requerido é manifestamente inviável, não é possível afirmá-lo sem se passar para a fase seguinte em que se vai apreciar o mérito do recurso, depois de uma análise exaustiva dos factos e do direito fundamental invocado.

Do que fica dito ainda não se pode afirmar que o amparo requerido seja manifestamente inviável.

*f) O Tribunal tiver rejeitado, por decisão transitada em julgado, um recurso com objeto substancialmente idêntico;*

O Tribunal Constitucional nunca rejeitou, por decisão transitada em julgado, um recurso com objeto substancialmente idêntico ao dos presentes autos.

2. Consequentemente, tendo sido oportunamente supridas as deficiências de fundamentação assinaladas no Acórdão n.º 05/2017, de 18 de abril, e não se verificando nenhuma causa de inadmissibilidade do recurso, nada mais obsta que o mesmo seja admitido.

### III. Decisão

Os Juízes Conselheiros do Tribunal Constitucional, reunidos em Plenário, decidem admitir o presente recurso.

Registe e proceda-se à distribuição.

Praia, 8 de junho de 2017

Os Juízes Conselheiros

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

Está conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, na Praia, aos 8 de junho de 2017. – O Secretário, *João Borges*

### Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 2/2017, em que é recorrente **Adilson Danielson Barbosa** e recorrido o **Supremo Tribunal de Justiça**.

### Acórdão n.º 10/2017

#### I. Relatório

Adilson Danielson Barbosa, com os demais sinais de identificação nos autos, interpôs Recurso de Amparo Constitucional contra o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 16/2017, de 10 de março, que confirmara a sentença recorrida e depois de ter recebido a notificação do Acórdão n.º 27/17 que considerou improcedente o pedido de esclarecimento daquele Acórdão, nos termos do art.º 20.º, n.º 1, als. a) e b) e n.º 2 da Constituição da República de Cabo Verde, conjugado com os arts. 3.º/1, al. a), e 5.º, n.º 1, da Lei n.º 109/IV/94, de 24 de outubro.

Para tanto, alega, no essencial, *que o Acórdão objeto do presente recurso confirmara a pena de 20 anos que lhe fora imposta pela sentença proferida pelo tribunal de instância e que o seu pedido de esclarecimento não fora atendido;*

Que o Acórdão do STJ omitiu informações constantes do laudo do exame balístico proveniente da Polícia Judiciária, constantes de fls. 08, 10 e 130 a 140 dos autos do processo crime n.º 31/2015 e que caso essas informações tivessem sido analisadas a decisão seria diversa daquela que impugnou;

Segundo o recorrente, *“o supramencionado Acórdão do Supremo, objecto, aliás, do presente recurso, chega ao ponto de dar tratamento diferenciado entre o recorrente e alguns arguidos que estavam em situação semelhante, usando critérios diferenciados, de forma injustificável, violando, assim, o princípio da igualdade, basta ver inválido argumento: “julga-se adequada a pena aplicada ao arguido Danielson”; o Acórdão usa dois pesos e duas medidas, dado passo diz que: Deste modo, julga-se adequada a pena aplicada ao arguido Adilson Danielson. No entanto, em relação a dois coarguidos [...], pela diferente contribuição em termos de meios utilizados, justifica-se uma redução das penas aplicadas, julgando-se adequada a pena de 16 (dezassex) anos para cada um”;*

Na perspetiva do recorrente o Acórdão recorrido contradiz-se ao afirmar *que todos são coautores, mas alivia a situação de dois coautores, baseando-se no facto de terem contribuído de forma diferente em termos dos meios utilizados, em alegada violação do princípio da igualdade do artigo 24.º da Constituição de Cabo Verde.*

Como razões de facto apresenta o seguinte:

*“De acordo com o exame balístico, a pistola 6,35 foi a responsável pelo disparo do projectil que vitimara DESIDERE. Pois a bala saiu da arma trazida pelo arguido RAVIDSON, mcp “Sete”;*

Que *“fez um disparo com uma arma de fabrico artesanal denominada de “Boca Bejo”, descrita na ficha de cadastro à fls. 09, disparo esse que segundo a perícia não atingiu a vítima. Não consegue o ora recorrente perceber como é possível que ele venha a receber a mesma pena que quem*

*realmente matou, pois é inconcebível num Estado de Direito, onde existe princípios constitucionais e estruturantes da nossa justiça criminal que vão no sentido contrário.”*

*Considera que “existe erro notório na decisão deste facto ao atribuir as lesões descritas no relatório de fls. 75 a 76 aos disparos efectuados pelos arguidos, pois ficou provado que no dia 1 de Setembro de 2014 procedeu-se à extracção do projectil de calibre 6,35, que se encontrava alojado na região clavicular direita do corpo da vítima autopsiada, o qual foi submetido a exame balístico e que foi o Ravidson quem apertou o gatilho e matou Desidere. Assim a apreciação do Juiz do tribunal ad quo, terá induzido o STJ a erro. Pois o Juiz da 1ª Instância, ignorou ou negligenciou as provas pericial o que não devia com base no princípio da livre apreciação das provas.”*

O recorrente volta a insurgir-se contra o Acórdão recorrido, imputando-lhe a violação do disposto nos artigos 35/1 da Constituição, artigos 45.º e 82º do CP, bem como os direitos fundamentais dele arguido, pondo em causa, numa medida francamente intolerável, a sua Dignidade Humana;

Sintetiza o seu arrazoado da seguinte forma: *“Por todo o exposto, os actos, factos e omissões supra-referidos violam o direito fundamental de acesso à Justiça previsto no artigo 22.º da Constituição da República de Cabo Verde, mormente o direito de defesa do arguido (na sua vertente de in dubio pro reo) prevista no artigo 35.º da Constituição da República de Cabo Verde, tendo em conta que durante todas as fases do processo, incluindo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, objecto do presente recurso de amparo, não foram respeitados os citados direitos fundamentais do arguido. Tendo lhe sido aplicada uma pena desproporcional à gravidade dos factos e culpa do recorrente foram violados os princípios Constitucionais e Processuais Penais de presunção de inocência, proporcionalidade, igualdade e de individualização de conduta”.*

Por fim, requer que o Tribunal Constitucional lhe conceda o amparo que, resumidamente, se traduzirá na alteração da pena que lhe foi aplicada pela instância e confirmada pelo STJ.

O presente recurso de amparo deu entrada na secretaria do Tribunal Constitucional no dia 25 de abril de 2017, tendo sido autuado e registado na mesma data.

Cumprindo o estabelecido no artigo 12.º da Lei do Amparo, foram os autos com vista ao Ministério Público para emitir o parecer sobre a admissibilidade do recurso. Sua Excelência o Senhor Procurador-Geral da República, emitiu o duto parecer constante de fls. 47 a 54 dos presentes autos, tendo formulado as seguintes conclusões:

*Por todo o exposto, somos do parecer, com fulcro no art.º 17.º, que o recorrente deve ser notificado para, no prazo de dois dias, suprir as insuficiências que determinam a ineptidão da petição de recurso, sob pena de rejeição do recurso e juntar documento comprovativo da data em que foi notificado do acórdão n.º 27/2017 e oficiado o Supremo Tribunal de Justiça no sentido de fazer juntar aos autos, a título devolutivo, o processo que determinou a prolação do duto acórdão ora objeto de recurso de amparo.*

*Juntado a certidão de notificação, em caso de o recurso ter dado entrada depois do prazo estabelecido no art.º 5.º n.º 1, ou se no prazo legal não forem supridas as insuficiências do recurso e motivadoras da ineptidão da petição o mesmo deverá ser rejeitado, ou em alternativa, supridas as insuficiências e verificados que estão preenchidos todos os demais pressupostos, ser admitido, seguido os ulteriores termos do processo até decisão final.”*

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 n.º 1 do artigo 20.º da Constituição da República de Cabo Verde, sob epígrafe tutela dos direitos, liberdades e garantias:

*A todos os indivíduos é reconhecido o direito de requerer 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 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.*

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 Durán, citado por Catarina Santos Botelho na obra intitulada a Tutela Direta dos Direitos Fundamentais, Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional, Almedina, 2010, P.217, quando diz que o recurso de amparo apresenta-se como 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 amparo.

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 do Amparo.

Pois, no recurso de amparo não pode ser feito valer outra pretensão que não seja a de restabelecer ou de preservar os direitos, liberdades e 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.

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

Antes de 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 da Lei n.º 109/IV/94, de 24 de outubro.

1. Tratando-se de um recurso de amparo contra uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça, importa verificar se existe alguma razão que possa impedir a admissão deste recurso, atento o disposto no artigo 16.º da Lei n.º 109/IV/94, de 24 de outubro:

O recurso não será admitido quando:

*a) Tenha sido interposto fora do prazo;*

O recurso de amparo é interposto no prazo de vinte dias contados da data da notificação da decisão, sempre que a questão seja suscitada em processo que corre termos nos tribunais.

O recorrente interpôs recurso de amparo do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 16/2016, que confirmara a sentença proferida pelo tribunal da instância, contando o prazo a partir data em que foi notificado do indeferimento do pedido de esclarecimento do mesmo.

Visto o disposto na alínea *b)* do n.º 1 do art.º 3.º da Lei do Amparo, segundo o qual tendo havido incidente em que se pediu expressamente a reparação da violação do direito alegadamente violado, o prazo de vinte dias para a interposição do recurso de amparo conta-se da data da notificação da decisão que indeferiu o pedido. Considerando que o Acórdão n.º 27/2017, de 28 de março, foi notificado ao recorrente no dia 06 de abril de 2017 e que o recurso de amparo deu entrada na secretaria do Tribunal Constitucional no dia 25 de abril de 2017, o presente recurso mostra-se tempestivo.

*b) A petição não obedeça aos requisitos estabelecidos nos artigos 7.º e 8.º*

Conforme o artigo 8.º da lei do amparo:

1. Na petição o recorrente deverá:

*a) Identificar a entidade 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.

Na apreciação formal da fundamentação do recurso de amparo o Tribunal Constitucional, nos seus sucessivos arestos, tem considerado que mais importante do que o rigor formal é a inteligibilidade do que se expõe e se requer.

Nesta conformidade, compulsados os autos verifica-se que a petição do recurso identificou o Supremo Tribunal de Justiça como a entidade que, na sua perspetiva, lesou os seus direitos fundamentais, designadamente o acesso à justiça, a igualdade, a presunção de inocência, a proporcionalidade, tendo também citado das disposições constitucionais e penais que considerou pertinentes.

Expôs as razões de facto que fundamentam a petição e formulou conclusões.

O amparo que o recorrente espera ser-lhe concedido resume-se no seguinte: que seja *alterada a pena de 20 anos confirmada pela sentença recorrida, por ser arbitrária, intolerável e violadora das mais elementares regras que regem os direitos liberdades e garantias fundamentais diante das provas, aplicando uma pena proporcional a participação do recorrente tendo em conta os sacrossantos princípios Constitucionais e Processuais Penais de presunção de inocência, proporcionalidade, igualdade e de individualização de conduta.*

Pelo exposto, considera-se que a petição do recurso observou satisfatoriamente o requisito da fundamentação do recurso.

*c) O requerente não tiver legitimidade para recorrer*

Adotando o conceito de legitimidade recortado pelo n.º 1 do artigo 25.º do CPC, tem legitimidade quem tiver interesse direto em demandar.

Parece, pois, evidente que o recorrente tem legitimidade, atento o disposto no n.º 1 do artigo 4.º da Lei do Amparo.

*d) Não tiverem sido esgotadas, ainda, todas as vias de recurso*

Essa causa de inadmissibilidade do recurso de amparo decorre da natureza excecional desse meio especial de proteção de direitos, liberdades e garantias fundamentais que implica que a violação desses direitos 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.



Por se tratar de um recurso interposto da decisão da mais alta instância judicial da ordem comum, considera-se que o recorrente esgotou as vias de recurso ordinário.

*e) Manifestamente não estiver em causa a violação de direitos, liberdades e garantias fundamentais constitucionalmente reconhecidos como suscetíveis de amparo*

A causa da inadmissibilidade do recurso prevista na alínea e) do n.º 1 do artigo 16 da Lei n.º 109/IV/94, de 24 de outubro, ao utilizar o advérbio manifestamente, exige que se tenha certeza quanto à inexistência da fundamentalidade do direito (s) alegadamente violado (s), ou ausência de conexão entre os factos concretos alegados e o (s) direito (s) invocados ou ainda a certeza quanto à inviabilidade do amparo solicitado.

Nos presentes autos o direito de acesso à justiça é um dos muitos direitos que o recorrente alega ter sido violado pelo acórdão recorrido.

Esse direito, por ser também um direito/princípio naturalmente aberto, desdobra-se em vários outros direitos suscetíveis de amparo constitucional, como, alias, resulta da redação que lhe dada pelo n.º 1 do art.º 22.º da Constituição da República de Cabo Verde: “A todos é garantido o direito de acesso à justiça e de obter, em prazo razoável e mediante processo equitativo, a tutela dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos.”

O direito à tutela jurisdicional mediante processo justo e equitativo vem consagrado no título I referente aos princípios gerais do sistema cabo-verdiano de direitos fundamentais. Não obstante esta inserção sistemática, justificada pelo facto de o direito de acesso à justiça comportar natureza híbrida de princípio e conter várias posições jurídicas subjetivas processuais, o direito do acesso à justiça, na sua dimensão de direito de ação judicial e de tutela jurisdicional efetiva, é um direito, liberdade e garantia, na medida em que é essencial ao ser humano ter mecanismos de defesa dos seus próprios direitos básicos, sendo esta uma das principais características do sistema cabo-verdiano de direitos fundamentais, conforme este Tribunal já havia considerado no Acórdão n.º 6/2017.

Para além do direito de acesso à justiça, o recorrente imputa ao Acórdão recorrido ter violado o princípio da igualdade, porquanto, em situação fáctica aparentemente igual a dos dois outros coarguidos anteriormente condenados a 20 anos de prisão, foi-lhes reduzida a pena de 20 para 16 anos, enquanto que em relação ao impugnante foi confirmada a pena de 20 anos de prisão. Por conseguinte, terá sido vítima de tratamento discriminatório no processo em que se determinou a pena concreta e na sua reapreciação pelo Supremo Tribunal de Justiça.

Importa trazer à colação, na parte aplicável, o entendimento que o Tribunal Constitucional firmou sobre o princípio da igualdade previsto no artigo 24.º da Constituição de Cabo Verde ao proferir o Acórdão n.º 7/2016, publicado no B.O n.º 35, I Série, de 10 de maio de 2016 e na Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional de Cabo Verde, Vol. I, p. 16 a 24: “O artigo 24.º da Constituição não contém um rol taxativo de situações de potencial tratamento desigual [...]. 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.*

*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].*

Tendo o princípio da igualdade essa dimensão subjetiva, não se pode afastar a hipótese de se invocar a violação do princípio da igualdade como fundamento do recurso de amparo quando se questiona a pena concreta aplicada a um arguido.

Tanto o direito de acesso à justiça como o direito à igualdade, previstos nos artigos 22.º e 24.º da CRCV, respetivamente, encontram-se inseridos na Parte II sobre os Direitos e Deveres Fundamentais e no Título I referente aos princípios gerais do sistema cabo-verdiano de direitos fundamentais.

Ter o direito invocado a natureza de direito, liberdade e garantia fundamental é uma exigência de amparabilidade à luz do artigo 20.º da Constituição.

Tendo ficado demonstrada a natureza de direito, liberdade e garantia fundamental de, pelo menos, um dos direitos alegadamente violados é o suficiente para se equacionar a admissibilidade do recurso, ainda que persista dúvida ou incerteza relativamente à natureza de outros direitos invocados pelo recorrente.

Respeitante à conexão entre os factos concretos alegados no recurso e os direitos fundamentais invocados, ainda não se pode afirmar, com grau de certeza que se exige para a formação da convicção do Tribunal, que manifestamente não exista tal conexão.

A complexidade do processo, aliada à diversidade de direitos invocados, sendo alguns desses direitos normas-

princípios naturalmente abertos e que requerem bastante ponderação na tentativa de densificação, não permite ter certeza, pelo menos, nesta fase, sobre a manifesta inviabilidade do amparo solicitado.

Subsistindo incerteza quanto à conexão entre os factos e os direitos alegadamente violados e à viabilidade do pedido, é prematuro afirmar-se que manifestamente não está em causa a violação de direitos, liberdades e garantias fundamentais constitucionalmente reconhecidos como suscetíveis de amparo.

*f) O Tribunal tiver rejeitado, por decisão transitada em julgado, um recurso com objeto substancialmente idêntico*

O Tribunal Constitucional não rejeitou, por decisão transitada em julgado, um recurso com objeto substancialmente idêntico ao dos presentes autos.

2. Consequentemente, não se verificando nenhuma causa de inadmissibilidade do recurso, nada obsta que o mesmo seja admitido.

### III- Decisão

Os Juízes Conselheiros do Tribunal Constitucional, reunidos em Plenário, decidem admitir o presente recurso.

Registe e proceda-se à distribuição.

Praia, 08 de junho de 2017

Os Juízes Conselheiros

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

Está conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, na Praia, aos 8 de junho de 2017. – O Secretário, *João Borges*

### Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 2/2016, em que é recorrente **Maria de Lurdes Gomes Ferreira** e recorrido o **Supremo Tribunal de Justiça**.

### Acórdão n.º 11/2017

### (**Maria de Lurdes Gomes Ferreira v. STJ, sobre violação do direito de constituir família por não reconhecimento de união de facto**)

#### I. Relatório

1. Maria de Lurdes Gomes Ferreira, devidamente identificada nos autos e competentemente patrocinada por mandatária judicial, inconformada com o acórdão n.º 36/2016, do Supremo Tribunal de Justiça, que negou provimento a agravo por si interposto veio, “*nos termos e para os efeitos do art.º 20º da Constituição da República de Cabo Verde e dos artigos 2º, 3º, 6º e 7º, n.º 2, da Lei n.º 109/IV/1994*”, interpor o presente recurso de amparo constitucional.

1.1. Para o efeito aduziu os seguintes argumentos, sustentando que:

*0.0.1. “Interpôs em 11.10.2013, junto do Tribunal de Família e Menores da Comarca da Praia,*

*Ação de Reconhecimento Judicial de União por morte, sob forma de processo especial, a qual foi liminarmente indeferida”;*

*0.0.2. Inconformada com a decisão, em 31.12.2013, “a requerente interpôs recurso ordinário de agravo, o qual, embora com diferente fundamentação, foi negado provimento”;*

*0.0.3. “Em ambas as decisões, não obstante as diferentes fundamentações, entendeu-se haver ilegitimidade passiva do Estado de Cabo Verde, para a ação especial de reconhecimento de união de facto pós-morte, no caso sub judice”;*

*0.0.4. “Salvo melhor opinião, entendemos que as decisões suprarreferidas violam o direito de reconhecimento da união de facto da então Autora, ora requerente”;*

*0.0.5. “A requerente conheceu José Augusto Mendonça Lima em 1989”;*

*0.0.6. “A partir daquela data, a autora e o de cujus desenvolveram uma relação de amizade que mais tarde transformou-se numa relação amorosa”;*

*0.0.7. “Em razão dessa relação, a partir de 1989, a requerente e o de cujus passaram a residir em comunhão de habitação, mesa e leito, coabitando e cooperando mutuamente entre si, sem qualquer interrupção”;*

*0.0.8. “O de cujus José Lima trabalha[va] em obras de construção civil e contribuía com os seus rendimentos para o sustento do casal”;*

*0.0.9. “Fruto dessa coabitação, nasceram-lhes dois filhos, o primeiro com o nome de Carlos Ederson Ferreira Furtado Lima e, posteriormente, Carluzaca Ferreira Furtado Lima”;*

*0.0.10. “Acontece que em 12.07.2012, estando a trabalhar em uma obra de construção na ilha do Fogo, José Lima veio a sofrer um grave acidente, do qual resultou o seu falecimento”;*

*0.0.11. “Naquela altura, José Lima encontrava-se no estado civil de solteiro”;*

*0.0.12. Requereu o reconhecimento do estado de união de facto pós-morte com “o de cujus, direito este que lhe foi, até à presente data, negado”;*

*0.0.13. “Constitui o casamento um direito fundamental, reconhecido na [C]onstituição art.º 47º”;*

*0.0.14. “Sendo, para todos os fins, equiparada a união de facto ao casamento, art.º 1719º CC e 1043º CPC”;*

*0.0.15. “Vê-se, com a decisão de que ora se pede amparo, a violação deste direito fundamental”;*

*0.0.16. “Pois que a única entidade com capacidade judicial, legal e institucional para a legalizar, se negou a praticar, invocando-se parte ilegítima”;* Ora, na sua opinião, “*se não for o Estado a reconhecer o [e]stado das pessoas, quem o fará?”.*

1.2. Pede, para o efeito, “*Amparo constitucional para o reconhecimento da união de facto, com o de cujus, nos termos supra expostos, e assim restabelecer um direito da qual a Autora se vê negada. E, em conformidade, seja notificado o Tribunal de Família e Menores no sentido de remeter este Tribunal Constitucional, cópia integral de todo o processo, com os respetivos recursos interpostos*”.

2. Na sequência:

2.1. O processo deu entrada no dia 11 de abril de 2016. Depois de devidamente autuado e registado sob o nº 02/2016, no dia seguinte - 12 de abril – foi concluso para Sua Excelência o Sr. Presidente do Tribunal Constitucional, para o primeiro despacho. Prosseguindo, ordenou que se abrisse vistas ao Ministério Público nos termos do nº 1, do art.º 12º, da Lei nº 109/IV/94, de 24 de outubro.

Aquela alta entidade da República emitiu o seu parecer e, no final, pugnou pela rejeição do presente recurso porque, segundo fundamenta, primeiro, o recurso deve ter-se por intempestivo e, segundo, não resulta dos autos que a recorrente tivesse alegado a violação de um qualquer direito fundamental no processo e requerido a sua reparação.

2.2. Por despacho de 06/05/2016, foi designada a sessão a que alude o art.º 13º, nº 1, da Lei nº 109/IV/94, de 24 de outubro. Reunidos em sessão no dia 17 do mesmo mês, os Conselheiros decidiram, por unanimidade, através do Acórdão nº 9/2016, ordenar a notificação da recorrente para, no prazo de dois dias, sob pena de rejeição do recurso: *a) identificar a decisão objeto do presente recurso de amparo, indicando a data em que foi notificada dessa decisão; b) identificar com precisão o ato, facto ou a omissão que, na sua opinião, viola os seus direitos, liberdades ou garantias fundamentais; c) identificar com clareza os direitos, liberdades e garantias fundamentais que ela julga terem sido violados, com expressa menção das normas ou os princípios jurídico-constitucionais que entende terem sido violados.*

2.3. Regularmente notificada do Acórdão nº 09/2016, veio a requerente apresentar as suas “alegações”, esclarecendo alguns pontos arrolados na referida decisão, em síntese, dizendo que:

1. “O presente recurso tem por base o acórdão do STJ nº 36/2016, sendo a última instância judicial de recurso ordinário”;
2. “Foi notificada da douta sentença a 10.03.2016”;
3. “Interpôs um Recursos Ordinário de Agravo onde se requereu o reconhecimento da união de facto pós morte com o de cujus José Augusto Furtado Mendonça Lima”;
4. “É tarefa do Estado o reconhecimento da união de facto”;
5. “O pedido conforme se pode verificar na conclusão do recurso é o reconhecimento pretérito da união de facto”;
6. “A união de facto que revista determinados pressupostos, segundo o direito cabo-verdiano, é um verdadeiro casamento”;

7. “O direito ao casamento encontra-se constitucionalmente consagrado no art.º 47º da CRCV no capítulo dos Direitos, Liberdades e Garantias individuais”;

8. “A requerente vê o seu direito constitucionalmente consagrado, que é o de casamento, a ser negado”;

9. “A união de facto que a Requerida pretende o seu reconhecimento resulta de uma relação com mais de 25 (vinte e cinco) anos de convivência, da qual nasceram dois filhos”;

10. “O douto acórdão do STJ, viola o seu direito de lhe ser reconhecida a união de facto, em que em primeiro momento é absorção desta pelo regime do casamento e, por outras palavras, a celebração do casamento e os seus efeitos”.

2.4. Por despacho exarado a fls. 103 dos autos, foi designada nova data para a realização da sessão referida no nº 1, do art.º 13º, da Lei nº 109/IV/94, de 24 de outubro, o dia 23 de junho, pelas 09h30.

Depois dos debates e avaliação das condições de admissibilidade, os Juizes Conselheiros decidiram, através do Acórdão nº 11/2016, pela admissão do presente recurso de amparo e, conseqüentemente, pela sua distribuição.

2.5. Do sorteio realizado distribuíram-se os autos ao JC Pina Delgado a 28 de junho, que assumiu a posição de relator.

2.6. Nos termos do artigo 18 da LAHD foi notificada a entidade requerida, o STJ, para responder, optando a mesma por não o fazer.

2.7. Na sua douta promoção, o Senhor Procurador Geral da República voltou a apresentar o seu entendimento sobre a admissibilidade de recurso de amparo. Naturalmente aplicando-o ao caso concreto, e para aspetos mais substantivos do recurso de amparo, considerou em síntese que:

2.7.1. Em relação à primeira questão:

A – Não é só “*por razões de certeza e segurança jurídica, por se estar a recorrer de uma decisão que já não admite recurso ordinário (...), mas também pelo facto de o nosso sistema de fiscalização de constitucionalidade ser de natureza difusa, em que os tribunais apenas estão vinculados à constituição e à lei, estando proibidos (...) de aplicarem normas contrárias à Constituição e aos princípios nela consignad[os]*”;

B – “*Estando os tribunais comuns “obrigados” a não aplicarem normas contrárias à Constituição e aos princípios nela consignados, é compreensível que o legislador procure rodear-se de especiais cuidados quando se trata de amparo de decisões de órgãos judiciais, e, diga-se cuidado, ainda maior, quando a decisão é tomada pelo órgão superior da hierarquia dos tribunais judiciais e em sede de recurso*”;

C – “*Estando em causa a decisão de um órgão judicial, no caso o Supremo Tribunal de Justiça, afigura-se-nos justificado, mas também por imperativo legal, que além dos requisitos gerais, seja verificad[a] a compatibilidade do recurso ora intentado com os requisitos gerais constantes dos art.º 3º, da Lei de Amparo*”. Por isso, entende que “*não está em causa o requisito previsto na al. b), considerando a pretensão da recorrente de ver reconhecida a união de*



*facto pós-morte e assim poder ser considerada herdeira hábil para efeito de direito à pensão de sobrevivência, reconhecimento só possível mediante sentença judicial, que, entretanto, foi-lhe negada por uma sentença judicial e confirmada em sede de recurso por acórdão, cremos que também não está em causa esse requisito”;*

D – No que diz respeito ao requisito estabelecido na al. c) do art.º 3º, para que uma decisão judicial seja objeto de recurso de amparo, é necessário, na sua opinião, que: *“a violação tenha sido expressa e formalmente invocada no processo logo que o ofendido dela tenha tido conhecimento e que tenha requerida a sua reparação”.*

E – *“Logo que tomou conhecimento que o acórdão 36/2016 do STJ violou o seu direito fundamental de reconhecimento pós-morte da união de facto, de forma expressa e formal, e no prazo estabelecido no art.º 145º do CPC, aplicável por força do art.º 1 da Lei do Amparo, perante o STJ, deveria não só invocar essa violação, mas também requerer a sua reparação”.* Ademais, diz Sua Excelência o Sr. PGR que: *“só depois desse órgão judicial, no caso o Supremo Tribunal de Justiça, ter recusado reparar a violação, é que a recorrente poderia, dentro do prazo estabelecido no art.º 5º, n.º 1 e a contar da notificação da decisão de recusa, interpor recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional”;*

F – *“É nesse sentido que aponta a norma do n.º 2 do art.º 3 ao estabelecer que o prazo para interposição do recurso de amparo – art.º 5º, conta-se da data da notificação do despacho que recusa a reparação da violação praticada.*

G – *“Faz todo sentido que assim seja, porque se há violação de direitos fundamentais amparáveis e que possam ser imputados direta, imediata e necessariamente ao órgão judicial que proferiu a decisão, então caberá em primeira mão a esse órgão judicial, que diga-se está proibido de aplicar normas contrárias à Constituição da República e aos princípios nela consignadas, ser colocado perante a possibilidade de reparar essa violação e só perante a recusa de reparação, é que abre-se então via ao recurso de amparo, dando assim corpo e significado útil e conforme a Constituição ao recurso de amparo”;*

H – *“[D]os autos não resulta que a recorrente tivesse invocado no processo de modo expresso e formal a violação de direito fundamental que diz ter sido violado no processo e requerido a sua reparação perante o órgão judicial que alegadamente o violou, neste caso o Supremo Tribunal de Justiça e que [este] pronunciando[-se] sobre o pedido, tivesse recusado reparação”.* Por isso, *“que não se encontra preenchido o requisito específico exigido na al. c), do art.º 3º.”;*

I – *“Não resultando preenchido o requisito específico previsto na al. c) do art.º 3º e exigido para os casos de recursos contra decisões de órgão judicial, e como no exercício do direito de amparo não pode haver violação da ordem jurídica, o presente recurso não deve ser admitido”;*

J - Conclui essa parte pugnando pela rejeição do recurso por não se encontrar preenchido o requisito específico previsto na al. c) do art.º 3º da Lei do Amparo ou, em alternativa, que se considere improcedente por não ter sido violado direito, liberdade e garantia fundamental suscetível de amparo constitucional.

2.7.2. Entende, todavia, sua Excelência o Sr. Procurador-geral da República que, caso assim não se entenda, recorrendo aos elementos substantivos do pedido da recorrente, ou seja, a existência de um direito e a sua violação, que:

A – *“Se é verdade que nada impede que qualquer convivente, preenchido os requisitos previstos no art.º 1712º, do Código Civil possa requerer a um tribunal competente o reconhecimento dessa união de facto, conforme claramente resulta do art.º 1719º, n.º 2, do Código Civil, também não é menos verdade que o tribunal só poderá deferir esse pedido se estiverem preenchidos todos os requisitos exigidos”;*

B – *“O exercício do direito ao reconhecimento à união de facto pós-morte, terá de ser obtido no respeito pelas regras processuais e na forma de processo adequada e legalmente estabelecida, porque só no respeito pelas normas processualmente estabelecidas em decorrência do comando constitucional é possível obter-se através dos tribunais a tutela desse direito”;*

C – *“É exatamente isso que faltou à recorrente, ou seja, querendo ver reconhecido um direito constitucionalmente garantido, todavia, conforme se alcança das decisões judiciais, não soube usar as ações e as regras processuais adequadas e legalmente estabelecidas”;*

D – No seu entender *“não foi violado pelo órgão judicial o direito constitucional de reconhecimento de união de facto enquanto fonte de relação e familiar”, e, por isso, considera que “a pretensão da recorrente, neste caso e nos termos formulados, não é constitucionalmente amparável”;*

E - Pelo que promove no sentido de ser *“rejeitado o recurso por não se encontrar preenchido o requisito específico previsto na al. c) do art.º 3º, da Lei de amparo e, ainda, por não ter sido violado direito, liberdade e garantia fundamental suscetível de amparo constitucional”.*

2.8. O Relator, nos termos dos artigos 21 e 22 (1) da Lei do Amparo submeteu o Projeto de Acórdão a 27 de março de 2017, tendo se seguido despacho do Juiz Presidente de 29 de março a marcar a sessão de julgamento para o dia 13 de abril.

2.9. Disso foi notificada a Senhora Maria de Lurdes Ferreira e o Ministério Público no dia 30 de março, todavia, na tarde anterior à data marcada realização dessa sessão de julgamento a que alude o artigo 22º da Lei de Recurso de Amparo e Habeas Data, isto é, a 12 de abril, veio a recorrente pedir desistência da instância, por requerimento de f. 137, com o seguinte teor: *“Venerandos Conselheiros do Tribunal Constitucional (...), Maria de Lurdes Gomes Ferreira (...) notificada na pessoa da sua mandatária para comparecer na audiência de julgamento marcada para o dia 13.04, vem pelo presente informar a V. Exas. que na pendência do presente recurso, foi apresentado uma nova ação de reconhecimento da união de facto post-mortem, que correu termos no Tribunal de Família e Menores desta Comarca, tendo sido produzida a prova, estando a aguardar a sentença. Pelo exposto, vem pelo presente requerer a desistência da presente instância, por aplicação subsidiária dos artigos 268 e n. 1 do 269 do CPC”.*

2.10. No dia seguinte, 13 de abril, e antes da realização do referido ato, o Relator, a quem o processo fora concluso, encaminhou o pedido a quem dirigido, decidindo-se adiar a sessão para se decidir o incidente e sendo incumbido ao mesmo a elaboração do projeto de acórdão.

2.11. Elaborado o projeto, foi discutido e aprovado por maioria, resultando no Acórdão nº 6/2017, de 21 de abril, Rel: JC Pina Delgado publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 27, de 16 de maio, pp. 659-668, o qual indeferiu o pedido de desistência feito pela recorrente em termos e com fulcro em fundamentos que dele constam.

2.12. Na sequência, e ultrapassado o incidente, por despacho de 16 de maio, o Presidente do Tribunal Constitucional marcou sessão para 18 do mesmo mês com a finalidade de se decidir o pedido de amparo.

2.13. No dia 17, todavia, deu entrada um novo pedido da recorrente, cujo inteiro teor se reproduz: “*Notificada da audiência de julgamento para o dia 18.05.2017, vem pelo presente expor à V. Exa. que nos autos do processo de Reconhecimento da União de Facto n.º 154/2016, que correu termos no Juízo da Família do Tribunal Judicial da Comarca da Praia, foi proferida sentença que reconheceu post mortem a união de facto entre a Requerente e o de cujus. Assim o prosseguimento da presente instância tornou-se inútil. Assim, em abono da Economia processual e da inutilidade superveniente da lide, requer-se a extinção da presente instância*”. Juntou, para o efeito um documento de 5 páginas datado do dia 18 de abril referente a decisão relativa a um processo de que é autora.

2.14. Nos termos da Lei, e adiada a realização da Conferência, com base no procedimento já assentado, o Relator preparou e submeteu a decisão projeto de acórdão relativo ao incidente suscitado no dia 23 de maio.

2.15. Marcada conferência para se decidir este incidente para o dia 25 de maio, a questão foi decidida por maioria por via do Acórdão 7/2017, que foi no sentido de indeferir o pedido de extinção de instância por inutilidade superveniente da lide por razões que o integram.

2.16. Superados os incidentes, foi marcada conferência de decisão para 15 de junho, data em que os juízes apresentaram os seus votos pela ordem legal estabelecida.

Cumprido, atendendo a esses elementos e perante este contexto, decidir o pedido.

## II. Fundamentação

1. Para efeitos do recurso de amparo, entende o Tribunal Constitucional que se está perante um sistema bifásico, moldado, no geral, por uma fase de admissibilidade e por uma fase de julgamento de mérito. Cada uma delas tem o seu termo com a prolação de uma decisão, respetivamente de admissibilidade e de mérito. Sendo assim, tendo, por meio do Acórdão 11/2016, de 21 de junho, *Maria de Lurdes Gomes Ferreira v. STJ*, Rel: JP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 43, de 27 de julho, pp. 1418-142, se pronunciado no sentido da admissão do recurso de amparo, do ponto de vista do Tribunal Constitucional, tal fase se fecha não cabendo mais, em princípio, decidir sobre questões referentes à mesma, o que, face à letra da lei, naturalmente, não impede que o Ministério Público

teça as considerações que considerar pertinentes sobre essa matéria, até para, caso seja este o entendimento, marcar a sua posição.

A questão fica, pois, superada de um ponto de vista prático. Nesta ocasião, todavia, fazendo-se necessário apresentar a posição do Tribunal Constitucional em relação às questões de grande pertinência e candência levantadas pelo eminente Senhor Procurador-geral da República em relação à admissibilidade, abriremos este momento preliminar para as expor e discutir.

1.1. No entendimento deste Tribunal, o pressuposto exposto em segmento de acordo com o qual “*a violação tenha sido expressa e formalmente invocada no processo logo que o ofendido dela tenha tido conhecimento e que tenha sido requerida reparação*”, é importante e merece reflexão cuidada, a partir do papel que o recurso de amparo deve desempenhar no nosso sistema jurídico-constitucional por imposição constitucional e legal.

Trata-se, como muitos já o consideraram, de um mecanismo de proteção especial de direitos. Especial porque ao contrário da maior parte dos outros coloca nas mãos do titular de certo(s) direito(s), a agência necessária para pedir e obter a sua tutela e porque incide não sobre normas que violam direitos constitucionalmente reconhecidos, mas sobre condutas concretas que os lesam. Num sistema em que a pessoa humana e os indivíduos ocupam uma posição central não se pode deixar de registar a relevância dessa espécie de queixa constitucional. É indubitavelmente um dos principais esteios do nosso sistema de proteção de direitos e é por isso que o Tribunal, na senda do que já vinha sendo generalizadamente feito até ao nível do nosso novo processo civil, como lembra Cândida Pires (*O Novo Processo Civil de Cabo Verde*, Praia, OACV/ISCJS, 2011), tem procurado adotar uma filosofia *pro actione* nessas situações.

Isso é representado em preâmbulo por trecho segundo o qual “*com a aprovação deste Código de Processo Civil pretende-se a edificação de um regime de administração da justiça cível, através de um mecanismo instrumental que busca a perseguição da verdade material (...). Na consecução desse propósito deu-se a devida densificação normativa à garantia fundamental do direito de acção judicial, com o enunciado inequívoco de que a todos é assegurado, através dos tribunais, o direito a uma protecção jurídica eficaz e temporalmente adequada. (...) O direito de acesso aos tribunais envolveu ainda o estabelecimento de um regime processual que propende pela eliminação de obstáculos injustificados à obtenção de uma decisão de mérito. Com a mesma preocupação de se privilegiar a prolação de decisões de mérito sobre as que se debruçam simplesmente sobre questões de forma, consagrou-se a regra segundo a qual a falta de pressupostos processuais deve, tendencialmente, ser passível de sanção*”.

E também pela abordagem que o Tribunal Constitucional tem adotado em matéria de contencioso eleitoral (v. *Alcides Lopes da Graça v. AAG-SV*, Rel: JC Pina Delgado decidida pelo Acórdão nº 22/2016, de 16 de setembro de 2016, reproduzido no *Boletim Oficial*, I Série, nº 59, 14 de outubro, pp. 1980-2007), designadamente partindo da filosofia de que se é preciso respeitar a forma, é proibido idolatrá-la,



reajustando-se a forma como a jurisdição constitucional trata esse tipo de recurso, recebendo-os de modo amigável e, sempre que permitido e houver possibilidade de tutela, analisando cada pedido com toda a abertura possível.

O recurso de amparo não é, nem podia ser, num sistema em que o Tribunal Constitucional é, por excelência e natureza, uma entidade de proteção da Constituição, dos direitos e da democracia, um fardo, mas sim uma razão de ser e de existir, uma oportunidade para desempenhar o seu papel constitucional e de definir o âmbito de vários direitos fundamentais de conferir tutela aos titulares de posições jurídicas importantes quando violadas por atos não normativos do poder executivo ou os do poder judicial, nos termos já desenvolvidos no quadro dos mesmos autos que deram origem a esta decisão através do Acórdão nº 6/2017, Rel: JC Pina Delgado, já citado, e do Acórdão nº 7/2017, Rel: JC Pina Delgado (não publicado).

Além disso, é também uma precaução destinada a garantir que, antes que os tribunais internacionais de proteção de direitos que potencialmente a República pode vir a fazer parte – que recebem e podem conhecer queixas individuais, como o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos e o Tribunal de Justiça da Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental - e que são considerados pelo artigo 210 (2) da Constituição órgãos judiciais integrantes do sistema de proteção de direitos de Cabo Verde, esta Cúria Constitucional, que ocupa um papel central na sua proteção, tenha a possibilidade de se pronunciar sobre a matéria. A própria existência do Tribunal Constitucional e a domesticação dos tribunais internacionais decorrente do artigo 210(2) visam precisamente evitar vazios de proteção, garantindo tutela plena e integral aos direitos.

1.2. A jurisdição constitucional já vinha construindo o seu entendimento sobre estes pressupostos desde o momento em que o Supremo Tribunal de Justiça exercia as funções de Tribunal Constitucional, prosseguindo esta Cúria com este decisivo exercício de definição de parâmetros.

1.2.1. No primeiro momento, o Supremo Tribunal de Justiça com voluminosa prática não admitiu vários recursos de amparo por não se ter obedecido às condições processuais previstas da alínea c) do artigo 3º da Lei do Amparo. Foi assim com os Acórdãos 13/04, de 15 de março, 14/04, de 15 de março, 07/05, de 6 de dezembro, 02/07, de 26 de fevereiro; 6/07, de 30 de julho; 7/07, de 30 de julho; 11/07, de 30 de julho; 20/08, de 5 de junho; 25/08, de 31 de dezembro; 03/09, de 28 de maio; 07/09, de 28 de maio; 08/09, de 28 de maio; 03/2010, de 30 de março; 04/2010, de 30 de março; 04/2013, de 6 de junho; 05/2013, de 6 de junho. Todavia, disso não se pode tirar qualquer ilação em matéria doutrinária e de constituição de um entendimento que este Coletivo deveria considerar.

Isto porque, primeiro, cada um deles se insere num quadro próprio de acordo com o qual os dados presentes nos autos e no percurso processual poderá ter determinado o desfecho de inadmissibilidade; segundo, porque em nenhum deles há um desenvolvimento de uma posição geral que presidiria à abordagem do Tribunal em relação a essas situações. Outrossim, isso foi feito pelo Egrégio

Supremo Tribunal de Justiça em decisões positivas de admissibilidade, quando lavrou importantes entendimentos que devem ser ponto de partida desta discussão.

Assim, pela primeira vez, nas vestes de Corte Constitucional fê-lo num importante *leading case* nesta matéria, *Armando Ferreira Rodrigues v. Juízo de Família e Menores do Tribunal da Comarca da Praia*, ao adotar o Acórdão 1/07, de 8 de fevereiro de 2007, em que firmou entendimento de acordo com o qual “a este propósito importa ter presente que não se deve interpretar em sentido meramente formal essa disposição, tanto mais que neste domínio também vigora na plenitude o princípio *iura novit curia*”, tendo adotado explicitamente posição do Tribunal Constitucional do Reino Espanhol de acordo com o qual esta questão deve ser abordada a partir de um critério finalístico, no sentido de que mesmo não havendo expressa menção do *nomem iuris* do direito, o julgador consiga reconhecer a questão constitucional colocada e possa pronunciar-se sobre a mesma.

Aplicando-a ao caso concreto, conclui, em importante juízo que “*da análise das peças processuais verifica-se que o recorrente, tendo sido notificado da decisão sobre a regulação do poder paternal e da confiança da menor à mãe, interpôs recurso dessa decisão com o pedido expresso de que ao mesmo fosse atribuído efeito suspensivo. Sem que houvesse qualquer pronunciamento sobre o requerimento da interposição de recurso e o efeito a atribuir ao mesmo, o tribunal recorrido adotou providências para a imediata execução da decisão. Mais uma vez o recorrente solicitou que fosse sustada a execução da decisão por forma a garantir a utilidade do recurso entretanto interposto. Mesmo assim o tribunal recorrido persiste na imediata execução da decisão. Não restam pois dúvidas de que ao apresentar o requerimento pedindo sustação da execução da medida por forma a garantir utilidade do recurso o requerente estava a colocar a questão da violação do seu direito de acesso à justiça e a tutela jurisdicional efetiva e a pedir reparação pelo autor dessa violação no caso o tribunal recorrido. E, conhecendo bem o Direito, a entidade destinatária desse requerimento não podia ter dúvidas quando ao significado e alcance do mesmo*”.

Assim, é esta doutrina fixada de forma fundamentada e consistente pelo Supremo Tribunal de Justiça que devemos considerar no desenvolvimento desta matéria, até porque reforçada em outro caso, desta feita *Armando Ferreira Rodrigues v. Supremo Tribunal de Justiça*, decidido pelo Acórdão nº 3/07, de 26 de abril, em que se complementou que “*E a violação foi expressa e formalmente invocada no processo, especialmente no requerimento de interposição de recurso no qual se pediu se suspendesse a eficácia da decisão recorrida, como ficou já demonstrado, embora sendo certo que não se fez referência concreta a nenhuma disposição constitucional, o que não releva, uma vez que os factos foram suficientemente expostos*”. São estes, pois, os precedentes a considerar.

1.2.2. Este Tribunal Constitucional autónomo, sempre considerando com o máximo respeito, o histórico de tratamento destas matérias feitas pelo Supremo Tribunal de Justiça, dadas as questões que foram sendo colocadas, nomeadamente pelo Ministério Público, optou por agir de forma cautelosa, sem se pronunciar sobre o conteúdo



das expressões que constam do preceito que vem sendo citado, limitando-se a fazer considerações objetivas a este respeito.

É bem verdade que a necessidade do pedido expresso de reparação podia até decorrer de interpretação de *obter dictum* integrante da decisão de admissibilidade tomada pelo Tribunal Constitucional no caso *Emílio Pereira Monteiro v. STJ*, Rel. JP Pinto Semedo, quando se pronunciou no sentido de que “*a violação do direito ou liberdade fundamental não tenha encontrado reparação através do sistema de garantias normas, exigindo-se, por isso que haja recurso prévio aos tribunais ordinários, bem como a demonstração de que se tenha requerido a reparação*”. Porém, com a decisão de admissibilidade do caso *Joaquim Wenceslau Moreira de Carvalho v. STJ*, Rel: JP Pinto Semedo, decidido pelo Acórdão nº 10/2016, de 23 de junho, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 43, de 27 de julho, pp. 1415-1418, em que se pronunciou simplesmente no sentido de que “*a violação desses direitos 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*”, posição que veio a reiterar nas restantes decisões positivas de admissibilidade, mormente por meio do Acórdão nº 11/2016, *Maria de Lurdes Gomes Ferreira v. STJ*, de 23 de junho, Rel: JP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 43, de 27 de julho, pp. 1418-142, que admitiu o presente recurso, do Acórdão nº 19/2016, *Ovídio de Pina v. STJ*, Rel: JP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 50, de 16 de setembro, pp. 1760-1764; além de *José Pedro Neves c. STJ*, decidido pelo Acórdão nº 25/2016, Rel: JP Pinto Semedo, reproduzido no *Boletim Oficial*, I Série, n. 67, de 29 de novembro, pp. 2139-2145; *Oswaldo Rodrigues & Ramiro Rodrigues v. STJ*, decidido pelo Acórdão nº 27/2016, de 28 de novembro, Rel: JP Pinto Semedo, reproduzido no *Boletim Oficial*, I Série, n. 10, de 27 de fevereiro de 2017, pp. 213-217 e mesmo numa negativa como o caso *Carlos Moreno Tavares v. STJ*, decidido pelo Acórdão nº 03/2017, de 15 de fevereiro, Rel: JP Pinto Semedo, reproduzido no *Boletim Oficial*, I Série, n. 10, de 27 de fevereiro de 2017, pp. 267-271, todos com a utilização dessa mesma fórmula.

O Tribunal Constitucional, perante os precedentes citados decorrentes de posições do Supremo Tribunal de Justiça e as dúvidas que vinham sendo suscitadas, enquanto ia, na pendência de assento mais consolidado, adotando uma postura de favorecimento da admissibilidade, deferiu para a primeira oportunidade um pronunciamento nesse sentido, ao estipular no caso *Oswaldo Rodrigues & Ramiro Rodrigues v. STJ*, decidido pelo Acórdão nº 27/2016, de 28 de novembro, Rel: JP Pinto Semedo, p. 216, que “*este Tribunal ainda não se pronunciou sobre a dúvida se o esgotamento das vias de recurso como condição para a admissibilidade do recurso de amparo pressupõe que se invoque, sempre, expressa e formalmente a violação do direito fundamental suscetível de amparo logo que o ofendido dela tenha conhecimento e seja requerida a sua reparação no respetivo processo*”.

Assim, o presente entendimento vem na sequência dessas orientações, destinando-se a registar a posição deste Tribunal a respeito da interpretação desta disposição,

no quadro do desenvolvimento que deve fazer a respeito da definição dos parâmetros de admissibilidade e que se comprometeu a concretizar na primeira oportunidade.

1.3. A análise sobre esse pressuposto deve sempre partir do texto constitucional que consagra a figura do amparo enquanto mecanismo privilegiado de tutela de direitos, nomeadamente o artigo 20, conforme o qual “*1. A todos os indivíduos é reconhecido o direito de requerer 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*”.

É importante notar-se o que diz o legislador constituinte na primeira parte da disposição – que “*A todos os indivíduos é reconhecido o direito de requerer ao Tribunal Constitucional, através de recurso de amparo, (...)*” –, o que indicia claramente que o amparo não é só um mecanismo judiciário de proteção do sistema constitucional e dos direitos que o legislador é obrigado a consagrar na legislação ordinária de modo a propiciar esse tipo de tutela, é também um direito subjetivo. Mais, que, pela sua natureza, tem o estatuto de direito, liberdade e garantia fundamental, quanto mais não seja pelo facto de a capacidade judiciária de defesa de direitos e interesses legítimos subjetivos representar uma das mais naturais prerrogativas que cada ser humano possui e pelo facto de ser uma das principais garantias que têm para garantir eficácia aos seus direitos sem depender de outrem, além das principais instituições da República vocacionadas para esse fim, os tribunais. Se assim é, apesar da remissão à lei, conferindo legitimidade ao legislador ordinário para afetar, tal operação assume a natureza de uma restrição. Uma interpretação da parte final do preceito legal que fosse feita no sentido de que haveria uma condição absoluta de prévio, expresso e formal pedido de reparação ao órgão judicial que lesou o direito, liberdade e garantia, se não teria um alto grau de probabilidade de violação da proibição de atingimento do núcleo essencial do direito, no mínimo, nas atuais circunstâncias de balanceamento, levaria a que a proporcionalidade da restrição ficasse claramente beliscada, mesmo considerando, somente para efeitos argumentativos, que haveria finalidade legítima em ter e manter tal restrição.

Esta seria, de facto, e o Tribunal Constitucional reconhece-o, a de permitir que órgãos indubitavelmente importantes, naturalmente vocacionados para a tutela de direitos e interesses legítimos, tenham a oportunidade de garantir a proteção que se pede, antes de haver o recurso constitucional. Nada a opor, atendendo à subsidiariedade do amparo. Mas, nada disso é incondicional, pois o dever de pedir reparação só é compaginável com o direito ao recurso de amparo quando é possível e não crie fardos desmesurados ao titular do direito, o principal elemento desta equação num sistema que prioriza mais do que a

posição institucional dos tribunais, servidores da justiça e dos direitos – que por missão estão sempre disponíveis para proteger as posições jurídicas deles decorrentes –, as pessoas que são titulares dos mesmos. Portanto, qualquer outra leitura confrontaria de forma severa o princípio da proporcionalidade em sentido restrito ou da justa medida.

1.4. Tal entendimento, ademais, seria dificilmente harmonizável com o número 2 do artigo 20 da Constituição da República que subordina o regime ao princípio da celeridade e ao princípio da sumaridade ao dizer claramente que “*O recurso de amparo pode ser requerido em simples petição, tem carácter urgente e o seu processamento deve ser baseado no princípio da sumariedade*”. Prever qualquer desdobramento processual que exigisse um pedido autónomo de reparação seria notoriamente inconstitucional, porque criaria um ónus excessivo a uma tutela que o Constituinte entende dever ser prestada no mais curto espaço de tempo no sentido de que se houver violação de direitos, estes sejam restituídos, no caso concreto, com a máxima rapidez, ao seu titular.

1.5. Além disso, mesmo uma interpretação que se afastasse das determinantes constitucionais aplicáveis ao caso, ainda assim não sufragaria de forma líquida qualquer entendimento da imprescindibilidade da reparação nos termos sugeridos. O dispositivo estabelece que a) é preciso que se invoque expressa e formalmente uma violação no processo; b) temporalmente, logo que o titular dela tenha conhecimento; c) se requeira a sua reparação. Bem, primeiro, ainda somente analisando à questão à luz da Lei do Amparo, o que tem que ser expressa e formalmente, invocado é a violação, não o pedido de reparação, o que significa que este não tem que ser pedido de modo expresso e através de forma ou procedimento autónomos. E a razão é muito simples, quem o recebe é um órgão judicial, muitas vezes de topo, constituído por juízes possuidores de sólidos conhecimentos jurídicos, que são também magistrados das liberdades, e que já acumularam uma experiência muito grande no tratamento desses casos. Como se sublinhava no precedente do Supremo Tribunal de Justiça, *iura novit curia*.

Atualmente, por maioria de razão, atendendo à forma constitucional e legal de acesso a tais órgãos, em que o mérito, nos termos do número 3 do artigo 216 da Lei Fundamental, e dos artigos 24 da Lei de Organização, Competência e Funcionamento dos Tribunais Judiciais e os artigos 20 e 23 do Estatuto dos Magistrados Judiciais, é o critério utilizado. Outro entendimento seria, de resto, improvável, atendendo que quando um tribunal recebe um recurso em que se alega a violação de direito, liberdade e garantia, sabe que o que se pretende é que ela seja reparada e o quanto antes.

Mas, mesmo o pressuposto da expressa e formal invocação da violação no processo deve ser analisado a partir da Constituição e da natureza de direito, liberdade e garantia do recurso de amparo, com alguma flexibilidade, tendo em vista, naturalmente, por um lado, a finalidade de se preservar a possibilidade de a proteção de posições jurídicas fundamentais ser garantida pelos tribunais ordinários, pois estes também, ainda que não exclusivamente, são tribunais de direitos, e do outro lado, o objetivo de garantir o acesso à Corte Constitucional de forma

célere e sem formalismos desnecessários, nomeadamente de acordo com o espírito do princípio da simplicidade, que também decorre do artigo 20 da Lei Fundamental. Portanto, a interpretação constitucionalmente mais conforme da disposição e que impede que ela resvale para fora das fronteiras da proporcionalidade da restrição e que salvaguarde a posição dos tribunais comuns, deve concretizar-se num registo comunicacional inteligível entre o titular do direito e requerente de amparo e o órgão judicial, de tal maneira que este perceba ou tenha que perceber tratar-se de questão a envolver possível lesão de direito, liberdade ou garantia e tenha a oportunidade de a reparar.

Ainda assim, trata-se de um mínimo que seja palpável, até porque, se os juízes ordinários são também entidades de proteção de direitos, liberdade e garantias, a sua atividade jurisdicional não se esgota nisso, portanto devem, no emaranhado de questões ordinárias que diariamente lhes são colocadas, ser alertados para dimensões constitucionais das mesmas para que as possam analisar e idealmente, sendo justificado, conferirem a tutela requerida. Portanto, não sendo exigível do recorrente a apresentação aprimorada da violação que enseja o pedido de amparo ou construções jurídicas afinadas, que obriguem à identificação de forma precisa do direito, liberdade e garantia ou da posição jurídica fundamental em causa e muito menos o preceito constitucional que lhes ancora, ele deve colocar à jurisdição ordinária a demanda com elementos descritivos e enunciativos bastantes para lhe suscitar a questão e permitir-lhe conhecer e identificar a violação do direito e o problema constitucional subjacente, garantindo-lhe oportunidade para ministrar os remédios necessários à sua preservação.

Acima de tudo, a questão é de inteligibilidade e como tal deve ser tratada, isto é, de se comunicar de forma perceptível a pessoas treinadas para esse fim, os juízes dos tribunais superiores, que direitos se pretende tutelar. O expresso nessa exigência refere-se ao mínimo necessário para que tais reputados juristas e julgadores consigam identificar a violação e o direito, liberdade e garantia que sustenta o pedido de amparo, havendo, ainda, o dever de, mesmo nos casos de notória ininteligibilidade que, desde sempre, os tribunais, nos termos da lei, concederem oportunidade ao requerente para clarificar aspetos obscuros da sua peça impugnatória ou completar os elementos que a integram.

Finalmente, poderá sê-lo, assim, como diz a lei, no quadro do processo se possível for. No caso concreto, a requerente ao recorrer por meio de uma peça impugnatória de uma decisão tomada por um juízo de primeira instância a respeito de demanda por si feita e negada, fundando o seu pedido em alegada violação de direito, liberdade e garantia, só pode estar a pedir ao tribunal superior reparação. Sendo assim, se ele a nega, naturalmente sufraga a violação, habilitando o recurso ao Tribunal Constitucional. Segundo, o legislador não parece ter reconhecido qualquer desdobramento incidental do processo a tal ponto de autonomizar um pedido de reparação. Tudo, nos termos da lei, deve acontecer no “processo”, até para garantir a celeridade da tutela. O que significa que se a violação primária couber ao último tribunal de uma cadeia jurisdicional e, como é natural, não existam



recursos efetivos para reformar a decisão, para se conceder a reparação, pode o titular direito requerer amparo ao Tribunal Constitucional.

Na sua peça impugnatória inicial de dois processos que consta das ff. 30 a 33 dos autos a recorrente conclui que “*muito mal andou o tribunal “a quo” ao considerar o Estado de Cabo Verde como parte ilegítima*” (para. 23) e “*uma vez mais muito mal andou o tribunal “a quo”, pois é o próprio CPC a impor a forma de processo especial nestes casos. Assim sendo, e nos mais de direito que os Venerandos Conselheiros tão doutamente suprião, uma vez recebidas estas alegações, deve ser: a) Considerado o Estado de Cabo Verde como parte legítima; b) Considerado a forma de processo especial a adequada aos autos, e conseqüentemente deve ser revogado o despacho de indeferimento liminar, sendo substituído por outro que dê o devido seguimento à acção*” ou na que decorre da que se encontra às ff. 61-66, em que se pede que seja “*revogado o despacho de indeferimento liminar com fundamento na verificação de exceção dilatória de litispendência, sendo substituído por outro que dê o devido seguimento à acção. Repondo-se a justiça ao caso*”. Não se pode deixar de considerar isso como um pedido de reparação, do mesmo modo como não se pode deixar de aceitar que o modo como colocou a questão, sem, é verdade, invocar diretamente qualquer norma constitucional ou posição jurídica fundamental violada, atinge o mínimo para se depreender, nos termos do precedente que se tem aplicado, haveria potencial violação de direito, liberdade ou garantia. Fá-lo ao dizer, na sua petição inicial que “*faz-se necessário o reconhecimento da união de facto pós-morte, para que a autora tenha seus direitos ressaltados, e conseqüentemente melhorar a condição de vida da família*”, e na sua peça de recurso ao sublinhar que “*o que a recorrente pretende, tal como resulta do único pedido formulado, é que lhe seja reconhecida a união de facto com o de cujus com todas as consequências legais daí decorrentes*”.

Por conseguinte, sem desmerecer, muito pelo contrário, a importância da alínea c) do artigo 30 da Lei do Amparo, que, por motivos naturais, deve ser considerado e integrado ao juízo de admissibilidade a ser feito em relação a cada pedido recebido pelo Tribunal Constitucional, designadamente para se preservar a subsidiariedade desse tipo de queixa constitucional, abordagem a ser adotada deve ser temperada no sentido de garantir o acesso à justiça constitucional aos titulares de direitos, liberdades e garantias e, em simultâneo, salvaguardar o papel da jurisdição ordinária na preservação das posições jurídicas individuais fundamentais protegidas pela Constituição.

1.6. Outro ponto ligado à admissibilidade que deve ser abordado diz respeito à ausência de violação do direito, liberdade e garantia, que deveria levar ao não conhecimento do recurso de amparo. Naturalmente, até porque a Lei do Recurso de Amparo e do Habeas Corpus o prevê, haverá situações autorizadas em que o Tribunal pode não conhecer um recurso se “*manifestamente*” não houver violação de direito, liberdade e garantia. Trata-se de uma permissão excecional de antecipação de desfecho da lide, que só pode acontecer em situações limitadas porque, no fundo, permite ao tribunal decidi-la, adiantando, nalguns

casos, o julgamento do mérito, sem ter na sua posse nem o tempo necessário para uma decisão ponderada, nem todos os elementos que marcam o processo.

Daí o legislador ter cuidado de limitar ao único regime que pode, de facto, garantir a sua compatibilidade com o direito de recurso de amparo, ou seja, as situações em que seja absolutamente líquido que não há qualquer base para a concessão do amparo. Como tem sido jurisprudência deste Tribunal, pelo menos a partir da segunda decisão de admissibilidade que adotou, essa situação de grande excecionalidade exigira que houvesse uma situação de manifesta (clara/inequívoca) ausência de direito, liberdade e garantia para ser amparado ou inexistência manifesta de conexão entre os factos alegados e o direito, liberdade ou garantia que supostamente suporta a pretensão do recorrente ou ainda ausência de viabilidade, no sentido de que, mais uma vez de forma manifesta, o Tribunal consiga antecipar o resultado decisório que o pedido, no fim do processo, poderá merecer, sem se ter que se dar ao trabalho de analisar todos os seus elementos. No fundo, seria uma situação de uma decisão de mérito na fase de admissibilidade.

Apesar de o Tribunal nem sempre decidir unanimemente sobre se realmente estão presentes em cada caso concreto (v. *Carlos Moreno Tavares v. STJ*, decidido pelo Acórdão nº 03/2017, de 15 de fevereiro, Rel: JP Pinto Semedo), as condições que permitem não admitir em razão de não estar “*manifestamente em causa a violação de direitos, liberdades e garantias*” nos termos da alínea e) do número 1 do artigo 16 da Lei do Amparo, não há, neste momento, divergência em relação ao teste a aplicar e sobre a necessidade de ele se satisfazer que o pedido de amparo é seguramente inviável.

Neste caso, seguindo, o que se consagrou no aresto que determinou a admissão deste recurso que “*o Tribunal não considera, nesta fase, que manifestamente não está em causa a violação de direitos, liberdades e garantias fundamentais constitucionalmente reconhecidas como suscetíveis de amparo*” (Acórdão nº 11/2016, *Maria de Lurdes Gomes Ferreira v. STJ*, de 23 de junho, Rel: JP Pinto Semedo), reitera esta Corte Constitucional neste momento inicial da segunda fase processual que há, pelo menos, aparência de direito, liberdade e garantia – ainda que a sua qualificação em espécie, não seja clara –, e, racionalmente, os factos descritos prestam-se a uma conexão com esse direito invocado. E o Tribunal não conseguiu, perante a complexidade do caso, ter presentes, já na fase de admissibilidade, todos os elementos e explorar todas as nuances ao ponto de poder antecipar, naquele momento, uma decisão de improcedência do pedido sustentada nas exigentes bases decorrentes da expressão ilocucionária forte “*manifestamente*”, que comporta certeza sobre a viabilidade do pedido. Perante estes critérios, que se aproveita para explicitar e desenvolver, não podia deixar de admitir este recurso, com o intuito de verificar a possibilidade de conceder a tutela requerida.

2. Posto isto, somente o mérito do pedido ocupará este Tribunal, que o determinará com base nos factos que já foram fixados pela jurisdição ordinária e conforme a base normativa que, no fundo, deu origem a este recurso



decorrente do não atendimento do pedido de reconhecimento de união de facto feito pela Senhora Maria de Lourdes Gomes Ferreira, recorrente nestes autos.

2.1. Do ponto de vista substantivo, este recurso gravita em torno de duas indagações essenciais: primeiro, a de saber se o direito invocado pela requerente pode ser objeto de amparo, particularmente considerando a questão de ela poder ser ou não ser titular do direito que invoca; segundo, de se saber se o ato concreto da entidade judiciária que não reconheceu a união de facto, viola aquele direito, liberdade e garantia.

2.1.1. Naturalmente, sendo a jurisdição do Tribunal Constitucional excecional nesta matéria, só pode tomar conhecimento de demandas amparadas na possível violação de direitos fundamentais, portanto direitos com proteção constitucional. O sistema, para ordenar a vida social e garantir as condições para o florescimento individual pode reconhecer vários tipos de direitos e modalidades de proteção de interesses, mas nem todos são escudados com a mesma intensidade e pelas mesmas instituições. Erige, outrossim, uma espécie de direitos, que chama de fundamentais – por decorrerem da própria natureza humana, sendo imprescindíveis à existência individual -, a um nível de proteção especial e mais reforçado.

2.1.2. No caso concreto, mesmo dentro desta categoria especial de direitos, o meio de tutela utilizado, o recurso de amparo, é limitado a uma das suas categorias, os direitos, liberdades e garantias, o que significa que para que o Tribunal se possa pronunciar sobre esta matéria necessário é que a posição jurídica aparentemente lesada por conduta de órgão do poder judicial do qual se recorre seja, pela sua essência, decorrente de um direito com tal natureza previsto pela Constituição, ou, nos termos do artigo 26, seja analogamente um direito, liberdade e garantia ou seja um direito, liberdade e garantia atípico recebido por cláusula de abertura do sistema constitucional de direitos fundamentais, conforme já se havia registado com o Acórdão nº 11/2016, de 21 de junho, *Maria de Lourdes Gomes Ferreira v. STJ*, de 23 de junho, Rel: JP Pinto Semedo, segmento e).

A recorrente argumenta que a sua liberdade de contrair casamento foi violada pelo facto de o Tribunal ter adotado decisão a não reconhecer união de facto que materialmente terá mantido com pessoa já falecida. O Tribunal Constitucional, por unanimidade, admitiu o recurso, considerando que, hipoteticamente, poderia estar em causa lesão de um direito, liberdade e garantia, embora não tenha propriamente aceitado a qualificação feita pela requerente, pois não seria líquido que a liberdade de contrair casamento, prevista pelo artigo 47, em termos de acordo com os quais “*Todos têm direito de contrair casamento, sob forma civil ou religiosa*”, teria sido atingida pelo ato impugnado. Destarte, entendendo por bem discutir a base normativa invocada como fundamento do pedido de tutela de direito, deixou-se em aberto, aquando da decisão de admissão, a identificação do direito que poderia constituir-se na base normativo-constitucional do pedido de amparo, advertindo-se que “*a indicação pela recorrente dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, com a expressa menção das normas ou princípios jurídico-constitucionais que entende terem sido violados não impede*

*que o Tribunal Constitucional possa alterar a qualificação dos factos*” (Acórdão nº 11/2016, de 21 de junho, *Maria de Lourdes Gomes Ferreira v. STJ*, de 23 de junho, Rel: JP Pinto Semedo, segmento e).

2.1.3. A liberdade de contrair casamento é, no quadro da nossa cultura, uma liberdade essencial e ancestral, não fosse estar associada a um dos sacramentos da confissão religiosa mais antiga do Arquipélago, a Igreja Católica. Consubstancia-se, em concreto e no essencial, na ausência de impedimento de que duas pessoas que consensualmente pretendam constituir um projeto existencial – por definição sério, duradouro e de base afetiva – em conjunto, o possam fazer e os efeitos dessa união sejam reconhecidos pelo poder público, por ato comportando tal natureza. Destarte, a sua origem é, entre nós, religiosa, aproximando-se neste sentido dos elementos que a configuram a partir do sacramento canónico do *matrimonium*, e, como tal, base principal de constituição da família, uma instituição basilar para a nossa sociedade, como, de resto, reconhece a Lei Fundamental. Disso, todavia, não decorre que o conceito se tenha petrificado historicamente, porquanto resultado de uma natureza marcadamente sociológica, acompanha as dinâmicas sociais com grande versatilidade e capacidade de adaptação e expansão.

2.1.4. No quadro da Constituição, os conceitos de casamento e de família são claramente distinguidos, sendo o primeiro apenas uma das espécies, ainda que a central, da segunda. O que significa que o legislador constituinte admitiu que a família fosse constituída de outros modos além do casamento, nomeadamente podendo sê-lo por pais e filhos, considerando a possibilidade da monoparentalidade originária, e da viuvez, e claro está, por via de uniões estáveis, com ou sem filhos, entre duas pessoas. São indicações suficientes disso, o facto de, no segmento constitucional reservado para a apresentação do sistema cabo-verdiano de direitos fundamentais, no título V, dedicado à família, onde se espraiam as normas básicas relativamente a esta instituição histórica e sociológica fundamental e onde se expõe os elementos que caracterizam a garantia institucional estabelecida, em momento algum se a reduz ao casamento. A expressão relevante é sempre e singelamente “*a família*”, um conceito cuja natureza se liga muito mais aos seus objetivos e configuração, daí o seu reconhecimento público, nomeadamente de partilha, de afetos e de cuidados, ou, como salientou o Tribunal Constitucional Espanhol, “*un marco de solidariedades y de dependências*” (*Sentencia 222/1992*, de 11 de diciembre de 1992, *Cuestión de Inconstitucionalidad* (En Relación con el art. 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), publicada no *Boletín Oficial del Estado*, n. 16, Sup. 19 de Enero de 1993, pp. 26-34), do que à sua forma tradicional. Não podia provavelmente ser diferente atendendo à diversidade sociológica familiar que marca a sociedade cabo-verdiana contemporânea, como se demonstra nas *Estatísticas das Condições de Vida de 2015*, Praia, INE, 2016, *passim*, e a maioria das sociedades ocidentais e muitas não-ocidentais.

Basta ver, por exemplo, o contraste com a Constituição Portuguesa de 1933, também aplicada nas ilhas na última fase do período colonial, de acordo com a qual, “*O Estado assegura a constituição e defesa da família, como fonte de*

*conservação e desenvolvimento da raça, como base primária da educação, da disciplina, da harmonia social, e como fundamento de toda a ordem política pela sua agregação e representação na freguesia e no município*”, decorrendo ainda dos seus termos que *“a constituição da família assenta: 1º No casamento e filiação legítima (...)”*. A forma de constituição da família se resumia ao casamento e a decorrente da filiação legítima, excluindo-se as demais.

A solução gizada pelo constituinte de 1992 é lógica porque, além desse pluralismo decorrer do princípio da liberdade e da neutralidade relativa do Estado em relação a formas legítimas de desenvolvimento da personalidade, o interesse público nesta matéria de proteger uma instituição basilar para a manutenção e organização da sociedade é plenamente satisfeito por diversas formas familiares, desde que tenham determinados elementos de consistência e finalidade (cf. Geraldo Almeida, *Da União de Facto. Convivência de More Uxorio em Direito Internacional Privado*, Lisboa, PF, 1999, pp. 74-99).

2.1.5. É neste sentido que a partir da constatação fática e normativa de que *“a família é o elemento fundamental e a base de toda a sociedade”* (artigo 87 (1)), repetida em formato ligeiramente diferente conforme o qual *“a família é o elemento fundamental e a célula base de toda a sociedade”* (artigo 82 (1)), se reconhece e se instaura uma garantia institucional destinada a protegê-la enquanto entidade apercebida pelo legislador como incontornável para a organização da nossa sociedade. O que justifica que disponha, logo a seguir, que *“a família deverá ser protegida pela sociedade e pelo Estado de modo a permitir a criação das condições para o cumprimento da sua função social e para a realização pessoal dos seus membros”*, bem como que *“O Estado e as instituições sociais devem criar as condições que assegurem a unidade e a estabilidade da família”*, cabendo àquela entidade central, para efeitos de proteção, *“a) Assistir a família na sua missão de guardiã dos valores morais reconhecidos pela comunidade; b) Promover a independência social e económica dos agregados familiares; c) Cooperar com os pais na educação dos filhos; d) Definir e executar, ouvidas as associações representativas das famílias, uma política de família com carácter global e integrado”*.

Cita-se estas fórmulas a título meramente enquadrador porque, evidentemente, garantia institucional não é direito subjetivo e muito menos direito, liberdade e garantia em espécie, mas de realidades sociais, económicas ou institucionais que é protegidas de forma materialmente similar, como de resto, o Tribunal já havia feito por meio do Acórdão nº 1/2017, de 12 de janeiro, Rel: JC Pina Delgado. Logo, naturalmente, sendo possível escrutinar eventuais violações a garantias fiscalizando a constitucionalidade de normas que as afetam ilegitimamente, não se pode usar o recurso de amparo para esse fim. Além disso, mesmo que assim fosse, o facto é que havendo uma proteção subjetiva incidente sobre uma dada questão a envolver a família com natureza de direito, liberdade e garantia, desnecessário se torna recorrer a uma garantia institucional homóloga.

Não há qualquer dúvida relativamente à existência de uma liberdade para se constituir família, mesmo à margem do casamento, até porque essa intenção fica clara dos debates que envolveram a primeira versão da

Constituição. Atente-se que uma proposta inicial que foi apresentada para discussão continha preceito de acordo com o qual *“todos têm direito de constituir família e de contrair casamento, sob forma civil ou religiosa”*, que, por proposta da Deputada Maria Deolinda Monteiro, foi cindida, inserindo-se no dispositivo que *“todos têm o direito de contrair casamento, sob forma civil ou religiosa”* (*Atas da Sessão da Assembleia de Aprovação da Versão Originária da Constituição de 1992*, Praia, AN, p. 160), e adenda de um número a um artigo sobre a família assim redigido: *“1. A família é o elemento fundamental e a base de toda a sociedade. Ela deve ser protegida pelo Estado e pela sociedade de modo a permitir a criação de condições para o cabal cumprimento de sua função social e para a realização pessoal dos membros que a compõem. 2. O Estado e as instituições sociais devem criar as condições que assegurem a unidade e a estabilidade da família”*. Em conformidade passou a considerar-se um novo número 2 conforme o qual: *“todos têm o direito de constituir família”*. Seguindo-se debate ficou claro que se estava a afastar qualquer ideia de um conceito monolítico de família, constituída de um único modo, como parecia entender um deputado em razão do carácter cristão do país (Ibid., pp. 240-245).

2.1.6. E não se pode aqui invocar a polémica que gravita à volta do artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que ao dispor que *“a partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, (...) Durante o casamento e na altura da dissolução, ambos têm direitos iguais. 2. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos futuros esposos. (...)”*, poderia dar a entender – dentre outras possíveis interpretações – que a única forma de família reconhecida por esse instrumento internacional seria o casamento.

A relação disso com o nosso caso é que o número 3 do artigo 17 remete-nos a esse ato da Assembleia Geral das Nações Unidas quando se aplica norma de direitos fundamentais, pois, no seu dizer, *“as normas constitucionais e legais relativas aos direitos fundamentais devem ser interpretadas e integradas de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”*.

O Tribunal Constitucional já considerou com o Acórdão nº 7/2016, TCCV, *Fiscalização Abstrata Sucessiva de Constitucionalidade do artigo 9º, nº 2, da Lei de Organização do CSMJ, que impede o acesso a cargo de Vice-Presidente do CSMJ a magistrado judicial*, Rel: JC Pina Delgado, de 28 de abril de 2016, reproduzido no *Boletim Oficial*, I Série, n. 35, 10 de maio e em *Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional de Cabo Verde*, Praia, INCV, 2016, p. 16 e ss, que se deve ter presentes as condições estabelecidas pela Constituição para se recorrer às disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Contudo, neste caso concreto, seria de afastar qualquer efeito dessa disposição essencialmente porque, de um ponto de vista constitucional, essa orientação de interpretação e de integração não é incondicionada. Depende de estarem presentes dois pressupostos de base, ambos destinados a salvaguardar a supremacia da constituição, o princípio da soberania popular e o princípio do império dos direitos, e que se consubstanciam no seguinte: primeiro, só se recorre



à Declaração nos casos em que haja espaço hermenêutico, isto é, quando há necessidade de apuramento do sentido, alcance ou âmbito de uma norma de direitos fundamentais que não seja possível de forma autónoma; que dessa interpretação resulte a expansão do direito e não a sua compressão ou a justificação da sua limitação, atendendo que a sua finalidade é garantir a máxima proteção do direito de base constitucional e não o estabelecimento das bases internacionais de sua afetação, de modo distinto ao que a jurisdição constitucional já havia decidido (v. *Parecer nº 01/2007, de 6 de dezembro, STJ (enquanto TC), Fiscalização Preventiva da Constitucionalidade, e Acórdão nº 10/2009, de 29 de julho, Recurso de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade, STJ (enquanto TC)*). Assim sendo, se se partisse da premissa de que a disposição da Declaração Universal se limita a reconhecer a liberdade de contrair casamento, ainda assim ela não teria como ser utilizada para interpretar ou integrar as disposições que a Constituição da República contém sobre esses direitos. Não há lacuna, nem dúvida hermenêutica a respeito do sentido que se quis dar ao sistema e, mesmo que houvesse, tal solução, com esse sentido, na medida que tenha como efeito a compressão do direito, deve ser descartada.

Acontece que essa interpretação da Declaração Universal é igualmente forçada, não se podendo sustentar que, efetivamente, não se permita outra interpretação, até porque, como assevera Geraldo Almeida, *Da União de Facto. Convivência de More Uxorío em Direito Internacional Privado*, p. 169, “a fundamentação não se nos afigura isenta de objeções. A fórmula copulativa (direito de casar e de constituir família) parece contradizer esse ponto de vista, pois além de exprimir uma ideia de associação não subordinada dos dois termos, o texto legal parece possibilitar ainda outra interpretação: se o direito de constituir família se realiza através do direito de contrair casamento, ou a enunciação desse direito é desnecessária porque, pelo casamento sempre se constituiu família – e neste caso bastaria a afirmação do direito de contrair casamento, independentemente da enunciação do direito de constituir família – ou se admite a possibilidade de existência de casamento donde não resulte a constituição da família, pois só assim ganha sentido a interpretação. Mas nenhum desses pontos de vista é correcto. Nem se pode admitir que seja supérflua a referência ao direito de fundar uma família contida nos mencionados textos, nem são admissíveis formas matrimoniais donde não resulte a constituição da família, pelo que outro deve ser o sentido a atribuir aos mencionados textos. (...) A tendência, não apenas doutrinária, mas também jurisprudencial, parece ser no sentido de que o conceito de família adotado pelos referidos textos internacionais abrange não apenas a família fundada no casamento, mas também a família natural”.

E, no entendimento deste Tribunal, assiste-lhe razão porque se se atentar aos desenvolvimentos ocorridos depois da aprovação da declaração, ver-se-á que o artigo 23(2) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que Cabo Verde faz parte, usando fórmula similar conforme a qual “o direito de se casar e de fundar uma família é reconhecido ao homem e à mulher a partir da idade núbil” tem sido interpretado oficialmente, nomeadamente pelo Comité de Direitos Humanos das Nações Unidas, como

abrangendo outras formas de família além do casamento e devendo receber uma definição flexível decorrente da própria cultura do país em que a norma se vai aplicar.

Assim, o *General Comment 19 on Article 23 (Protection of the family, the right to marriage and equality of the spouses)*, Adopted at the 39<sup>th</sup> Session, 27 July 1990, pronunciou-se no sentido de que “o Comité nota que o conceito de família pode diferir em certos aspetos de Estado para Estado e até de região para região dentro de um Estado e que, por conseguinte, não é possível atribuir ao conceito um significado padrão [The Committee notes that the concept of the family may differ in some respects from State to State, and even from region to region within a State, and that it is therefore not possible to give the concept a standard definition]”, concluindo que “à luz da existência de várias formas de família, como casais não casados e os seus filhos, pais solteiros e os seus filhos, os Estados Parte devem também indicar se e em que medida tais espécies de família e seus membros são reconhecidos e protegidos pelo Direito e pelas práticas internas [In view of the existence of various forms of family, such as unmarried couples and their children or single parents and their children, States parties should also indicate whether and to what extent such types of family and their members are recognized and protected by domestic law and practice]”, e o *General Comment 28 on Article 3 (The Equality of rights between Men and Women)*, HRC, Adopted at the 68<sup>th</sup> Session, 1834<sup>th</sup> Meeting, 29 March 2000, conforme o qual “ao concretizar o reconhecimento da família no contexto do artigo 23 é importante aceitar a noção das diversas formas de família, incluindo casais não-casados e os seus filhos e pais solteiros e os seus filhos e garantir igualdade de tratamento nesses contextos [In giving effect to recognition of the family in the context of article 23, it is important to accept the concept of the various forms of family, including unmarried couples and their children and single parents and their children, and to ensure the equal treatment of women in these contexts]”.

O Comité reafirmou a sua posição bastante alargada do conceito de família paradigmaticamente na decisão da queixa *Francis Hopu & Tepoiatu Bessert v. France*, HRC, CCPR, 29 Dezembro 1997, para. 10.3. Daí proceder integralmente a conclusão de um dos principais comentários a esse instrumento normativo internacional, que assim resume a questão: “consequentemente, o artigo 23 (2) protege todos os atos que são destinados a fundar uma família. Isso normalmente é o casamento, com ou sem concepção de crianças. Adicionalmente, todavia, a proteção conferida por esta provisão abarca a coabitação com ou sem crianças e a fundação de qualquer outra forma familiar consistente com as particularidades jurídicas e culturais do Estado respetivo [Consequently, Art. 23 (2) protects every act that is intended to found a family. This is normally marriage, either with or without conception or birth of children. In addition, however, the protection of this provision covers cohabitation with or without children, and the founding of all other familial forms consistent with the legal and cultural peculiarities of the respective State]” (Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, 2. ed., Kehl, Engel Verlag, 2005, p. 532).

2.1.7. Por conseguinte, não subsistem dúvidas de que estamos perante dois direitos fundamentais distintos,



conferindo nalguns casos proteção concorrente, mas claramente autónomos entre si. Poderia até se impor ao Tribunal, caso tivesse havido tentativa gorada de casamento, uma determinação do direito prevalente para conduzir a avaliação de eventual violação, mas havendo outro tipo de constituição de família tal não é necessário por não haver competição de direitos, assim, o único direito aplicável a este caso é o de constituição de família.

Se se atentar ao número 2 do artigo 87 da Constituição da República, verifica-se facilmente que nele se expõe as duas grandes linhas de preocupação que o legislador tem com a ancestral instituição social. Primeiro, numa linha objetivista, que exerça a sua função social, de educação, socialização e amparo mútuo, nomeadamente das crianças, jovens e idosos, para que possa, assim, conforme se explicita no artigo 90 (1), contribuir para o “*desenvolvimento integral das suas capacidades físicas e intelectuais e cuidados especiais em caso de doença, abandono ou de carência afetiva*”, e nos artigos 75(1) e 75(2), com o intuito de “*desenvolvimento da sua personalidade e das suas capacidades físicas e intelectuais, do gosto pela criação livre e do sentido de serviço à comunidade, bem como a sua plena e efetiva integração em todos os planos da vida ativa*”. Segundo, de realização pessoal dos seus membros, independentemente de quem sejam. Neste sentido, isso, do ponto de vista do legislador constituinte, não pode deixar de se admitir, é passível de se atingir por via do matrimónio ou através de qualquer outra forma de família que tenha características e propósitos similares.

2.1.8. É bem verdade que a liberdade de constituição de família está, do ponto de vista sistemático, fora do título referente aos direitos, liberdades e garantias. Todavia, tem uma estrutura típica de uma liberdade fundamental assente na criação de uma esfera de autonomia individual dentro da qual se confere uma faculdade de agir, fixa-se uma competência e um decorrente dever de reconhecimento jurídico pelo Estado. Destarte, não se a pode deixar de considerar como tal, habilitando, por força do princípio reconhecido pelo artigo 26 da Constituição de que o regime acompanha a natureza do direito (“*os princípios enunciados neste título são aplicáveis aos direitos, liberdades e garantias individuais (...) estabelecidos na Constituição (...)*”).

2.1.9. A recorrente alega que constituiu união de facto reconhecível. Todavia, se essa é a base fática da qual decorre a qualificação jurídica que fez não parece, à luz do que foi mencionado, se concretizar, haja em vista que não houve, de nenhuma forma, impedimento lesivo à liberdade de contrair matrimónio, não tendo havido qualquer tentativa de se constituir tal união. O que pode ter havido hipoteticamente é uma incidência sobre a liberdade de constituição de família (qualquer tipo), conforme o que decorre do artigo 87 da CRCV. Não é sequer um caso de competição de direitos, porque o ponto que é recoberto pela situação concreta invocada pela recorrente, está fora do âmbito de proteção da liberdade de contrair casamento, a qual, naturalmente, é abrangida pela liberdade de constituir família, sem que o inverso seja verdadeiro, restando, no fundo, somente a extensão instrumental do regime infraconstitucional.

2.1.10. As uniões de facto, ou seja, a vida em comunhão plena entre pessoas não casadas não é nova, nem

inédita, em Cabo Verde. Outrossim, as evidências da sua importância para a formação da nossa sociedade são inquestionáveis. Basta um olhar sobre a história para se constatar precisamente isto e por diversos motivos, nomeadamente *sociais*, na medida em que certas uniões podiam ser vedadas por lei ou reprovadas pela sociedade ou por certas instituições, *económicas*, considerando as despesas do matrimónio, ou ainda por dificuldades de acesso a entidade religiosa que o pudesse celebrar. Neste sentido, as uniões *de more uxorio* influenciaram de modo indelével o modo como vemos a família, no quadro do habitual espírito de tolerância que, como coletividade, fomos formando, com a conseqüente facilitação da aceitação de modos de vida diferentes e que se manifesta até hoje, conforme dados disponíveis (v. ‘Relatório Afrobarometer: Bons Vizinhos? Africanos Expressam Elevados Níveis de Tolerância para Muitos, mas não para Todos’ in: *Afrobarómetro*, nº 74, 1 de março de 2016).

Por exemplo, encontram-se vestígios do impacto desse modo de constituição de família no relato do florentino Francesco Carletti, que a respeito da primeira urbe das ilhas, disse que “*Nesta Ilha [de Santiago] há uma pequena cidade que chamam de Nome de Deus com o seu porto não muito grande voltada para o meridiano; têm o seu bispo, e serão cerca de 50 casas de portugueses casados tanto com mulheres de Portugal, como com Negras e com Mulatas, que são mulheres nascidas de brancos e de negros, estimadas por eles mais do que as portuguesas, reconhecendo-se por experiência que ter relações com elas não é só menos nocivo, mas antes de maior deleite[.] Tanto têm mais estima por uma mulher moura do que uma branca porque, de facto, aquele céu inclina e faz apreciar mais as naturais do país do que as estrangeiras, observando que se não as têm por mulheres, rapidamente as têm como concubinas, as quais vencidos pela afeição acabam finalmente por desposar e vivem com elas muito mais contentes que se fossem da mesma nação[.] Não porque sejam mais saudáveis como se diz, mas porque prestam melhores serviços, sendo também verdade que algumas delas, não só no concernente ao valor e ao juízo, mas também em relação às feições e à disposição do corpo, superam, com grande distância, as nossas mulheres europeias, com a exceção da desvantagem da cor, que não é assim tão considerável como se pensa, e nesta matéria confesso que também enganado, algumas que vi eram tão assim que nem sequer a sua cor me causava o mínimo fastio [In queste isola vi è una piccola Città, che chiamano del Nome di Dio col suo porto non troppo grande, volto verso mezzo giorno; ha il suo vescovo, e si saranno da 50 case do Portugesi ammogliati chi com donne di Portogallo, chi com Nere, e chi com Mulatte, che sono done nate di Bianchi, e di Nere, amate da loro più delle Portoghesi, riconoscendoli per esperienza che l’aver commercio com elle non solamente è meno nocivo, ma anche di maggior sollazzo, quindi è ch’è fanno più stima d’una donna mora che d’una bianca, perche in fatti par che quel Cielo inclini, e voglia che s’appetiscano più queste natural del Paese, che straniere pur troppo, vedendosi, che chi non le gode, come mogli, cerca súbito, d’averle per concubine, le quali poi vinti dall’affezione alla fine sposano, e vivono com esse molto più contenti, che se fossero della loro nazione, non tanto per eser più fane come si è detto, quanto perche se ne cava più servizio*”

*essendo anche verissimo, che ce ne sono di quele, che non sono di valore, e di giudizio, ma eziando di fattenze, e di dispotezza di corpo sovranvano di gran lunga le nostre donne d'Europa, toltone sempre lo svantaggio del colore, che non è anche tanto considerabile, quant'altri si pensa, ed in questo confesserei ingannato ancor io e pure alcune che ne vidi mi parvero tali, che ne manco il colore mi dava punto de noja (...)] (Ragionamento di Francesco Carletti Fiorentino sopra la Cose da Lui Veduta ne'Suoi Viaggi, Firenze, Giuseppe Maggi, 1701, pp. 5-7).*

Sociologicamente, a acreditar nos dados oficialmente produzidos pelo Instituto Nacional de Estatísticas, a incidência da união de facto é bastante acentuada, sendo a segunda identificação de estado civil que predomina nas declarações dos inquiridos (v. *Inquérito Multi-Objetivos Contínuo 2014. Estatísticas das Famílias e Condições de Vida 2014*, Praia, INE, 2015, p. 28), mesmo considerando que o inquérito incidiu sobre a população com idade de doze anos ou mais, portanto abrangendo também pessoas em faixa etária não-núbil, 23,8%. Outros estudos apontam que “*as taxas de nupcialidade são muito baixas, qualquer que seja o ano, indicando menos de cinco casamentos por mil habitantes*”, registando-se, ademais, que “*a partir de 2009, nota-se um aumento relativo dessa taxa, e os resultados indicam que as mulheres são menos propensas para se casar*” (*Análise dos Dados dos Casamentos (2000-2011)*, Praia, INE, 2013, p. x), podendo, este quadro, ter na sua base as mais diversificadas causas possíveis, nomeadamente razões de natureza financeira, as quais podem estar ou não associadas a tradições culturais, nomeadamente que podem implicar em despesas avultadas com as bodas, falta de informação, desleixo, necessidade de experimentação, concepções individuais sobre o bem ou opções de vida filosoficamente sustentadas ou não.

Nesta última dimensão, a opção pelo não casamento, mas ainda assim pelo estabelecimento de uma união estável e plena, contaria com o reforço de um princípio constitucional objetivo, o princípio do livre desenvolvimento da personalidade, conforme o qual o indivíduo pode, ao longo da sua existência, tomar as opções fundamentais sobre a sua vida, modelando-a conforme critérios que ele próprio estabelece, fazendo-os e refazendo-os à luz de decisões que só a ele cabem. Por sua vez, já se sabe que a República de Cabo Verde, marcada pelo princípio da liberdade e da autonomia individuais, não adota ela própria uma concepção substantiva sobre o bem e tenta, na medida do possível, ser neutra em relação às opções individuais que cada um faz a respeito da sua existência desde que não atinja direitos de outrem ou manifestações legítimas do interesse público. Da articulação entre ambos resulta que o Estado não só não pode deixar de considerar outras formas de constituição de família, não as impedindo no quadro do dever negativo que o sistema lhe impõe, como igualmente tem deveres positivos de as reconhecer e, por esta via, a opção legítima feita pelos seus integrantes.

Como disse uma vez o grande filósofo político liberal, John Stuart Mill, *On Liberty*, New York, Henry Holt, 1879, p. 28, a liberdade humana “*requer liberdade de gostos e de busca; de gizar o plano da nossa existência de tal modo a se ajustar ao nosso próprio carácter, de fazer*

*o que quisermos, ficando sujeitos as consequências que decorrerem, sem impedimentos dos nossos congéneres, desde que aquilo que fizermos não lhes cause dano, mesmo que entendam que a nossa conduta é insensata, perversa e ou equivocada. (...) Dessa liberdade individual decorre a liberdade, nos mesmos limites, de se combinar com outros indivíduos: liberdade de união para qualquer propósito que não envolva danos a outros. Contanto que essas pessoas sejam maiores e não sejam nem coagidas, nem enganadas [requires liberty of tastes and pursuits; of framing the plan of our life to suit our own character; of doing as we like, subject to such consequences as may follow; without impediment from our fellow-creatures, so long as what we do does not harm them, even though they should think our conduct foolish, perverse, or wrong. Thirdly, from this liberty of each individual, follows the liberty within the same limits, of combination among individuals; freedom to unite, for any purpose not involving harm to others: the persons combining being supposed to be of full age, and not forced or deceived]”.*

2.1.11. Nesta conformidade, o Tribunal não pode acolher a tese apresentada pela recorrente de que estará em causa uma possível violação da liberdade de se contrair casamento, até porque, compulsados os autos, e dentro destes limites que relevam para esta decisão, em momento algum se imputa ao Estado de Cabo Verde e ao seu poder judicial conduta no sentido de colocar obstáculos constitucionalmente ilegítimos ao intuito da recorrente contrair casamento com o entretanto falecido e suposto convivente enquanto estava vivo.

O que poderá estar em causa neste caso concreto seria uma eventual lesão da liberdade de constituir família por via do estabelecimento e reconhecimento de união de facto, a posição jurídica dali emergente. Naturalmente, a partir do momento em que a Lei Fundamental inequivocamente reconhece como direito fundamental com natureza de direito, liberdade e garantia, a liberdade de se constituir família, o legislador constituinte envia um comando negativo aos poderes públicos de não incorrer em qualquer conduta que impeça a pessoa de seguir por tal caminho. É um truísmo dizê-lo, mas em Cabo Verde não consta que se possa acusar o Estado de o fazer porque não ilegalizou a conduta, imputou aos que nela incorrem nenhuma sanção criminal, administrativa ou civil direta ou previu ónus especiais para as desestimular. O que eventualmente se pode discutir é se adotou as medidas sobretudo legislativas exigíveis, à luz da Constituição, para garantir o seu reconhecimento.

2.2. Isso remete-nos diretamente ao Código Civil em vigor e às fórmulas de reconhecimento que resultam de uma evolução pós-independência cujas origens podem ser encontradas no Código de Família de 1981 e antes na legislação da década de setenta do século passado que o antecedeu e que, desde aquela altura, já eram considerados esteios do Direito de Família Cabo-Verdiano (v. Erik Jaime, “Reflexões sobre o Direito de Família Cabo-Verdiano”, *RMJ*, a. 5, ns. 11-12-13, 1980, p. 139; id., “O Código de Família Cabo-Verdiano”, *RMJ*, a. 8, n. 21, 1983, p. 144). Com efeito, no Decreto 69/76, de 3 de julho, publicado no *B.O. da República de Cabo Verde*, nº 27, 3 de julho, já se previa a figura, estabelecendo-se que “*a união de facto entre um homem e uma mulher produzirá*



*todos os efeitos próprios do casamento formalizado, quando for reconhecido pelo tribunal competente*” (art. 9º, número 1). Viria a constar, pouco depois, na codificação supramencionada que “*o homem e a mulher que vivam em comunhão de cama, mesa e habitação há mais de 3 anos e tenham capacidade legal para o casamento podem de comum acordo requerer o reconhecimento judicial da sua união de facto*” (art. 12 (1)).

Com as alterações a que o Código de Família foi sujeito em 1997, culminando com subsequente reintegração ao Código Civil em vigor à altura da independência, apesar de se ter tentado afastar algumas soluções que teriam matriz mais próxima à ordem constitucional da I República, em muitos casos paradoxalmente mais liberais do ponto de vista social, não houve alterações limitadoras da instituição. Muito pelo contrário, o regime foi densificado, decorrendo duas figuras da união de facto, as quais, *a priori*, se destinam a criar as bases para o reconhecimento de interesses legítimos decorrentes da união não-matrimonial entre duas pessoas.

2.2.1. Primeiro, considera a possibilidade de reconhecimento da união de facto, atribuindo-se competência ao conservador de registos da área de residência dos conviventes (artigo 1710 do CC), desde que estes preencham as condições previstas pelo artigo 1712, produzindo-se os efeitos previstos pelo artigo 1716, conforme o qual “*a união de facto reconhecida (...) é havida para todos os efeitos legais como casamento e produz efeitos desde a data do início da sua existência*”, ou seja, “*a partir da [data na] qual foi estabelecida a comunhão de vida entre os conviventes*”. Deve entender-se essa remissão ao casamento na perspectiva não de uma absorção da figura pelo casamento, até porque isso do ponto de vista constitucional, levaria à negação da liberdade individual de contrair ou não casamento, mas de uma extensão do regime do casamento, salvo indicação legal ou fática em contrário, para a união de facto. É havida como - para os efeitos legais -, não é casamento.

Portanto, nesta matéria o Tribunal não seria tão taxativo ao ponto de considerar que, realmente, ao se reconhecer a união de facto resulta como efeito o casamento entre os conviventes. O que a Constituição impõe é que se atribua dignidade similar a essa instituição familiar, donde decorre também o dever de lhe atribuir efeitos similares, permitindo que se tome como bitola a instituição mais antiga e tradicional que é o casamento. Mas, disso não se pode inferir que tem que estabelecer regimes iguais, nem tampouco que se processa um efeito de absorção de uma figura pela outra. As distinções de base têm que ser mantidas a bem da própria união de facto e da preservação da liberdade das pessoas, pois, como assevera um estudioso dessas matérias, “*as pessoas estão a optar, a cada dia que passa e cada vez mais, pela convivência em união de facto, sem intenção alguma de celebrar casamento entre si, e muitas vezes até à morte de um dos unidos ou por vários anos, construindo em conjunto as suas vidas*” (Salvatore Mancuso, “As uniões de facto no contexto jurídico africano e as particularidades cabo-verdianas”, *DeC*, a. 11, n. 21, 2011, p. 279).

2.2.2. Quadro diferente é o da ‘união de facto reconhecível’, a qual abrange as situações em que a união de facto já tenha cessado e não tenha sido, enquanto perdurou,

reconhecida – designadamente pelo facto de isso não corresponder à vontade dos conviventes –, poder ser requerida para tais efeitos ao tribunal da residência de quem tenha sido convivente. Todavia, neste caso, não se prevê um reconhecimento geral, mas simplesmente para efeitos de garantia de direitos a alimentos, de direito à meação nos bens comuns, de acordo com o regime supletivo de bens, tal como lhe aproveitaria se de divórcio se tratasse e o direito de habitar a casa de morada de família, havendo filhos menores do casal a seu cargo. O reconhecimento desses efeitos não se esgota nessas normas, mas pode abranger outras materialmente similares, que não deixam de ter o mesmo propósito de amparo de pessoas que antes mantinham entre si laços familiares, principalmente quando são desfeitos *causa mortis*. Seria, como reconheceu a douta decisão do Supremo Tribunal de Justiça, o caso do direito a pensão de sobrevivência, quando, ainda que com propósitos diferentes, refere-se à sua semelhança com os direitos mencionados pelo artigo 1719, nº 1, do CC (Acórdão nº 36/2016, de 26 de fevereiro de 2016, Autos Cíveis de Agravo, *Maria de Lurdes Gomes Ferreira v. Juízo de Família e de Menores do Tribunal Judicial da Praia*).

2.2.3. Estriba-se no princípio constitucional da solidariedade, representado no artigo 1(3) da Lei Fundamental, de acordo com o qual “*A República de Cabo Verde tem como objectivo fundamental a construção (...) de uma sociedade (...) e solidária*”, que, sem ser um princípio absoluto, é de extrema importância. A Comunidade Política baseada na ideia de uma comunhão de passado e de destino de todos os seus integrantes constrói-se com base na fraternidade entre eles mediada pelo Estado, que se traduz na partilha dos bens gerados socialmente e num dever geral de auxílio de todos os componentes pessoais e institucionais da comunidade uns com os outros. A sua projecção sobre os direitos económicos, sociais e culturais e sobre os deveres fundamentais, especialmente o de pagar impostos, é evidente, como também o é a sua extensão para recobrir certas relações entre particulares, como é o caso das que envolvem a família, marcada que é precisamente pela cooperação, pelo empenho mútuo, pela confiança e pela co-responsabilização num projeto comum.

Assim, seria sempre preciso relativizar a perspectiva de que “*para o Direito Cabo-Verdiano, a união de facto que revista determinados pressupostos é um verdadeiro casamento, que para produzir a totalidade dos seus efeitos de direito depende do reconhecimento*”, distinguindo várias situações diferentes. Do ponto de vista constitucional, aqui sim da liberdade de contrair matrimónio, não se poderia nunca transformar à margem de manifestação de vontade dos conviventes, por mera determinação legal, uma união de facto num casamento. Daí que o que a lei equipara são os efeitos, como se de casamento se tratasse, mas não o sendo. E fá-lo somente em relação à união de facto reconhecida, atendendo que o artigo 1716 se encontra dentro do Capítulo I (Reconhecimento registal da união de facto) do Título III (União de Facto) do Livro IV (Direito da Família). Note-se que o caso que se traz ao conhecimento do tribunal tem na sua base uma união de facto já cessada, neste caso, *causa mortis*, aplicando-se o capítulo seguinte correspondente à união de facto reconhecível.



Atenta-se, naturalmente, para o facto de a recorrente se ancorar em meritória doutrina nacional, nomeadamente na obra já citada de Geraldo Almeida, *Da União de Facto. Convivência de More Uxorio em Direito Internacional Privado*, p. 234, que, de facto, assevera que “*dir-se-á mesmo que a união de facto que revista determinadas características é para o direito cabo-verdiano um verdadeiro casamento, que, para produzir a totalidade dos efeitos, depende apenas do reconhecimento*”. Contudo, não se pode esquecer que a assertiva decorre da análise do Código de Família de 1981, no qual a união de facto era reconhecida como uma espécie de etapa para o casamento. Não é sem sentido que no preâmbulo dizia-se que ela “*funciona como uma verdadeira conversão judicial da união de facto em casamento*” e que as normas relativas à união de facto constavam de capítulo intitulado de “*Da realização do casamento*”. Não é, deste ponto de vista, o sistema que neste momento se encontra no Livro da Família do Código Civil, em que a distinção entre as duas figuras é notória e a sua autonomia evidente. E mesmo aqueloutro não pressupunha tal acomodação nas situações que se assemelham a esta, ou seja, em que a união de facto já tivesse cessado, com a justificação que se apresenta na parte preambular de que “*ainda que não haja proteção no decurso normal da união, apenas produzindo efeitos quando já morreu, quando cessou a vida em comum do casal, podendo aplicar-se então o regime de bens do casamento e o benefício da obrigação de alimentos. Sabendo, porém, os unidos de facto, mesmo sem terem a intenção de pedir o reconhecimento da sua união, que a lei lhes garante esses benefícios, fica à partida afastada uma fonte de insegurança e de instabilidade. Eles sabem que, em caso de desavença não se arriscam a ficar sem os bens que com sacrifício ajudaram a adquirir para o lar comum*”.

2.3. Embora todos esses elementos sejam válidos para a avaliação do presente pedido de amparo, não são determinantes, considerando que o que está em causa não é tanto o mérito do reconhecimento, mas a forma utilizada para obtê-lo e certas vicissitudes processuais ocorridas, que também, registe-se, não seguem o mesmo modelo do regime anterior, já que, ao contrário do que acontecia, neste momento, a intervenção de órgão judicial para efeitos de reconhecimento só se prevê para os casos de união de facto reconhecível depois da sua cessação, ao passo que antes, embora com a nuance de ser um processo de jurisdição voluntária, implicasse em intervenção judicial para reconhecimento na sua pendência (v. Geraldo Almeida, “O Processo de Reconhecimento Judicial da União de Facto”, *RJMJA*, a. 11, n. 24, 1996, pp. 76-89), por aplicação do artigo 12 do Código de Família, conforme o qual “1. *O homem e a mulher que vivam em comunhão (...) podem de comum acordo requerer o reconhecimento judicial da sua união de facto. 2. O tribunal competente só deverá reconhecer a união de facto desde que conclua que a vida em comum garante a estabilidade, seriedade e singularidade próprias do casamento*”

2.3.1. Assim, a segunda questão tem a ver com um ato do poder judicial que negou provimento ao pedido de reconhecimento de união de facto estribado na ilegitimidade passiva do Estado contra quem se colocou a ação, decisão com a qual a recorrente não concorda. Portanto, desde

logo, não há da parte do Tribunal de cujo ato se recorre, nem do órgão judicial que negou a concessão inicial do pedido, negação substantiva do reconhecimento da união de facto. Simplesmente, considerou que a designação do sujeito passivo da relação processual não era adequada para esse fim, não ficando inibida a recorrente de o fazer por meio das vias previstas pela lei.

A norma base que foi aplicada encontra-se no Capítulo III do Título III do Livro da Família referente à União de Facto e foi epigrafado de “*Reconhecimento do direito a alimentos, à meação nos bens comuns e à habitação da casa de morada da família*”, que assim reza: “1. *Em caso de cessação da união de facto que preencha os requisitos previstos no artigo 1712º e não tenha sido objecto de reconhecimento registral, qualquer das partes pode requerer ao tribunal da sua residência que lhe seja garantido: a) O direito a alimentos; b) O direito à sua meação nos bens comuns, de acordo com o regime supletivo de bens, tal como lhe aproveitaria se de divórcio se tratasse; c) O direito a habitar a casa de morada da família, havendo filhos menores do casal a seu cargo. 2. Por morte de um dos conviventes, o direito a requerer a meação nos bens comuns a que se refere o número 1 deste artigo transmite-se para os respectivos herdeiros legítimos. 3. O reconhecimento de direito à meação implica a presunção de que as dívidas contraídas pelos conviventes na constância da união foram feitas em proveito comum do casal. 4. A presunção referida no número anterior só pode ser ilidida pelos interessados, judicialmente. 5. Os direitos referidos número 1 deste artigo prescrevem decorridos três anos sobre a data da cessação da união de facto. 6. Independentemente do prazo previsto no número anterior, perde o direito ao alimento o convivente que contrair matrimónio ou estabelecer nova união de facto”.*

Ademais, o artigo seguinte, o 1720, estabelece que “*têm legitimidade para se oporem ao reconhecimento dos direitos enumerados no artigo antecedente, a pessoa indicada como convivente, os seus herdeiros legítimos e ainda quem esteja nas condições referidas no artigo 1715*”.

2.3.2. A recorrente entende que não pode, no fundo, ser obrigada a seguir o processo previsto pela legislação ordinária aplicável para o reconhecimento da sua união de facto, atendendo, se bem se pode entender, que seria uma questão de reconhecimento de um estatuto, o de unida de facto, do qual decorreriam os direitos a ele inerentes. Teria, ao requerer o reconhecimento *post mortem* da união de facto reconhecível, mas não reconhecida na sua pendência, o objetivo de lhe ver declarado tal estatuto e não concretamente os direitos previstos pela lei.

A questão é que o legislador ordinário não previu um reconhecimento geral *post mortem* da união de facto como um estatuto pessoal. Simplesmente, fixou certos efeitos legais dela decorrentes que, no geral, destinam-se a garantir um determinado amparo à pessoa que unida de facto com alguém, neste caso pessoa falecida, deixou de o estar, com o fito de preservar, na medida das circunstâncias, precisamente a solidariedade, o dever de cuidado e os laços familiares estabelecidos em vida. A isto acresce o que se prevê na Lei de Proteção Social dos Trabalhadores por Conta de Outrem, que, no seu artigo 84, dispõe que “*têm direito a pensão de sobrevivência vitalícia: a) o cônjuge*

*ou unido de facto que, à data da morte do segurado ou pensionista de invalidez ou velhice, tiver idade igual ou superior a cinquenta ou cinquenta e cinco anos, conforme se trate de homem e de mulher, respetivamente; b) O cônjuge ou unido de facto sobrevivivo, com idade inferior à referida na alínea anterior, em situação de incapacidade total e permanente para qualquer profissão” (Decreto Lei nº 5/2004, de 16 de fevereiro, Boletim Oficial, I Série, nº 45, 30 de novembro de 2009 (versão consolidada))”, ou no Estatuto da Aposentação e da Pensão de Sobrevivência, que, no seu artigo 64 dispõe que “têm direito a pensão de sobrevivência os herdeiros hábeis dos agentes com direito a aposentação desde que os mesmos tenham prestado, à data da sua morte, pelo menos cinco anos de serviço”, sendo como tais considerados, dentre outros, “o cônjuge sobrevivivo, o divorciado e o unido de facto” (artigo 65), nada impedindo o surgimento de outras situações materialmente similares.*

2.3.3. Como já se salientou, a interpretação dessas disposições, enquanto tais, é território dos tribunais judiciais. A questão que habilitaria a intervenção do Tribunal Constitucional só podia radicar no facto de a justiça comum ter desconsiderado nas operações hermenêuticas que conduziu dos dispositivos relevantes aplicados ao caso imposições exegéticas de base constitucional, nomeadamente o dever de interpretar o direito ordinário, nos limites do permitido pelo próprio enunciado normativo, conforme a Constituição. Ou, nalguns casos, de se ter atuado arbitrariamente fora do âmbito de qualquer definição legislativa ou ainda que se tenha definido de modo inexato casos de colisão entre normas legais de concretização de princípios constitucionais ou destes diretamente. De resto, na interpretação do direito ordinário que não tenha elementos constitucionais, os tribunais judiciais são soberanos, nos termos da sua própria estrutura e mecanismos recursais.

Não sendo esta uma questão em que o Tribunal *a quo* tivesse, por exemplo, que, primordialmente, fazer um juízo de ponderação pela existência de um princípio constitucional ancorado em outro direito fundamental oponente invocado por uma outra parte, que, neste caso, não interveio, em situação que justificasse a extensão da aplicação desses princípios à regulação de relações jurídico-privadas, e considerando que questionamentos à constitucionalidade das normas aplicadas em processos, nomeadamente por lhes terem sido atribuídos sentidos possíveis desconformes a preceitos fundamentais, devem ser feitos por via própria nos termos da Lei Magna e da Lei do Tribunal Constitucional, no fundo, a única questão que releva para esta matéria é a de saber se, de facto, os tribunais deviam ter considerado algum princípio ou regra constitucional na exegese doutamente promovida, nomeadamente naquilo que concerne ao direito de constituição de família, a liberdade fundamental que o Tribunal pode atender neste escrutínio de violação de direito, liberdade ou garantia por órgão do poder judicial.

2.3.4. Naturalmente, ainda a título enquadrador, não se poderia deixar de colocar que, neste particular, sempre haveria a hipótese abstrata de a lesão decorrer de ato ou omissão do próprio legislador ao configurar o regime infraconstitucional de regulação da união de facto em

moldes geradores de afetação ilegítima da liberdade de constituição de família. Todavia, seria questão a envolver a própria constitucionalidade de norma(s) da legislação ordinária que disciplina o reconhecimento da união de facto, cujo questionamento implica a utilização de mecanismos próprios conhecidos, que a recorrente não usou. A Lei do Amparo, até por existir esse remédio paralelo, exclui da apreciação deste Tribunal atos ou omissões do poder legislativo nos termos do seu número 2 do artigo 2º que determina que “os atos jurídicos objeto do recurso de amparo não podem ser de natureza legislativa ou normativa”. Por conseguinte, o âmbito deste recurso limita-se a avaliar a possível desconsideração de preceitos fundamentais de proteção de direitos amparáveis no quadro das operações hermenêuticas empreendidas pelos ilustres julgadores ou uma incorreta ponderação entre direitos e interesses legítimos de titularidade diversa.

2.3.5. O nosso sistema integra, em simultâneo, figuras que se prestam, pelas suas características inerentes, a grande sobreposição, que são o recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade e o recurso de amparo. Tal situação é reforçada pela prática de se aceitar questionamentos relacionados a possíveis sentidos inconstitucionais da norma e não do preceito em si considerado no primeiro processo, que foi importada de um ordenamento jurídico que não possui amparo, e provavelmente por ser alternativa em relação à tradicional não admissão de um grande número deste tipo de recurso em Cabo Verde. Isto num cenário em que o próprio recurso de amparo é influência de sistema que, por sua vez, não confere legitimidade ativa às partes de processos para suscitar incidentes de constitucionalidade ao Tribunal Constitucional. Por conseguinte, exige-se alguma racionalização nessa matéria, até para que o Tribunal Constitucional, por um lado, se mantenha dentro do espírito da Lei do Amparo, e, do outro, faça-o sem fragilizar o sistema de tutela individual de direitos resultante do artigo 20 da Lei Fundamental desta República.

Tal necessidade em tese poderia ser menos visível se a contraposição entre controlo de normas/controlo de decisões não fosse passível de relativização. O recurso de amparo pode incidir sobre atos do poder judicial, nomeadamente naquilo que corresponde à sua essência de aplicação do direito a uma situação concreta, o que inevitavelmente cria uma relação entre a norma e o ato do poder judicial de aplicá-la ao mundo da vida, conforme os contornos de uma dada circunstância. Naturalmente, para fazê-lo é necessário atribuir sentido(s) às normas por via de operações hermenêuticas. Portanto, algum tipo de incidência sobre a norma sempre vai haver quando estão em causa atos do poder judicial, todavia com a qualificação de se relacionarem a situações não abstratas, mas de aplicação de normas ao caso concreto. Claro que isso não permite estabelecer qualquer padrão diferenciador entre as duas figuras. Contudo, o seguinte pode, considerando que um pronunciamento do Tribunal num recurso de amparo não terá como destinatário o legislador de modo algum, mas esgota-se na apreciação de ato do poder judicial, que, perante uma norma, aplica-a de forma contrária à Constituição, à margem de qualquer vontade do legislador, ou sem considerar as suas diretrizes para tirar um sentido por ela imposto.



Num outro ângulo, tratando-se de processos de fiscalização concreta, não se incide, quando há outros sentidos possíveis, somente sobre ato do julgador, que opera uma interpretação que revela um sentido inconstitucional, mas também, e, solidariamente, ao do legislador, que permitiu, descuidando dos seus deveres pré-legislativos de precaução, que tal sentido existisse ou nalguns casos, de forma ainda mais intensa, ao legislador quando o(s) único(s) sentido(s) possível(is) é (são) inconstitucional(is).

2.3.6. Assim sendo, é do entendimento do Tribunal Constitucional que, nos casos em que a base da questão que lhe é colocada tem a ver com um ato típico de aplicação do direito ao caso concreto que pressupõe interpretação de normas pelo poder judicial, caso o seu desfecho tenha sido a aplicação de uma norma inconstitucional ou que ele, de modo permitido pelos preceitos aplicáveis, atribuiu sentido inconstitucional, deve ser combatido por meio de uma ação de fiscalização concreta da constitucionalidade, até porque, no sistema cabo-verdiano, a filosofia preponderantemente adotada, levaria ao seu expurgo, com força obrigatória geral, do ordenamento jurídico, beneficiando, em tese, toda a comunidade jurídica, em particular os que tenham sido prejudicados pela sua aplicação.

Outrossim, nos casos em que a lesão decorre de ato judicial empreendido à margem de qualquer base legal, distante de qualquer interpretação possível dos normativos aplicáveis, quando ele se omite de levar em consideração determinantes constitucionais obrigatórias no processo de interpretação ou nos casos em que pondera, de forma equivocada, princípios constitucionais conflitantes invocados por titulares diferentes, favorecer-se-ia a utilização do recurso de amparo.

2.4. No caso concreto, os tribunais comuns que intervieram entenderam, na essência, que o pedido deveria incidir sobre um direito concreto que estivesse previsto na lei para situações de união de facto não reconhecidas na sua pendência, mas reconhecíveis, nomeadamente à meação nos bens comuns, o direito a habitar a casa da morada da família, ou a pensão vitalícia de sobrevivência, e que a ação deveria ter sido interposta contra os herdeiros do falecido Senhor José Augusto Mendonça Lima.

2.4.1. No que diz respeito à primeira questão, entende a recorrente, que o direito, liberdade e garantia que ampararia a sua posição jurídica face à lei ordinária exigiria que os juízes lhe reconhecessem a sua união de facto não reconhecida não como meio para obter os direitos específicos previstos pela legislação aplicável, mas, alternativamente, como reconhecimento do estatuto que materialmente teve em vida com o falecido. O Tribunal, sem se pronunciar em relação à solução legislativa, à luz da liberdade, neste caso subjetiva, de constituição de família e mesmo a garantia institucional que protege em abstrato essa entidade secular, que se pode projetar para momentos posteriores à morte, não pode concluir que o julgador tenha feito uma ponderação desconsideradora daquele direito fundamental ao não aceitar o reconhecimento *post mortem* do estatuto de unido de facto.

2.4.2. Isto tem uma razão que se cruza com a segunda questão, a do sujeito passivo da ação, segundo o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça, os herdeiros do falecido,

algo que poderá parecer pouco natural à recorrente, atendendo que, no caso concreto, seriam, provavelmente, para ela, os seus próprios filhos. Não se pode colocar em causa que o Estado é que reconhece a união de facto depois da sua dissolução, conforme a lei. Mas, também não parece ser esta a questão de fundo que fez parte da *ratio decidendi* do tribunal *a quo*. O problema estaria na legitimidade do sujeito passivo, o Estado, e não na entidade competente para o reconhecimento. Esta, naturalmente, decorre da lei, e são ou o conservador dos registos, na pendência da mesma, ou, depois da sua cessação, o tribunal de residência do convivente, em qualquer dos casos, o ‘Estado de Cabo Verde’.

Contudo, nesta matéria, nenhuma censura, de natureza constitucional, se pode fazer ao raciocínio expandido pelos ilustres julgadores. A hipótese de, neste tipo de processo, poderem existir outros herdeiros, além dos descendentes da recorrente, justifica que o entendimento dado seja este porque há, conforme a lei e a natureza das coisas, interesses jurídicos concretos, patrimoniais e morais, dessas entidades justificando que se possam opor a tal reconhecimento, atendendo a incidência que sobre a sua posição jurídica decorre de eventual decisão nesse sentido.

Mesmo no tocante aos que são filhos da recorrente e apesar de certos poderes/deveres que são conferidos aos pais em relação aos filhos, que, nomeadamente, alcançam a esfera patrimonial, a autonomia nesse campo entre pais e filhos não é posta em causa e estes, podem ter os seus próprios interesses, os quais podem diferir do dos pais, justificando a interpretação de que podem ter interesses jurídicos a proteger em relação ao pedido e reconhecimento da união de facto.

Esta conclusão resulta nomeadamente da aplicação da Convenção das Nações Unidas sobre Direitos das Crianças – que, prosaicamente o Tribunal Constitucional reitera fazer parte da ordem jurídica interna pátria à luz do número 2 do artigo 12 da Constituição da República (“2. *Os tratados e acordos internacionais, validamente aprovados ou ratificados, vigoram na ordem jurídica cabo-verdiana após a sua publicação oficial e entrada em vigor na ordem jurídica internacional e enquanto vincularem internacionalmente o Estado de Cabo Verde*”) – e que, no seu artigo 12, dispõe que os “*Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua maturidade. 2. Para esse fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos, que lhe respeitem, seja diretamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional*”. Isto, além de considerar o interesse superior das crianças, conforme o qual “*todas as decisões relativas à criança, adoptadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, autoridades administrativas ou órgãos judiciais, terão primacialmente em conta o interesse superior das crianças*” (artigo 3º).

Igualmente decorre da Carta Africana dos Direitos e do Bem-Estar da Criança que “1. *Em qualquer acção respeitante à criança empreendida por qualquer pessoa o interesse da criança será considerado primordial; 2. Em qualquer processo judicial ou administrativo que afete a criança capaz de se comunicar proceder-se-á de maneira a que os pontos de vista da criança possam ser ouvidos quer diretamente quer através de representante imparcial que*



*tomará parte no processo e os seus pontos de vista serão tomados em consideração pela autoridade competente de acordo com as disposições de lei aplicáveis na matéria”.*

Consagrando-se finalmente no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente de Cabo Verde, que “*Constituiu dever (...) do Estado, a efetivação dos direitos da criança e do adolescente. 2. O disposto no número anterior implica assegurar à criança ou adolescente, designadamente o seguinte: (...) b) exigibilidade de proteção jurídica*” (artigo 9º), sendo que, adicionalmente, prescreve o artigo seguinte que “*Em todas as medidas concernentes à criança e ao adolescente adoptadas pelo Estado, designadamente, através dos poderes executivo, legislativo e judicial, do poder local e da sociedade, deve prevalecer o princípio do interesses superior da criança e do adolescente e o respeito pelos seus direitos*”.

Sendo, conforme os autos, os filhos maiores, os Senhores Carlos Ederson Ferreira Furtado Lima e Carluzaca Ferreira Furtado Lima, respetivamente nascidos a 19 de novembro de 1991 e a 26(?) de fevereiro de 1996, eventuais dúvidas a respeito de interesses externos à recorrente dignos de proteção dissipam-se por completo.

Perante tais condicionantes textuais e a impossibilidade de uma hermenêutica no sentido proposto pela recorrente, atendendo a necessidade de proteção dos interesses de terceiros nesta matéria, que tenham legítimo interesse jurídico em relação ao processo e que devem ser chamadas à lide para os proteger, a solução é justificável.

Naturalmente, não se pode excluir que a Administração poderá também ter, em certos casos hipotéticos, interesse jurídico em reagir a uma demanda de reconhecimento de união de facto *post mortem*, todavia ela limitar-se-ia ao caso em que a recorrente solicita uma pensão de sobrevivência amparada em tais bases e outros benefícios ou direitos sociais similares. Todavia, não é bem o caso presente, que se pretende um reconhecimento geral de um estatuto que a recorrente esperava obter com a decisão judicial.

2.4.3. Aliás, mesmo as normas adjetivas aplicáveis previstas pelo Código de Processo Civil, nos artigos 1043 e ss, seguem

a mesma filosofia, consubstanciando natureza claramente adversarial, nomeadamente quando no número 3 do artigo 1043 (Direito a alimentos. Meação dos Bens comuns. Casa de Morada de Família) dispõe que “*qualquer das providências a que se reporta o número 1 deste artigo pode ser requerida pelo convivente sobrevivente contra os herdeiros ou contra a herança do pré-morto*”, e, no artigo 1047 (Pedido do direito à meação), que, “*Quando a ação tiver sido intentada contra os herdeiros do convivente pré-morto, não havendo acordo quando à atribuição dos bens, depois de divididos estes em porções iguais, o juiz concede ao convivente sobrevivente (...)*”.

2.5. Assim sendo, esta Corte não conseguiu alcançar o modo como o tribunal *a quo* aplicou a lei em moldes a violar o direito à constituição de família da recorrente, nem qualquer posição jurídica que a este respeito a recorrente mantenha em relação ao Estado de reconhecimento de união de facto, envolvendo membro falecido de união familiar. Naturalmente, o Tribunal Constitucional deixa as suas portas sempre abertas para qualquer titular de um direito, liberdade ou garantia violado solicitar e obter amparo. No presente, não pode estimar o recurso, dando-lhe provimento, porque não pôde concluir pela existência de violação de direito, liberdade e garantia que se possa imputar a órgão do poder judicial.

### Decisão

Pelos fundamentos acima expostos, o Tribunal Constitucional não concede à recorrente o amparo solicitado.

Registe, notifique e publique.

Praia, 22 de junho de 2017

Os Juízes Conselheiros

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

Está conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, na Praia, aos 28 de junho de 2017. – O Secretário, *João Borges*



## I SÉRIE BOLETIM OFICIAL

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

Endereço Electronico: [www.incv.cv](http://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](mailto:kioske.incv@incv.cv) / [incv@incv.cv](mailto: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.**