



# BOLETIM OFICIAL

## ÍNDICE

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

#### Acórdão n.º 47/2019:

Proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 26/2019, em que são recorrentes Adnilson dos Santos Tavares e Jeremias Fernandes Montrond, e recorrido o Supremo Tribunal de Justiça ..... 318

#### Acórdão n.º 48/2019:

Proferido nos autos de Recurso de Contencioso de Impugnação de Deliberação da CNE n.º 2/2015, em que é recorrente a candidatura do PAICV para as eleições municipais de 2008 na Ilha do Sal e entidade recorrida a Comissão Nacional de Eleições ..... 322

#### Acórdão n.º 49/2019:

Proferido nos autos de Recurso de Contencioso de Impugnação de Deliberação da CNE n.º 4/2015, em que é recorrente o MPD – Movimento para a Democracia e entidade recorrida a Comissão Nacional de Eleições..... 329

#### Acórdão n.º 50/2019:

Proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 21/2019, em que é recorrente Luís Gomes Firmino e recorrido o Supremo Tribunal de Justiça ..... 337

#### Parecer n.º 1/2020:

Proferido nos Autos de Apreciação Preventiva da Constitucionalidade n.º 1/2020, requerida por Sua Excelência o Presidente da República, tendo por objeto as normas constantes dos artigos 2.º, n.º 2 e 3.º, n.ºs 1,4,5 e 6 do ato normativo que aprova as bases do contrato administrativo de concessão do direito de organizar e explorar jogos sociais, que foi remetido pelo Governo para promulgação como Decreto-Lei. .... 347

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 26/2019, em que são recorrentes **Adnilson dos Santos Tavares e Jeremias Fernandes Montrond, e recorrido o Supremo Tribunal de Justiça.**

### Acórdão n.º 47/2019

#### I - Relatório

1. **Adnilson dos Santos Tavares e Jeremias Fernandes Montrond**, com os demais sinais de identificação nos autos, não se conformando com o Acórdão n.º 50/2019, de 18 de setembro, proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça, vêm, ao abrigo do disposto no artigo 20.º, n.º 1, alíneas a) e b) e n.º 2 da Constituição da República, interpor o presente recurso de amparo, alegando, em síntese, que:

1.1. “[...] Foram detidos em março de 2017 e a ambos foi aplicada a medida mais gravosa, isto, prisão preventiva e encarcerados na Cadeia Central da Praia.

1.2. Ambos foram acusados por sete crimes de roubo com violência sobre pessoas, um crime de sequestro, um crime de uso não autorizado de veículo, três crimes de porte ilegal de arma.

1.3. Foram julgados e condenados pelo 3º Juízo Crime do Tribunal da Comarca da Praia, na pena de 22 anos e 6 meses (vinte e dois anos e seis meses) de prisão, bem como no pagamento de indemnização cível, num total de 545.290\$00.

1.4. Não se conformando com a sentença, dela interpuseram recurso para o Tribunal da Relação de Sotavento, que por sua vez confirmou parcialmente a decisão, porquanto reduziu a pena de 22 anos e 6 meses de prisão para 21 (vinte e um ano de prisão), conforme o acórdão n.º 09/2019, de 30 de janeiro.

1.5. Desse acórdão interpuseram recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, que confirmou a decisão do Tribunal da Relação de Sotavento pelo acórdão n.º 50/2019.

1.6. Compulsado os autos constata-se que antes do julgamento o recorrente **Adnilson Tavares**, conforme os documentos junto aos autos (folhas 260 e 261), revogou procuração que tinha outorgado a **Sra. Dra. Maria Antónia Cruz** e constituiu um novo mandatário o **Sr. Dr. Francisco Almeida**, conforme se pode ver na ata do julgamento (folhas 267).

1.7. Mas (...) depois do julgamento e da sentença é a mesma Advogada que a sua procuração já tinha sido revogada, é que aparece novamente no processo a recorrer de todas as decisões tomadas no processo, o que não é admissível por lei.

1.8. (...) compulsados os autos, verifica-se também que os arguidos não foram notificados do acórdão n.º 69/17, datado de 29 de setembro de 2017, que apreciou o recurso de medida de coação, mas (...) foram notificados apenas das custas desse recurso.

1.9. De igual modo, os arguidos não foram notificados para a diligência de audiência e discussão de julgamento, conforme certidão junto aos autos, (532 a 554).

1.10. Todas essas omissões constituem nulidade insanável e que pode ser invocado a todo o tempo, conforme reza o n.º 2 do artigo 142º, conjugado com alínea h) do artigo 151º todo do CPP;

1.11. Tudo isso, culmina na violação do direito do contraditório e a um processo justo e equitativo, artigos 22º, 35º n.º 1 e 6, todos do CRCV.

1.12. Compulsado os autos, constata-se ainda que foram realizados conjunto diligências de recolhas de provas, e carreado para os presentes autos provas, sem o mínimo respeito para os direitos fundamentais dos recorrentes.

1.13. Essas mesmas provas foram utilizadas para sustentar a condenação dos mesmos.

1.14. Ademais, foi efetuado leitura das memórias dos telemóveis dos recorrentes, tirado fotografias, invadido perfis do facebook dos mesmos sem o crivo legal.

1.15. Ou seja, a PJ em concertação com o MP desencadeou conjunto de diligências de provas de forma abusiva e violadora da intimidade e reserva da vida privada, o que viola os artigos 41º, 44º e 45º, todos da CRCV.

1.16. O mais grave de tudo isso, é o facto de sustentar a condenação dos mesmos com base nos registos das chamadas, sem ter as transcrições das conversas, o que impossibilita os recorrentes a defenderem, pois não sabemos da veracidade desses registos.

1.17. Pois fazer esse raciocínio processual, viola o direito do contraditório e o princípio da presunção de inocência, uma vez que não se pode afirmar que uma pessoa praticou os crimes nas quais é acusado, por simples facto de efetuar chamadas telefónicas.

1.18. Por último, verifica-se também nos autos que os recorrentes foram submetidos a prova por reconhecimento, mas, no entanto, conforme se pode ver, não foi cumprido todos os formalismos exigidos pelo legislador processual penal, artigos 197º e seguintes do CPP, o que constitui métodos proibidos de provas artigo 178º do CPP.”

1.19. Para os recorrentes, todas essas alegadas omissões constituem violação dos seguintes direitos, liberdades e garantias: a presunção de inocência do arguido e o contraditório (art.º 35.º), o processo justo e equitativo (22.º), o direito à intimidade e inviolabilidade de correspondência e de telecomunicações e utilização de meios informáticos e proteção de dados pessoais (art. 41.º, 44.º e 45.º), falta de notificação da data para a realização do julgamento e do acórdão proferido no âmbito de recurso sobre medida de coação (artigo 142º e 151.º do CPP), da irregularidade processual, no que concerne ao acto praticado pela Advogada quando já não tinha poderes para o efeito, isto é, depois de ter sido revogada a procuração e o recorrente **Adnilson Tavares** ter constituído um novo mandatário.

1.20. Terminam o seu arrazoado, formulando os seguintes pedidos:

A) - Ser admitido, por ser legalmente admissível, nos termos do artº 20º, n.º 1 e 2, da Constituição da República de Cabo Verde;

B) - Ser julgado procedente e consequentemente revogado o acórdão n.º 50/2019, datado de 18 de setembro de 2019, do Supremo Tribunal de Justiça, com as legais consequências;

C) - Restabelecer os direitos, liberdades e garantias fundamentais violados, (**contraditório, Presunção da Inocência, reserva da intimidade da vida privada e telecomunicações e proteção de dados pessoais**);

*D) Ser oficiado ao SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, para juntar aos presentes autos a certidão de todo o processo n.º 09/19;*”

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 douto parecer constante de fls. 75 a 81 dos presentes autos, tendo feito duntas considerações e, em síntese, formulado as seguintes conclusões:

“(…)

*Do que se absorve dos acórdãos do Tribunal da Relação e do STJ - documentos juntos para sustentarem o requerido direito de amparo constitucional - verifica-se desde logo, que os recorrentes não suscitaram previamente de forma expressa e processualmente adequada perante nenhuma das instâncias, qualquer das questões que enunciam para apreciação por este Tribunal.*

*Ora, em momento algum da motivação do recurso apreciado pelo acórdão recorrido, se encontra a colocação de qualquer das questões agora suscitadas - quer a falta de notificação, a representação sem mandado ou a alegada utilização das provas proibidas.*

É consabido que os requisitos de admissibilidade do recurso são cumulativos e basta a ausência de um deles, para este não ser admitido.

*Assim, não tendo os recorrentes suscitado prévia e expressamente a violação dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados e tão pouco requereram a suas reparações no processo, como dispõe o artigo 3º n.º 1 al. c) da Lei de amparo, somos, desde logo, de parecer que o presente recurso, deve ser liminarmente rejeitado.*

*Contudo, mesmo que diverso seja o entendimento, facilmente se antecipa que o presente recurso está votado ao insucesso, e sempre estaria o Tribunal impedido de o conhecer, por manifestamente não estar em causa a violação de direitos, liberdades e garantias fundamentais constitucionalmente reconhecidos como suscetíveis de amparo, como adiante se demonstrará:*

*Primeiramente, solicitam os recorrentes a revogação do Acórdão do Supremo Tribunal Justiça, facto que, implicará, desde logo, a apreciação de questões outras que não têm nada a ver com a temática dos direitos, liberdades e garantias, e como já se enunciou o recurso de amparo constitui um meio processual que não tem por escopo ser mais uma instância de recurso ordinário.*

(…)

*Na verdade, por força da al. c) do artigo 8º da Lei de Amparo, o recorrente deve, na petição, indicar com clareza os direitos, liberdades e garantias violadas, com expressa menção das normas ou princípios jurídicos - constitucionais que entende terem sido violados, ao invés de alegar e invocar apenas toda e qualquer inconstitucionalidade que possa conjecturar, divisar ou imaginar e requerer a sua resolução pelo Tribunal.*

(…)

*Com efeito, nos autos ora em crise, os recorrentes tiveram a possibilidade de apresentar e requerer provas, aduzir as suas razões de facto e de direito, quer perante o tribunal de primeira instância, quer perante os tribunais de recurso, e obtiveram decisões, que no essencial respeitaram o quadro legal em vigor. Decisões que se encontram fundamentadas e nelas foram apreciadas e decididas todas as questões apresentadas pelos ora recorrentes.*

*Por conseguinte, salvo sempre melhor entendimento, temos por nós que manifestamente não há violação de nenhum dos alegados direitos fundamentais.”*

3. 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 (doravante Lei do Amparo).

## II – Fundamentação

1. Nos termos do n.º 1 do artigo 20.º da Constituição da República de Cabo Verde, sob a 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 a 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 excepcionalidade.

O carácter subsidiário do recurso de amparo resulta da Constituição e da configuração da Lei do Amparo, ao estabelecerem o esgotamento prévio das vias de recurso ordinário como um dos pressupostos do recurso 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 excepcional 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 excepcionalidade 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 do Amparo.

2. 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 sua admissão, atento o disposto no artigo 16.º da Lei do Amparo.

O recurso de amparo não será admitido quando:

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

De acordo com o disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 16.º da Lei do Amparo e do *Habeas Data*, o recurso não será admitido quando tenha sido interposto fora do prazo; e, nos termos do n.º 1 do artigo 5.º da Lei do Amparo, 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 ora impugnado foi notificado aos recorrentes na pessoa de seus mandatários e pessoalmente em 19 e 26 de setembro de 2019, respetivamente, e a petição de recurso deu entrada na Secretaria desta Corte a 7 de outubro de 2019. Pelo que se considera que o recurso foi tempestivamente interposto, atento o disposto no número 2 do artigo 3.º, no número 1 do artigo 5.º da Lei do Amparo, conjugado com o disposto no n.º 2 do artigo 137.º do CPC aplicável com as necessárias adaptações *ex vi* do artigo 1.º da Lei do Amparo.

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

i. Nos termos dos números 1 e 2 do artigo 7.º da Lei do Amparo:

*“1. O recurso é interposto por meio de simples requerimento, devidamente fundamentado, apresentado na secretaria do Supremo Tribunal de Justiça.*

*2. No requerimento o recorrente deverá indicar expressamente que o recurso tem a natureza de amparo constitucional.”*

Resulta da petição de recurso que os recorrentes apresentaram o seu requerimento na secretaria do Tribunal Constitucional e indicaram de forma expressa que se trata de **“Recurso de Amparo Constitucional”**.

Consideram-se, pois, preenchidos os requisitos previstos no artigo 7.º supracitado.

ii. São requisitos da fundamentação vertidos no n.º 1 do artigo 8.º da Lei do amparo:

*a) Identificar a entidade, o funcionário ou agente autor do acto ou da omissão referidos no n.º 1 do artigo 2.º e artigo 3.º, bem como os interessados a quem o provimento do recurso possa diretamente beneficiar ou prejudicar, havendo-os;*

*b) Indicar com precisão o acto, facto ou a omissão que, na opinião do recorrente, violou os seus direitos, liberdades ou garantias fundamentais;*

*c) Indicar com clareza os direitos, liberdades e garantias fundamentais que julga terem sido violados, com a 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.*

Compulsados os autos, verifica-se que os recorrentes atribuem à Seção Criminal do Supremo Tribunal de Justiça a responsabilidade pela violação dos direitos fundamentais que indicam, por ter confirmado as seguintes condutas adotadas pelo Tribunal da Relação de Sotavento, através do Acórdão n.º 09/2019, de 30 de janeiro:

1.ª. Não terem sido notificados do acórdão n.º 69/17, de 29 de setembro, que havia apreciado o recurso interposto contra a medida de coação privativa de liberdade, tendo sido notificados apenas das custas emergentes desse recurso;

2.ª. Não terem sido convocados para a audiência de discussão e julgamento, conforme a certidão junto aos autos, (532 a 554).

3.ª. Terem sido realizadas *“diligências de recolhas de provas, e carreado para os presentes autos provas, sem o mínimo respeito para os direitos fundamentais dos recorrentes, provas essas que foram utilizadas para sustentar a condenação, tais como a leitura das memórias dos telemóveis dos recorrentes, foram tiradas fotografias, invadidos perfis do facebook dos mesmos sem o crivo legal.”*

4.ª. Terem sido *“realizadas pela PJ e em concertação como o MP diligências de provas de forma abusiva e violadora da intimidade e reserva da vida privada, o que viola os artigos 41.º, 44.º e 45.º, todos da CRCV.”*

5.ª. Ter sido a condenação sustentada nos registos das chamadas, sem que tenham sido efetuadas as transcrições das conversas, o que impossibilitou os recorrentes de se defenderem, pois não sabem da veracidade desses registos;

6.ª. Terem sido submetidos a prova por reconhecimento sem que tenham sido *“cumpridos todos os formalismos exigidos pelo legislador processual penal, artigos 197.º e seguintes do CPP, o que constitui métodos proibidos de provas artigo 178.º do CPP;”*

7.ª. Terem sido praticados atos processuais por advogada cuja procuração forense tinha sido revogada pelo recorrente Adilson dos Santos Tavares.

Para os recorrentes, todas essas alegadas omissões constituem violação dos seguintes direitos, liberdades e garantias, a saber: a presunção de inocência do arguido e o contraditório (art.º 35.º), o processo justo e equitativo (22.º), o direito à intimidade e inviolabilidade de correspondência e de telecomunicações e utilização de meios informáticos e proteção de dados pessoais (art. 41.º, 44.º e 45.º), falta de notificação da data para a realização do julgamento e do acórdão proferido no âmbito de recurso sobre a medida de coação (artigo 142.º e 151.º do CPP), da irregularidade processual, no que concerne ao acto praticado pela Advogada quando já não tinha poderes para o efeito, isto é, depois de ter sido revogada a procuração e o recorrente Adilson dos Santos Tavares ter constituído um novo mandatário.

A fundamentação do presente recurso, não sendo exemplar, resume as razões de facto e de direito que

sustentam a petição e formula conclusões, embora praticamente nada do que nela se alega tenha resultado direta ou indiretamente do acórdão ora impugnado.

Os ampargos solicitados traduzem-se em ser *julgado procedente e revogado o acórdão nº 50/2019, datado de 18 de setembro de 2019, do Supremo Tribunal de Justiça, e, conseqüentemente, serem restabelecidos os direitos, liberdades e garantias que indicam como tendo sido violados pelo acórdão recorrido.*

Os requisitos previstos pelo artigo 8.º da Lei do Amparo têm sido avaliados sempre de forma compatível ao direito fundamental ao amparo e o Tribunal tem afirmado que mais importante que o rigor formal é a inteligibilidade do que se expõe e se requer. Considera-se, pois, que a presente fundamentação, embora não seja modelar, respeita, pelo mínimo, os requisitos estabelecidos na Lei do Amparo.

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

Adotando o conceito de legitimidade ativa recortado pelo n.º 1 do artigo 25.º do Código de Processo Civil conjugado com o disposto no n.º 1 do artigo 4.º da Lei de Amparo, segundo o qual tem legitimidade quem tiver interesse direto em demandar, não se pode negar aos recorrentes a legitimidade para interpor o recurso de amparo contra uma decisão que alegadamente terá violado os direitos, liberdades e garantias acima mencionados.

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

Conforme jurisprudência firme desta Corte, a exigência do esgotamento de todos os meios legais de defesa dos direitos, liberdades e garantias e todas as vias de recurso ordinário estabelecidas pela respetiva lei do processo decorre da natureza excecional e subsidiária desse meio especial de proteção de direitos fundamentais amparáveis.

Por isso, o recorrente tem o ónus de demonstrar que a violação dos seus direitos fundamentais amparáveis não encontrou reparação no sistema de garantias ordinárias, como, aliás, resulta claramente do disposto no artigo 6.º da Lei do Amparo:

*“O recurso de amparo só poderá ser interposto depois de terem sido esgotados todos os meios legais de defesa dos direitos, liberdades e garantias e todas as vias de recurso ordinário estabelecidas pela respetiva lei do processo.”*

Esta Corte Constitucional, através do Acórdão n.º 11/2017, de 22 de junho, publicado na I Série do *Boletim Oficial*, n.º 42, de 21 de julho de 2017, considerou que o disposto na alínea c) do artigo 3.º da Lei do Amparo deve ser apreciado e integrado no juízo de admissibilidade a ser feito em relação a cada recurso de amparo, designadamente para se preservar a subsidiariedade desse tipo de queixa constitucional, mas a 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.

A partir desse Acórdão, o Tribunal Constitucional tem vindo a escrutinar especificadamente o disposto na alínea c) do artigo 3.º da Lei do Amparo, enquanto pressuposto de admissibilidade associado ao esgotamento das vias de recurso ordinário, sendo disso exemplo o Acórdão n.º 13/2017, de 20 de julho, publicado na I Série, n.º 47, do *Boletim Oficial* de 8 de agosto de 2017, no âmbito do qual se firmou o entendimento de que sempre que possível é de se exigir que o recorrente demonstre ter invocado perante

a instância recorrida a violação do direito alegadamente violado em termos perceptíveis, que tenha requerido a sua reparação e que a violação não tenha sido reparada.

Tratando-se de potencial violação de direitos, liberdades e garantias imputada a um Acórdão proferido pela mais alta instância judicial da ordem comum, exige-se que o interessado demonstre ter arguido a violação do direito em termos perceptíveis, ter requerido a sua reparação e que esta não tenha sido feita.

Compulsados os autos, verifica-se que relativamente à violação do direito à presunção de inocência do arguido na modalidade *in dubio pro reo* solicitaram a reparação dessa violação, mas circunscrita à problemática da valoração da prova, a qual na sua perspetiva terá sido deficientemente apreciada pelo Tribunal da Relação de Sotavento, que se baseou apenas na prova testemunhal para confirmar a sentença condenatória, como se pode constatar pela transcrição das conclusões constantes das alegações do recurso que dirigiram ao Supremo Tribunal de Justiça:

*“Primeira. Não existem elementos de prova suficientes para manter como autores dos crimes imputados aos recorrentes;*

*Segunda. A testemunha Eduíno, considerando como prova suficiente entre o cúmulo provatório apresentado no processo, além de não ser caracterizado enquanto o seu depoimento com sinais de idoneidade e precisão, não consegue identificar aos recorrentes como autores;*

*Terceira. Tendo em vista que a insuficiência demonstrada da única prova considerada como válida para sancionar aos recorrentes apresenta tais faltas, ao ser combinadas com outros elementos provatórios, só adquire modalidade de indício e não pode ser tida como plena,*

*Quarta. Mesmo assim, as restantes provas praticadas durante a instrução e a fase de julgamento, não conseguem sustentar a prova testemunhal única de Eduíno, e são meras circunstâncias de tempo e lugar, não de identificação de pessoas.”*

O Supremo Tribunal de Justiça decidiu a questão que lhe foi colocada nos seguintes termos:

*“1. Alegam os recorrentes que o acórdão recorrido padece de insuficiência de elementos probatórios, que não existem nos autos elementos de prova suficientes para a sua condenação, razão pela qual deve prevalecer o princípio *in dubio pro reo*, tanto mais que a condenação baseou-se apenas no depoimento da testemunha Eduíno, que não os conseguiu identificar como autores dos factos.*

*Ora, com semelhante alegação, os recorrentes questionam a prova produzida nos autos e que serviu de base para a sua condenação. Trata-se, por conseguinte, de questão de facto, subtraída à competência do Supremo Tribunal de Justiça, como acima ficou expresso, e que não se confunde com a insuficiência da matéria de facto provada, vício que não se confunde com a insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, vício previsto no art.º 442.º n.º 2 a) do CPP, o qual deve resultar do texto da decisão recorrida. Sendo certo que, no caso presente, os arguidos não indicam em que consistiria esse vício, nem tal resulta do texto da decisão recorrida, pois que os factos dados como provados permitem a solução de direito encontrada.*

*Sempre se dirá, entretanto, que basta ler o acórdão recorrido para se chegar à conclusão de que não é exata a afirmação de que a decisão de condenação dos arguidos se baseou unicamente no depoimento da testemunha Eduíno. Com efeito, as instâncias enumeraram todos os meios de prova que serviram para a formação da sua convicção,*

*sendo o depoimento da referida testemunha apenas um deles, sendo certo que a avaliação da maior ou menor credibilidade de um testemunho está reservada por lei ao julgador, e não aos intervenientes processuais.*

[...]

*A fundamentação do acórdão não deixa transparecer qualquer dúvida sobre a prova dos factos imputados aos arguidos. Assim, não tem qualquer cabimento a invocação do princípio *in dubio pro reo*.”*

Acontece que no recurso de amparo em apreço, os recorrentes persistem na invocação da violação do princípio da presunção de inocência na modalidade *in dubio pro reo*, alegando, todavia, factos e circunstâncias que não sendo novos, não levaram ao conhecimento do Supremo Tribunal de Justiça, tendo-lhe imputado a adoção das seguintes condutas que nada tem que ver com conteúdo do acórdão recorrido:

*“Terem sido realizadas “diligências de recolhas de provas, e carreado para os presentes autos provas, sem o mínimo respeito para os direitos fundamentais dos recorrentes, provas essas que foram utilizadas para sustentar a condenação, tais como a leitura das memórias dos telemóveis dos recorrentes, foram tiradas fotografias, invadidos perfis do facebook dos mesmos sem o crivo legal; terem sido realizadas pela PJ e em concertação como MP “diligências de provas de forma abusiva e violadora da intimidade e reserva da vida privada, o que viola os artigos 41.º, 44.º e 45.º, todos da CRCV; ter sido a condenação sustentada “nos registos das chamadas, sem que tenham sido efetuadas as transcrições das conversas, o que impossibilitou os recorrentes de se defenderem, pois não sabem da veracidade desses registos; terem sido submetidos a prova por reconhecimento sem que tenham sido “cumpridos todos os formalismos exigidos pelo legislador processual penal, artigos 197º e seguintes do CPP, o que constitui métodos proibidos de provas artigo 178º do CPP.”*

Significa que, em relação a essas alegadas condutas, não se verifica o pressuposto esgotamento das vias de recurso ordinário, porquanto, tendo a possibilidade de requerer a sua reparação junto do Supremo Tribunal de Justiça, não o fizeram.

Relativamente às demais alegadas omissões e vícios e/ou irregularidades processuais, mesmo aquelas que, em abstrato, poderiam configurar nulidades insanáveis, a falta de esgotamento das vias prévias de recurso ordinário é manifesta, tendo em conta que em momento algum se requereu a sua reparação junto do Supremo Tribunal de Justiça.

As condições de inadmissibilidade do recurso foram concebidas como pressupostos em que a falta de um deles determina a sua rejeição, a menos que seja aquele pressuposto suscetível de sanção ou aperfeiçoamento, como é o caso da fundamentação, em que se confere ao recorrente a oportunidade de corrigir a sua petição de recurso.

A falta de esgotamento das vias ordinárias de recurso constitui um pressuposto insuprível e a prática deste Tribunal tem sido de escrutinar sequencialmente os pressupostos previstos no artigo 16.º, bastando a ausência de um para se determinar a rejeição do recurso.

Conclui-se, pois, que o presente recurso de amparo não deve ser admitido.

### III - Decisão

Nestes termos, os Juízes Conselheiros do Tribunal Constitucional, reunidos em Plenário, decidem não admitir o presente recurso, ordenando o seu arquivamento.

Registe, notifique e publique.

Praia, aos 31 de dezembro de 2019

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

Está Conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 21 de janeiro de 2020. — O Secretário, *João Borges*

### Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Contencioso de Impugnação de Deliberação da CNE n.º 2/2015, em que é recorrente a candidatura do PAICV para as eleições municipais de 2008 na Ilha do Sal e entidade recorrida a **Comissão Nacional de Eleições**.

### Acórdão nº 48/2019

*(Autos de Recurso de Contencioso de Impugnação de Deliberação da CNE, Candidatura do PAICV às Eleições Municipais de 2008 vs. CNE, sobre aplicação de coima em processo de contraordenação)*

### I. Relatório

1. Não se conformando com a deliberação da Comissão Nacional de Eleições que lhe aplicou a coima de 100.000\$00 (cem mil escudos), a candidatura do PAICV para as eleições municipais de 18 de maio de 2008 na Ilha do Sal, vem impugnar essa decisão recorrendo aos seguintes argumentos de base:

1.1. *“A Comissão Nacional de Eleições entendeu n[a] s[ua] aliás dout[a] [Deliberação] que “Os partidos não se podem desresponsabilizar dos seus respetivos apoiantes” e que a candidatura do PAICV para as eleições Municipais de 18 de Maio de 2008 no Concelho do Sal, notificada em 15 de Maio de 2008 fez actos de propaganda política em violação do art. 105 do C.E. Por tudo isso, a CNE deliberou “Aplicar a coima no montante de CVE 100.000\$00 (cem mil escudos) à candidatura do PAICV para as eleições Municipais de 18 de Maio de 2008 no Concelho do Sal. Porém, salvo melhor interpretação, não assiste razão à CNE. Vejamos: É público na Ilha do Sal que a candidatura do PAICV distribuiu as camisolas com “Scapa o Futuro ó hoje” no mês de Fevereiro de 2008, aquando do lançamento da candidatura no interior do PAICV, portanto muito antes da marcação das eleições, portanto acto de propaganda política que não viola o art. 105 do C.E. Se os apoiantes da candidatura do PAICV envergaram essas camisolas com “Scapa o Futuro é hoje”, distribuídas desde a data de lançamento da candidatura no interior do PAICV, mas depois da marcação das eleições, fizeram-no contra instruções expressas do PAICV, razão pela qual não há dolo da arguida candidatura adversária. Nos termos do art. 9º do Decreto-Legislativo nº 9/95 de 27 de Outubro, a contra-[j]ordenação só é punível com dolo. E nos casos expressamente previstos na lei, com negligência. Na conformidade do exposto, a acusação não provou, como lhe impõe a lei, que a arguida candidatura do PAICV para as eleições Municipais de 18 de Maio de 2008 no Concelho do Sal ocorreu em 11 de Maio de 2008 agiu com dolo, sendo por isso injusta e ilegal, por violação dos dispositivos de lei acima citados, a coima de 100.000\$00 (cem mil escudos) que lhe foi imposta”.*

1.2. De seguida concluiu da seguinte forma, dirigindo o seu pedido à Corte Constitucional: *“a) No texto d[a]*

[Deliberação] da CNE não existe qualquer facto demonstrativo de dolo da arguida candidatura do PAICV para as eleições Municipais de 18 de Maio de 2008 no Concelho do Sal. b) Não havendo demonstração de dolo, não pode haver punição. Em tais termos e nos melhores de direito que por certo V. Ex.as[,] senhores [C]onselheiros suprirão, deve a candidatura do PAICV ser absolvida da condenação em coima que lhe foi imposta.”

2. Os presentes autos deram entrada no Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional, no dia 26 de maio de 2008.

2.1. No dia 28 de outubro do mesmo ano, por despacho do Juiz Conselheiro Relator, considerando que a candidatura do PAICV (o Partido Africano da Independência de Cabo Verde) não tinha legitimidade para interpor o recurso, na medida em que lhe faltava personalidade jurídica, sendo que este deveria ser intentado pelo próprio partido que preencheria tal critério, notificou-se o PAICV para regularizar a instância, ratificando a peça se assim o quisesse.

2.2. Entretanto, o PAICV nunca chegou a regularizar a instância, não tendo apresentado nova peça ou ratificado a que já havia sido apresentada pela sua candidatura às eleições autárquicas do Sal de 18 de maio de 2008.

2.3. No dia 15 de outubro de 2015 em virtude da declaração de instalação do Tribunal Constitucional, os autos foram remetidos a esta Corte, nos termos do artigo 138 da Lei do Tribunal Constitucional e distribuídos no dia 29 do mesmo mês e ano ao JC Pina Delgado que assumiu a sua relatoria.

2.4. Ficou desde o momento da instalação desta Corte e da receção dos processos que estavam pendentes no Supremo Tribunal de Justiça a sensação de uma inadequação básica de se confirmar a aplicação de uma coima eleitoral aplicada em 2008. Desde logo em razão da ausência de qualquer finalidade palpável para a punição e, mais especificamente, de haver fortes possibilidades de o procedimento sancionatório já estar prescrito. Por isso, o conjunto de recursos datados de 2008, dado ao seu possível desfecho, foram deixados para serem apreciados quando houvesse abertura na agenda de julgamentos pela ausência de outros processos mais prioritários, o que acontece em parte agora.

2.5. Daí ter-se retomado o processo no dia 25 de junho de 2019, quando o Relator emitiu despacho no sentido de se dar vistas do processo aos juizes adjuntos e requereu a marcação da sessão de julgamento em seguida.

2.6. Os juizes adjuntos apuseram os seus vistos a 25 de junho e a 8 de outubro respetivamente.

2.7. Neste mesmo dia, perante a intromissão de um acórdão do próprio Tribunal Constitucional, o 31/2019, de 29 de agosto, *Basta v. CNE*, Relator JC Pina Delgado, Incidente sobre a Tramitação de Julgamentos no TC quanto à Realização de Audiência Pública, *Boletim Oficial*, I Série, nº 110, 29 de outubro de 2019, pp. 1789-1795, que determinava o recurso às regras previstas pelo Código de Processo Penal para a definição do percurso processual dos recursos contraordenacionais em matéria eleitoral, o relator despachou no sentido de se dar vistas ao Ministério Público.

2.8. No dia 31 de outubro, o Ministério Público ofereceu douta promoção de ff. 25-27, da que emerge tese de que como “*compulsados os autos alcança-se que o presente recurso foi interposto em Maio de 2008, tendo-se nele produzido um despacho que foi notificado ao recorrente a 6/11/2009, no sentido de regularizar a instância, coisa*

*que nunca ocorreu. Posteriormente, foi requerida a remessa do processo de contra-ordenação que também parece já não poder ser satisfeito. Como quer que seja parece que o procedimento contra-ordenacional prescreveu*”. Isso por força de normas que cita, nomeadamente o artigo 112 do Código Penal aplicada com base na remissão prevista pelo artigo 37 do Regime Jurídico Geral das Contra-Ordenações. Conclui, assim, que “*o presente procedimento deve ser arquivado, dada a extinção do procedimento por prescrição*”.

2.9. No dia 19 de dezembro, o Juiz Relator despachou no sentido de se inserir o processo na pauta de julgamento, tendo, para o efeito, juntado projeto de acórdão nos termos previstos pela Lei.

2.10. O Juiz Presidente emitiu despacho a 23 de dezembro de 2019, marcando julgamento para o dia 31 do mesmo mês e ano do qual resulta a decisão e fundamentação que segue.

## II. Determinação Fáctica e Fundamentação

1. Ainda preliminarmente, deve-se dizer que a determinação da factualidade neste processo é tudo menos fácil.

1.1. Isso considerando que o processo principal em que a entidade recorrida aplicou a coima de 100.000\$00 (cem mil escudos) à recorrente não se encontra apenso aos autos, aparentemente sem nenhuma justificação e sem que tenha notícia a respeito do seu paradeiro.

1.2. Com efeito, quando esta Corte recebeu os autos remetidos pelo Supremo Tribunal de Justiça, estes não vieram acompanhados do respetivo processo principal. Por meio do Ofício nº 143/TC/2016, a Secretaria do Tribunal requereu o dossiê à Comissão Nacional de Eleições, entidade recorrida, para que o Tribunal pudesse ter informações e elementos relevantes com vista à boa decisão da causa. Entretanto, em resposta a entidade recorrida, por mensagem de correio eletrónico de f. 20 datada de 13 de dezembro de 2016, informou que não dispunha de quaisquer elementos constantes do processo principal, pelo que não seria possível o seu envio.

1.3. Assim, não tendo acesso ao processo principal que aplicou a coima à recorrente, não é possível ter acesso aos meios de prova e nem aos argumentos utilizados para a aplicação da sanção, pelo que infelizmente não se pode dar praticamente nenhum facto por provado ou não provado. Nem que havia efetivamente camisolas de apoio a circular, nem que elas já estavam na posse dos apoiantes muito tempo antes do início da campanha quando se lançou internamente a candidatura em fevereiro de 2008, nem se houve orientações expressas do partido no sentido de não serem usadas, etc.

2. Feito esse enquadramento fáctico na tentativa de apurar os factos provados e os não provados, bem como os que o Tribunal deve decidir, a primeira questão a responder seria uma questão prévia e estaria relacionada à própria admissibilidade do pedido, no sentido de primeiramente se conhecer e decidir se todos os pressupostos e requisitos para a admissão do recurso se encontram ou não preenchidos.

2.1. As condições de admissibilidade do presente pedido estão essencialmente ligadas à competência do Tribunal, à legitimidade da recorrente e à tempestividade do recurso.

2.1.1. Relativamente ao primeiro pressuposto o Tribunal Constitucional já havia considerado no caso *BASTA v. CNE*, Acórdão nº 38/2019, de 19 de novembro, sobre aplicação de coima em processo de contraordenação por não prestação de contas eleitorais, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 6, 20 de janeiro

de 2020, pp. 88-107, que “Relativamente ao órgão judicial competente é indubitável que a competência pertence a esta Corte, tendo em vista o disposto no artigo 121, número 1, da Lei do Tribunal Constitucional quando dispõe com relativa clareza que “Das deliberações do Conselho Nacional de Eleições que apliquem coima cabe recurso para o Tribunal Constitucional”. A dúvida que poderia surgir estaria relacionada com a entidade recorrida, na medida em que o dispositivo legal faz referência a decisões do Conselho Nacional de Eleições e não da Comissão Nacional de Eleições. No entanto, esta inquietação seria resolvida facilmente, porque, ao que parece, terá sido erro do legislador, que, ao pretender usar a expressão Comissão terá utilizado Conselho. Três argumentos fundamentam esta conclusão. 3.1.1. Primeiro, não existe tal instituição no ordenamento jurídico cabo-verdiano. Não parece que tenha sido alguma vez criado algum Conselho Nacional de Eleições. Com efeito, historicamente duas instituições com competências eleitorais foram criadas. A Comissão Eleitoral Nacional criada pela Lei nº 46/II/84, de 31 de dezembro que exerceu funções durante a Primeira República e na fase inicial da Segunda e a Comissão Nacional de Eleições, ainda existente, criada em 1994 pela Lei nº 112/IV/94 de 30 de dezembro. O Código Eleitoral de 1999, aprovado pela Lei nº 92/V/99, de 8 de fevereiro e alterado pela Lei nº 118/IV/94, de 24 de abril, pela Lei 12/VII/2007, de 22 de junho e pela Lei 56/VII/2010, de 9 de março acolheram a mesma nomenclatura. Após a criação da Comissão Nacional de Eleições em 1994 foi esta sempre a entidade competente em matéria de contraordenações eleitorais, como se pode ver na alínea h) do artigo 11 da Lei nº 112/IV/94 de 30 de dezembro, na alínea h), do artigo 18 do Código Eleitoral aprovado em 1999 e na alínea k) do número 1 do artigo 18 conforme resultou da revisão e alteração do Código Eleitoral. 3.1.2. Segundo, a própria Lei do Tribunal Constitucional só utiliza o vocábulo essa única vez, passando a utilizar a expressão Comissão Nacional de Eleições no número 2 do próprio artigo 121. Terceiro e mais decisivamente na medida em que é a Comissão Nacional de Eleições o órgão responsável para administrar os processos de contraordenação em matéria eleitoral, no sentido de “Instaurar, instruir e decidir processos por contraordenação eleitoral e aplicar as coimas correspondentes” – competência que lhe é atribuída pela alínea k) do número 1 do artigo 18 do Código Eleitoral – a norma em causa só pode estar a fazer referência a este órgão. 3.1.3. Ademais, ainda que esta dúvida subsistisse, não seria difícil concluir que o Tribunal teria jurisdição sobre a matéria objeto do recurso, tendo em vista a competência que lhe é atribuída pela própria Constituição da República em matéria eleitoral, ao estatuir, por meio da alínea a) do número 1 do artigo 215 que o “Tribunal Constitucional é o tribunal ao qual compete, especificamente, administrar a Justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional, designadamente no que se refere a: (...) c) jurisdição em matéria de eleições (...) nos termos da lei”. Como se depreende desta disposição legal a competência do Tribunal nesta matéria é extremamente abrangente e, em princípio, incide sobre todo e qualquer aspeto suscitado por questões eleitorais e o legislador ordinário não teria poderes para suprimir a competência do Tribunal nesta matéria a não ser que houvesse um motivo tão ponderoso que justificasse tal solução. A este respeito o Tribunal já tinha tecido considerações na decisão tirada no caso Joaquim Jaime Monteiro v. CNE, por meio do Acórdão nº 7/2018, de 29 de março, Rel.: JC Pina Delgado, sobre a recusa de concessão de subvenção de campanha eleitoral decorrente de aplicação de norma inconstitucional, publicado no BO, I Série, nº 21, de 11 de maio de 2018, pp. 505-530, onde conclui que “3.1.1. A Constituição estabelece, na alínea a) do número 1 do artigo 215 que o “Tribunal Constitucional é o tribunal ao qual compete, especificamente, administrar a Justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional, designadamente no que se refere a: (...) c) jurisdição em matéria de eleições

(...) nos termos da lei”, e no número 1 do artigo 216 que “o Supremo Tribunal de Justiça é o órgão superior da hierarquia dos Tribunais Judiciais, Administrativos, Fiscais e Aduaneiros e do Tribunal Militar de Instância”. A solução do legislador é mais do que óbvia, é decorrente de uma orientação clara da Constituição. Esta vai no sentido de garantir ao Tribunal Constitucional jurisdição em relação a qualquer deliberação tomada pela Comissão Nacional de Eleições que tenha a ver com as eleições. É isso que decorre do segmento “jurisdição em matéria de eleições (...)”, matéria que, em nenhum momento, é atribuída pela Constituição a outro tipo de tribunais. A jurisdição do Tribunal Constitucional em matéria eleitoral é plena e pode dizer-se que a Carta Magna consagra nessa matéria um princípio da unicidade da jurisdição em matéria eleitoral. O que não significa que, como princípio, não possa comportar exceções assentes em justificações suficientes para legitimar a privação do Tribunal Constitucional da sua jurisdição eleitoral e a justificar a atribuição pontual de competências nessa matéria a outros órgãos judiciais. 3.1.2. Na realidade, a opção do legislador constituinte estriba-se, primeiro, na natureza do Tribunal Constitucional enquanto órgão jurisdicional especial, com uma natural vocação para a proteção da Constituição e dos seus pilares essenciais, os direitos fundamentais e a soberania popular, os quais, como teoriza Jürgen Habermas, se interpenetram numa relação de equiprimordialidade, na medida em que traduzem a essência do seu papel constitucional e uma atuação sistemática no sentido da apreciação de situações de violação objetiva à Constituição, de desconsideração de preceitos consagradores de direitos pelos poderes públicos ou de situações atentatórias à democracia. Com efeito, os tribunais constitucionais não são iguais a outros órgãos judiciais, daí a sua especialidade. Desempenham, com base na legislação aplicável, uma função política no sentido mais essencial da expressão, que, evidentemente, não tem nada a ver com qualquer dimensão político-partidária, mas com o facto de dizer respeito à estrutura e aos princípios básicos de uma polis, na sua aceção mais pura, o de uma comunidade política organizada e estruturada a partir de certos pilares, os quais comportam os valores que ela concebeu, adotou, nutre, projeta e defende. Estes valores, na forma como são espelhados na Constituição, são, na sua base, a ideia de que o indivíduo, enquanto pessoa humana, possui dignidade e direitos, que devem ser forçosamente reconhecidos pelo Estado, e de que, como cidadão da República e membro da Comunidade Política, lhe é garantida a possibilidade de participar da gestão da coisa pública. Por conseguinte, nada mais natural [do] que um tribunal criado precisamente para exercer esta função receba do legislador constituinte poderes jurisdicionais nesse domínio. Segundo, há evidentes vantagens da concentração jurisdicional num único órgão que, além de estar habituado a fazer as operações jurídicas delicadas que marcam a apreciação de normas constitucionais ou para-constitucionais como são as eleitorais, poderá evitar a proliferação de sensibilidades e entendimentos a respeito de uma matéria que, pela sua natureza, exige alguma estabilidade, seja em momentos eleitorais, seja em momentos pré ou pós-eleitorais. Nesta conformidade, a remissão à lei que consta do texto constitucional, não pode ser considerada como uma autorização geral de conformação do regime pelo legislador ordinário. Outrossim, a opção pela concentração dessas competências no Tribunal Constitucional em detrimento de outros órgãos judiciais está feita. O que se remete à lei é a densificação do regime processual nas suas demais componentes, nomeadamente em termos de legitimidade processual, prazos, pressupostos e requisitos processuais, tramitação, etc. Portanto, sempre seria inconstitucional, se, sem razão aparente, não havendo qualquer sobreposição com matérias que pela sua natureza pertencem a outros órgãos judiciais, o legislador ordinário viesse a suprimir a jurisdição da Corte Constitucional, atribuindo-a a esses outros. 3.1.3. Por conseguinte, um dos critérios determinantes para se determinar a jurisdição

*do Tribunal Constitucional é a natureza da matéria associada a um facto gerador que ocorre precisamente no período eleitoral e que dele é parte integrante, o momento da campanha eleitoral. Neste sentido, a Constituição garantiu uma notória centralidade ao Tribunal Constitucional, que só excepcionalmente poderia ser contrariada por via de lei, nomeadamente em casos nos quais haveria uma tradição histórica que pudesse ser considerada na interpretação da intenção do legislador no tocante à interpretação da norma legal que tem por objeto a determinação de competência da Corte, ou ainda nos casos em que seria claramente inadequado ao Tribunal Constitucional julgar um primeira instância uma determinada questão, como são [as] penas, por não ser um tribunal vocacionado para a determinação primária de factos e de produção de provas e, sobretudo, porque, assim, não seria possível garantir, como determinado pela Constituição e pelo Direito Internacional aplicável, o direito subjetivo ao duplo-grau de jurisdição nessa matéria. Com a exceção de tais situações, o legislador ordinário não possui, à luz da Constituição, margem para simplesmente excluir da jurisdição do Tribunal Constitucional matéria tipicamente jurídico-política como é indubitavelmente esta. E, mesmo aqui, sem se afastar completamente a jurisdição do Tribunal Constitucional porque, dada a natureza da matéria, criminal, portanto umbilicalmente ligada a garantias fundamentais, sempre seria possível a sua intervenção cruzada na sequência de um recurso de amparo. Portanto, do ponto de vista constitucional, projeta-se um princípio da unicidade da jurisdição em matéria eleitoral que só pode ser ajustada muito excepcionalmente e ainda dentro de um quadro que sempre preserve a possibilidade de intervenção desta Cúria, no mínimo, a título recursal; jamais a sua exclusão pura e simples” (3.1.1).*

O Tribunal reiterou a mesma orientação através das decisões *GIRB v. CNE*, Acórdão 39/2019, de 3 de dezembro, sobre aplicação de coima em processo de contraordenação por não prestação de contas eleitorais, Rel: JCP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 6, 14 de janeiro de 2020, pp. 106-112, e *Pedro Centeio v. CNE*, Acórdão 41/2019, de 17 de dezembro, sobre aplicação de coima em processo de contraordenação por não prestação de contas eleitorais, Rel: JC Aristides R. Lima, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 6, 14 de janeiro de 2020, pp. 131-136. Portanto, dúvidas não existem de que é competente para conhecer este recurso eleitoral.

2.1.2. O próximo passo é verificar se a recorrente teria legitimidade para interpor o presente recurso de impugnação de contraordenação por coima aplicada pela entidade recorrida. Esta questão já havia sido suscitada pelo JC Monteiro Semedo – naquela altura Relator do processo – considerando que, nos termos do Código Eleitoral (CE) – concretamente do seu artigo 309 – só têm legitimidade para interpor recurso de contencioso eleitoral por aplicação de coima as entidades aí previstas, concretamente candidatos presidenciais, partidos políticos, coligações ou listas propostas por grupos de cidadãos.

Evidentemente parece fazer todo o sentido que sejam essas as entidades com legitimidade para impugnar as decisões da CNE que aplicarem coimas nos termos do Código Eleitoral. Assim, na situação concreta não parece que a entidade legítima para impugnar essa decisão da entidade recorrida seria a candidatura do PAICV às eleições municipais de 18 de maio de 2008, mas sim o próprio partido, PAICV, até porque é o que tem personalidade jurídica.

Nestes termos, parece que faltaria legitimidade processual à recorrente, e não tendo ela regularizado a instância quando notificada para o efeito, um pressuposto essencial para a admissão do recurso estaria em falta. Disso

decorre que, a menos que esteja presente circunstância que obste que tal decisão se imponha, que o recurso seja tido por inadmissível.

2.1.3. Em relação ao pressuposto da tempestividade, o Tribunal no caso *BASTA v. CNE* que o prazo de oito dias previsto pelo número 3 do artigo 121, nos termos de acordo com os quais “3. O prazo para a interposição do recurso é de oito dias a partir do conhecimento do arguido da decisão que lhe aplicou a coima”, é contínuo e contado nos termos do Código de Processo Penal, por via da remissão operada pelo número 6 dessa mesma disposição legal ao Regime Jurídico das Contraordenações e por este ao Código de Processo Penal.

Todavia, no caso concreto, não se tendo acesso ao processo principal, não se pode afirmar com certeza quando é que a decisão da entidade recorrida foi notificado à recorrente. Pelo que não é possível definir se o presente recurso foi ou não interposto dentro do prazo; se bem que nesta parte tal facto não poderia jamais ser imputado à recorrente. Ainda que tenha interposto o recurso fora do prazo legal, sempre seria de se o admitir, por força das garantias de defesa que se deve observar mesmo em processos contraordenacionais.

Com efeito, embora a aplicação da coima seja de 2008, portanto, antes de se estender as garantias processuais contidas essencialmente no artigo 35 da Constituição aos outros processos sancionatórios nomeadamente ao disciplinar e contraordenacional, o Tribunal já tinha reconhecido a aplicação dessas posições jurídicas pelo menos ao processo disciplinar, o que se estenderia, pelos mesmos motivos e argumentos, também ao processo de contraordenação.

Entretanto, mesmo que assim não fosse, ainda assim seria de se aplicar tais garantias a este processo. Pois a aplicação do artigo 35 da Lei Fundamental com a redação que lhe foi dada pela revisão de 2010, seria uma operação jurídica perfeitamente válida e até exigível, na medida em que a aplicação retroativa em caso algum é desfavorável à recorrente; pelo contrário o novo regime é-lhe mais benéfico. Destarte, admite-se e exige-se que se lhe aplique o novo regime favorável retroativamente.

De resto, na senda do que o Tribunal Constitucional já tinha decidido por meio do Acórdão 10/2018, *Joaquim Wenceslau v. STJ*, Rel: JCP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 35, 6 de junho de 2018, pp. 869-884, em que se assentou que “com a subordinação da restrição dos direitos, liberdades e garantias aos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o que se consubstancia no princípio constitucional da mínima restrição possível desses direitos, conforme o disposto no n.º 5 do artigo 17.º da Lei Fundamental, associada à finalidade preventiva das penas, passou-se a afirmar, primeiro, no plano jurídico-penal, e, posteriormente, no plano constitucional, o princípio da retroatividade da lei penal mais favorável. Ou seja, da conjugação da proibição de aplicação retroativa da lei penal desfavorável com a imposição da retroatividade da lei penal mais favorável, resultou no que hoje é conhecido por princípio da aplicação da lei penal mais favorável. As razões jurídico-políticas de garantia do cidadão face ao poder punitivo do Estado e da indispensabilidade da pena que deram origem, sucessivamente, à proibição da retroatividade da lei penal desfavorável e à imposição da lei penal mais favorável justificam também que o princípio da aplicação da lei mais favorável seja aplicado ao processo criminal e por via do disposto no n.º 7 do artigo 35.º da Lei Fundamental a qualquer processo sancionatório” (para.1.8).

Por conseguinte, ele não poderia ser prejudicado com uma decisão de não-admissibilidade em razão de

interposição tardia de recurso neste caso em que, sem culpa da sua parte, o processo principal que se aplicou coima desapareceu. Isso porque não se consegue precisar a data da notificação.

2.2. Feitas essas considerações preliminares relativamente a esta questão prévia de admissibilidade a próxima questão essencial que se deverá responder antes de possivelmente se avançar para o conhecimento da questão de fundo é a de se saber se o presente recurso deve ser rejeitado, na medida em que a recorrente não tem legitimidade, ou se haveria algum motivo outro que, interferindo na prossecução do processo, deixaria sem qualquer relevância esta consideração.

3. Relativamente a este tópico dois aspetos devem ser considerados. O primeiro relaciona-se a uma possível prescrição do processo contraordenacional, devido ao decurso do prazo e a segunda teria que ver com a própria ausência do processo principal, no sentido de se averiguar se seria razoável manter a aplicação de uma coima a determinada entidade mesmo não havendo processo, portanto sem acesso aos meios de prova que legitimaram a deliberação, nem à própria decisão em si.

3.1. A prescrição constitui um verdadeiro limite ao *ius puniendi* do Estado, poder esse que, em princípio, tirando casos de exceção de gravidade, não tem caráter *ad eternum*, mas sim deve ocorrer dentro de um certo lapso temporal para ser exercido relativamente a determinado facto, findo o qual cessa a sua legitimidade.

3.1.1. Esta relaciona-se intimamente com o fundamento do poder sancionatório do Estado, mormente com a função do direito penal e do direito da ordenação social, e, de forma mediata, com as finalidades das penas, das medidas de segurança e das coimas, no sentido de que o decurso do tempo, tirando os tais casos especialmente graves, faria cessar aquelas finalidades e a imposição de uma sanção (pena ou coima) ao delincente seria injusta e inútil.

Isto seria decorrência, em primeiro lugar, de um eventual esquecimento que o lapso temporal provocaria na própria consciência social, que passaria a considerar não necessária a aplicação de uma sanção a um suspeito, arguido ou condenado depois de ter decorrido certo tempo, quando, muitas vezes, nem mesmo a comunidade se lembra do facto por ele praticado, como, de resto, parecer se enquadrar a presente situação.

Também não se poderia desligar o instituto da prescrição de uma eventual responsabilidade própria do Estado que não consegue aplicar sanção a indivíduo que cometeu determinado facto ilícito, portanto dentro de um período razoável que legitima o exercício de qualquer pretensão punitiva. Não o conseguindo fazer dentro desse intervalo, a culpa por essa omissão só pode a ele ser imputada e não ao indivíduo que espera pela eventual condenação.

Outrossim, não deixaria de estar ligado ao facto de que o decurso temporal sobre a prática de determinado facto teria efeitos diretos sobre a capacidade probatória do Estado especialmente a prova testemunhal, pois é facto evidente que com o tempo a lembrança dos acontecimentos tendem a se desvanecer, enfraquecendo por esta via a certeza da condenação. Trata-se de efeito que também repercute sobre a própria defesa do arguido que, por diversos motivos pode ser debilitada pelo decurso temporal e ao esquecimento ou obnubilamento mental que gera.

Ainda não deixaria de ser verdade em certa medida que a pendência da causa coloca o eventual delincente ou infrator em situação de medo e perturbação constante, à espera de um processo que nunca mais cessa, sem conhecer o veredicto de sua causa, sem contar que aquando da sua

eventual condenação passado muito tempo, exigências de sua ressocialização poderiam não mais se colocar, por já estar arrependido de sua prática, ou até de prevenção especial, por não dar sequência à sua atividade delitativa, o que por si só são circunstâncias legitimadoras da prescrição da sua conduta.

Por último ainda seria um dos fundamentos da prescrição o próprio princípio da segurança jurídica, no sentido de que a imprescritibilidade de crimes e contraordenações causaria uma sensação de constante incerteza jurídica que penderia essencialmente sobre o delincente. Algo que poderá ter respingos sobre posições jurídicas individuais como as garantias de segurança pessoal e de livre desenvolvimento da personalidade.

3.1.2. Portanto, como regra, efetiva-se uma exigência de que o poder punitivo do Estado, quer a nível criminal que na dimensão contraordenacional, deverá ser, em princípio, limitado pelo decurso de determinado prazo, findo o qual se opera a prescrição do procedimento penal ou contraordenacional ou a pena ou coima. Essa exigência é indispensável para que se possa satisfazer esses valores importantes de qualquer Estado de Direito como o nosso.

Todos esses argumentos legitimam o instituto da prescrição, mas não respondem a todas as questões, nomeadamente sobre a eventual imprescritibilidade de certos tipos de crime, que, como dizia Cesare Beccaria, *Dei Delitti e Delle Pene*, Roma, Castelvechi, 2014, cap. XXX, se coloca “*também em relação àqueles delitos atrozes cuja memória perdura por mais tempo nos humanos, quando sejam provados, não merecem qualquer prescrição in favor do réu que se subtraiu à justiça com a fuga; mas os delitos menores e obscuros devem tolher com a prescrição aquela incerteza a respeito da sorte do cidadão porque a obscuridade que a envolveu por muito tempo tolhe a impunidade, subsistindo a capacidade do réu em melhorar/ Parimente quei delitti atroci, dei quali lunga resta la memoria negli uomini, quando sieno provati, non meritano alcuna prescrizione in favore del reo che si è sottratto colla fuga; ma i delitti minori ed oscuri devono togliere colla prescrizione l'incertezza della sorte di un cittadino, perché l'oscurità in cui sono stati involti per lungo tempo i delitti toglie l'esempio della impunità, rimane intanto il potere al reo di divenir migliore*”.

Há casos em que a gravidade do crime e a sua censurabilidade ética é tão marcada que os efeitos deletérios sobre a pessoa do suspeito, arguido ou condenado e sobre a capacidade de o Estado provar o delito que o tempo gera seriam sempre menos relevantes e justificadores da inexistência de qualquer barreira desse teor à perseguição criminal.

A questão foi abordada de forma especial pelo Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional, no Parecer nº 1/2015 (sobre a constitucionalidade da imprescritibilidade de certos crimes) (Rel: JC Zaida Lima), Supremo Tribunal de Justiça (como Tribunal Constitucional), 7 de julho de 2015, não-publicado, que na sequência de pedido de fiscalização preventiva da lei de autorização legislativa que autorizava o Governo a legislar no sentido de considerar certos crimes imprescritíveis, considerou que tal solução não seria inconstitucional.

Nas sábias palavras deste órgão: “*Em ordenamentos jurídicos de tradição romano-latina, como é o nosso, a prescrição, enquanto pressuposto negativo da punibilidade, configura a regra, pelo que se encontra, fortemente, arraigada na legislação interna dos diferentes países. O seu fundamento reside numa ideia de presuntivo esquecimento dos efeitos do delito na sociedade, em face de um lapso temporal legalmente fixado, o que justificaria a perda da pretensão punitiva ou executória do Estado com relação aos autores da infração. Trata-se, como é bom de ver,*

de uma opção de política criminal e, como tal, sujeita a mutações ditadas ou impostas pelo evoluir dos tempos e da mudança da consciência jurídica comunitária. Assim sendo, o instituto da prescrição, seja ela do procedimento criminal, seja das penas, não configura um axioma, no sentido de reconduzir-se a um princípio imutável, perene ou estanque. (...). Dir-se-á, assim, posto que em pinceladas muito gerais, que o esquecimento significa que, com o decurso do tempo sobre os factos, tende a dissipar-se, na sociedade, a reminiscência do crime, do que deriva deixar de haver razões para aplicação da pena, pois que esta perderá o seu efeito de exemplaridade.] A remissão ou arrependimento do culpado será, nessa óptica, propiciada por uma vida de remorsos ou por uma provável recuperação moral ou psíquica do criminoso; segundo a teoria da expiação moral do criminoso, este sofre com a culpa que impende sobre ele durante todo o lapso temporal em que decorreu o procedimento criminal, tendo, nesse entretempo, sido castigado psicologicamente pelo remorso, pelo que impor-lhe outra pena significaria atentar contra o princípio do *non bis in idem*. O desaparecimento de provas liga-se ao proporcional e expectável aumento da dificuldade na investigação do delito, tornando-se, com o passar do tempo, incerta a autoria do facto delituoso; coloca-se, assim, a questão numa perspectiva de cunho eminentemente processual. Entende-se, no entanto, que o fenómeno prescritivo apresenta um *contra face* e que se prende com a ideia de impunidade, da seletividade da justiça penal e, principalmente, da insuficiente tutela dos direitos fundamentais perante ameaças de lesões decorrentes de condutas legalmente tipificadas como crimes. Aliás, defendem alguns teóricos do direito, que aquelas razões que se erigem enquanto sustentáculo da consagração da prescrição constituem meras presunções e que, por conseguinte, casuisticamente, podem vir a revelar-se verdadeiras ou falsas. Nessa ordem de ideias, uma presunção absoluta ou *juris et de jure* da sua verificação, conduzindo automaticamente à prescrição da infração praticada, representaria sempre um grave perigo, tanto para a justiça como para a ordem social, defendem. Impõe-se, nessa visão das coisas, aferir, através dos meios apropriados, se os factos invocados para justificar a prescrição lograram ou não concretizar-se na prática. O debate sobre a problemática da prescrição criminal se tem tornado cada vez mais premente, face à pressão da opinião pública, seja ela *intra-muros*, seja internacional, principalmente quando estejam em causa aqueles crimes tidos, socialmente, por mais graves, aqui se destacando, por relevar, os crimes de sangue, mais precisamente, os crimes dolosos contra a vida e os crimes internacionais ou *core crimes*, como sejam os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra, com convictos defensores de ambas as teses. Considerando a principal razão erigida enquanto justificadora da prescrição criminal, retratada na teoria do esquecimento, impõe-se perguntar: **em se tratando de crimes de manifesta gravidade ou ignominia terá o tempo a tal capacidade de apagar todas as feridas, sejam elas individuais ou coletivas?** Trata-se de questão não recente e muito debatida na doutrina, principalmente a propósito dos crimes internacionais. Analisando a pretensão do legislador cabo-verdiano, por certo alavancada pela dinâmica interna e pelos compromissos internacionais do Estado de Cabo Verde, conforme, aliás, retratado na exposição dos motivos da referida lei de autorização, resulta inquestionável a mudança no paradigma de política criminal, abraçando-se a tese da imprescritibilidade dos crimes contra a vida, dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra. Não se trata, porém, de opção isenta de reparos e críticas, fundadas não só em razões históricas como em opções políticas assumidas ao longo dos anos e corporizadas na legislação vigente. (...). A nível da legislação interna, o legislador ordinário sempre abraçou a tese da prescritibilidade dos crimes, independentemente da sua gravidade, esta que, no entanto, foi sempre tido em conta para o estabelecimento, mais ou menos dilatado, do

lapso temporal exigível para a ocorrência desse obstáculo à punibilidade. Foi assim no Código de 1886, sobrevivendo às alterações feitas ao longo dos anos e assim se manteve com o Código Penal de 2004, atualmente em vigor. Face às propugnadas alterações, no sentido da consagração da imprescritibilidade, se bem que a título excepcional, mostra-se incontornável se questione a compatibilização desse princípio com valores e princípios consagrados na nossa Magna Carta, nomeadamente, o da dignidade da pessoa humana, da paz e segurança jurídica, da tutela jurisdicional efetiva e da proporcionalidade. Nessa linha, importa colocar *vis a vis* a imprescritibilidade dos crimes contra a vida, contra a humanidade e de guerra com os princípios e valores que enformam a nossa Constituição da República”.

Mas, naturalmente, ainda considerando as características das decisões preferidas pela jurisdição constitucional em sede de fiscalização preventiva, considerando o tempo disponível, e a necessidade de se fazer uma avaliação célere de normas suspeitas de inconstitucionalidade, o que se fez foi considerar que o legislador tinha margem para considerar certos crimes imprescritíveis.

Diga-se que em parte tal solução decorre da incorporação de normas do Estatuto de Roma que instituiu o Tribunal Penal Internacional que no seu artigo 29 dispõe que “os crimes da competência do Tribunal não prescrevem”, o qual, por força de norma inserida pela revisão constitucional de 2010, o número 8 do artigo 11º, segundo o qual “o Estado de Cabo Verde pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos das pessoas e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma”, foi recebido pelo Direito de Cabo Verde.

Por isto, tal norma convencional não só foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio ao abrigo dos efeitos decorrentes do número 2 do artigo 12º da Lei Básica, como, furtando-se ao estatuto infra-constitucional padrão das normas internacionais como definido pelo parágrafo 4º daquela mesma disposição, passou a ter um estatuto constitucional. Sendo assim, somente poderia ser escrutinado por violação já não de qualquer norma da Lei Fundamental, mas somente daquela que estabelece os limites materiais à revisão da Constituição ou das que consagram valores constitucionais no limite da sua imutabilidade.

E também da nova versão do Código Penal que após a revisão de 2015, passou a acolher uma regra de imprescritibilidade vertida para o número 1 do artigo 108, construída em termos segundo os quais “são imprescritíveis o genocídio, os crimes de guerra, os crimes contra a humanidade e os crimes dolosos contra a vida”. Portanto, além de crimes internacionais especificamente arrolados, cobre também outros crimes especialmente graves.

3.1.3. Mas, com a ressalva dessas situações excepcionais, limitações ao exercício do poder punitivo do Estado são a regra em matéria criminal por vários motivos e por maioria de razão o serão em sede contraordenacional. Por conseguinte, não parece que este problema seja de se colocar no presente escrutínio, pois em princípio admitindo-se a prescrição da esmagadora maioria dos tipos de crime que, por definição, constituem categorias mais graves do que qualquer contraordenação, não se vislumbra sistemicamente viável que fosse admissível a imprescritibilidade desse tipo de infração por mais grave que seja.

A isto se associa também a própria finalidade sancionatória que ainda que admita gradações que possam impelir a uma maior preponderância do propósito retributivo,

em certos tipos de crimes especialmente graves, no caso concreto da criminalidade comum ainda estarão vinculadas a critérios de necessidade sancionatória — assentes em propósitos de prevenção geral, especial ou reabilitação — os quais também se podem diluir com o passar dos anos, sobretudo quando, como ocorre neste caso, se está perante um regime sancionatório de grau inferior e vinculado a um domínio — o eleitoral — marcado por ciclos que se ultrapassados determinam praticamente a desnecessidade da intervenção punitiva por parte do poder público.

Assim, todo e qualquer tipo de delito contraordenacional, em virtude dos fundamentos apresentados, seria prescritível, pelo que a sua punição não mais seria possível decorrido certo lapso temporal, nada impedindo que este seja alargado ou reduzido conforme a obrigação que se pretenda proteger com a instituição da infração. Pelo que, em princípio, uma contraordenação grave ou muito grave teria prazo de prescrição superior a uma menos grave.

3.1.4. A prescrição do procedimento contraordenacional e da coima e sanções acessórias aplicadas em procedimento contraordenacional encontra-se regulada pelo Decreto-legislativo nº 9/95, de 27 de outubro que estabelece o regime jurídico das contraordenações, concretamente nos artigos 32 a 36. Este regime deve ser aplicado aos processos contraordenacionais instruídos pela Comissão Nacional de Eleições nos termos do já citado número 6 do artigo 121 da Lei do Tribunal Constitucional que remete em tudo o que esta lei não regular para aquele instrumento jurídico.

Os dois primeiros preceitos do grupo (artigos 32 e 33) tratam da prescrição do procedimento contraordenacional e os dois próximos (artigos 34 e 35) da prescrição da coima, enquanto o último (artigo 36) diz respeito à prescrição das sanções acessórias à qual se aplica o regime da prescrição da coima.

No caso concreto, o regime a aplicar é o da prescrição do procedimento contraordenacional e não o de prescrição de coima, pois esta não era definitiva. Isto considerando que ainda não havia trânsito em julgado de decisão condenatória; e é só a partir deste facto que o prazo de prescrição começa a decorrer (número 2 do artigo 34), pois, nos termos do número 2 do artigo 66, a impugnação da decisão que aplicar coima tem efeito suspensivo.

Assim, nos termos do artigo 32, *“Salvo disposição legal em contrário, o procedimento por contra-ordenação extingue-se por efeito da prescrição logo que sobre a prática da contra-ordenação hajam decorrido os seguintes prazos: a) Dois anos, quando se trate de contra-ordenações a que seja aplicável uma coima superior a 100.000\$00; b) Um ano, nos restantes casos.”*

Por sua vez, o artigo 33 que trata da interrupção da prescrição dispõe que *“1. A prescrição do procedimento por contra-ordenação interrompe-se: a) Com a comunicação ao arguido dos despachos, decisões ou medidas contra ele tomados ou com qualquer notificação; b) Com a realização de quaisquer diligências de prova, designadamente exames e buscas, ou com o pedido de auxílio às autoridades policiais ou a qualquer autoridade administrativa; c) Com quaisquer declarações que o arguido tenha proferido no exercício do direito de audição. 2. Nos casos de concurso de infracções, a interrupção da prescrição do procedimento criminal determina a interrupção da prescrição do procedimento por contra-ordenação”*.

Entretanto, no caso concreto, dois problemas se levantam. Primeiro, porque não havendo processo principal de aplicação de coima não se tem como conhecer nem a data da prática do facto que motivou a aplicação da coima

nem o dia em que lhe foi comunicada a decisão que lhe aplicou a sanção. Segundo, porque sem o processo não se tem como saber que facto a recorrente praticou e que motivou a aplicação da coima e como tal não se tem como o enquadrar legalmente numa contraordenação prevista pela lei eleitoral.

Mas, em relação ao primeiro, parece pelos dados fornecidos pela recorrente e a situação subjacente à aplicação da sanção que o facto foi praticado em 2008, designadamente entre fevereiro e maio deste ano. A recorrente impugnou a decisão que lhe aplicou a coima no dia 26 de maio do mesmo ano, o que significa que foi notificada da decisão antes desta data, portanto dentro do prazo da prescrição independentemente de se enquadrar o seu ato na alínea a) ou b) do artigo 32. Com a notificação da decisão que lhe aplicou a coima o prazo prescricional interrompeu-se e iniciou-se um novo, nos termos da alínea a) do número 1 do artigo 33. No dia 6 de novembro de 2008 houve uma nova interrupção desse prazo com a notificação Despacho JC Relator de 28 de outubro de 2008 à recorrente com vista à regularização da instância. Não houve nenhuma interrupção posterior do prazo da prescrição, pelo que, para todos os efeitos, se considera que é dessa data que se deve contar este prazo.

Agora, relativamente ao segundo problema, sem o esclarecimento sobre a infração concreta que entidade recorrida atribui à arguida, não se consegue saber com precisão qual foi a contraordenação praticada pela recorrente. Portanto, *a priori* torna-se difícil saber se nesse caso a prescrição ocorre em dois anos ou um ano, pois o prazo depende da própria contraordenação, sendo que é de dois anos quando se trata de contraordenação punível com coima superior a 100.000\$00 e de um ano nos restantes casos.

Entretanto, pelos dados fornecidos pela recorrente parece que a contraordenação aplicada resulta da desobediência de um dever consagrado no artigo 105 da versão então em vigor do Código Eleitoral (depois das revisões e republicação passou a ser o artigo 113 (1)), segundo o qual *“a partir da publicação do diploma que marcar a data das eleições, é proibida a propáganda política feita, direta ou indiretamente, através de qualquer meio de publicidade comercial paga ou gratuita, seja qual for o suporte ou meio de comunicação utilizado para o efeito”*. Isto em razão de eventual utilização de camisolas de campanha contendo *slogan* publicitário.

Mas, sem aceder aos autos, parece que a solução mais lógica nesta situação seria a de se enquadrar esta eventual conduta no então artigo 315 (corresponde ao atual 326) que tipifica a contraordenação de violação de regras sobre a propáganda sonora ou gráfica), nos termos do qual *“Quem fizer propáganda sonora ou gráfica com violação do disposto no presente Código será punido com coima de cinquenta mil a quinhentos mil escudos”*.

Assim, tendo hipoteticamente e só para efeitos pontuais encontrado a contraordenação que a recorrente terá praticado e que justificou a sua punição, o próximo passo é definir o prazo cujo decurso faz prescrever o procedimento contraordenacional.

A este respeito, parece que o prazo prescricional tendo em conta a contraordenação praticada é o de 2 anos nos termos da alínea a) do artigo 32, pois a essa contraordenação que tem uma moldura de coima que vai de cinquenta mil a quinhentos mil escudos é aplicável coima superior a cem mil escudos. Atente-se que aqui o que importa não é a coima aplicada em concreto, que, neste caso, foi de cem mil escudos, mas sim a própria moldura da coima, pois se o limite máximo da coima for superior a cem mil escudos, independentemente da coima que foi determinada para a

situação em causa, é sempre aplicável em abstrato coima superior a esse valor.

Assim, tendo como início do prazo da prescrição o dia 6 de novembro de 2008, o dia da última interrupção da prescrição, o prazo prescricional terminou no dia 6 de novembro de 2010.

3.1.5. Outra questão deixada em aberto teria que ver com a duração máxima do tempo necessário ao exercício do poder sancionatório do Estado, pois mesmo que tivesse havido qualquer outra interrupção da prescrição, parece a este Tribunal que o presente procedimento contraordenacional já se encontraria prescrito há muito.

Isto porque, embora o Decreto-legislativo nº 9/95 de 27 de outubro nada diga em relação ao limite inultrapassável da prescrição, parece que neste aspeto particular se deve aplicar o regime previsto pelo Código Penal, mediante a remissão operada pelo artigo 37, com o objetivo de se impedir interrupções *ad aeternum* da prescrição.

Assim, a resposta a esta questão seria dada pelo artigo 112 do Código Penal cuja redação se constrói em termos segundo os quais “*A prescrição do procedimento criminal [contraordenacional] terá sempre lugar quando, desde o seu início e ressalvado o tempo da suspensão [que neste caso não se aplica], tiver decorrido o prazo normal acrescido de metade.*” Impõe-se, assim, um limite inultrapassável à possibilidade de interrupção ilimitada da prescrição.

Precisamente para se impedir que o indivíduo tenha um processo contra si que nunca mais é concluído, mantendo-se a espada da justiça penal sobre a sua cabeça e permanente a ameaça da sanção pública.

No caso concreto não se consegue precisar a data em que o ato foi praticado de modo a se ter o *dies a quo* do prazo prescricional máximo. Todavia uma coisa é certa: o mesmo terá sido praticado eventualmente pela entidade recorrida, antes do período da campanha eleitoral, porque se fosse época a conduta não seria ilícita.

De acordo com o calendário eleitoral que publicou o quadro cronológico das operações eleitorais, para a eleição dos órgãos municipais, que estabeleceu o dia 18 de maio como o dia para a realização das eleições autárquicas, elaborado pela CNE e publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 10, Suplemento, 10 de março de 2008, o período de campanha eleitoral ia de 1 a 16 de maio de 2008.

Por conseguinte o ato só pode ter sido eventualmente praticado antes do dia 1 de maio de 2008. Assim, na ausência de data precisa, o dia 31 de abril de 2008 pode perfeitamente ser tomado como referência – na medida em que era o último dia em que o ato poderia ser praticado e consistir em ato ilícito – para a contagem do prazo da prescrição que teria uma duração máxima de três anos, o prazo normal de dois anos acrescido de metade (um ano). Ora de acordo com esta contagem esse prazo terminaria impreterivelmente no dia 31 de abril de 2011.

Assim, não importa por qual prisma se avalia a presente situação, o presente procedimento contraordenacional já se encontra prescrito, pelo que a coima aplicada à recorrente não pode subsistir.

3.2. Segundo, não parece que mesmo que o procedimento contraordenacional não estivesse prescrito que ainda assim seria possível a subsistência da sanção aplicada à recorrente. Precisamente porque, como já frisado várias vezes, o processo principal em que a coima foi aplicada, não se encontra apensado aos autos, e não se sabe do seu paradeiro, sendo que não foi possível a sua localização.

Vários problemas advêm deste facto, na medida em que sem processo, não se pode conhecer os meios de prova utilizados para a aplicação da coima, nem os argumentos usados pela decisão, para fundamentar qualquer decisão judicial que este Tribunal pudesse tomar e que tivesse por efeito confirmar a coima aplicada.

Confirmar uma coima nestes termos seria como punir uma pessoa sem ter quaisquer provas contra ele, o que seria completamente inadmissível à luz da Constituição da República, especialmente após a sua revisão de 2010 que estendeu as garantias de defesa em processo criminal aos outros processos sancionatórios, nomeadamente o contraordenacional, norma que, como já se disse, pode ser aqui aplicada retroativamente por conter um regime mais favorável.

Não se pode aceitar a condenação de qualquer indivíduo ou entidade sem processo ou com o processo extraviado.

4. Parece que estes dois argumentos seriam ponderosos o suficiente para não se levar em conta a ilegitimidade da recorrente, que não regularizou a situação quando notificada para o efeito.

Num outro contexto, outrossim, o recurso deveria ser rejeitado pelo Tribunal por causa da ilegitimidade da recorrente. Neste caso rejeitá-lo provocaria uma injustiça legal e constitucional que não pode ser suportada pelo sistema, designadamente porque intervém causa extintiva do procedimento criminal, a prescrição, que deve ser conhecido de ofício e à margem de qualquer pressuposto de admissibilidade do próprio recurso.

#### IV - Decisão

Assim, os Juizes do Tribunal Constitucional, reunidos em Plenário, decidem:

a) Declarar o procedimento contraordenacional prescrito nos termos da alínea a) do artigo 32 do Decreto-legislativo nº 9/95 de 27 de outubro; e assim;

b) Determinar o arquivamento do processo contraordenacional, isentando a recorrente do pagamento da coima a que foi condenado pela entidade recorrida.

Registe, notifique e publique.

Praia, aos 31 de dezembro de 2019

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

Está Conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 21 de janeiro de 2020. — O Secretário, *João Borges*

#### Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Contencioso de Impugnação de Deliberação da CNE n.º 4/2015, em que é recorrente o **MPD – Movimento para a Democracia e entidade recorrida a Comissão Nacional de Eleições.**

**Acórdão nº 49/2019**

*(Autos de Recurso de Contencioso de Impugnação de Deliberação da CNE, MPD Vs. CNE, sobre aplicação de coima em processo de contraordenação)*

## I. Relatório

1. Não se conformando com a deliberação da Comissão Nacional de Eleições que lhe aplicou a coima de 100.000\$00 (cem mil escudos), o Movimento para a Democracia (MPD), partido político concorrente às eleições municipais de 18 de maio de 2008 no Município dos Mosteiros, vem impugnar essa decisão recorrendo aos seguintes argumentos de base: “MOVIMENTO PARA A DEMOCRACIA, partido político, com sede na Praia, representado pelo seu Presidente, Eng. Jorge Santos, nos termos do art. 33.1 a) dos seus Estatutos, não se conformando com a deliberação tomada pela Comissão Nacional de Eleições, reunida em sessão plenária a 30.04.08 e comunicada a “Sector do MPD Mosteiros” a coberto do ofício 350.CNE/2008, sem data, por fax de 02.05.08 (doc. 1), vem, ao abrigo do art. 309 do Código Eleitoral (doravante CE), dela interpor recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, nos termos e pelos fundamentos seguintes: 1. Na deliberação recorrida não é explícita sobre que contraordenação concreta imputa, sobre a quem imputa. E omissa sobre qual o preceito legal que concretiza tal contraordenação. 2. Dos seus termos pode-se deduzir que aplicou ou uma coima ao “Sector do MPD Mosteiros” por ter ficado provada “a existência de cartazes colados junto da mercearia «Torrada» antes do início da campanha” e por os partidos deverem “funcionar como agências esclarecedoras junto dos seus simpatizantes” e ser “necessário respeitar o princípio de igualdade de oportunidades das candidaturas”. 3. Ou seja: a deliberação recorrida não imputa ao partido ter afixado os cartazes. Mas, porque os cartazes estavam afixados, o partido responsável por ter falhado o seu dever de funcionar como agência esclarecedora dos seus simpatizantes (a quem, assim, implicitamente imputa a afixação). Por isso, foi-lhe aplicada a coima. Todavia 4. Em primeiro lugar não existe qualquer “Sector do MPD Mosteiros” a que uma contraordenação possa ser imputada. 5. Nos termos dos seus estatutos, o MPD divide-se sim, territorialmente, em “regiões políticas”. 6. No entanto, tais regiões são meras estruturas orgânicas sem personalidade jurídica. 7. A personalidade jurídica pertence ao partido. 8. Por isso, nos termos do art. 8.2 do Decreto Legislativo 9/95, de 27.10 doravante LCO), é o partido que responde, legalmente, elas contraordenações praticadas pelos órgãos das suas regiões políticas. 9. O partido recorrente é representado legalmente pelo seu Presidente (cfr art. 33.1 a) dos estatutos). 10. Por outro lado, a competência atribuída pelo art. 309 do CE à Comissão Nacional de Eleições para aplicar coimas correspondentes a contraordenações eleitorais reporta-se, quanto aos partidos políticos, diretamente a eles e não aos respetivos órgãos (muito menos regionais), listas de candidaturas ou candidatos eleitorais. 11. O processo de contraordenação obedece ao princípio de legalidade (art. 38 da LCO). Ora, 12. No processo de contraordenação ora em apreço, o arguido, ora recorrente nunca foi ouvido, em devida forma, isto é através do seu representante legal. 13. E tal audição é imposta quer pelo art. 241 a) da CR, quer pelo art. 61 da LCO. 14. Apenas foi ouvido o candidato a Presidente da Câmara Municipal dos Mosteiros. Acresce que 15. A deliberação recorrida não preenche os requisitos imperativamente impostos pelos n.ºs 3 a 5 do art. 63 da LCO. Designadamente, 16. Não contém a identificação do arguido e a descrição concreta e precisa (em especial com as circunstâncias de tempo e lugar) dos fatos construtivos da contraordenação imputada e das provas obtidas; 17. Não indica as normas segundo as quais tais factos são punidos; 18. E nem contém as informações impostas como obrigatórias pelos referidos preceito e números. De todo o modo, 19. Nenhum órgão do recorrente afixou ou mandou afixar os cartazes em causa. 20. No processo a que se refere a deliberação recorrida não existe qualquer prova de que o tenha feito. 21. Aliás, a deliberação recorrida imputa (e só implicitamente) ao recorrente ou a ordem do recorrente a colagem dos cartazes que refere. 22. O que a deliberação recorrida imputa (e só implicitamente) ao recorrente é

ter omitido uma sua alegada obrigação de esclarecer os seus simpatizantes sobre a igualdade de oportunidades de todas as candidaturas. 23. Ora, tal omissão não se encontra tipificada como contraordenação eleitoral sobre que a Comissão Nacional de Eleições tenha competências.

Mas, 24. Mesmo que assim se não entenda e, pelo contrário se pretenda que o teor da deliberação recorrida se refere a violação das regras de propaganda gráfica, caberá dizer o seguinte: 25. Primeiro, que nenhum partido está proibido de fazer propaganda política e mesmo eleitoral fora do período formal de campanha eleitoral, 26. Sendo que tal atividade está plenamente coberta pela liberdade de expressão constitucionalmente garantida, desde que respeitados os limites legalmente impostos a tal liberdade fora dos períodos de campanha eleitoral. 27. Segundo- sendo simpatizantes de um partido não agentes ou titulares de órgãos do partido, mas sim cidadãos livres, dotados eles próprios de liberdade individual expressão e manifestação mesmo face ao partido e sobre os quais o partido não tem qualquer poder jurídico de injunção - não pode o partido ser responsabilizado pelos actos desses mesmos simpatizantes constitutivos de contraordenações (cfr art. 8.2 da LCO); 28. Terceiro, ainda que assim não fosse, a imputação ao partido da colagem dos cartazes em causa nos termos e pelas razões aduzidas na deliberação recorrida só pode ser qualificada como imputação a título de negligência (por culpa in vigilando). 29. Ora, no regime das contraordenações só é punível o acto praticado por negligência quando norma legal especial o permita (art. 9 da LCO). 30. Não existe qualquer preceito legal que mande punir uma tal negligência como contraordenação.”

Em conclusão o recorrente teceu as seguintes considerações: “a) O arguido não foi ouvido no processo; b) A deliberação recorrida não preenche os requisitos imperativamente impostos pelos n.ºs 3 a 5 do art. 63 da LCO; c) Caducou o procedimento pela alegada contraordenação, nos termos do art. 56.2 da LCO; d) Não existe no processo qualquer prova de que o recorrente tenha, através de qualquer dos seus órgãos, colado ou mandado colar os cartazes a que a deliberação recorrida se refere; e) De todo o modo a colagem, por alegados e indeterminados simpatizantes, dos cartazes a que se refere a deliberação recorrida não constitui qualquer contraordenação, inserindo-se na liberdade de expressão de tais simpatizantes; f) Tais simpatizantes não são titulares de quaisquer órgãos do recorrente, nem estão sujeitos ao seu poder de injunção. g) Pelo que não pode o recorrente ser responsabilizado pelos actos dos mesmos; h) A omissão por um partido de esclarecimento junto dos seus simpatizantes quanto a uma não colagem de cartazes antes da data marcada para o início da campanha eleitoral não constitui qualquer contraordenação; i) Mesmo que se pudesse responsabilizar o recorrente pela colagem dos cartazes com fundamento na alegada omissão, tal imputação só poderia ser por mera negligência. j) Todavia, a lei não prevê especialmente a violação das regras de propaganda gráfica por negligência. k) Por isso, nunca poderia o recorrente ser punido por uma tal negligência. Assim, l) A deliberação recorrida violou (i) o art 241 a) da CR; (ii) os arts 38, 56.2, 61, 63.3 a 5 e os arts. 8.2 e 9 todos da LCO; (iii) a o art. 44 do Código Penal, aplicável ex vi do art. 37 da LCO. m) Ela é, pois, anulável, nos termos do art. 20 do Decreto Legislativo 15/97, de 10.11. Termos em que se requer a anulação da deliberação recorrida Junta duplicado e procuração”

2. Os presentes autos deram entrada no Supremo Tribunal de Justiça, que também assumia as funções de Corte Constitucional, no dia 4 de junho de 2008.

2.1. No dia 20 de outubro de 2015 em virtude da declaração de instalação do Tribunal Constitucional, os autos foram remetidos a esta Corte, nos termos do artigo

138 da Lei do Tribunal Constitucional e distribuídos no dia 29 do mesmo mês e ano ao JC Pina Delgado que assumiu a sua relatoria.

2.2. Ficou desde o momento da instalação desta Corte e da receção dos processos que estavam pendentes no Supremo Tribunal de Justiça a sensação de uma inadequação básica de se confirmar a aplicação de uma coima eleitoral aplicada em 2008. Desde logo em razão da ausência de qualquer finalidade palpável para a punição e, mais especificamente, de haver fortes possibilidades de o procedimento sancionatório já estar prescrito. Por isso, o conjunto de recursos datados de 2008, dado ao seu possível desfecho, foram deixados para serem apreciados quando houvesse abertura na agenda de julgamentos pela ausência de outros processos mais prioritários, o que acontece em parte agora.

2.3. Daí ter-se retomado o processo no dia 25 de junho de 2019, quando o Relator emitiu despacho no sentido de se dar vistas do processo aos juízes adjuntos e requereu a marcação da sessão de julgamento em seguida.

2.4. Os juízes adjuntos apuseram os seus vistos a 23 de agosto e a 8 de outubro respetivamente.

2.5. Neste mesmo dia, perante a intromissão de um acórdão do próprio Tribunal Constitucional, o 31/2019, de 29 de agosto, *Basta v. CNE*, Relator JC Pina Delgado, Incidente sobre a Tramitação de Julgamentos no TC quanto à Realização de Audiência Pública, *Boletim Oficial*, I Série, nº 110, 29 de outubro de 2019, pp. 1789-1795, que determinava o recurso às regras previstas pelo Código de Processo Penal para a definição do percurso processual dos recursos contraordenacionais em matéria eleitoral, o recorrente despachou no sentido de se dar vistas ao Ministério Público.

2.6. No dia 25 de novembro, o Ministério Público ofereceu douta promoção de ff. 18-19, da que emerge tese de que como *“dos autos resulta, que por sessão plenária de 30 de abril de 2008, a CNE aplicou ao Movimento para a Democracia (...) uma coima no valor de 100.000\$00 (cem mil escudos), pelos factos relatados na proposta de deliberação, junta ao processo de contra-ordenações, que aqui se tem por reproduzida, para todos os efeitos legais. Dessa deliberação foi interposto recurso em maio de 2008, sendo que, foi apenas requerido à CNE o processo de contra-ordenações, com a decisão impugnada. Ora, determina no artigo 32º do Decreto-Legislativo nº 9/95, de 27 de outubro, que as contra-ordenações extinguem-se, por efeito de prescrição, logo que sobre a sua ocorrência tiverem decorridos 2(dois) anos quando seja aplicável coima superior a 100.000\$00, ou 1(um) ano, nos restantes casos. Contudo, ocorrendo um dos factos definidos no artigo 33º do citado diploma legal, a prescrição do procedimento por contra-ordenação interrompe-se. Com efeito, decorre que 2 de maio de 2008, ocorreu com a notificação da deliberação ao ora recorrente, pelo que, houve interrupção do prazo da prescrição, iniciando, por isso, a contar novo prazo. Por conseguinte, desde essa data até ao presente momento, já se passaram mais de 2(dois) anos, sendo por isso certo que, o procedimento de contra-ordenação, ora em escrutínio, já se encontra extinto, através do instituto da prescrição. (...) Destarte, pelo exposto somos de parecer que o presente processo deve ser arquivado, por efetiva extinção do procedimento de contra-ordenação, por prescrição”*

2.7. No dia 20 de dezembro, o Juiz Relator despachou no sentido de se inserir o processo na pauta de julgamento, tendo, para o efeito, juntado projeto de acórdão nos termos previstos pela Lei.

2.8. O Juiz Presidente emitiu despacho a 23 de dezembro de 2019, marcando julgamento para o dia 31 do mesmo mês e ano do qual resulta a decisão e fundamentação que segue.

## II. Dos Factos

### 1. Provados:

De acordo com os dados constantes do processo principal apenso aos presentes autos dá-se como provado o seguinte facto:

Existência de dois cartazes de campanha colocados, um de cada lado, na Merceria Torrada, sito em Cutelo Touro, contendo a mensagem *“Nilton Rodrigues 2008, Presidente/Mosteiros para Todos”*.

### 2. Não Provados:

Não se provaram os seguintes factos:

a) que o candidato do MPD para as eleições autárquicas no Município de Mosteiros circulasse com cartaz publicitário de campanha eleitoral colocado na parte traseira de seu veículo automóvel particular antes do período da campanha eleitoral, salvo aquando da apresentação de sua candidatura;

b) que o candidato do MPD para as eleições autárquicas no Município dos Mosteiros tenha procedido à distribuição de camisolas contendo gráficos publicitários antes do período da campanha eleitoral.

## III. Fundamentação

Feito esse enquadramento na tentativa de apurar os factos provados e os não provados, a primeira questão a responder seria prévia e estaria relacionada à própria admissibilidade do pedido, no sentido de primeiramente se conhecer e decidir se todos os pressupostos e requisitos para a sua admissão se encontram preenchidos ou não.

1. As condições de admissibilidade do presente pedido estão essencialmente ligadas à competência do Tribunal, à legitimidade do recorrente e à tempestividade do recurso.

1.1. Relativamente ao primeiro pressuposto o Tribunal Constitucional já havia considerado no caso *BASTA v. CNE*, Acórdão nº 38/2019, de 19 de novembro, sobre aplicação de coima em processo de contraordenação por não prestação de contas eleitorais, Rel: JC Pina Delgado, sobre a aplicação de coima por não apresentação de contas eleitorais, Relator JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 6, 20 de janeiro de 2020, pp. 88-107, que *“Relativamente ao órgão judicial competente é indubitável que a competência pertence a esta Corte, tendo em vista o disposto no artigo 121, número 1, da Lei do Tribunal Constitucional quando dispõe com relativa clareza que “Das deliberações do Conselho Nacional de Eleições que apliquem coima cabe recurso para o Tribunal Constitucional”. A dúvida que poderia surgir estaria relacionada com a entidade recorrida, na medida em que o dispositivo legal faz referência a decisões do Conselho Nacional de Eleições e não da Comissão Nacional de Eleições. No entanto, esta inquietação seria resolvida facilmente, porque, ao parece, terá sido erro do legislador, que, ao pretender usar a expressão Comissão terá utilizado Conselho. Três argumentos fundamentam esta conclusão. 3.1.1. Primeiro, não existe tal instituição no ordenamento jurídico cabo-verdiano. Não parece que tenha sido alguma vez criado algum Conselho Nacional de Eleições. Com efeito, historicamente duas instituições com competências eleitorais foram criadas. A Comissão Eleitoral Nacional criada pela Lei nº 46/II/84, de 31 de dezembro que exerceu funções durante a Primeira República e na fase inicial da Segunda e a Comissão Nacional de Eleições, ainda existente, criada em 1994 pela Lei nº 112/IV/94 de 30 de dezembro. O Código Eleitoral de 1999, aprovado pela Lei nº 92/V/99, de 8 de fevereiro e alterado*

pela Lei nº 118/IV/94, de 24 de abril, pela Lei 12/VII/2007, de 22 de junho e pela Lei 56/VII/2010, de 9 de março acolheram a mesma nomenclatura. Após a criação da Comissão Nacional de Eleições em 1994 foi esta sempre a entidade competente em matéria de contraordenações eleitorais, como se pode ver na alínea h) do artigo 11 da Lei nº 112/IV/94 de 30 de dezembro, na alínea h), do artigo 18 do Código Eleitoral aprovado em 1999 e na alínea k) do número 1 do artigo 18 conforme resultou da revisão e alteração do Código Eleitoral. 3.1.2. Segundo, a própria Lei do Tribunal Constitucional só utiliza o vocábulo essa única vez, passando a utilizar a expressão Comissão Nacional de Eleições no número 2 do próprio artigo 121. Terceiro e mais decisivamente na medida em que é a Comissão Nacional de Eleições o órgão responsável para administrar os processos de contraordenação em matéria eleitoral, no sentido de “Instaurar, instruir e decidir processos por contraordenação eleitoral e aplicar as coimas correspondentes” – competência que lhe é atribuída pela alínea k) do número 1 do artigo 18 do Código Eleitoral – a norma em causa só pode estar a fazer referência a este órgão. 3.1.3. Ademais, ainda que esta dúvida subsistisse, não seria difícil concluir que o Tribunal teria jurisdição sobre a matéria objeto do recurso, tendo em vista a competência que lhe é atribuída pela própria Constituição da República em matéria eleitoral, ao estatuir, por meio da alínea a) do número 1 do artigo 215 que o “Tribunal Constitucional é o tribunal ao qual compete, especificamente, administrar a Justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional, designadamente no que se refere a: (...) c) jurisdição em matéria de eleições (...) nos termos da lei”. Como se depreende desta disposição legal a competência do Tribunal nesta matéria é extremamente abrangente e, em princípio, incide sobre todo e qualquer aspeto suscitado por questões eleitorais e o legislador ordinário não teria poderes para suprimir a competência do Tribunal nesta matéria a não ser que houvesse um motivo tão ponderoso que justificasse tal solução. A este respeito o Tribunal já tinha tecido considerações na decisão tirada no caso Joaquim Jaime Monteiro v. CNE, por meio do Acórdão nº 7/2018, de 29 de março, Rel: JC Pina Delgado, sobre a recusa de concessão de subvenção de campanha eleitoral decorrente de aplicação de norma inconstitucional, publicado no BO, I Série, nº 21, de 11 de maio de 2018, pp. 505-530, onde conclui que “3.1.1. A Constituição estabelece, na alínea a) do número 1 do artigo 215 que o “Tribunal Constitucional é o tribunal ao qual compete, especificamente, administrar a Justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional, designadamente no que se refere a: (...) c) jurisdição em matéria de eleições (...) nos termos da lei”, e no número 1 do artigo 216 que “o Supremo Tribunal de Justiça é o órgão superior da hierarquia dos Tribunais Judiciais, Administrativos, Fiscais e Aduaneiros e do Tribunal Militar de Instância”. A solução do legislador é mais do que óbvia, é decorrente de uma orientação clara da Constituição. Esta vai no sentido de garantir ao Tribunal Constitucional jurisdição em relação a qualquer deliberação tomada pela Comissão Nacional de Eleições que tenha a ver com as eleições. E isso que decorre do segmento “jurisdição em matéria de eleições (...)”, matéria que, em nenhum momento, é atribuída pela Constituição a outro tipo de tribunais. A jurisdição do Tribunal Constitucional em matéria eleitoral é plena e pode dizer-se que a Carta Magna consagra nessa matéria um princípio da unicidade da jurisdição em matéria eleitoral. O que não significa que, como princípio, não possa comportar exceções assentes em justificações suficientes para legitimar a privação do Tribunal Constitucional da sua jurisdição eleitoral e a justificar a atribuição pontual de competências nessa matéria a outros órgãos judiciais. 3.1.2. Na realidade, a opção do legislador constituinte estriba-se, primeiro, na natureza do Tribunal Constitucional enquanto órgão jurisdicional especial, com uma natural vocação para a proteção da Constituição e dos seus pilares essenciais, os direitos fundamentais e a soberania popular,

os quais, como teoriza Jürgen Habermas, se interpenetram numa relação de equiprimordialidade, na medida em que traduzem a essência do seu papel constitucional e uma atuação sistemática no sentido da apreciação de situações de violação objetiva à Constituição, de desconsideração de preceitos consagradores de direitos pelos poderes públicos ou de situações atentatórias à democracia. Com efeito, os tribunais constitucionais não são iguais a outros órgãos judiciais, daí a sua especialidade. Desempenham, com base na legislação aplicável, uma função política no sentido mais essencial da expressão, que, evidentemente, não tem nada a ver com qualquer dimensão político-partidária, mas com o facto de dizer respeito à estrutura e aos princípios básicos de uma poeils, na sua aceção mais pura, o de uma comunidade política organizada e estruturada a partir de certos pilares, os quais comportam os valores que ela concebeu, adotou, nutre, projeta e defende. Estes valores, na forma como são espelhados na Constituição, são, na sua base, a ideia de que o indivíduo, enquanto pessoa humana, possui dignidade e direitos, que devem ser forçosamente reconhecidos pelo Estado, e de que, como cidadão da República e membro da Comunidade Política, lhe é garantida a possibilidade de participar da gestão da coisa pública. Por conseguinte, nada mais natural [do] que um tribunal criado precisamente para exercer esta função receba do legislador constituente poderes jurisdicionais nesse domínio. Segundo, há evidentes vantagens da concentração jurisdicional num único órgão que, além de estar habituado a fazer as operações jurídicas delicadas que marcam a apreciação de normas constitucionais ou para-constitucionais como são as eleitorais, poderá evitar a proliferação de sensibilidades e entendimentos a respeito de uma matéria que, pela sua natureza, exige alguma estabilidade, seja em momentos eleitorais, seja em momentos pré ou pós-eleitorais. Nesta conformidade, a remissão à lei que consta do texto constitucional, não pode ser considerada como uma autorização geral de conformação do regime pelo legislador ordinário. Outrossim, a opção pela concentração dessas competências no Tribunal Constitucional em detrimento de outros órgãos judiciais está feita. O que se remete à lei é a densificação do regime processual nas suas demais componentes, nomeadamente em termos de legitimidade processual, prazos, pressupostos e requisitos processuais, tramitação, etc. Portanto, sempre seria inconstitucional, se, sem razão aparente, não havendo qualquer sobreposição com matérias que pela sua natureza pertencem a outros órgãos judiciais, o legislador ordinário viesse a suprimir a jurisdição da Corte Constitucional, atribuindo-a a esses outros. 3.1.3. Por conseguinte, um dos critérios determinantes para se determinar a jurisdição do Tribunal Constitucional é a natureza da matéria associada a um facto gerador que ocorre precisamente no período eleitoral e que dele é parte integrante, o momento da campanha eleitoral. Neste sentido, a Constituição garantiu uma notória centralidade ao Tribunal Constitucional, que só excepcionalmente poderia ser contrariada por via de lei, nomeadamente em casos nos quais haveria uma tradição histórica que pudesse ser considerada na interpretação da intenção do legislador no tocante à interpretação da norma legal que tem por objeto a determinação de competência da Corte, ou ainda nos casos em que seria claramente inadequado ao Tribunal Constitucional julgar um primeira instância uma determinada questão, como são [a]s penais, por não ser um tribunal vocacionado para a determinação primária de factos e de produção de provas e, sobretudo, porque, assim, não seria possível garantir, como determinado pela Constituição e pelo Direito Internacional aplicável, o direito subjetivo ao duplo-grau de jurisdição nessa matéria. Com a exceção de tais situações, o legislador ordinário não possui, à luz da Constituição, margem para simplesmente excluir da jurisdição do Tribunal Constitucional matéria tipicamente jurídico-política como é indubitavelmente esta. E, mesmo aqui, sem se afastar completamente a jurisdição do Tribunal Constitucional porque, dada a

*natureza da matéria, criminal, portanto umbilicalmente ligada a garantias fundamentais, sempre seria possível a sua intervenção cruzada na sequência de um recurso de amparo. Portanto, do ponto de vista constitucional, projeta-se um princípio da unicidade da jurisdição em matéria eleitoral que só pode ser ajustada muito excepcionalmente e ainda dentro de um quadro que sempre preserve a possibilidade de intervenção desta Cúria, no mínimo, a título recursal; jamais a sua exclusão pura e simples.*”

O Tribunal reiterou a mesma orientação através das decisões *GIRB v. CNE*, Acórdão 39/2019, de 3 de dezembro, Acórdão nº 39/2019, de 3 de dezembro, sobre aplicação de coima em processo de contraordenação por não prestação de contas eleitorais, Rel: JCP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 6, 14 de janeiro de 2020, pp. 106-112, e *Pedro Centeio v. CNE*, Acórdão 41/2019, de 17 de dezembro, sobre aplicação de coima em processo de contraordenação por não prestação de contas eleitorais, Rel: JC Aristides R. Lima, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 6, 14 de janeiro de 2020, pp. 131-136.

1.1.2. O próximo passo é verificar se a recorrente teria legitimidade para interpor o presente recurso de impugnação de contraordenação por coima aplicada pela entidade recorrida.

Parece que sim, pois a presente impugnação é intentada pelo próprio partido político (MPD), o único a que a Comissão Nacional de Eleições poderia aplicar coima neste processo, por ser o que tem personalidade jurídica nos termos dos seus Estatutos.

1.1.3. Em relação ao pressuposto da tempestividade, o Tribunal no caso *BASTA v. CNE* que o prazo de oito dias previsto pelo número 3 do artigo 121, nos termos de acordo com os quais “3. O prazo para a interposição do recurso é de oito dias a partir do conhecimento do arguido da decisão que lhe aplicou a coima.”, é contínuo e contado nos termos do Código de Processo Penal, por via da remissão operada pelo número 6 dessa mesma disposição legal ao Regime Jurídico das Contraordenações e por este ao Código de Processo Penal.

No caso concreto, não consta do processo a data em que o recorrente foi notificado da decisão que lhe aplicou a sanção que ora impugna. No entanto, verifica-se que o ofício contendo essa notificação foi expedido no dia 2 de maio de 2008, tendo o recurso dado entrada na entidade recorrida no dia 9 de maio do mesmo ano. Portanto, ainda que a data da notificação seja a mesma daquela em que o ofício foi expedido, o recurso foi interposto tempestivamente, porque dentro do prazo de oito dias.

1.2. Entretanto, duas outras questões prévias devem ser solucionadas antes que se proceda à possível análise do fundo da questão com a vista a decidir pela procedência ou não da coima aplicada. A primeira, a que voltaremos adiante, estaria relacionada a uma possível prescrição do processo contraordenacional devido ao decurso do prazo e a segunda teria que ver com o processo principal, na medida em que, de acordo com a sua análise verifica-se que não se encontra presente a decisão da entidade recorrida que aplicou a sanção ao recorrente. Na verdade, o que o órgão recorrido juntou aos autos foi um projeto de decisão elaborado pela Relatora Elba Pires, apenas constando a informação de que esse projeto teria sido discutido na sessão plenária do dia 30 de maio de 2008. Todavia, nenhum registo existe de que esse projeto tenha sido acolhido e ratificado pela Comissão Nacional de Eleições.

Essa segunda questão é importante, uma vez que quem tem a competência para proceder à aplicação de coimas eleitorais nos termos do Código Eleitoral é apenas a Comissão Nacional de Eleições, por conseguinte um órgão colegial que decide no plenário.

Assim, embora possa delegar competências de instrução do processo contraordenacional e de elaboração do projeto da decisão a outros, nomeadamente a um instrutor do processo contraordenacional, a decisão lhe pertence e é quem deve tomá-la, através de uma deliberação tomada em plenário pela maioria absoluta dos seus membros, nos termos do artigo 21 do Código Eleitoral, conforme versão então em vigor.

Na situação concreta parece que a deliberação da entidade recorrida não se encontra nos autos por lapso, na medida em que consultando a coletânea das Deliberações da Comissão Nacional de Eleições de 2008 a 2016, publicada por esta entidade (Praia, CNE, 2017, pp. 62-65), verifica-se que na sessão plenária de 30 de abril de 2008, este órgão adotou a seguinte deliberação: “*Entendendo que os Partidos Políticos e seus candidatos devem também funcionar como agências esclarecedoras junto dos seus simpatizantes propõe-se a seguinte deliberação: 1. Ordenar a remoção imediata dos dois cartazes onde constam fotografias do Senhor Nilton Rodrigues da referida mercearia; 2. Aplicar uma coima no montante de 100.000\$00 (cem mil escudos) à candidatura do MpD nos Mosteiros*”.

Para o efeito utilizou a seguinte fundamentação: “(...) tendo em conta a finalidade da propaganda eleitoral acima referida, cabe à CNE, enquanto órgão superior de administração eleitoral, pugnar pelo cumprimento escrupuloso da lei salvaguardando o princípio da igualdade constitucionalmente previsto. Indo ao caso em apreço, afirmar ser público e evidente que o cartaz com a foto, nome do candidato é uma mensagem referente ao Município ao qual concorre em campanha eleitoral. O período da campanha eleitoral inicia-se segundo o artigo 423.º do CE, no décimo sétimo dia anterior ao dia designado para as eleições e finda às 24 horas da antevéspera do dia marcado para as eleições, sendo dezasseis dias da campanha para todas as candidaturas. Embora das fotografias recebidas na comissão fica demonstrado que foram colocados cartazes da candidatura na parte traseira de uma viatura vermelha, o delegado da CNE afirma que viu tal viatura com cartazes apenas na altura da apresentação da candidatura, dia pela qual se entende que se deve ornamentar o palco/viaturas com cartazes, mas que deverão ser removidas com o término da apresentação, por não nos encontrarmos na fase da campanha eleitoral. A delimitação do âmbito temporal das campanhas eleitorais unificando este prazo a todos os atos eleitorais quis criar uma regra e pode ser entendida como meio de assegurar o princípio da igualdade de oportunidades e de tratamento das várias candidaturas. Ainda que esses cartazes tenham sido ofertados nos EUA pelos emigrantes que decidiram apoiar a referida candidatura, esses não podem estar expostos nas residências dos simpatizantes, antes da abertura da campanha eleitoral. Assim, pelo exposto e tendo em conta a confirmação do delegado da Comissão Nacional de Eleições no referido círculo eleitoral ajuntando as fotografias dos cartazes colados na *MERCEARIA TORRADA* com as seguintes palavras “*Presidente, Mosteiros para Todos*”, conclui-se que é propaganda eleitoral da candidatura do MpD e iniciado antes da data prevista na lei eleitoral”.

2. Resolvida essa primeira questão, relativamente à prescrição do procedimento contraordenacional e da coima e sanções acessórias aplicadas em procedimento contraordenacional, é importante registar-se que:

2.1. A prescrição constitui um verdadeiro limite ao *ius puniendi* do Estado, poder esse que, em princípio, tirando casos de excepcional gravidade, não tem caráter *ad eternum*, mas sim deve ocorrer dentro de um certo lapso temporal para ser exercido relativamente a determinado facto, findo o qual cessa a sua legitimidade.

2.1.1. Esta relaciona-se intimamente com o fundamento do poder sancionatório do Estado, mormente com a função

do direito penal e do direito da ordenação social, e, de forma mediata, com as finalidades das penas, das medidas de segurança e das coimas, no sentido de que o decurso do tempo, tirando os tais casos especialmente graves, faria cessar aquelas finalidades e a imposição de uma sanção (pena ou coima) ao delinquentes seria injusta e inútil.

Isto seria decorrência, em primeiro lugar, de um eventual esquecimento que o lapso temporal provocaria na própria consciência social, que passaria a considerar não necessária a aplicação de uma sanção a um suspeito, arguido ou condenado depois de ter decorrido certo tempo, quando, muitas vezes, nem mesmo a comunidade se lembra do facto por ele praticado, como, de resto, parece enquadrar-se a presente situação.

Também não se poderia desligar o instituto da prescrição de uma eventual responsabilidade própria do Estado que não consegue aplicar sanção a indivíduo que cometeu determinado facto ilícito, portanto dentro de um período razoável que legitima o exercício de qualquer pretensão punitiva. Não o conseguindo fazer dentro desse intervalo, a culpa por essa omissão só pode a ele ser imputada e não ao indivíduo que espera pela eventual condenação.

Outrossim, não deixaria de estar ligado ao facto de que o decurso temporal sobre a prática de determinado facto teria efeitos diretos sobre a capacidade probatória do Estado especialmente a prova testemunhal, pois é facto evidente que com o tempo a lembrança dos acontecimentos tendem a se desvanecer, enfraquecendo por esta via a certeza da condenação. Trata-se de efeito que também repercute sobre a própria defesa do arguido que, por diversos motivos, pode ser debilitada pelo decurso temporal e ao esquecimento ou obnubilamento mental que gera.

Ainda não deixaria de ser verdade em certa medida que a pendência da causa coloca o eventual delinquentes ou infrator em situação de medo e perturbação constante, à espera de um processo que nunca mais cessa, sem conhecer o veredicto de sua causa, sem contar que aquando da sua eventual condenação passado muito tempo, exigências de sua ressocialização poderiam não mais se colocar, por já estar arrependido de sua prática, ou até de prevenção especial, por não dar sequência à sua atividade delitativa, o que por si só são circunstâncias legitimadoras da prescrição da sua conduta.

Por último ainda seria um dos fundamentos da prescrição o próprio princípio da segurança jurídica, no sentido de que a imprescritibilidade de crimes e contraordenações causaria uma sensação de constante incerteza jurídica que penderia essencialmente sobre o delinquentes. Algo que poderá ter respingos sobre posições jurídicas individuais como as garantias de segurança pessoal e de livre desenvolvimento da personalidade.

2.1.2. Portanto, como regra, efetiva-se uma exigência de que o poder punitivo do Estado, quer a nível criminal que na dimensão contraordenacional, deverá ser, em princípio, limitado pelo decurso de determinado prazo, findo o qual se opera a prescrição do procedimento penal ou contraordenacional ou a pena ou coima. Essa exigência é indispensável para que se possa satisfazer esses valores importantes de qualquer Estado de Direito como o nosso.

Todos esses argumentos legitimam o instituto da prescrição, mas não respondem a todas as questões, nomeadamente sobre a eventual imprescritibilidade de certos tipos de crime, que, como dizia Cesare Beccaria, *Dei Delitti e Delle Pene*, Roma, Castelvechi, 2014, cap. XXX, se coloca “também em relação àqueles delitos atrozes cuja memória perdura por mais tempo nos humanos, quando sejam provados, não merecem qualquer prescrição in favor do réu que se subtraiu à justiça com a fuga; mas os

*delitos menores e obscuros devem tolher com a prescrição aquela incerteza a respeito da sorte do cidadão porque a obscuridade que a envolveu por muito tempo tolhe a impunidade, subsistindo a capacidade do réu em melhorar/ Parimente quei delitti atroci, dei quali lunga resta la memoria negli uomini, quando sieno provati, non meritano alcuna prescrizione in favore del reo che si è sottratto colla fuga; ma i delitti minori ed oscuri devono togliere colla prescrizione l'incertezza della sorte di un cittadino, perché l'oscurità in cui sono stati involti per lungo tempo i delitti toglie l'esempio della impunità, rimane intanto il potere al reo di divenir migliore”.*

Há casos em que a gravidade do crime e a sua censurabilidade ética é tão marcada que os efeitos deletérios sobre a pessoa do suspeito, arguido ou condenado e sobre a capacidade de o Estado provar o delito que o tempo gera seriam sempre menos relevantes e justificadores da inexistência de qualquer barreira desse teor à perseguição criminal.

A questão foi abordada de forma especial pelo Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional, no Parecer nº 1/2015 (*sobre a constitucionalidade da imprescritibilidade de certos crimes*) (Rel: JC Zaida Lima), Supremo Tribunal de Justiça (como Tribunal Constitucional), 7 de julho de 2015, não-publicado, que, na sequência de pedido de fiscalização preventiva da lei de autorização legislativa que autorizava o Governo a legislar no sentido de considerar certos crimes imprescritíveis, considerou que tal solução não seria inconstitucional.

Nas sábias palavras deste órgão: “*Em ordenamentos jurídicos de tradição romano-latina, como é o nosso, a prescrição, enquanto pressuposto negativo da punibilidade, configura a regra, pelo que se encontra, fortemente, arraigada na legislação interna dos diferentes países. O seu fundamento reside numa ideia de presuntivo esquecimento dos efeitos do delito na sociedade, em face de um lapso temporal legalmente fixado, o que justificaria a perda da pretensão punitiva ou executória do Estado com relação aos autores da infração. Trata-se, como é bom de ver, de uma opção de política criminal e, como tal, sujeita a mutações ditadas ou impostas pelo evoluir dos tempos e da mudança da consciência jurídica comunitária. Assim sendo, o instituto da prescrição, seja ela do procedimento criminal, seja das penas, não configura um axioma, no sentido de reconduzir-se a um princípio imutável, perene ou estanque. (...) Dir-se-á, assim, posto que em pinceladas muito gerais, que o esquecimento significa que, com o decurso do tempo sobre os factos, tende a dissipar-se, na sociedade, a reminiscência do crime, do que deriva deixar de haver razões para aplicação da pena, pois que esta perderá o seu efeito de exemplaridade[.] A remissão ou arrependimento do culpado será, nessa óptica, propiciada por uma vida de remorsos ou por uma provável recuperação moral ou psíquica do criminoso; segundo a teoria da expiação moral do criminoso, este sofre com a culpa que impende sobre ele durante todo o lapso temporal em que decorreu o procedimento criminal, tendo, nesse entretempo, sido castigado psicologicamente pelo remorso, pelo que impor-lhe outra pena significaria atentar contra o princípio do non bis in idem. O desaparecimento de provas liga-se ao proporcional e expectável aumento da dificuldade na investigação do delito, tornando-se, com o passar do tempo, incerta a autoria do facto delituoso; coloca-se, assim, a questão numa perspectiva de cunho eminentemente processual. Entende-se, no entanto, que o fenómeno prescritivo apresenta um contra face e que se prende com a ideia de impunidade, da seletividade da justiça penal e, principalmente, da insuficiente tutela dos direitos fundamentais perante ameaças de lesões decorrentes de condutas legalmente tipificadas como crimes. Aliás, defendem alguns teóricos do direito, que aquelas razões que se erigem enquanto sustentáculo da consagração da prescrição constituem meras presunções e*

que, por conseguinte, casuisticamente, podem vir a revelar-se verdadeiras ou falsas. Nessa ordem de ideias, uma presunção absoluta ou *juris et de jure* da sua verificação, conduzindo automaticamente à prescrição da infração praticada, representaria sempre um grave perigo, tanto para a justiça como para a ordem social, defendem. Impõe-se, nessa visão das coisas, aferir, através dos meios apropriados, se os factos invocados para justificar a prescrição lograram ou não concretizar-se na prática. O debate sobre a problemática da prescrição criminal se tem tornado cada vez mais premente, face à pressão da opinião pública, seja ela *intra-muros*, seja internacional, principalmente quando estejam em causa aqueles crimes tidos, socialmente, por mais graves, aqui se destacando, por relevar, os crimes de sangue, mais precisamente, os crimes dolosos contra a vida e os crimes internacionais ou *core crimes*, como sejam os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra, com convictos defensores de ambas as teses. Considerando a principal razão erigida enquanto justificadora da prescrição criminal, retratada na teoria do esquecimento, impõe-se perguntar: **em se tratando de crimes de manifesta gravidade ou ignomínia terá o tempo a tal capacidade de apagar todas as feridas, sejam elas individuais ou coletivas?** Trata-se de questão não recente e muito debatida na doutrina, principalmente a propósito dos crimes internacionais. Analisando a pretensão do legislador cabo-verdiano, por certo alavancada pela dinâmica interna e pelos compromissos internacionais do Estado de Cabo Verde, conforme, aliás, retratado na exposição dos motivos da referida lei de autorização, resulta inquestionável a mudança no paradigma de política criminal, abraçando-se a tese da imprescritibilidade dos crimes contra a vida, dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra. Não se trata, porém, de opção isenta de reparos e críticas, fundadas não só em razões históricas como em opções políticas assumidas ao longo dos anos e corporizadas na legislação vigente. (...) A nível da legislação interna, o legislador ordinário sempre abraçou a tese da prescribibilidade dos crimes, independentemente da sua gravidade, esta que, no entanto, foi sempre tido em conta para o estabelecimento, mais ou menos dilatado, do lapso temporal exigível para a ocorrência desse obstáculo à punibilidade. Foi assim no Código de 1886, sobrevivendo às alterações feitas ao longo dos anos e assim se manteve com o Código Penal de 2004, atualmente em vigor. Face às propugnadas alterações, no sentido da consagração da imprescritibilidade, se bem que a título excecional, mostra-se incontornável se questione da compatibilização desse princípio com valores e princípios consagrados na nossa Magna Carta, nomeadamente, o da dignidade da pessoa humana, da paz e segurança jurídica, da tutela jurisdicional efetiva e da proporcionalidade. Nessa linha, importa colocar *vis a vis* a imprescritibilidade dos crimes contra a vida, contra a humanidade e de guerra com os princípios e valores que enformam a nossa Constituição da República”.

Mas, naturalmente, ainda considerando as características das decisões preferidas pela jurisdição constitucional em sede de fiscalização preventiva, considerando o tempo disponível, e a necessidade de se fazer uma avaliação célere de normas suspeitas de inconstitucionalidade, o que se fez foi considerar que o legislador tinha margem para considerar certos crimes imprescritíveis.

Diga-se que em parte tal solução decorre da incorporação de normas do Estatuto de Roma que instituiu o Tribunal Penal Internacional que no seu artigo 29 dispõe que “os crimes da competência do Tribunal não prescrevem”, o qual, por força de norma inserida pela revisão constitucional de 2010, o número 8 do artigo 11º, segundo o qual “o Estado de Cabo Verde pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos das pessoas e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade

e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma”, foi recebido pelo Direito de Cabo Verde.

Por isto, tal norma convencional não só foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio ao abrigo dos efeitos decorrentes do número 2 do artigo 12º da Lei Básica, como, furtando-se ao estatuto infra-constitucional padrão das normas internacionais como definido pelo parágrafo 4º daquela mesma disposição, passou a ter um estatuto constitucional. Sendo assim, somente poderia ser escrutinado por violação já não de qualquer norma da Lei Fundamental, mas somente daquela que estabelece os limites materiais à revisão da Constituição ou das que consagram valores constitucionais no limite da sua imutabilidade.

E também da nova versão do Código Penal que após a revisão de 2015, passou a acolher uma regra de imprescritibilidade vertida para o número 1 do artigo 108, construída em termos segundo os quais “são imprescritíveis o genocídio, os crimes de guerra, os crimes contra a humanidade e os crimes dolosos contra a vida”. Portanto, além de crimes internacionais especificamente arrolados, cobre também outros crimes especialmente graves.

2.1.3. Mas, com a ressalva dessas situações excecionais, limitações ao exercício do poder punitivo do Estado são a regra em matéria criminal por vários motivos e por maioria de razão o serão em sede contraordenacional. Por conseguinte, não parece que este problema seja de se colocar no presente escrutínio, pois em princípio admitindo-se a prescrição da esmagadora maioria dos tipos de crime que, por definição, constituem categorias mais graves do que qualquer contraordenação, não se vislumbra sistemicamente viável que fosse admissível a imprescritibilidade desse tipo de infração por mais grave que seja.

A isto se associa também a própria finalidade sancionatória que ainda que admita gradações que possam impelir a uma maior preponderância do propósito retributivo, em certos tipos de crimes especialmente graves, no caso concreto da criminalidade comum ainda estarão vinculadas a critérios de necessidade sancionatória – assentes em propósitos de prevenção geral, especial ou reabilitação – os quais também se podem diluir com o passar dos anos, sobretudo quando, como ocorre neste caso, se está perante um regime sancionatório de grau inferior e vinculado a um domínio – o eleitoral – marcado por ciclos que se ultrapassados determinam praticamente a desnecessidade da intervenção punitiva por parte do poder público.

Assim, todo e qualquer tipo de delito contraordenacional, em virtude dos fundamentos apresentados, seria prescritível, pelo que a sua punição não mais seria possível decorrido certo lapso temporal, nada impedindo que este seja alargado ou reduzido conforme a obrigação que se pretenda proteger com a instituição da infração. Pelo que, em princípio, uma contraordenação grave ou muito grave teria prazo de prescrição superior a uma menos grave.

2.2. Como é natural, o regime jurídico da prescrição de contraordenações tem a sua base no Decreto-Legislativo nº 9/95, de 27 de outubro que estabelece o regime jurídico das contraordenações, concretamente nos artigos 32 a 36. Este regime deve ser aplicado aos processos contraordenacionais instruídos pela Comissão Nacional de Eleições nos termos do já citado número 6 do artigo 121 da Lei do Tribunal Constitucional que remete em tudo o que esta lei não regular para aquele instrumento jurídico.

2.2.1. Os dois primeiros preceitos do grupo (artigos 32 e 33) tratam da prescrição do procedimento contraordenacional e os próximos dois (artigos 34 e 35) da prescrição da coima, enquanto o último (artigo 36) diz respeito à prescrição das sanções acessórias ao qual se aplica o regime da prescrição da coima.

No caso concreto, o regime a aplicar é o da prescrição do procedimento contraordenacional e não o de prescrição de coima, pois ainda não há coima efetivamente aplicada, uma vez que ainda não há trânsito em julgado de decisão condenatória e é só a partir deste facto que o prazo de prescrição da coima começa a decorrer (número 2 do artigo 34), pois nos termos do número 2 do artigo 66 a impugnação da decisão que aplicar coima tem efeito suspensivo.

Assim, nos termos do artigo 32 “*Salvo disposição legal em contrário, o procedimento por contra-ordenação extingue-se por efeito da prescrição logo que sobre a prática da contra-ordenação hajam decorrido os seguintes prazos: a) Dois anos, quando se trate de contra-ordenações a que seja aplicável uma coima superior a 100.000\$00; b) Um ano, nos restantes casos.*”

Por sua vez o artigo 33 que trata da interrupção da prescrição prescreve que “*1. A prescrição do procedimento por contra-ordenação interrompe-se: a) Com a comunicação ao arguido dos despachos, decisões ou medidas contra ele tomados ou com qualquer notificação; b) Com a realização de quaisquer diligências de prova, designadamente exames e buscas, ou com o pedido de auxílio às autoridades policiais ou a qualquer autoridade administrativa; c) Com quaisquer declarações que o arguido tenha proferido no exercício do direito de audição. 2. Nos casos de concurso de infracções, a interrupção da prescrição do procedimento criminal determina a interrupção da prescrição do procedimento por contra-ordenação.*”

2.2.2. No caso concreto, não se pode precisar ao certo a data em que o facto foi praticado, entretanto este não é um problema maior, uma vez que não é esta a data que importa, nesta situação, para averiguação do *dies a quo* da contagem do prazo prescricional. Precisamente, porque este prazo foi interrompido aquando da notificação ao recorrente da coima que lhe foi aplicado nos termos da alínea a), do número 1 do artigo 33.

Não existem dados concretos da data dessa notificação, mas a mesma terá acontecido possivelmente entre 2 de maio, data em que o ofício de notificação foi expedido, a 9 de maio de 2008, dia em que o recorrente impugnou a decisão da entidade recorrida que lhe aplicou a sanção.

Tomando como data da notificação o dia 2 de maio de 2008, data que concretamente se afigura o mais favorável ao recorrente, o prazo prescricional seria de dois ou um ano, respetivamente se à contra-ordenação praticada for aplicável coima superior a cem mil escudos ou não.

No caso concreto, a entidade recorrida não enquadra legalmente a conduta praticada, limitando-se a dizer que se tratava de propaganda eleitoral ilícita, possivelmente baseando-se no artigo 105 do Código Eleitoral (versão vigente na data dos factos).

Entretanto, parece que o tipo legal de contra-ordenação, tendo em conta a conduta eventualmente empreendida pelo recorrente é a constante do artigo 315 da versão vigente na data dos factos do Código Eleitoral, que prevê o ilícito contraordenacional de violação de regras sobre propaganda sonora ou gráfica e que é punível de coima que vai dos cinquenta mil aos quinhentos mil escudos.

A este respeito, parece que o prazo prescricional tendo em conta a contra-ordenação praticada é o de dois anos nos termos da alínea a) do artigo 32, pois a essa contra-ordenação que tem uma moldura de coima que vai de cinquenta mil a quinhentos mil escudos é aplicável coima superior a cem mil escudos. Atente-se que aqui o que importa não é a coima aplicada em concreto, que, neste caso, foi de cem mil escudos, mas sim a própria moldura da coima, pois se o limite máximo da coima for

superior a cem mil escudos, independentemente da coima que foi determinada para a situação em causa, é sempre aplicável em abstrato coima superior a esse valor.

Assim, tendo como início do prazo da prescrição o dia 2 de maio de 2008, nessa mesma data, operou-se a única interrupção da prescrição, o prazo prescricional terminou no dia 2 de maio de 2010.

2.2.3. Entretanto, mesmo que tivesse havido qualquer outra interrupção da prescrição, parece a este Tribunal que o presente procedimento contraordenacional já se encontra prescrito há muito tempo.

A – Isto porque, embora o Decreto-legislativo nº 9/95 de 27 de outubro nada diga em relação ao limite inultrapassável da prescrição, parece que neste aspeto particular se deve aplicar o regime previsto pelo Código Penal, mediante a remissão operada pelo artigo 37, com o objetivo de se impedir interrupções *ad aeternum* da prescrição.

Assim, a resposta a esta questão seria dada pelo artigo 112 do Código Penal cuja redação nestes termos “*A prescrição do procedimento criminal [contraordenacional] terá sempre lugar quando, desde o seu início e ressalvado o tempo da suspensão [que neste caso não se aplica], tiver decorrido o prazo normal acrescido de metade.*” Impõe um limite inultrapassável à possibilidade de interrupção ilimitada da prescrição. Precisamente, para se impedir que o arguido tenha um processo contra si que nunca mais acaba.

B – Nestes termos, no caso concreto, não temos a data concreta de abertura do procedimento contraordenacional, não significando este facto que não se possa identificar algumas datas referenciais, com vista a se determinar o *dies a quo* do prazo da prescrição.

Em última instância essa data pode coincidir com o dia 31 de abril de 2008, o último dia em que a propaganda eleitoral era proibida, pelo que definitivamente o ato teria que ter sido praticado pelo menos até esse dia, conforme o calendário que publicou o quadro cronológico das operações eleitorais, para a eleição dos órgãos municipais, que estabeleceu o dia 18 de maio como o dia para a realização das eleições autárquicas, elaborado pela CNE e publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 10, Suplemento, 10 de março de 2008.

E efetivamente, de acordo com os dados constantes do processo, a conduta foi empreendida antes dessa data. Isto porque o protesto apresentado pelo PAICV dando conta de cartazes colados numa residência na zona de Cutelo Toro data de 11 de abril de 2008, tendo o mesmo chegado ao conhecimento da entidade recorrida no dia 15 do mesmo mês e ano.

Contudo, esta missiva dava conta de que os cartazes já estariam na referida residência há cerca de um mês e tal, portanto tudo indicando que estivessem ali, pelo menos desde o início de março de 2008. Ora, se se tomar essa data como referencial, conclui-se sem muito esforço que o procedimento contraordenacional já se encontra preenchido há já algum tempo, ou seja, desde março de 2011.

2.2.4. Assim, não importa por qual prisma se avalia a presente situação, o presente procedimento contraordenacional já se encontra prescrito, pelo que a coima aplicada ao recorrente não pode subsistir.

3. Embora as conclusões tiradas até agora sejam suficientes para a decisão desta causa, parece a este Tribunal que algumas considerações adicionais devem ser feitas, especialmente com vista a servir de parâmetro para novas decisões relativas a esta matéria.

3.1. Essas considerações estariam relacionadas num primeiro momento com alguns elementos essenciais que devem constar da decisão de aplicação de coima em processo contraordenacional, facto esse também suscitado pelo recorrente na sua peça de interposição do recurso.

A – Em primeiro lugar, a entidade recorrida na sua decisão não indica a base legal ao abrigo da qual adotou a deliberação e aplica a coima ao recorrente que se impugna. Parece que este requisito é essencial e é exigido pelo Regime Geral das Contraordenações, através da alínea b) do número 3 do artigo 63.

B – Segundo, uma outra questão relacionada com eventual elemento essencial que deve constar da decisão de aplicação de coima em processo contraordenacional tem a ver com a indicação clara e precisa da identificação do arguido, que o órgão recorrido identifica como sendo a candidatura do MPD para as eleições autárquicas de 2008 no Município dos Mosteiros, órgão sem personalidade jurídica, quando ao que parece deveria ter aplicado coima contra o próprio partido político, que tem personalidade jurídica nos termos dos artigos 18, alínea h) e 309 da versão do Código Eleitoral à data dos factos, e que é representado juridicamente pelo seu Presidente ou por meio da sua comissão a quem aquela entidade delegar tais funções. Nos termos dessas disposições só parece ser possível a aplicação de coimas a candidaturas não partidárias. Se as candidaturas forem partidárias, a sanção deve ser aplicada ao próprio partido.

C – Sem contar que o ato de notificação foi endereçado ao Sector do MpD dos Mosteiros, quando conforme o recorrente contestou e consta do artigo 14 dos Estatutos deste partido político que vigia à data dos factos, o mesmo não se divide em sectores, mas sim em regiões políticas, posto que prescrevia claramente que “*O MPD organiza-se territorialmente, em regiões políticas que se subdividem em secções*”.

D – Além disso, não parece que os requisitos constantes das alíneas a) a c) do número 4 foram efetivamente cumpridos pela entidade recorrida. Estão em falta concretamente a informação sobre o trânsito em julgado da condenação caso não fosse objeto de reação no prazo legal e que em caso de impugnação judicial, o tribunal pode decidir em audiência ou mediante despacho caso o Ministério Público e o arguido não se opuserem. Omitiu também comunicação de que não vigora a *reformatio in pejus* e das alíneas a) e b) do número 5 do artigo 63, na medida em que não continha a ordem de pagamento voluntário no prazo de duas semanas após o trânsito em julgado e a indicação de que, em caso de impossibilidade de pagamento tempestivo, deve comunicar o facto, por escrito, à autoridade que aplicou a coima.

4. Num segundo momento, as considerações teriam que ver com o próprio fundo da questão que ora se traz a este Tribunal, no sentido de se saber se a mesma subsistiria ou não. Parece que o Tribunal deveria abster-se de conhecer a questão profundamente, entretanto, a sua subsistência seria duvidosa, na medida em que não se afigura tarefa fácil imputar a conduta ao recorrente, nomeadamente pela generalidade de pessoas que poderiam praticá-la e a entidade recorrida não conseguiu provar que foi efetivamente o recorrente a praticá-la. Poderia ser possivelmente um simpatizante do partido quem procedeu à colocação dos referidos cartazes, e responsabilizar o recorrente, por atos de seus simpatizantes ou até potencialmente dos seus adversários traria vários problemas que merecem ser ponderados cuidadosamente, nomeadamente pelos perigos de derivar para um quadro de responsabilização objetiva em sede de processo contraordenacional.

Porque subjetivamente é difícil provar a existência de dolo, mesmo que seja eventual, e da negligência.

E a regra no Direito da Ordenação Social é a mesma que existe em Direito Penal: a responsabilização é subjetiva. E mesmo neste tipo de responsabilização em regra só é punível o facto praticado com dolo, e, apenas nos casos especialmente previstos em lei, por negligência. E não parece que a contraordenação ora *sub judice* tenha sido prevista pelo legislador na sua forma negligente.

Este é o entendimento que parece resultar do Regime Geral das Contraordenações, concretamente do artigo 11, quando diz que “*Só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência*”.

Parece estar afastado qualquer tentativa de responsabilização objetiva. Mesmo no Código Eleitoral não se encontra nada a respeito.

#### IV. Decisão

Assim, os Juizes do Tribunal Constitucional, reunidos em Plenário, decidem:

a) Declarar o procedimento contraordenacional prescrito nos termos da alínea a) do artigo 32 do Decreto-legislativo nº 9/95 de 27 de outubro; e assim;

b) Determinar o arquivamento do processo contraordenacional, isentando a recorrente do pagamento da coima a que foi condenado pela entidade recorrida.

Registe, notifique e publique.

Praia, aos 31 de dezembro de 2019

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

Está Conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 23 de janeiro de 2020. — O Secretário, *João Borges*

#### Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 21/2019, em que é recorrente **Luís Gomes Firmino** e recorrido **o Supremo Tribunal de Justiça**.

#### Acórdão n.º 50/2019

*(Luís Firmino v. STJ, sobre violação do direito ao recurso e à defesa em processo penal por ausência de notificação pessoal e direta de acórdão condenatório)*

#### I. Relatório

1. O resumo da peça de interposição do recurso de amparo já tinha sido vertido para o acórdão que admitiu este recurso, de modo que segue reproduzido nos seus termos: “**1. Luís Gomes Firmino**, com os demais sinais de identificação nos autos, não se conformando com o Acórdão n.º 41/2019, de 31 de julho, através do qual o Venerando do Supremo Tribunal de Justiça indeferiu o seu pedido de habeas corpus n.º 40/2019, vem, ao abrigo do artigo 20º, n.º 1, alíneas a) e b), e n.º 2 da Constituição da República de Cabo Verde, interpor recurso de amparo contra aquele aresto, e, ao mesmo tempo, requerer que seja adotada medida provisória, nos termos dos artigos 11º e 14º da Lei n.º 109/IV/94, de 24 de outubro (doravante Lei do Amparo). Para tanto alega, no essencial, que: “1. Estando o recorrente em liberdade durante todo o desenrolar do processo comum ordinário, n.º 513/17, por sentença do Tribunal da Comarca do Sal, o mesmo foi condenado na pena de 13 anos de prisão, pela autoria de dois crimes:

de agressão sexual com penetração e um de arma;” 2. Não se conformando com a sentença condenatória a que se refere o parágrafo precedente, dela interpôs recurso para o Tribunal da Relação de Barlavento que, por duto acórdão n.º 134/18-19, confirmou a decisão recorrida; “3. Estranhamente, no dia 28 de junho do corrente ano, estando a entrada do serviço, já que é funcionário da Electra, foi surpreendido pelos Inspectores da Polícia Judiciária, que simplesmente comunicaram-lhe que estava detido a partir daquele momento, a ordem do Tribunal Judicial do Sal, fora de flagrante delito, a fim de cumprir uma pena de 13 anos de prisão; 4. Estupefacto, tendo em conta que não tinha conhecimento da decisão do Tribunal da Relação de Barlavento, tentou entrar em contacto com a sua advogada, não foi possível, porque, não foi autorizado pelos Inspetores da Polícia Judiciária, alegaram que tinham outras diligências; 5. Acontece que no momento da sua detenção, o recorrente não foi facultado, cópia do mandado da detenção fora de flagrante delito, muito menos, Acórdão do Tribunal da Relação de Barlavento, que confirmou a decisão recorrida do Tribunal a quo, a fim de tomar ciência do motivo da sua detenção e agir em conformidade; 6. Perante tal omissão, houve violação dos dispostos previstos, nos artigos 7 n.º 1 e 4, 142, 268, 269 e 270, todo[s] do Código Processo Penal; 7. Tendo em conta, que o recorrente, nunca foi notificado do duto acórdão do Tribunal da Relação de Barlavento, erroneamente o Tribunal Judicial da Comarca do Sal, ordenou a sua detenção para o cumprimento da pena; 8. Tal omissão afectou de forma grave, a vida do recorrente, ficando privado do seu direito fundamental, que é a Liberdade; 9. Ciente dos factos expostos, requereu um pedido de habeas corpus junto do Supremo Tribunal de Justiça, alegando, que não foi notificado pessoalmente do Acórdão do Tribunal da Relação de Barlavento, consequente, foi violado o seu direito de liberdade, contraditório e ampla defesa, direito do recurso, presunção de Inocência, art. 2, n.º 7, 30 n.º 1, 35 n.º 4, 6, 7 todos da CRCV, conjugado com artigo, 1º n.º 1, 5, 7 n.º 1 e 4, 142 n.º 1 e 2, 268, 269 e 270, todo[s] do Código Processo Penal; 10. Entretanto por Acórdão n.º 41 / 2019, o STJ indeferiu o requerimento, **mudando a sua jurisprudência, violando o princípio da igualdade (art. 24 CRCV), já que no outro caso (acórdão 32/19), também o recorrente não tinha sido notificado do acórdão,**” com base nos fundamentos que serão retomados mais adiante; “14. Sem margem de dúvida, o STJ, cingiu pelo caminho mais fácil e infeliz, “interpretação literal do disposto do artigo 142 do CPP”...“(...)”16. Regra é o arguido ser notificado de todas as decisões que lhe afete diretamente, que é o caso em concreto; 17. Não resta dúvida, que a não notificação do requerente do conteúdo do Acórdão do Tribunal de Relação de Barlavento, consubstância na violação de um direito fundamental, constitucionalmente salvaguardado, isto é, direito a liberdade, direito ao contraditório e ampla defesa, recurso, presunção de inocência, art. 2, n.º 1, 30 n.º 1, 35 n.º 1, 6, 7 todos da CRCV, conjugado com artigo, 1º n.º 1, 5, 7 n.º 1 e 4, 77º n. 1 b) e h), 142 n.º 1 e 2, 268, 269 e 270, todo[s] do Código Processo Penal; 18. Constituíam nulidade insanáveis e devem ser oficiosamente declaradas em qualquer fase do procedimento, “Obrigatoriedade de presença ou intervenção do arguido e/ou do seu defensor em acto processual” cfr. art. 151º d) da CPP”; 19. O recorrente é o maior interessado processual, qualquer decisão desfavorável, afeta-o, diretamente, não o seu defensor, art. 77 n. 1 al. h) CPP.

20. A omissão do acto de notificação ao recorrente do Acórdão da TRB, e a sua consequente prisão, constitui uma violabilidade do direito ao recurso, constitucionalmente consagrado, no seu art. 35º n.º 1 e 7.” 21. Solicitou ainda que seja adotada medida provisória, incidente esse que será apreciado mais adiante. 22. Termina o seu arrazoado, formulando os seguintes pedidos:

- “Ser admitido, por ser legalmente admissível, nos termos do art.º 20.º, n.º 1 e 2, CRCV;

- Seja decretado medida provisória, restituindo o recorrente [à] liberdade.

- Decidir sobre violação de direito liberdade e garantias, concretamente direito de liberdade, contraditório e ampla defesa, direito do recurso e presunção de inocência, art. 2, n.º 1, 30 n.º 1, 35 n.º 1, 6, 7 todos da CRCV, conjugado com artigo, 1º n.º 1, 5, 7 n.º 1 e 4, 142 n.º 1 e 2, 268, 269 e 270, todo[s] do Código Processo Penal, e consequentemente restabelecer os direitos, liberdades e garantias fundamentais violados;

- Ser julgado procedente e, consequentemente, revogado o Acórdão 41 / 2019, do Supremo Tribunal de Justiça, com as legais consequências;

- Ser oficiado ao SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA para juntar aos presentes autos a certidão de todo o processo de providência de Habeas Corpus n.º 41/2019;”

Nessa mesma sessão decidiu-se pela decretação da medida provisória requerida pelo Senhor Luís Firmino, conforme se verteu para o supracitado aresto desta Corte.

2. Na sequência, o processo conheceu a seguinte tramitação:

2.1. Por sorteio foi distribuído ao JC Pina Delgado que, assim, assumiu a sua relatoria;

2.2. No exercício desse múnus, despachou no dia 18 de outubro no sentido de se notificar seguidamente e sem a necessidade de se exarar novo despacho a entidade recorrida o Ministério Público.

2.3. A primeira alta entidade judiciária optou por não responder e a segunda apostou o seu visto sem promover a 28 de novembro.

2.4. No dia 6 de dezembro, o Juiz Relator submeteu projeto de acórdão, requerendo, em simultâneo, marcação de sessão de julgamento nos termos da Lei do Amparo, a qual veio a ser marcada a 19 de dezembro para o dia 27 do mesmo mês.

2.5. Realizou-se neste dia, com a presença do advogado do recorrente e membros do público, não tendo marcado presença o Ministério Público.

2.6. Depois de aberta a sessão pelo Presidente e de o Relato ter emitido o seu voto nos termos do projeto de acórdão distribuído, interveio o 2º Adjunto, Venerando JC Aristides R. Lima, que mostrou a sua concordância com a proposta de encaminhamento e sublinhou que se trata de uma questão que dada a especial força dos direitos, liberdades e garantias impõe uma leitura não positivista dos textos legais, ainda que se confronte com interpretações mais tradicionalistas. Por sua vez, o JP Pinto Semedo, enfatizou a relevância do direito ao amparo para a solução desta questão, pois se o cidadão não for notificado não poderá recorrer ao Tribunal Constitucional, os princípios do número 7 do artigo 35, das quais infere um direito do arguido a ser notificado de tais decisões, rejeitando igualmente uma perspectiva de interpretação que não leva em conta a facilidade com que na atualidade se podem proceder às comunicações judiciais.

2.7. Apurado o resultado, o Relator apresentou o acórdão com o teor abaixo depois das habituais arbitragens com os demais juízes.

## II. Fundamentação

1. Com vista à delimitação do presente pedido de amparo constitucional ora dirigido a esta Corte, verifica-se que

o recorrente na verdade impugna conduta da Egrégia Suprema Corte de Justiça, que considera não ser ilegal uma prisão em casos em que um arguido por não ter sido notificado pessoalmente de decisão confirmativa da sentença da Primeira Instância que o condenou na pena de 13 anos de prisão pelo Tribunal da Relação de Barlavento, não recorre, produzindo-se, no seu entender, o trânsito em julgado desse aresto.

1.1. Não parece a este Tribunal que se tenha de escrutinar outras condutas, nomeadamente eventual comportamento violador do direito a não se ser discriminado decorrente do facto alegado pelo recorrente de que, em outra situação similar, o órgão recorrido se terá pronunciado no sentido de que seria mister que o arguido fosse notificado pessoalmente do acórdão do tribunal superior, ao passo que no seu caso considerou que tal notificação pessoal não seria necessária, bastando apenas a dirigida à sua defensora. É que tal conduta não foi impugnada, nem o recorrente apresentou a eventual decisão em que a egrégia corte recorrida teria adotado tal entendimento.

1.2. Conforme o recorrente, a conduta praticada pela Relação de Barlavento e confirmada pelo Supremo Tribunal de Justiça viola certas posições jurídicas fundamentais que elenca como sendo os direitos à liberdade, ao contraditório e à ampla defesa, ao recurso e à presunção da inocência, dos quais seria titular.

Como já foi afluído diversas vezes em vários arestos do Tribunal Constitucional as garantias ao contraditório e à ampla defesa, ao recurso e à presunção da inocência em processo criminal têm uma densidade protetora específica e especial porque estão associadas à liberdade sobre o corpo, um dos mais elementares direitos da pessoa humana, pelo que violando qualquer deles coloca-se em causa as posições jurídicas essenciais que dele decorrem.

Este seria um motivo suficiente para se começar o escrutínio dirigido primeiramente à análise sobre eventual violação daqueles direitos, deixando a liberdade sobre o corpo para o fim, mas não é o único. A notificação ou a falta dela está intimamente relacionada às garantias de defesa do arguido, nomeadamente com o direito ao contraditório e à ampla defesa e o direito ao recurso. A razão desta ligação é relativamente clara. Não haverá recurso, muito menos contraditório ou defesa, se o arguido não tiver conhecimento de eventuais decisões tomadas contra si, pelo que um sistema que não previsse a sua notificação pessoal de decisões que lhe dizem respeito seria um sistema iníquo, sem qualquer respeito pelo *due process of law* e pelos direitos, liberdades e garantias dos arguidos.

2. Assim, a primeira questão a ser respondida por este Tribunal prende-se a se saber se **a não notificação pessoal ao arguido/recorrente do acórdão do Tribunal da Relação de Barlavento que confirmou a pena de 13 anos de prisão aplicada pela sentença da Primeira Instância, notificado apenas à sua defensora, viola o seu direito ao contraditório e à ampla defesa e o direito ao recurso?**

2.1. O recorrente entende que sim. Conforme fundamenta, o facto de não ter sido notificado da decisão condenatória do Tribunal da Relação de Barlavento, embora ao que parece a sua mandatária tenha sido notificada, impediu-o de exercer o contraditório e o seu direito ao recurso.

Já a Egrégia Corte Recorrida tem entendimento diverso, pois considera que não existe nenhuma obrigatoriedade legal de notificação aos arguidos das decisões dos tribunais superiores, uma vez que, caso fosse essa a intenção do legislador, tê-lo-ia dito expressamente, no entanto apenas se referindo à sentença, pelo que a notificação

dos acórdãos seguiria a regra geral, ou seja, sendo feita apenas na pessoa do mandatário. Nas palavras do órgão recorrido: *“No fundo, pretende o requerente que se dê acolhimento a uma interpretação do art. 142º n.º 2 do CPP que imporia a notificação pessoal ao arguido dos Acórdãos dos Tribunais superiores em todas as circunstâncias. Mas não lhe assiste razão, conforme passaremos a demonstrar. Efectivamente, a regra que se extrai do citado dispositivo legal é a de que nela não se incluem os acórdãos dos Tribunais Superiores pois que, se o legislador assim o quisesse, tê-lo-ia dito expressamente, tanto mais que o disposto no n.º 2 é uma excepção ao n.º 1, que dispõe que a notificação ao arguido poderá ser feita ao defensor ou advogado. Donde resulta que, em regra, o arguido é notificado dos acórdãos dos tribunais superiores na pessoa do seu mandatário ou defensor. Isso para dizer que, transcrito de forma isolada, o excerto em referência não exprime a verdadeira ratio decidendi da citada decisão deste Supremo Tribunal. Na verdade, depois de ter feito a observação que o arguido reproduz, o entendimento do STJ é condensado nos seguintes termos: “[...] (...Deste modo, uma interpretação conforme à Constituição, e de modo se preservar os direitos de defesa do arguido, na vertente do direito ao recurso, impõe que, nestes casos, (sublinhado nosso) em que o primitivo defensor ou mandatário do arguido não tenha sido notificado do acórdão proferido pelo Tribunal de recurso, a notificação se faça na pessoa do arguido, de modo a que fique a conhecer o conteúdo da decisão condenatória e não seja surpreendido com a ordem de cumprimento da pena, sobremaneira quando se trata, como é o caso, de pena privativa da liberdade”. Resulta assim bem delimitado, e isento de dúvidas, o campo de aplicação da doutrina do acórdão citado pelo impetrante: estando o arguido representado por advogado constituído, mas não tendo este sido, por qualquer razão, notificado do acórdão do Tribunal de recurso, impõe-se a notificação pessoal dessa decisão ao próprio arguido.] No caso em apreço, a mandatária do arguido foi notificada quer do Acórdão da Relação, quer da baixa do processo ao Tribunal recorrido, pelo que se cumpriu a imposição que resulta da lei quanto à notificação desse aresto ao arguido, sem que tivesse havido qualquer reacção. Deste modo, a decisão tem-se por transitada em julgado. Não se verifica, pois, a alegada ilegalidade da prisão, fundamento do habeas corpus, uma vez que o arguido se encontra preso em cumprimento de uma pena derivada de uma decisão transitada em julgado. Pelos fundamentos expostos, acordam os Juizes do Supremo Tribunal de Justiça em indeferir o pedido, por falta de fundamento bastante”.*

Portanto, o que o Tribunal deverá responder é se é constitucionalmente exigido por imposição das garantias de defesa do arguido que o mesmo seja notificado pessoalmente das decisões dos tribunais de recurso, além da notificação ao seu advogado, conforme defende o recorrente, ou se, pelo contrário, não é exigível a sua notificação pessoal dessas decisões, bastando que elas sejam comunicadas ao seu advogado ou defensor, consoante entende o órgão recorrido. Isso, para efeitos estritos de verificar se a interpretação feita pelo tribunal recorrido vulnera aqueles direitos concretos, não se mostrando necessário verificar se outros seriam também lesados.

Note-se que a relevância desse duplo ónus comunicativo já tinha sido destacado no âmbito do *Acórdão 38/2019, de 19 de Dezembro, Basta v. CNE*, sobre a aplicação de coima por não apresentação de contas eleitorais, Relator J.C. Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 6, 20 de janeiro de 2020, pp. 88-106, quando se asseverou que *“É verdade que o Regime Jurídico Geral das Contraordenações, estipula de forma alternativa que “as notificações serão dirigidas ao arguido ou ao seu representante legal, quando este exista, bem como ao defensor escolhido, e cuja procuração conste dos autos ou ao defensor nomeado”. Porém, a norma não pode ser aplicada*

*enquanto tal por ser neste momento inconstitucional em razão da revisão constitucional de 2010 que estendeu a aplicação de certas garantias processuais básicas a qualquer processo sancionatório, pois permite aceção hermenêutica natural de que o arguido pode não receber comunicação direta de decisão de aplicação de coima, como também o seu defensor poderá não a receber, desde que se a dirija, à escolha da entidade decisória, a um ou ao outro, quiçá esperando a comunicação entre si. Todavia, tal alternativa é insuficientemente garantística das garantias de defesa, de recurso e ao due process porque não salvaguarda as situações já descritas em que o arguido fica à mercê da vontade e do cuidado do seu advogado, nem os casos em que ele recebe comunicação e, sem o devido aconselhamento profissional, desconhece os procedimentos ou encaminha erradamente a sua defesa”.*

2.2. A questão suscita dúvidas hermenêuticas, na medida em que, primeiro, da análise da Constituição não se obtém uma resposta expressa. Como, aliás, é de se esperar, pois não é finalidade de leis fundamentais resolver esse tipo de questão em específico. Segundo, que a norma relevante do Código de Processo Penal, pode suscitar dúvidas razoáveis e fundadas ao intérprete, porquanto admite sentidos normativos diferentes.

2.2.1. As disposições normativas relevantes são as transpostas para os números 1 e 2 do artigo 142, cuja formulação normativa foi construída nos seguintes termos: “1. A notificação a arguido, assistente ou parte civil poderá ser feita, pelos meios previstos neste Código, ao respectivo defensor ou advogado. 2. Ressalva-se a notificação da acusação, do despacho de pronúncia ou não-pronúncia, ou despachos materialmente equivalentes, do despacho que designa dia de julgamento, da sentença, bem como de despacho relativo à aplicação de medida de coacção pessoal ou de garantia patrimonial ou à dedução de pedido de indemnização civil, a qual deverá ser feita pessoalmente e igualmente ao mandatário”.

2.2.2. O problema relacionado a essa questão é que o número 2 elenca um conjunto de decisões cujo regime de notificação foge à regra estipulada pelo número 1 no sentido de que elas, em princípio, são feitas na pessoa do advogado ou defensor, sem necessidade de o ser também na pessoa do arguido.

O motivo porque as decisões elencadas no número 2 têm um regime diferente tem essencialmente a ver com o peso que essas decisões têm sobre os direitos do arguido, especialmente os seus direitos de defesa que, se forem violados, podem colocar em cheque a sua própria liberdade sobre o corpo, pelo que o legislador não se contenta apenas com a notificação ao advogado em tais casos. Antes exige que elas sejam também feitas pessoalmente ao arguido, pois são de sua titularidade – e não do advogado – os direitos que podem ser violados e é ele e não o seu mandatário judicial quem deve ter a última palavra a respeito da impugnação de eventuais decisões desfavoráveis ou não. Naturalmente, justificando-se por este mesmo motivo, mas conforme uma dimensão complementar, que também o mandatário seja notificado para que o arguido não fique colocado numa situação em que recebe uma comunicação judicial e não saiba, por ausência de auxílio profissional, como manejar corretamente os mecanismos de tutela previstos pela lei.

2.2.3. Assim, a escolha normativa vertida para o número 2 do artigo 142 não é um mero capricho do legislador ordinário, mas sim uma determinação dos direitos de defesa do arguido, onde se incluem além do contraditório e da ampla defesa, também o direito ao recurso, que poderão objetivamente ser debilitados caso tais decisões não sejam notificadas pessoalmente ao arguido, mesmo que o tenham sido ao seu mandatário.

Por exemplo, por imposição daqueles direitos, a sentença, ainda que tenha sido notificada ao defensor, tem necessariamente que o ser pessoalmente também ao arguido. E isto independentemente dos deveres funcionais e deontológicos que o advogado tem como profissional para com o arguido no sentido de lhe transmitir todas as eventuais notificações de decisões havidas no decurso do processo que patrocina em seu nome, para que o mesmo possa concertar com ele a melhor forma de o defender.

Precisamente porque até antes dos deveres que o mandatário tem para com o seu constituinte cuja preterição poderá resultar na violação de deveres deontológicos e gerar responsabilidade disciplinar ou até civil, existem deveres que o próprio Estado possui, nomeadamente os de garantir o exercício do contraditório, da defesa e do recurso. Caso por algum motivo o advogado ou defensor não comunique determinada decisão ao arguido este fica objetivamente impossibilitado de exercer aqueles direitos fundamentais, suportando um ónus constitucionalmente ilegítimo. Estar-se-ia, por conseguinte, perante vulneração de proteção conferida pelo direito, precisamente porque a eventual responsabilização disciplinar, mesmo quando funcionasse, não seria suficiente para compensar os riscos que os arguidos ficariam expostos em casos de incúria, desinteresse ou até de juízos morais dos seus próprios mandatários constituídos – mais ainda quando são externamente indicados no âmbito da assistência judiciária –, sobretudo em casos socialmente impactantes, que envolvem crimes graves cometidos contra pessoas indefesas em sociedades pequenas como a nossa.

2.2.4. Daí a lei consagrar essa exigência constitucional de determinar que certas decisões, concretamente a acusação, o despacho de pronúncia ou não-pronúncia, ou despachos materialmente equivalentes, o despacho que designa dia de julgamento, a sentença, bem como o despacho relativo à aplicação de medida de coacção pessoal ou de garantia patrimonial ou a dedução de pedido de indemnização civil, devam ser pessoalmente notificadas ao arguido, além é claro de também o serem ao mandatário.

2.3. Portanto, relativamente à obrigatoriedade de notificação pessoal dessas decisões ao arguido não existem dúvidas de todo, pois a lei é taxativa em dizê-lo. O problema prende-se essencialmente com as decisões dos tribunais superiores, especialmente quando são desfavoráveis aos arguidos. É um problema exatamente porque já sabemos que terminologicamente essas decisões são chamadas de acórdãos por imposição do número 2 do artigo 149 do Código de Processo Civil, segundo o qual “as decisões colegiais têm a designação de acórdãos”, e, embora materialmente considerados, não divirjam muito da sentença, não parece que o legislador ordinário as tenha consagrado expressamente entre as decisões cuja notificação obrigatoriamente deve ser feita, além de ao advogado ou defensor, também na pessoa do arguido.

2.3.1. Entretanto, também não se afigura evidente que o legislador ordinário as tenha expressamente subtraído do leque legal, porque, pela sua grande similitude material com a sentença, não seria irracional se as equiparasse a esta decisão, garantindo-lhes o mesmo regime. Agora, caso assim não fosse e o legislador não tivesse deixado qualquer margem de manobra, manifestando claramente a intenção de que os acórdãos não precisam de ser pessoalmente notificados ao arguido, seria um problema normativo que, como já aforado em algumas decisões, não deve ser resolvido em sede de recurso de amparo, mas sim em processo de sindicância de normas, mormente o recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade.

2.3.2. Como ficou assente na última decisão em que o Tribunal se pronunciou sobre o assunto, concretamente no Acórdão nº 27/2018, de 20 de dezembro, *Judy Ike Hills*

v. *STJ*, sobre violação de garantia de inviolabilidade de domicílio, de correspondência e de telecomunicações e de garantia da presunção da inocência na sua dimensão de *in dubio pro reo*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 11, 31 de janeiro de 2019, pp. 146-178/para. 5.10., remetendo para a restante jurisprudência, “5.10. (...) o Tribunal já se pronunciou em vários arestos que no escrutínio de amparo que se deve aplicar à conduta do órgão recorrido o que se deve fazer é averiguar se no caso concreto este levou na sua operação hermenêutica em devida consideração os direitos, liberdades e garantias do recorrente, pelo que o Tribunal na hipótese de responder positivamente recusará o amparo, concedendo-o, entretanto, em caso negativo (v. Acórdão nº 8/2018, de 25 de abril, Arlindo Teixeira v. *STJ*, Rel: JC José Pina Delgado, *Boletim Oficial*, I Série, nº 88, 28 de dezembro de 2018, pp. 11-21/para. 12). No entanto, casos existem em que a única interpretação possível das normas aplicáveis à situação concreta leva a uma situação de desconsideração dessas posições jurídicas fundamentais. Nesse tipo de caso, não se pode imputar a conduta ao Tribunal judicial, na medida em que o mesmo fez a única interpretação possível e aplicou-a à situação concreta (Acórdão nº 11/2017, de 22 de junho, Maria de Lurdes v. *STJ*, Rel: JC José Pina Delgado, *Boletim Oficial*, I Série, nº 42, 21 de julho de 2017, pp. 933-950/para. 2.3.5, e Acórdão nº 22/2018, de 11 de outubro, Martiniano v. *STJ*, Rel: JC José Pina Delgado, *Boletim Oficial*, I Série, nº 76, 22 de dezembro de 2018, pp. 1824-1835/para. 5. e 6)”.

2.3.3. Todavia não é esta a situação. A legislação processual penal cabo-verdiana não é clara neste particular. A nível ordinário quer uma quer outra interpretação é defensável e, se não tivessem que ver com direitos, liberdades e garantias, não caberia a esta Corte tecer considerações sobre a hermenêutica do tribunal recorrido, pois faltaria-lhe a competência para tal.

Entretanto, é possível que essa operação interpretativa tenha efeitos sobre direitos, liberdades e garantias, designadamente sobre as já referidas garantias ao contraditório, à ampla defesa e ao recurso. E, com efeito, não se descarta a possibilidade desses efeitos serem ilegítimos e constitucionalmente insuportáveis, daí a legitimidade de o Tribunal Constitucional conhecer a questão, eventualmente concedendo o amparo caso considere que houve violação de posição jurídica subjetiva fundamental do recorrente.

Não porque se deva tratar da dimensão específica que não tenha natureza constitucional, nomeadamente o modo como se comunica uma decisão judicial para efeitos de conhecimento e eventual ação. Isto é, se isto é feito através de uma notificação ordenada por um juiz, se o é pela secretaria, através de oficial judicial, etc., ou se, alternativamente, por qualquer outro meio que um sistema jurídico processual pudesse engendrar. Mas sim porque na sua base existe um efeito desses direitos no sentido de que uma decisão judicial deve ser forçosamente comunicada aos titulares dos direitos para que eles autonomamente e em concertação com quem os represente possam delinear estratégias de ação desde que existentes.

2.3.4. A similitude material entre o acórdão e a sentença é grande, uma vez que, geralmente, são decisões finais que esgotam o poder jurisdicional do tribunal que os tiver proferido, ressalvadas as possibilidades limitadas de intervenção pós-decisória previstas pela lei. Pelo que o conhecimento do conteúdo dos mesmos por parte do arguido é essencial, para que o mesmo possa proceder conforme lhe aprouver, nomeadamente impugnando-os perante os mesmos tribunais ou perante órgãos judiciais superiores ou especiais, organizando desta forma a sua defesa ou contraditando os argumentos neles previstos. Relativamente à sentença é pacífico que a transmissão do

seu sentido e inteiro teor ao arguido tem que ser feita na sua pessoa, o mesmo não se podendo dizer da notificação do acórdão, que pode gerar mais dúvidas ainda.

2.3.5. O que leva a perguntar pelas razões que justificariam que a notificação do acórdão fosse diferente da notificação da sentença que conduziria ao entendimento de que ao inserir a expressão “sentença” o legislador somente pretendia referir-se às decisões de órgãos judiciais singulares.

Possivelmente o facto de, como regra, o acórdão ser a decisão de um tribunal superior que geralmente põe fim ao processo, em princípio não admitindo recurso ordinário ou limitando o seu âmbito, enquanto que a sentença admite um conjunto de impugnações ordinárias, pois o arguido ainda teria ao seu dispor um conjunto de medidas que poderia adotar com vista a fazer valer os seus direitos.

Outro motivo poderia estar relacionado ao facto de que, como regra, a presença do arguido nos julgamentos realizados nos tribunais superiores não é obrigatória, como acontece nos julgamentos em primeira instância, pelo que seria sempre mais fácil a notificação pessoal da sentença do que do acórdão, contentando-se nesse caso a lei apenas com a notificação ao advogado que se encontre presente.

Um terceiro argumento iria no sentido de que haveria um ónus a suportar pelo Estado que teria que notificar o arguido de decisões dos tribunais superiores, muitas vezes em lugar diverso do local em que se situa o tribunal, como neste caso em que o tribunal tem sede em Mindelo e o recorrente tem residência fixada na Ilha do Sal, pelo que seria mais fácil que o próprio advogado ou defensor se encarregasse de comunicar tais decisões ao seu constituinte.

Fora essas questões, o acórdão, em princípio, possui as mesmas características e gera os mesmos efeitos do que a sentença e as duas categorias de decisões colocam em cheque nos mesmos termos as posições jurídicas referenciadas.

Portanto a questão relevante aqui é saber se esses argumentos seriam suficientes para legitimar um regime diferente, no sentido de não se obrigar que a notificação dos acórdãos seja feita pessoalmente na pessoa do arguido, mas apenas em seu mandatário.

2.3.6. O primeiro fundamento só seria parcialmente válido se se o pensar relativamente ao Supremo Tribunal de Justiça, o último na hierarquia dos tribunais ordinários, aquele com a palavra final no que toca à interpretação do direito ordinário, pois, em tese, um acórdão de uma Relação ainda seria passível de impugnação ordinária junto à Egrégia Suprema Corte de Justiça, pelo que, quanto a isso, essa situação não divergiria de modo significativo da que seria gerada por uma sentença.

Além do mais, mesmo os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça (ou já agora os da Relação se não for possível recorrer ordinariamente) podem ser objeto de reação processual, extraordinariamente perante o próprio ou o que é mais comum através de arguições de nulidade, havendo casos não desprezíveis que envolvem questões jusfundamentais no sentido lato. Assim, abrindo a possibilidade de o poderem ainda ser perante o Tribunal Constitucional, quer através do recurso de fiscalização concreta quer através do recurso de amparo, como aconteceu com a presente queixa constitucional.

Finalmente, que por força do conceito de acórdão adotado pelo Código de Processo Civil, o qual abarca qualquer decisão de um tribunal coletivo, e de existirem Tribunais Coletivos de primeira instância que geram acórdãos, a levar às últimas consequências o argumento literal de que se o legislador tivesse essa intenção o teria consagrado

expressamente, as decisões de primeira instância desses órgãos judiciais também não teriam de ser notificadas pessoalmente aos arguidos.

Por conseguinte, não se vê neste aspeto qualquer diferença substancial entre as duas decisões, de tal sorte que houvesse uma finalidade legítima que legitimasse uma limitação àquelas posições jurídicas fundamentais.

Aliás, neste particular a conduta não só seria violadora dos direitos elencados, mas — embora isso não seja determinante para o caso — também do próprio direito ao amparo, na medida em que se, objetivamente, o arguido não tiver conhecimento de decisão de tribunal superior, porque não foi notificado pessoalmente e o mandatário resolveu por algum motivo não o informar, não poderia requerer amparo ao Tribunal Constitucional, vindo, portanto, essa sua posição jurídica completamente esvaziada.

Que o recurso de amparo é um direito, liberdade e garantia, ou pelo menos um direito análogo a que se deve estender o mesmo regime de proteção não existem dúvidas, tendo o Tribunal já assentado esse entendimento em diversas ocasiões.

Este reconhecimento foi tratado especialmente por meio do *Acórdão nº 27/2019, de 9 de agosto, Ayo Abel Obire v. STJ*, sobre violação da liberdade sobre o corpo e da garantia de não se ser mantido em prisão preventiva por mais de trinta e seis meses, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 100, 26 de setembro de 2019, pp. 1596-1608/para.3.2.3, que remetendo para uma outra decisão, (*Acórdão nº 24/2018, de 13 de novembro, Alexandre Borges v. STJ*, sobre violação dos direitos ao contraditório, de audiência e de defesa em processo criminal, a processo justo e equitativo, da liberdade sobre o corpo e da garantia de presunção da inocência e do direito a não se ser discriminado, Rel: JC Pina Delgado, *Boletim Oficial*, I Série, nº 88, 28 de dezembro de 2018, pp. 1824-1835/para. 3.3.5.) asseverou que “3.2.3. Além de ser obviamente um recurso, é um recurso que não tem nada de extraordinário; é simplesmente um recurso constitucional, como o é o de fiscalização concreta da constitucionalidade, bastas vezes classificado com um recurso pela Constituição (Artigo 281: “Cabe recurso para o Tribunal, das decisões (...)”); artigo 282: “Podem recorrer para o Tribunal Constitucional (...)”) e pela Lei do Tribunal Constitucional, definindo-se, de modo natural, o mesmo efeito sobre o trânsito em julgado que, com base em interpretação que se fosse acolhida violaria a Lei Fundamental, se negaria ao recurso de amparo. Logo, este que, mais do que um mecanismo objetivo de proteção da Constituição ou dos direitos, é ele próprio um direito subjetivo fundamental, como o Tribunal tem vindo a considerar, nomeadamente no citado *Acórdão 24/2018, de 13 de novembro, Rel: JC Pina Delgado, Alexandre Borges v. STJ, 3.3.5.*, quando assentou que “em Cabo Verde não se esgota nisso. No nosso caso, sendo direito em si considerado, o direito ao amparo e as posições jurídicas fundamentais que dele emergem, nomeadamente de poder pedir a tutela de direitos, liberdades e garantias ao Tribunal Constitucional[1] lesados por qualquer poder público, no caso do judicial depois de não ter obtido proteção perante os próprios tribunais, e obtê-la através de decisão dotada de eficácia prática e simbólica, pode também ser protegido por via de um amparo, já que também, por motivos já discutidos em alguns momentos por este Tribunal, nomeadamente em sede de votos individuais, apesar de não ser estruturalmente direito, liberdade ou garantia, goza, até por maioria de razão de proteção do regime de direitos, liberdades e garantias e, como tal, também é amparável”. Eficácia que deve ser assegurada sob pena de se violar o próprio direito subjetivo ao amparo”.

E, portanto, a não ser que exista um outro fundamento a ser avaliado em segmentos posteriores deste acórdão, essa justificação não seria suficiente para se operar essa limitação

ao direito de amparo. Seria de todo desproporcional, pois careceria de finalidade legítima neste aspeto particular.

2.3.7. O que fundamenta a não comparência do arguido nos julgamentos dos tribunais superiores relaciona-se com o facto de que nestes tribunais a regra é **que** os julgamentos só versam matéria de direito, a não ser nos casos de renovação de prova, o que permite a dispensa da presença do arguido, bastando para o efeito que o seu advogado marque presença. Entretanto, isto já não fundamenta a sua não notificação pessoal de acórdão, ainda que este decida apenas sobre questão de direito, uma vez que se a decisão lhe for desfavorável atinge os seus direitos na mesma medida e intensidade que a sentença. Pelo que neste aspeto também, não se compreende a razão de serem tratadas diferenciadamente, no sentido de se limitar os direitos quando se trata de acórdão e garantir maior proteção se for sentença.

2.3.8. Em relação à terceira razão, não deixa de ser verdade que existiria um ónus por parte do Estado que teria de notificar o arguido pessoalmente das decisões dos tribunais superiores, o que implicaria em gastos e custos adicionais e que seria mais prático e rápido que o ónus de notificação impendesse sobre o próprio advogado ou defensor do arguido. Entretanto, o que resta saber é se esta finalidade ainda que fundada, legitimaria uma afetação a esses direitos.

Não parece a este Tribunal. Ainda que se lograsse contornar as condições previstas pelo número 4 e primeira parte do número 5 do artigo 17, o que se afigura difícil porque em muitas situações colocaria o próprio núcleo essencial em causa, pois não seria possível o exercício desses direitos, em situação em que o advogado não impugna e não comunica ao arguido para que o mesmo possa reagir, não passaria pelo requisito da proporcionalidade, pois mesmo que fosse idónea não seria nunca adequada ou equilibrada (na justa medida). Tratar-se-ia de desvio de garantia insuportável à luz desse parâmetro porque haveria sempre meios menos restritivos disponíveis e sobretudo porque a finalidade do Estado de reduzir custos com o sistema de justiça, acelerar a velocidade do processo, promovendo uma modalidade mais célere e segura de comunicação pessoal, imporiam um sacrifício excessivo às garantias mencionadas do arguido.

O Tribunal tem entendido que os direitos, liberdades e garantias em princípio não são absolutos, podendo perfeitamente ser limitados, mormente por via da sua restrição. Entretanto, cumprindo certas condições, assim como ficou assente numa das últimas decisões em que foi chamado a se pronunciar sobre a questão (*Acórdão nº 29/2019, de 30 de julho, Arlindo Teixeira vs. STJ*, referente à norma prevista pelo número 1 do artigo 2 da Lei nº 84/VI/2005, referente ao princípio da realização de audiências públicas nos tribunais e da garantia de audiência pública em processo criminal, bem como as garantias a um processo equitativo, ao contraditório e à ampla defesa, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 100, 26 de setembro de 2019, pp. 1618-1653/para. 7.2.), deixando claro que “Trata-se de uma questão que o Tribunal tem sempre discutido e que gira à volta da possibilidade ou não de se limitar os direitos, liberdades e garantias. O Constitucional tem considerado que seriam raríssimas as situações em que um direito, liberdade e garantia não poderia ser afetado, pendendo, portanto, no sentido de acolher a ideia de que essas posições jurídicas teriam um carácter relativo, podendo ser limitados, especialmente pela via da restrição, quando determinadas condições estiverem preenchidas, máxime as previstas pelos números 4 e 5 do artigo 17 da Constituição da República. E concretamente, face aos direitos ora sob escrutínio, já tinha cogitado esta possibilidade, tendo no caso *Alexandre Borges v. STJ, Acórdão nº 24/2018,*

de 13 de novembro, Rel: JC Pina Delgado, considerado que “não se deve nunca descurar o facto de que esses direitos, embora tenham a proteção reforçada que a Constituição reserva aos direitos, liberdades e garantias, não são isentos a afetações, o que pode ser materializado, desde que respeitados os pressupostos e requisitos para tal, essencialmente os previstos nos números 4 e 5 do artigo 17, que este tribunal já teve a oportunidade de considerar em alguns acórdãos (Acórdão nº 7/2016, de 2 de abril, Fiscalização Sucessiva da Constitucionalidade do nº 2 do artigo 9 da lei 90/VII/2011, Relator: JC Pina Delgado, Boletim Oficial I Série nº 35, 10 de maio 2016, pp. 1224-1251/ p. 1247; Acórdão nº 13/2016, de 7 de julho, Fiscalização Sucessiva da Constitucionalidade de certas normas do Código Eleitoral, Relator: JC Pina Delgado, Boletim Oficial I Série, nº 43, 27 de julho 2016, pp. 1421.1479/p. 1433 e ss; Acórdão nº 10/2018, de 3 de maio, Joaquim Wenceslau Carvalho v. STJ, Relator: JP Pinto Semedo, Boletim Oficial I série, nº 35, 6 de junho 2018, pp. 869-884/p. 877 e ss; Acórdão nº 15/2017, de 26 de junho, INPS v. STJ, Relator: JC Pina Delgado, Boletim Oficial I série, nº 35 de 6 de junho 2018, pp. 844-856/p. 855), nomeadamente classificando os seus atos violadores (nulidades insanáveis, nulidades sanáveis ou meras irregularidades) ou impondo prazos para a sua impugnação”.

E relativamente ao princípio da proporcionalidade, desde a decisão tomada pelo Acórdão nº 7/2016, de 2 de abril, Fiscalização Sucessiva da Constitucionalidade do nº 2 do artigo 9 da lei 90/VII/2011, Relator: JC Pina Delgado, tem afirmado que o teste passa necessariamente pela verificação dos três subprincípios da adequação, da necessidade e da justa medida, estipulando que “A – A adequação da medida depende de um juízo de racionalidade do qual resulte uma conexão entre a finalidade por ela pretendida e a afetação concreta ao direito, no sentido de haver suscetibilidade de ser meio que pode materializá-la, ou como sustenta a jurisprudência constitucional cabo-verdiana, ter capacidade para “transformar a realidade jurídica e material no sentido de alcançar o fim proposto” (Ibid., p. 35), não cabendo ao julgador fazer juízos sobre medidas preferenciais no seu entendimento ou endossar o raciocínio do legislador, sufragando a tese da neutralidade relativa do teste de adequação adotada pelo Parecer nº 1/2015 (ibid.). (...) B – A necessidade da medida depende de esta ser o meio menos afetante ao direito que o legislador poderia utilizar para atingir a mesma finalidade legítima que se propôs, o que deve resultar da comparação entre o meio utilizado e outros meios hipoteticamente disponíveis. Naturalmente, havendo meio menos afetante que também permitisse atingir tal finalidade seria este que deveria ser escolhido, havendo vários menos afetantes, o que atingir de forma menos intensa o direito; mas, ainda assim, permita a realização da finalidade legítima é que deve ser escolhido, importando, naturalmente, reter que o princípio da necessidade não obriga a escolher qualquer meio menos afetante, mas o menos que permita atingir a finalidade legítima, caso contrário seria meio inócuo que não passaria pelo teste de adequação. [e] C – Por fim, a proporcionalidade em sentido restrito ajuíza-se avaliando se o legislador logrou, por via da sua ponderação abstrata, encontrar um equilíbrio, uma relação própria, constitucionalmente aceitável, entre os benefícios relacionados ao bem jurídico que pretende preservar ou concretizar, no caso concreto as finalidades públicas supramencionadas, e o sacrifício que impõe ao direito com a norma restritiva. O que se deve avaliar são os efeitos da própria operação sobre o direito à luz da concretização do bem jurídico que a justifica, não podendo ser aceites resultados que ataquem excessivamente o direito.”

Por conseguinte, as duas situações são extremamente idênticas para serem tratadas de forma tão diferente. E, se não é mero capricho do legislador que a sentença seja

notificada pessoalmente ao arguido para que o mesmo se possa defender, mas sim uma imposição constitucional, o é igualmente a necessidade constitucional de comunicação pessoal ao principal interessado – por ser ele o titular do direito – de acórdãos de um tribunal superior com as mesmas características e ainda passíveis de recurso ordinário, extraordinário, especial ou reclamação, sobretudo se, como ocorre neste caso, sendo uma decisão final de instância intermédia do sistema cabo-verdiano de tribunais, portanto de um tribunal da relação, poderia caber, em princípio, até recurso ordinário.

Isso também para se evitar que arguidos em processo crime possam acusar as autoridades de promoverem situações como a que consta dos autos, em que se diz que os agentes da Polícia Judiciária comunicam que a pessoa está detida sem que apresentem o mandado de detenção. Portanto, a ser verdade, não muito longe de um Josef K. ilhéu que depois de receber uma ordem de detenção através da fórmula “O senhor (...) está detido” e perguntar “Mas então porque?” recebe a paradigmática explicação de que “Não fomos encarregados de lho dizer” (Franz Kafka, *Der Prozess/O Processo*, trad. port., Alfragide, Leya, 2009, p. 11).

Assim, a não notificação pessoal do arguido de acórdão de tribunal superior que decide recurso incidente sobre decisão condenatória e ainda sujeito a recurso ordinário como é o caso, ainda que seja notificado o defensor, viola os direitos ao contraditório e à ampla defesa, o direito ao recurso, o direito de amparo e, em consequência, o direito à liberdade sobre o corpo.

Aliás, a grande probabilidade de o presente pedido de amparo ter êxito já havia sido afluída em duas decisões de admissibilidade: na decisão que decretou adoção de medidas provisórias ordenando a soltura dos Senhores Leny Martins e Fernando Varela, num caso em que também os recorrentes não haviam sido notificados pessoalmente da decisão condenatória de tribunal superior, decidido pelo Acórdão nº 28/2019, de 16 de agosto, Rel: JP Pinto Semedo, publicado no Boletim Oficial, I Série, nº 100, 26 de setembro, pp. 1609-1618/para. 3.4, e na própria decisão que admitiu o presente pedido de amparo constitucional, tomada pelo Acórdão nº 33/2019, de 10 de outubro, Rel: JP Pinto Semedo, publicado no Boletim Oficial, I Série, nº 110, 29 de outubro de 2019, pp. 1796-1803/para. 3.4.

Conforme ficou estabelecido no primeiro aresto mencionado: “3.4. Além disso, a forte probabilidade de existência do direito é uma outra circunstância que deve ser considerada. É certo que Tribunal Constitucional não considera que a aplicação da medida provisória tenha como pressuposto a possibilidade séria da existência da violação do direito, mas não deixa de ser uma razão ponderosa a beneficiar o pedido de decretação da medida. Os recorrentes alegam que se encontram em prisão preventiva há trinta e oito meses, por entenderem que o acórdão que admitiu o recurso de amparo n.º 14/2019 impediu o trânsito em julgado do Acórdão n.º 39/2019, que, alegadamente, não lhes foi notificado pessoalmente. Por conseguinte, quando, no dia 12 de abril de 2019, tomaram conhecimento do despacho em que se reiterou que já tinham sido notificados, embora não tendo sido pessoalmente notificados, consideraram que não foi reparada a alegada omissão de notificação pessoal, o que, para os recorrentes, configura violação do princípio do contraditório. Essa questão dos efeitos da interposição do recurso de amparo sobre o conceito de caso julgado e seu impacto no regime de prisão preventiva, foi especificamente tratada no Acórdão 24/2018, de 13 de novembro, publicado na I Série do Boletim Oficial, n.º 88, de 28 de dezembro de 2018, tendo sido fixado o seguinte entendimento: “Portanto, as decisões dos tribunais sobre direitos, liberdades e garantias fundamentais só passam em julgado se não

forem objeto de recurso para o Tribunal Constitucional e tendo o sido, transitam em julgado após a decisão desta instância. Assim sendo, no entender desta Corte, qualquer recurso dessa natureza tem o condão de impedir o trânsito em julgado relativamente à decisão impugnada, não se podendo endossar, sem embargo do reconhecimento de todo o esforço de fundamentação empreendido, a tese adotada pelo Supremo Tribunal de Justiça.” No recente Acórdão n.º 27/2019, de 09 de agosto, votado por unanimidade, o qual já se encontra disponível no [www.tribunalconstitucional.cv](http://www.tribunalconstitucional.cv), reiterou-se o entendimento “de que haveria, no fundo, um efeito de desproteção da posição jurídica que o titular de um direito ao amparo pode contar precisamente porque, nos termos da interpretação que se considera incompatível com a garantia de presunção da inocência dos arguidos, haveria um efeito de esvaziamento tanto simbólico, como prático, do recurso de amparo, já que, ainda que interposto imediatamente a seguir ao suposto ato lesivo, portanto estando na mesma cadeia temporal dos demais recursos, é colocado perante uma decisão que por si só levaria o peso da sua própria definitividade e estabilidade. Não é o que o sistema, a Lei Fundamental ou a lei ordinária, determinam. Por conseguinte, reitera-se que sendo interposto um recurso de amparo não se pode constituir qualquer caso julgado parcial, nem muito menos haverá, nos limites da conduta impugnada pelo recorrente em amparo, trânsito em julgado de decisão impugnada. Pelos fundamentos utilizados, a parte impugnada que transita em julgado, ou seja, o não trânsito em julgado da decisão estaria relacionado com o próprio âmbito do recurso de amparo. Assim, questões decididas pelo tribunal recorrido e não impugnadas em sede de amparo, estariam, em tese, definitivamente resolvidas, a menos que por alguma razão estivessem abrangidas direta ou indiretamente pelo âmbito do recurso de amparo. Pois, na verdade, até pode acontecer que determinada conduta não tenha sido impugnada, mas a questão pode não transitar em julgado se estiver lógica, natural ou funcionalmente abrangida pelo âmbito da conduta recorrida. Naturalmente, a impugnação de uma conduta central, mesmo que não esteja relacionada com o fundo da questão, poderia impedir o trânsito em julgado de uma questão, nomeadamente se os efeitos daquela irradiassem de tal forma nesta que obstassem o seu trânsito em julgado. Entretanto, fora dessas situações, por força do princípio da segurança jurídica, uma questão decidida e não impugnada, em sede de recurso de amparo, transita em julgado e se torna definitivamente estatuída. Porém, incidindo o pedido impugnatório sobre a própria conduta que conduz à privação da liberdade ou podendo gerar qualquer efeito a esse nível, a sua interposição obsta a que a decisão recorrida nesta parte adquira qualquer definitividade, impedindo efeitos sobre o estatuto jurídico-processual do arguido/recorrente. Naturalmente, caberá a todos os órgãos judiciais envolvidos na cadeia decisória, inclusivamente o Tribunal Constitucional, cuidarem para que sendo justificável manter-se a pessoa presa preventivamente, a decisão seja tomada dentro dos prazos previstos pela lei, sob pena de o interesse público que, circunstancial e excepcionalmente, justifica a sua colocação em tal estatuto limitador de direito tenha de ceder perante o direito em causa. E não é difícil, nem muito menos apto a causar qualquer transtorno estrutural ao sistema judicial cabo-verdiano, desde que se cumpra os prazos intercalares estabelecidos pelo Código de Processo Penal de manutenção de prisão preventiva e os decorrentes da Lei do Amparo e do Habeas Data, e se concretize devidamente a garantia de qualquer arguido ser julgado no mais curto espaço de tempo compatível com os direitos de defesa.” Veja-se, no mesmo sentido, o Acórdão n.º 9/2019, de 28 de fevereiro, proferido no âmbito do recurso de amparo n.º 05/2019, publicado na I Série do Boletim Oficial n.º 29, de 14 de março de 2019, em que é recorrente Judy Ike Hills e recorrido o Supremo Tribunal de Justiça, votado por unanimidade, tanto no que se refere à admissibilidade

como no que diz respeito à decretação da medida provisória, que se traduziu na libertação do recorrente. Não há dúvida que esses precedentes devem ser aplicados ao caso em análise. Há, no entanto, aspetos específicos deste processo que devem ser destacados. O presente recurso foi interposto na sequência da notificação do Acórdão n.º 24/2019, de 04 de julho, através do qual se admitiu o recurso de amparo n.º 14/2019, que impediu o trânsito em julgado do Acórdão n.º 39/2018, o qual, alegadamente, não foi notificado pessoalmente aos recorrentes, como determina o disposto no n.º 2 do artigo 141.º do CPP, tendo, na perspetiva deles, sido violado o seu direito fundamental ao contraditório. É certo que quando se admitiu aquele recurso de amparo, não ficou consignado que o motivo determinante tinha sido a verificação de uma forte probabilidade de a interpretação esposada pelo Supremo Tribunal relativamente à notificação de uma decisão condenatória aos recorrentes violar o direito ao contraditório por eles invocado. Pois, na fase da admissibilidade, o Tribunal abstém-se de ajuizar sobre o grau de probabilidade da violação do direito fundamental invocada pelos recorrentes, por ser matéria que deve ser apreciada na fase do mérito. O juízo sobre a forte probabilidade da verificação da violação do direito fundamental invocado é feito quando se requer a decretação de medidas provisórias, o que, manifestamente, não tinha ocorrido no âmbito do recurso n.º 14/2019, pelo facto de nessa altura não ter sido ainda ultrapassado o limite máximo de trinta e seis meses para a manutenção da prisão preventiva. Porém, no momento em que se aprecia o pedido de adoção da medida provisória não se pode deixar de trazer à colação a conduta adotada pelo Tribunal recorrido e que se traduziu na interpretação e aplicação do disposto no artigo 142.º do CPP, com o sentido que, provavelmente, o terá levado a considerar que seria suficiente a notificação dos mandatários, dispensando a notificação pessoal dos arguidos preventivamente presos, não obstante a ressalva constante do seu n.º 2: “Ressalva, no entanto, a notificação da acusação, do despacho de pronúncia ou não-pronúncia, ou despachos materialmente equivalentes, do despacho que designa dia de julgamento, da sentença, bem como de despacho relativo à aplicação de medida de coacção pessoal ou de garantia patrimonial ou à dedução de pedido de indemnização civil, a qual deverá ser feita pessoalmente e igualmente ao mandatário.” Pelo exposto, há forte probabilidade de a interpretação adotada pelo tribunal a quo ter violado a regra prevista no n.º 2 do artigo 142.º do Código de Processo Penal cuja violação é cominada com a nulidade insanável nos termos da alínea h) do artigo 151.º da Lei Processual Penal.”

E nesta última decisão que admitiu o presente pedido de amparo, o Tribunal teceu argumentos no seguinte sentido: “3.4. Além disso, a forte probabilidade de existência do direito é uma outra circunstância que deve ser considerada. É certo que Tribunal Constitucional não considera que a aplicação da medida provisória tenha como pressuposto a possibilidade séria da existência da violação do direito, mas não deixa de ser uma razão ponderosa a beneficiar o pedido de decretação da medida. O recorrente alega que se encontra em cumprimento de pena ao abrigo de uma decisão de que não foi pessoalmente notificado, em contravenção ao que dispõe a Constituição e o preceito processual penal que mencionou. Pois, no momento em que se lhe emitiu a voz de prisão e depois foi conduzido ao estabelecimento prisional onde se encontra a cumprir pena de prisão, aquele acórdão não podia ter sido considerado transitado em julgado, ou seja, não se podia executar uma decisão carente de força executiva por ser ainda passível de recurso. Há, no entanto, outros aspetos específicos deste processo que devem ser destacados. Se não há dúvida que a anterior mandatária que o representou até à prolação do Acórdão do Tribunal da Relação de Barlavento foi notificada do Acórdão n.º 134/18-19, bem como da baixa do processo ao Tribunal da Comarca do Sal, nada indica

que o conteúdo desse aresto tenha sido dado a conhecer ao recorrente, seja pelo Tribunal da Relação de Barlavento, seja pela sua própria mandatária. Um outro elemento importante que depõe a favor da alegação de que não teve conhecimento do Acórdão que confirmara a sua condenação é o facto do pedido de habeas corpus e o presente recurso de amparo terem sido subscritos por um outro advogado, sem que se possa dar por verificado qualquer contacto entre a anterior mandatária e o atual advogado do recorrente. Para que a notificação enquanto garantia do direito ao recurso previsto nos termos do n.º 7 do artigo 35.º da Lei fundamental seja conforme com as diretrizes que emanem dessa norma é necessário que o arguido tenha ciência dos atos a que se refere o n.º 2 do artigo 142.º do CPP, que se traduzem em decisões gravosas para a vida do mesmo e assim, conhecendo o seu conteúdo, seja através de algum tipo de notificação pessoal ou por quaisquer outros meios idóneos para tomar conhecimento dessas decisões, até por meio da sua mandatária constituída. A prova desse conhecimento mostra-se essencial, sem a qual, ainda, não se pode seguramente afirmar que a decisão com base na qual foi conduzido à prisão tenha transitado em julgado. No momento em que se aprecia o pedido de adoção da medida provisória não se pode deixar de trazer à colação a conduta adotada pelo Tribunal recorrido e que se traduziu na interpretação e aplicação do disposto no artigo 142.º do CPP, com o sentido que, provavelmente, o terá levado a considerar que seria suficiente a notificação da mandatária, dispensando a notificação pessoal do arguido, não obstante a ressalva constante do seu n.º 2: “Ressalva, no entanto, a notificação da acusação, do despacho de pronúncia ou não-pronúncia, ou despachos materialmente equivalentes, do despacho que designa dia de julgamento, da sentença, bem como de despacho relativo à aplicação de medida de coacção pessoal ou de garantia patrimonial ou à dedução de pedido de indemnização civil, a qual deverá ser feita pessoalmente e igualmente ao mandatário.” Pelo exposto, há forte probabilidade de a interpretação adotada pelo Tribunal a quo ter violado a regra prevista no n.º 2 do artigo 142.º do Código de Processo Penal cuja violação é cominada com a nulidade insanável nos termos da alínea h) do artigo 151.º da Lei Processual Penal. Aliás, como o recente Acórdão n.º 28/2019, de 16 de agosto, publicado na I Série do Boletim Oficial n.º 100, de 26 de setembro de 2019 decidiu. Sendo este caso, no essencial, similar ao tratado no acórdão suprarreferido, não se pode deixar de se aplicar o entendimento nele firmado. Na verdade, a conduta que se traduziu na alegada omissão de notificação pessoal do recorrente e que tem uma forte probabilidade de vir a ser considerada como violadora do direito ao contraditório, presunção de inocência, ampla defesa e direito ao recurso expressamente invocados pelo recorrente, não pode ser dissociada da alegada violação do direito à liberdade sobre o corpo, tendo em conta que o impetrante está a cumprir uma pena de prisão sem que se tenha a certeza sobre o trânsito em julgado do acórdão ao abrigo do qual se encontra privado desse direito fundamental, nomeadamente porque dele não foi notificado ou tomou conhecimento a tempo de poder interpor os respetivos recursos ordinários e constitucionais ainda cabíveis”.

2.4. Contudo, os efeitos dessa conclusão devem ser delimitados, porque o que interessa do ponto de vista constitucional é que um arguido titular de uma garantia de defesa em processo penal, de uma garantia de recurso em processo penal e de uma garantia a um processo justo e equitativo tomem conhecimento de uma decisão judicial impugnável ou passível de qualquer meio de reação. A forma concreta como o sistema jurídico ordinário o faz e as presunções que a este respeito acolhe desde que realizem esse fim são legítimas enquanto questões de mera legalidade. Assim, relevante é que o arguido tenha conhecimento da decisão contra ele proferida.

Esta é a exigência do contraditório, da ampla defesa, do direito ao recurso e do direito ao amparo. Se o arguido não

tiver tido o conhecimento de decisão do tribunal superior que confirma a sua condenação ou que decide matéria de notificação obrigatória nos termos do Código de Processo Penal, ainda que tal decisão tenha sido notificada ao seu mandatário – quer constituído quer nomeado – ele pode impugná-la, mesmo que o prazo para o fazer já tenha se esgotado com base numa definição do *dies a quo* na data de notificação do advogado. Entretanto, se por algum motivo, mesmo que não tenha sido notificado pessoalmente da decisão, o arguido vier a tomar conhecimento dela e nada fizer, nomeadamente chamando a atenção ao órgão responsável, solicitando a sua notificação pessoal ou mesmo impugnando a conduta através de recurso de amparo, no prazo de que dispunha para reagir antes que transite em julgado – consideradas eventuais suspensões ou interrupções – perde por preclusão o direito de impugnar a não notificação, embora tivesse a possibilidade de ser notificado pessoalmente da decisão.

A tomada de conhecimento da violação do direito não tem que ser direta e expressa, pode, perfeitamente, ser indireta, desde que se consiga averiguar que a comunicação se consumou. Por exemplo, se se consegue provar que o mandatário do arguido informou-lhe do conteúdo da decisão do tribunal superior – ónus que, entretanto, nunca deverá ser dele, mas deste órgão, pois é ele quem tinha o dever de o notificar pessoalmente de sua decisão e não o fez – mas mesmo assim ele não se dignou a reagir perante a não notificação pessoal, não se vê como assegurar que ele possa, passado o prazo para essa impugnação, requerer amparo de eventuais direitos, liberdades e garantias violados pela não notificação.

As situações em que o arguido deveria ter tomado o conhecimento não são difíceis de se conjeturar, nomeadamente em situação em que se encontra em prisão preventiva e o prazo expira e o mesmo não faz nada, ou em circunstância em que o recorrente estava em liberdade, mas é detido e conduzido à cadeia civil para cumprimento de pena.

Outros contextos permitiriam também presumir tomada de conhecimento, invertendo-se nestes casos específicos o ónus da prova. Seriam aqueles casos em que o arguido mantém o mesmo mandatário judicial, pois não parece crível que o mesmo não tivesse transmitido o conhecimento do conteúdo da decisão ao arguido.

Em todas estas situações ao tomar o conhecimento de que o seu direito foi violado, o arguido pode adotar as medidas necessárias com vista à sua reparação. Se não o faz dentro de um prazo razoável, que, por maioria da razão, seria o prazo de que dispunha para reagir antes que a decisão transitasse em julgado, perde o direito de o poder fazer.

No caso concreto, não há nada nos autos que contenha indicação de que antes do dia em que foi encaminhado por autoridades policiais para o estabelecimento prisional de alguma forma tenha tomado conhecimento da decisão condenatória, seja através de algum tipo de notificação pessoal ou até por meio da sua mandatária constituída ou que, por algum motivo, devesse ter tomado conhecimento. Seja como for, tal situação deveria sempre ser considerada pelo tribunal recorrido, a quem caberia o ónus de provar que o Senhor Luís Firmino de alguma forma tomou conhecimento, por exemplo porque foi informado pela advogada ou porque se lhe dirigiu algum tipo de comunicação nesse sentido. O facto é que nada com tal teor integra os presentes autos.

Assim, não se pode concluir que a decisão teria transitado em julgado, pois o prazo cujo transcurso permitiria que se produzisse tal efeito dependeria sempre do conhecimento pelo arguido da decisão condenatória e da sua opção ou letargia em relação à mesma. Portanto em situação em que, tendo informação a respeito de ato processual – a

decisão – incidente sobre os seus direitos, opta por não reagir dentro de um determinado prazo estabelecido pela lei, nomeadamente neste caso concreto em que por se tratar de aresto de Tribunal da Relação ainda cabia recurso ordinário.

Não se tendo, como é patente dos autos, consumado tal notificação, qualquer prazo recursal só pode começar a ser contado a partir do momento em que o arguido toma conhecimento da decisão condenatória. Neste caso, a partir do momento em que foi conduzido à cadeia para alegadamente cumprir pena. E considerando que houve interferência justificada em razão da colocação de providência de habeas corpus e de interposição de recurso de amparo somente contando a partir da notificação desta última decisão.

É este efeito que não se pode aceitar neste caso, de onde decorre a ilegalidade da sua manutenção em cativeiro, a qual deveria ter sido considerada pelo Tribunal recorrido quando analisou o pedido de habeas corpus. Pois não estando ele sujeito a nenhuma medida de coação privativa de liberdade e não podendo a decisão da Relação transitar em julgado sem se a comunicar ao arguido pessoalmente privaram-lhe da oportunidade de reagir processualmente, nomeadamente dirigindo imediatamente recurso ordinário ao Supremo Tribunal de Justiça, e, na sequência disso, explorando outras vias equiparadas junto a este mesmo órgão ou requerendo tutela desses direitos ao Tribunal Constitucional por meio de um dos meios especiais de impugnação da sua competência, o recurso de fiscalização concreta e o recurso de amparo.

Naturalmente, não porque a ele seja atribuível a conduta omissiva de não se notificar pessoalmente o arguido e ora recorrente, a qual só se pode ter como sendo da responsabilidade do Tribunal da Relação de Barlavento, ou sequer o despacho de condução à prisão assinado pela merífissima juíza comarcã. Mas sim porque perante a providência extraordinária de habeas corpus indeferiu o pedido com base em argumentação que por não encontrar qualquer desvio em relação àquela conduta, nomeadamente por também entender que os acórdãos de tribunais superiores não carecerem de notificação pessoal ao arguido, concluiu estar o recorrente em situação de cumprimento de pena.

Acolheu, deste modo, para efeitos de interpretação do conceito de prisão por facto que a lei não permite, um sentido da expressão sentença em contexto no qual seria possível, até em razão da aplicação do mesmo trecho às decisões adotadas por tribunais coletivos de primeira instância, adotar entendimento mais conforme aos direitos, liberdades e garantias subjacentes às disposições legais que aplica.

2.5. Por último, o recorrente afirma que a não notificação da decisão condenatória violou o seu direito à presunção da inocência, o que levaria à segunda questão que o Tribunal Constitucional teria que responder: **a não notificação pessoal ao arguido/recorrente do acórdão do Tribunal da Relação de Barlavento que confirmou a pena de 13 anos aplicada pela sentença da Primeira Instância, notificado apenas à sua defensora, viola o seu direito à presunção da inocência?**

A presunção da inocência é um dos princípios/direitos mais amplamente tratados pelo Tribunal Constitucional, tendo sido abordadas nas seguintes decisões: *Acórdão nº 29/2017, de 5 de dezembro, Ovídio de Pina v. STJ*, Rel: JC Aristides R. Lima, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 6, 1 de fevereiro de 2018, pp. 75-93/p. 83 e na *Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional de Cabo Verde*, Vol. IV, Praia, INCV, 2018 (2017), pp. 365-433 (parágrafo 23.3). *Acórdão nº 6/2018, de 22 de março, Adilson Danielson v. STJ*, Rel: JC Pina Delgado,

publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 21, 11 de abril de 2018, pp. 495-505 (parágrafos 5.2.1-5.2.3); *Acórdão nº 13/2018, de 7 de junho, Manuel Fonseca v. STJ*, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 49, 20 de julho de 2018, pp. 1277-1285/p. 1281 (parágrafo 4.); *Acórdão nº 20/2018, de 16 de outubro, Uchechukwu Vitus Ezeonwu e Chijioko Duru v. STJ*, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 68, 25 de outubro de 2018, pp. 1639-1648 (parágrafo 5.); *Acórdão nº 27/2018, de 20 de dezembro, Judy Ike Hills v. STJ*, Rel: JC Pina Delgado/para. 2.1.3.

Os *leading cases* do Tribunal Constitucional Cabo-Verdiano continuam sendo os casos *Ovídio de Pina v. STJ* e *Adilson Danielson v. STJ*. Na primeira decisão ficou assente que “*aqui está plasmado um princípio do direito processual penal que foi elevado à categoria de direito fundamental. A presunção de inocência do arguido traduz-se numa regra de tratamento a dispensar ao arguido ao longo do processo, conferindo-lhe um estatuto de sujeito livre que lhe permite ser tratado como inocente, não obstante a existência de medidas cautelares, as quais devem respeitar escrupulosamente o disposto no n.º 5 do artigo 17.º da CRCV. A presunção de inocência é uma garantia do direito à liberdade que emerge da dignidade da pessoa humana*” (*Acórdão nº 29/2017, de 5 de dezembro, Ovídio de Pina v. STJ*, Rel: JC Aristides R. Lima, para. 23.3.)

E na segunda que “*Havendo este direito fundamental co-originário ao Estado de Direito que adotamos entre nós e ao princípio da dignidade da pessoa humana, qualquer afetação que lhe atinja, nas hipóteses decorrentes dos números 2 e 3 do mesmo artigo, é sempre excecional e salvaguardada por um conjunto de garantias igualmente fundamentais dentre as quais desponta o princípio da presunção da inocência, sem o qual o Estado de Direito simplesmente não podia existir. Assim sendo, quando se diz que “todo o arguido presume-se inocente” está-se a sustentar que todo o arguido tem o direito a ser presumido inocente até que venha a ser julgado e condenado com decisão transitada em julgado. (...). Por conseguinte, está-se perante uma verdadeira garantia fundamental intimamente associada à liberdade sobre o corpo, a qual pode ser objeto de proteção por meio de recurso de amparo. Dela emerge uma posição jurídica subjetiva de acordo com a qual havendo dúvida sobre a culpa do arguido – uma base que poderia legitimar a privação da sua liberdade –, dever-se-á decidir em seu benefício*” (*Acórdão nº 6/2018, de 22 de março, Adilson Danielson v. STJ*, Rel: JC Pina Delgado, para. 5.2.1-5.2.3.)

Reiterando no último caso que, relativamente ao escrutínio que se deverá operar ao direito, “*O Tribunal Constitucional rejeita qualquer perspectiva com base na qual a determinação da dúvida que constitui pressuposto de decisão favorável ao arguido seja uma questão meramente subjetiva que, dependa, ao abrigo do princípio processual penal da livre apreciação da prova, exclusivamente de critérios interiores do próprio juiz, de onde resultaria uma consequência de insindicabilidade. Na verdade, como qualquer princípio e posição jurídica dele emergente, como entendemos ser o in dubio pro reo, este também integra elementos racionais e se ainda não é possível aceder à mente individual para se determinar a dúvida, isso é secundário porque os primeiros, até certo ponto, estão ao alcance do avaliador neutro, a partir de critérios lógicos, e são suscetíveis de escrutínio dentro dos limites recordados adiante. O Tribunal não considera que se pode extrair do princípio da livre apreciação da prova algum elemento subjetivável, ainda que, naturalmente, o seu percurso histórico denote que também o justifica preocupações com a posição jurídica do arguido, afastando-se qualquer noção pré-constituída e hierarquizada das provas como era usual fazer-se até ao século XIX. Mas, essencialmente, se deve à afirmação de uma garantia de liberdade do julgador que também*

*se relaciona à sua independência e porque se considera que o interesse público exige uma avaliação caso a caso de cada situação, com uma apreciação não constrangida das evidências apresentadas pelo acusador para provar a culpa do arguido em que o julgador pode usar a sua experiência, a sua prudência e o seu acesso imedia[d]o às mesmas para tirar as suas próprias conclusões e formar a sua convicção a respeito da culpa. Porém, se tal espaço se garante ao mesmo, ele não cria propriamente um território de arbitrariedade, insuscetível de valoração externa. Outrossim, criam-se mecanismos de controlo que passam primeiro pela obrigação de fundamentação da decisão judicial que se impõe de forma taxativa, firme e sempre com maior incidência quando esteja em jogo a possibilidade do exercício do chamado jus puniendi do Estado e a consequente afetação da liberdade natural das pessoas. Neste âmbito, o julgador demonstra a racionalidade e a razoabilidade do processo mental que utilizou para a formação da sua convicção à luz das provas que foram produzidas e a partir das quais determina a culpa de um arguido (...). A racionalidade se expressa dentro da moldura na qual a sua decisão se sustenta, no sentido de ser possível que não se tenha suscitado qualquer dúvida, mas já não fora da mesma, pois perante os elementos apresentados haveria no olhar de qualquer observador externo especializado um efeito de incerteza que determinaria o recurso ao princípio do in dubio pro reo. Sustentar o contrário seria, no fundo[,] esvaziar de qualquer normatividade o direito à presunção da inocência porque caberia, em exclusivo, ao próprio aplicador da lei determinar arbitrariamente o âmbito do direito, liberdade e garantia no caso concreto, sem que fosse possível qualquer escrutínio ancorado em critérios externos e gerais. É isto, naturalmente, contraria a Constituição, não só porque pode levar à violação de direitos, pois, em concreto, debilita-os acentuadamente, como até ultrapassa a margem de discricionariedade que se concede aos mesmos, atendendo que se o julgador deve julgar de acordo com a sua consciência, é conforme a sua consciência dentro da lei, por isto precede esta palavra em relação à outra na construção do artigo 222 da Lei Fundamental” (Id., para. 5.3.1.).*

Ao que parece, segundo a sua interpretação a garantia de presunção da inocência do recorrente terá sido beliscada porque não tendo sido notificado pessoalmente, a decisão não podia transitar em julgado. Logo, não estando sujeito a medida de coação de prisão preventiva e gozando de tal presunção ela foi vulnerada pelo órgão recorrido que não considerou que tal prisão era, para todos os efeitos, ilegal. Por causa disso, manteve o recorrente cumprindo pena de prisão quando na verdade não o poderia ter feito pois ainda não havia trânsito em julgado da decisão e ele continua sendo considerado inocente.

Para o Tribunal Constitucional tal violação é meramente subsequente, resultado da repercussão do pressuposto do qual o órgão recorrido partiu de acordo com o qual não sendo exigência legal a notificação pessoal de acórdãos de tribunais superiores e deixando o arguido transcorrer prazo de recurso que começa a contar da data de notificação do seu mandatário sem reagir a decisão transita em julgado e o seu estatuto deixa de ser de arguido e passa a ser de condenado.

Por conseguinte, a vulneração da garantia de presunção da inocência neste caso é, quando muito, indireta, sendo determinada em si pela interpretação que não considerou um sentido possível mais compatível com as garantias ao recurso, ao contraditório e à defesa do arguido em processo penal. Nestas circunstâncias não acrescenta nada à determinação que o Tribunal deve fazer e que se centra na lesão destas garantias, o que já concluiu.

3. Pese embora dever-se retirar todas as consequências das conclusões a que o Tribunal chegou neste processo de amparo, a definição do remédio adequado para proteger o direito vulnerado, queda-se pela declaração de violação,

pois em razão do deferimento de medida provisória que determinou a soltura imediata do recorrente outro é desnecessário.

### III. Decisão

Pelo exposto, os Juizes do Tribunal Constitucional reunidos em Plenário decidem que:

a) O Tribunal recorrido ao decidir que o recorrente não estava preso por facto pelo qual a lei não permite por entender que, mesmo sem que tenha sido pessoalmente notificado de acórdão de tribunal da relação, transcorre o prazo de recurso, determinando o seu termo a preclusão do direito e o início do cumprimento da pena, viola as garantias ao contraditório, à defesa e ao recurso.

b) Perante a soltura determinada pela medida provisória concedida nos autos, o remédio previsto pela alínea anterior é suficiente.

Registe, notifique e publique.

Praia, aos 27 de dezembro de 2019

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

Está Conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 24 de janeiro de 2020. — O Secretário, *João Borges*

### Cópia:

Do Parecer proferido nos Autos de **Apreciação Preventiva da Constitucionalidade n.º 1/2020**, requerida por Sua Excelência o **Presidente da República**, tendo por objeto as normas constantes dos artigos 2.º, n.º 2 e 3.º, n.ºs 1,4,5 e 6 do ato normativo que aprova as bases do contrato administrativo de concessão do direito de organizar e explorar jogos sociais, que foi remetido pelo Governo para promulgação como Decreto-Lei.

### Parecer n.º 1/2020

**(Relativo aos autos de Fiscalização Preventiva da Constitucionalidade n.º 1 de 2020, em que é requerente S.E. o Presidente da República e entidade produtora da norma o Governo de Cabo Verde)**

#### I. Relatório

1. Sua Excelência o Presidente da República, no exercício da sua competência prevista na alínea r) do n.º 1 do artigo 135.º e na alínea a) do n.º 1 do artigo da Constituição da República (CRCV), conjugados com o disposto na alínea b) do artigo 11.º, o n.º 1 do artigo 57.º e a alínea a) do artigo 63.º, todos da Lei n.º 56/VI/2005, de 28 de fevereiro, requereu a fiscalização preventiva da constitucionalidade das normas contidas no n.º 2 do artigo 2.º e nos números 1, 4, 5 e 6 do artigo 3.º do ato normativo remetido pelo Governo para promulgação como Decreto-Lei que aprova as bases do contrato administrativo de concessão do direito de organizar e explorar jogos sociais.

2. O pedido foi apresentado com os seguintes fundamentos:

#### A) ENQUADRAMENTO

2.1. *O Governo submeteu à apreciação do Presidente da República (PR), no dia 30 de dezembro de 2019, para a promulgação como Decreto-Lei (DL), o diploma que aprova as bases do contrato administrativo de concessão do direito de organizar e explorar jogos sociais.*

2.2. O DL foi elaborado à luz da Lei n.º 54/XI/2019, de 13 de maio (Lei), que definiu o regime geral dos jogos sociais.

2.3. O artigo 5.º da Lei estabelece o seguinte “1. O direito de promover a exploração de jogos sociais, ou um ou mais segmentos destes, é reservado ao Estado que concede a sua organização e exploração, em regime de exclusividade, para todo o território nacional, a uma pessoa coletiva de direito cabo-verdiano de fins não lucrativos, preferencialmente constituída por entidades nacionais ou estrangeiras de fins não lucrativos, e que prove dispor de meios financeiros, humanos e técnicos para a cabal exploração do jogo social, 2. A concessão prevista no número anterior, consta de contrato administrativo, devendo aos respetivas bases constar de decreto-lei”

2.4. Como se vê, a Lei não define o procedimento que deve ser adotado pelo Estado na atribuição da concessão de organização e exploração de jogos sociais.

2.5. Assim sendo, coloca-se seguinte questão: a não existência de uma norma que regule expressamente o modo de atribuição dessa concessão significa que o Estado tem total liberdade neste âmbito? Ou, pelo contrário, deverão ser lançados procedimentos concorrenciais para o efeito, atendendo aos comandos constitucionais pertinentes a que deve atender o próprio legislador ordinário?

2.6. Transcrevem-se na íntegra os artigos 2.º, 3.º e 4.º do DL, cujos textos são relevantes para a delimitação das questões ora submetidas à apreciação do Tribunal Constitucional:

#### Artigo 2º

##### Contrato de concessão

1. O direito de organizar e explorar jogos sociais, ou um ou mais segmentos destes em regime de exclusividade, e para todo o território nacional, é atribuído, nos termos da lei, a uma pessoa coletiva de direito cabo-verdiano de fins não lucrativos.

2. Sem prejuízo do disposto no número anterior, o direito de organizar e explorar os jogos sociais pode ser concedido diretamente a uma pessoa coletiva de direito cabo-verdiano de fins não lucrativos a selecionar de acordo com os critérios referidos no número 3 do artigo seguinte.

#### Artigo 3º

##### Procedimentos de seleção

1. O direito de organizar e explorar, nos termos da lei e do presente diploma, os jogos sociais é concedido mediante procedimento de seleção que se revelar mais adequado, em caso, ao interesse público à prossecução dos objetivos dos jogos sociais.

2. Para o procedimento de concurso público qualquer entidade que reúna os requisitos previstos na lei e nos demais documentos de procedimento pode apresentar proposta.

3. Para o procedimento de concurso limitado por prévia qualificação apenas as entidades qualificadas, após a apresentação da candidatura, são convidadas para apresentar proposta.

4. Para o procedimento de seleção de concurso restrito são convidadas para apresentar propostas o número de entidades, por forma a qua haja, pelo menos, três para serem avaliadas.

5. Sem prejuízo do disposto nos n.ºs 2,3 e 4, o Governo, através do membro de Governo responsável pela Presidência

do Conselho de Ministros, pode determinar que se proceda, para efeitos de escolha direta, à obtenção de proposta de entidade proponente de modalidades inovadoras, interessadas e vocacionadas para organizar e explorar jogos sociais nos termos da lei.

6. Para aplicação do disposto no número anterior, constituem critérios de seleção de entidades proponentes os seguintes:

a) A proposição de jogos sociais diferenciados dos existentes e capazes de mobilizar os cidadãos para o interesse de **apoiar causas, programas e projetos sociais, promotores da solidariedade e do empreendedorismo social;**

b) A prova de **meios financeiros, humanos e técnicos** para a cabal exploração dos jogos sociais;

c) A apresentação de um adequado **projeto inovador e estratégico**, com vista a promoção do crescimento dos jogos sociais e dinamização da economia solidária e social;

d) A capacidade para assegurar, enquanto concessionária, o **cumprimento de forma pontual e adequada das obrigações** que decorrem das bases;

e) **A ausência de condicionantes** jurídicas ou económico-financeiras da interessada para a organização e exploração dos jogos sociais nos termos que sejam considerados adequados para a salvaguarda dos interesses do Estado e para a prossecução dos objetivos dos jogos sociais;

f) A respetiva experiência de gestão e suporte técnico especializado na área dos jogos sociais;

g) A parceria internacional sólida que permita permanente inovação das ofertas dos jogos incentivadoras de apostas solidárias;

h) O histórico na construção de parceria com o Estado de Cabo Verde no sentido de dotar o País com jogos sociais inovadores e de carácter iminente solidário, indexando cada aposta à mobilização da comunidade para causas, programa ou projetos sociais;

i) Outras condições específicas adequadas que podem ser definidas por Resolução do Conselho de Ministros.

7. O processo de concessão direta pode ser concluído com a rejeição da totalidade das manifestações de interesses e propostas apresentadas, por se considerar que não satisfazem integralmente os critérios de seleção estabelecidos ou que não se encontram suficientemente garantida a concretização dos objetivos que lhes estão subjacentes, não havendo lugar à atribuição de qualquer indemnização ou compensação.

8. Os instrumentos jurídicos que concretizam a concessão direta devem ser celebrados no prazo que venha a ser fixado para o efeito.

9. Os demais procedimentos e/ou condições não especificados no presente artigo, são estabelecidos por Resolução do Conselho de Ministros.

#### Artigo 4º

##### Atribuição e exercício da concessão

1. A atribuição do direito de organizar e explorar os jogos sociais e a identificação da concessionária nos termos do presente diploma são feitas mediante Resolução do Conselho de Ministros, a qual aprova também a minuta

do contrato de concessão, de acordo com as presentes bases do contrato administrativo de concessão e com o regime geral dos jogos sociais, aprovado pela lei n.º 54/IX/2019, de 13 de maio.

2. O direito de organização e exploração dos jogos sociais é exercido em regime de exclusividade pela concessionária, e sempre no âmbito da Entidade Gestora dos Jogos Sociais a que se refere o artigo 6.º.”

2.7. Caso as normas em causa venham a vigorar na nossa ordem jurídica, o Governo escolherá o procedimento que considere adequado para a adjudicação do contrato administrativo em causa, podendo fazê-lo por via do concurso restrito ou de ajuste direto, neste último caso com observância dos critérios contidos no artigo 3.º/6 do DL.

2.8. O ajuste direto e o concurso restrito não são dotados de características concorrenciais já que o primeiro não é, por definição, um procedimento concorrencial (pois que através dele se materializa um vínculo negociado, direta e isoladamente, com uma entidade, e não em ambiente de competição entre concorrentes e propostas), e já que, no segundo, a potencial concorrência é fortemente restringida (promovendo-se um procedimento cingido a um pequeno grupo de empresas habilitadas, e não com a participação de todas as empresas habilitadas que tenham interesse em celebrar o contrato em causa).

2.9. O Presidente da República tem dúvidas sobre se as disposições que configuram procedimentos menos concorrenciais – o concurso restrito, e com especial intensidade o ajuste direto -, acolhidos no número 2 do artigo 2º e nos números 3 e 4 do artigo 3º do DL, são conformes com os comandos constitucionais pertinentes.

#### B) NORMAS CONSTITUCIONAIS RELEVANTES

2.10. De acordo com o número o artigo 91º/2/b) da CRCV, “o Estado e os demais poderes públicos garantem as condições de realização da democracia económica, assegurando (...) b) A igualdade de condições de estabelecimento e de atividade entre os agentes económicos e a sã concorrência”.

2.11. O artigo 240º/1 da CRCV estabelece o seguinte: “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 interesses legítimos dos cidadãos.”

2.12. Apesar de não se tratar de uma formulação específica nesse sentido, parece dever entender-se que, dos preceitos constitucionais transcritos, constantes dos artigos 91º/2/b) e 240º/1 da CRCV, se extraem normas que apontam no sentido de utilização preferencial de procedimentos concorrenciais no âmbito da contratação pública em geral, em detrimento de outros procedimentos que restringem ou anulam a concorrência.

2.13. Efetivamente, com a adoção de procedimentos concorrenciais, o mercado é estimulado, em regime de concorrência a oferecer à Administração Pública as melhores propostas relativamente ao objeto a contratar (prosseguindo-se, nessa medida, o interesse público).

2.14. E, por outro lado, os modelos procedimentais concorrenciais proporcionam iguais oportunidades aos privados habilitados a responder aos requisitos e exigências inerentes ao contrato que a Administração pública pretenda celebrar (assegurando-se, nessa medida, a promoção da democracia económica, da sã concorrência e o respeito pelos direitos e interesses legítimos das empresas potenciais candidatas).

2.15. É certo que por vezes o legislador ordinário opta por outras soluções em matéria de contratação pública,

entre outros o concurso restrito sem prévia qualificação e o ajuste direto. Mas nesses casos tais opções devem ser justificadas pela força prevalecente de outros princípios, como por exemplo a celeridade que deve nortear as contratações de baixo valor ou ditadas por situações de urgência, casos em que prossecução do interesse público não é compatível com os ritos e com a duração dos concursos públicos.

#### C) DOCTRINA

2.16. A doutrina portuguesa, tende como referência textos constitucionais similares aos vigentes no Ordenamento Jurídico Cabo-verdiano, formula entendimentos quanto à incidência de princípios constitucionais em matéria de contratação pública que importa ter em consideração no exame das questões ora submetidas ao Tribunal Constitucional.

2.17. O Professor Pedro Costa Gonçalves no seu livro “Direito dos Contratos Públicos” (2018, 2ª Edição, Volume I, Almedina), fundamenta as seguintes posições:

#### “6.3 – Direito português

O ordenamento jurídico português conta, desde o ano de 2008, com o Código dos Contratos Públicos.

Todavia, além do Código e de outra legislação relevante em matéria de contratos, importa referir que alguns dos mais importantes princípios da contratação pública se podem considerar derivados de princípios constitucionais aplicáveis em geral no âmbito da ação administrativa. Em especial, no plano das vinculações jurídico-constitucionais, ocupam um lugar de destaque o princípio da igualdade e, com este intimamente relacionado, o princípio da concorrência, na dimensão de igualdade concorrencial (*Wettbewerbgleichheit*), mas também o princípio da prossecução do interesse público, aqui essencialmente na sua dimensão de economicidade e de eficiência na aplicação e no gasto do dinheiro dos contribuintes (...)” (pág.55).

#### “45 – dilema na regulamentação da contratação pública: a tensão entre a proteção do interesse público financeiro e a proteção do interesse da concorrência

A consideração clássica da racionalidade económica como objetivo da regulamentação da contratação pública foi acima analisada na pura dimensão do interesse financeiro. Sucede, porém, que, desde cedo, se percebeu que a exigência de, por razões de proteção dos interesses financeiros das entidades adjudicantes, se determinar a adoção de procedimentos públicos e abertos às ofertas dos agentes económicos, também poderia ver-se perspetivada como uma resposta ao interesse económico dos agentes económicos em disputar o acesso ao contrato público. O conceito de «mercados públicos» (*marchés publics*) referencia precisamente esta dimensão de contratação pública: a possibilidade de celebrar contratos com o setor público passa a ser encarada como um aspeto do acesso ao mercado, como uma oportunidade de negócio para os agentes económicos, como o acesso a um ganho, a um benefício económico, que as regras da contratação pública, em articulação com o princípio geral da igualdade, também protegem. Portanto, ao exigir que o Estado Contratante adjudique contratos no mercado e, de forma aberta, aqui tenha de procurar a proposta economicamente mais vantajosa, o direito da contratação pública não tem o propósito único de proteger o interesse do Estado, pois o imperativo da igualdade de tratamento dos cidadãos determina que o cumprimento das regras daquele sistema também possa ser reclamado para proteção dos interesses particulares dos agentes económicos.

(...)

É de acordo com este sentido de princípio da concorrência (=igualdade entre os concorrentes) que se resolvem questões com potencial para provocar distorções na concorrência, como os «conflitos de interesses», a participação nos procedimentos de adjudicação, como concorrentes, de organismos participados pela entidade adjudicante, ou de empresas com relações de proximidade com a entidade adjudicante, por esta subsidiadas, ou informação privilegiada, por exemplo, obtida na preparação dos documentos do procedimento. (...).

*O princípio da concorrência representa um padrão ou fator de vinculação da atuação da entidade adjudicante, por força de considerações ligadas ao princípio da igualdade.*

*Impõe-se agora observar que a vinculação ao princípio da concorrência não advém apenas de uma relação instrumental com um princípio de igualdade, uma vez que parece indiscutível que a «mise en concurrence» se revela ainda um instrumento decisivo para a concretização da própria ideia de economicidade da contratação pública. (...)*

(...)

*Estamos em condições de concluir que, na contratação pública, o valor da concorrência surge como instrumento de concretização de dois princípios: o da igualdade de chances e de tratamento dos agentes económicos e a da economicidade da aplicação dos recursos públicos. Neste sentido preciso, parece-nos não haver lugar para uma antinomia entre concorrência e interesse público ou mesmo entre concorrência e interesse público financeiro. Em qualquer caso, o princípio impõe-se como um padrão ou um fator de vinculação da atuação das entidades adjudicantes, que as vincula a seguir o cânone da maior abertura possível à concorrência.*

*Sem o prejuízo da possibilidade da sua incidência sobre o decisor (órgãos da entidade adjudicante), a força normativa direta e imediata do princípio exerce-se fundamentalmente sobre o poder legislativo – é este que tem o encargo de estruturar um sistema jurídico da contratação imbuído da lógica concorrencial, nos termos analisados.*

*No desempenho desta tarefa, cabe à lei definir a medida certa da concretização do princípio concorrencial, tendo designadamente em consideração a exigência de ponderar e, em certos casos, de conferir primazia a outros valores de interesse público igualmente merecedores de tutela, como a celeridade e desritualização (que podem justificar procedimentos fechados, sem «mise en concurrence»), o favorecimento das pequenas empresas ou a te a preferência de produtos e serviços nacionais.” (páginas 323 a 328).*

2.18. O Professor Miguel Assis Raimundo, no seu livro “A Formação dos Contratos Públicos – uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público” (2013, AFDL), fundamenta as seguintes posições:

“3.2. Concorrência e contratação pública (pág. 371)

(...)

*Assim, na expressão impressiva de SCHOONER, pode dizer-se que promovemos a concorrência porque «acreditamos no poder do mercado», ou seja, acreditamos que ele produz bons resultados. A concorrência é vista como uma forma de obter a melhor equação possível entre as utilidades que a entidade adjudicante obtém e os recursos que disponibiliza. Este objetivo é partilhado entre todos aqueles que vão ao mercado procurar as suas utilidades: aí parece existir uma notória confluência dos*

*objetivos entre as entidades adjudicantes, os indivíduos e as empresas privadas. Pode afirmar-se que ao atuar assim, a administração não inova, designadamente às entidades privadas, limitando-se a seguir um princípio geral de boa administração. (pág. 372)*

(...)

*A prossecução de políticas secundárias não é o único aspeto da contratação pública com o qual a proteção da concorrência pode entrar em conflito. A concorrência demora tempo e tem custos (mesmo num quadro de contratação eletrónica), sendo por isso um constrangimento à eficiência, já que, como vimos a eficiência assenta tanto na rapidez de processos como na redução dos respetivos custos administrativos. Por outro lado, nem sempre a concorrência produz resultados satisfatórios, mesmos se estamos perante contratos suscetíveis de concorrência. Não há qualquer contradição nesta afirmação: como vemos adiante, o Direito da contratação pública prevê múltiplos casos que permitem uma atenuação ou mesmo exclusão da concorrência, em casos onde a lógica ou as regras da experiência revelam que ela seria improdutiva, ou que seria apenas extraordinariamente difícil de implementar de forma adequada, por exemplo porque não se consegue criar critérios claros de preferência entre diferentes propostas que possam surgir.*

*O que acabámos de dizer é crucial para a compreensão de que a concorrência não é nem pode ser prosseguida a todo o custo na contratação pública. A proteção da concorrência tem os limites que lhe são impostos pelos demais fins da contratação pública. Isto era assim, como vimos, mesmo no período por excelência onde se acreditava na força do mercado (na época do «estado liberal»); não há nenhuma razão válida para que não deva ser assim hoje. Deste modo, podemos aceitar que entre concorrência e conveniência existe uma relação instrumental: a primeira é protegida enquanto é funcional a segunda. Isto significa, por outro lado, que quando a concorrência não é suportada pela conveniência, designadamente quando os custos da concorrência excedem os ganhos de conveniência, é possível não se recorrer à contratação concorrencial.” (pág.377).*

“c) Proteção da concorrência e da igualdade de oportunidades e salvaguarda da liberdade de iniciativa económica privada.

*O Estado português assume como tarefa essencial em matéria de organização económica a promoção da concorrência efetiva entre os agentes económicos (cf. hoje o art. 81º/f) da CRP). Trata-se de mais uma opção constitucional com notórias consequências ao nível do sistema de contratação pública. Na verdade, o modelo da economia de mercado traz consigo, necessariamente, a promoção das condições para uma sã concorrência; a promoção de uma concorrência equilibrada entre os agentes económicos é a principal componente desse modelo económico. (...)*

*A proteção da concorrência assumida como tarefa do Estado não pode deixar de ter reflexo na relação entre Estado e mercado por meio de contrato. Seria contraditório, por exemplo, que o Estado assumisse as tarefas de prevenir a formação de monopólios – art. 81º/f) – cujos efeitos nefastos são conhecidos, quer para economia, quer para o princípio da subordinação do económico ou político, de incentivar a atividade empresarial, em particular das pequenas e médias empresas (arts. 86º/1 e 100º/d) CRP), e de promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento – at.81º/b) – e depois, quando contratasse com o mercado, deixasse essas tarefas ao abandono: a ação pública tem de ser integrada. Pelo contrário, deve considerar-se (como se viu na parte III do presente trabalho). Que uma função essencial dos*

sistemas de contratação pública é precisamente assegurar a concorrência efetiva, a igualdade de oportunidades e o incentivo às empresas privadas. As regras de contratação pública constituem um dos conjuntos normativos dirigidos à promoção da concorrência efetiva. (...) (págs. 551 a 552)

*“d) Princípios jurídicos da atividade administrativa*

Outra opção relevante diz respeito aos princípios jurídicos que do ponto de vista do legislador constituinte devem nortear a atuação da Administração Pública. Com efeito, ao consagrar, com esse sentido, os princípios da prossecução de interesse público, da igualdade, da imparcialidade, e da justiça (art. 266º da CRP) e também os princípios da fundamentação dos atos administrativos, do acesso a informação administrativa, do direito a participação na formação das decisões, da desburocratização e da eficiência do agir administrativo (arts. 267º, 81º/c) e 268º da CRP), o legislador constituinte causa necessariamente refrações específicas desses princípios em matéria pré-contratual, na medida em que, como nota PEREJO ALFONSO, «o recurso à contratação pública não supõe alteração do estatuto constitucional da Administração Pública». Tais princípios têm uma dupla incidência, sobre a Administração, **mas sobretudo sobre o legislador ordinário, que fica vinculado a regular a atividade pré-contratual da Administração de tal modo que esses princípios possam efetivamente ser cumpridos.**

O princípio da prossecução do interesse público (art. 266º/ da CRP) tem necessária influência na construção de um regime jurídico para a formação dos contratos públicos que seja apto a concretizar aquele que é um «momento teleológico necessário de qualquer atividade administrativa» (Gomes Canotilho/ Vital Moreira), que é o da sua sujeição às finalidades postas pela Constituição e pela lei; e na perspetiva mais fecunda, o princípio do interesse público está intrinsecamente ligado ao princípio democrático republicano, que implica uma ideia de serviço à coletividade. E logo no art. 266º/1 da CRP, pode dizer-se que emerge aquele que é o equilíbrio (para alguns como vimos, a ambiguidade) essencial do direito Administrativo: entre o interesse público e a proteção dos direitos particulares. A mais útil consequência da afirmação deste equilíbrio, em matéria de formação dos contratos públicos, será certamente a de prevenir o legislador ordinário de conformar o regime da contratação pública de tal modo que o mesmo seja excessivamente favorável ou desfavorável a qualquer um dos elementos essenciais da atividade administrativa: a tutela da posição de todos não pode sobrepor-se à tutela da legítima posição do indivíduo, mas o contrário é igualmente verdadeiro.” (págs. 553 e 554)

(Notas: não foram incluídas as notas de rodapé dos dois livros citados; os negritos correspondem a destaques ora introduzidos)

2.19. As posições do Professor Pedro Gonçalves e do Professor Miguel Assis Raimundo, expressas nos textos transcritos nos dois precedentes números, podem ser resumidas, no que releva para as questões delimitadas no presente requerimento, do seguinte modo:

(i) Os preceitos constitucionais que consagram a igualdade de oportunidades, a liberdade de iniciativa económica privada, e a boa prossecução do interesse público encerram, para o legislador ordinário, um comando no sentido da adoção prioritária de um sistema de contratação pública assente em procedimentos concorrenciais;

(ii) Tal comando não é de aplicação absoluta, podendo, em algumas áreas e situações, ser preteridas soluções concorrenciais;

(iii) De todo o modo, a adoção de procedimentos restritivos ou que eliminem a concorrência deve fundar-

se em outros princípios constitucionais relevantes, cuja força prevaleça. Em certas situações, sobre os supra invocados, como por exemplo no caso de existirem razões (concretas e atendíveis) de urgência, de contratações de baixo valor, e de implementação de políticas públicas (designadamente, favorecimento de empresas nacionais ou de pequenas empresas)

**D) O CÓDIGO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA**

2.20. O Código da Contratação pública (CCP) aprovada pela Lei nº 88/VIII/2005, de 14 de abril, reflete corretamente os comandos constitucionais a que nos reportamos no precedente título B).

2.21. O artigo 30º do CCP estabelece a escolha do procedimento em função do valor do contrato, nos seguintes termos (em resumo):

a) É permitida a adjudicação por ajuste direto de contratos de locação de bens móveis, de aquisições de bens móveis e de aquisição de serviços de valor inferior a 2 mil contos, e para empreitadas de valor inferior a 3,5 mil contos;

b) É permitida a adjudicação na sequência de concurso restrito de contrato de locação de bens móveis, de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços de valor igual ou superior a 3,5 mil contos e inferior a 10 mil contos;

c) É imposto o concurso público para adjudicação de contratos de locação de bens móveis, de aquisições de bens móveis e de aquisição de serviços de valor igual ou superior a 5 mil contos e empreitadas de valor igual ou superior a 10 mil contos.

2.22. Daqui se extrai que a adjudicação de contratos de maior valor é sempre sujeita a concurso público.

2.23. Por outro lado, o nº 5 de artigo 30º do CCP estabelece o seguinte: “para formação de contratos de concessão de obras públicas ou de concessão de serviços públicos, deve ser adotado o concurso público de duas fases ou concurso limitado por prévia qualificação”.

2.24. Isto significa que o CCP, tendo em conta o especial relevo dos contratos de concessão de obra pública e concessão de serviço público, refletido na sua dimensão, valor e duração impõe procedimentos que garantem o máximo grau de concorrência: o concurso público de duas fases ou concurso limitado por prévia qualificação.

2.25. Recordar-se a definição legal dois procedimentos, constante do artigo 29º do CCP: “3. No concurso público em duas fases os concorrentes apresentam, na primeira fase, proposta técnica inicial e, numa segunda fase, proposta técnica final e proposta financeira. 4. No concurso limitado por prévia qualificação apenas os candidatos qualificados, após a apresentação da candidatura, são convidados para apresentar proposta.”

2.26. Esses dois procedimentos são abertos, na sua fase inicial, a todos os concorrentes ou candidatos que reúnam as condições estabelecidas pela entidade adjudicante, previamente publicitadas nos termos previstos pelo CCP.

2.27. A escolha do procedimento em função de critérios materiais é regida pelos artigos 34º a 39º do CCP.

2.28. Esses preceitos legais acolhem um conjunto de critérios materiais que podem conduzir ao afastamento do concurso público (e de outros procedimentos de grau concorrencial máximo) e à escolha do concurso restrito ou de ajuste direto.

2.29. Nos termos do artigo 25º do CCP, o concurso público pode ser dispensado em razão da incidência de fatores relativos a segurança interna ou externa (nº1), ou em caso de cessação antecipada do contrato (nº2).

2.30. *De acordo com o artigo 38º do CCP, “independentemente do valor do contrato, é possível adotar o procedimento de concurso restrito quando no mercado nacional existe um número restrito de operadores capazes de oferecer o bem, serviço ou obra.”*

2.31. *Nesta hipótese, a entidade adjudicante tem de estar segura quanto à dimensão do mercado nacional para recorrer a este procedimento, sob pena de o mesmo poder ser impugnado por operadores nacionais que não tenham sido convidados.*

2.32. *O artigo 39º/1 estabelece um conjunto de critérios que podem justificar a celebração de contratos por ajuste direto independentemente do valor do contrato: urgência imperiosa e imprevisível [alínea a)], proteção de direitos exclusivos [alínea b)], concurso deserto [alínea c)], dação em pagamento [alínea d)], aquisição no âmbito de acordo quadro [alínea e)], aquisição complementares [alínea f) e g)], aquisição de serviços novos similares a outros já contratados [alínea h)].*

2.33. *Relativamente a todas essas situações existem razões de fundo que permitem justificar o recurso ao ajuste direto, sendo evidente a preocupação do CCP de as regulamentar devidamente.*

2.34. *Tendo presente as soluções legais aqui resumidas, conclui-se que o legislador ordinário previu no CCP o desvio relativamente aos procedimentos que permitem máxima concorrência (apenas) nos casos em que incidem razões de fundo que conduzem a opções diferentes, sempre na perspetiva da boa prossecução do interesse público.*

2.35. *A invocação do regime do CCP não tem na sua génese, como é bom salientar, qualquer ideia ou pressuposto de supremacia do CCP relativamente ao DL em apreciação, que, de facto, não existe.*

2.36. *Efetivamente, aplica-se aqui o princípio vertido no artigo 268º da CRCV, segundo o qual as leis, os decreto-legislativos e os decretos-leis têm o mesmo valor, já que o CCP não é dotado da qualidade de lei reforçada que pudesse ditar a supremacia do mesmo sobre legislação ulterior.*

2.37. *A análise das posições contidas no CCP, relativas à adjudicação de contratos públicos, teve e tem como objetivo apenas o de sublinhar o modo como foi assegurada, nesse código, a articulação entre os princípios da concorrência e da igualdade (que fundam o sistema) e outros princípios que, pela sua relevância e intensidade, fazem ceder os princípios da concorrência/igualdade em determinadas categorias de casos.*

2.38. *Verifica-se, da análise feita, que a regulação vertical no Código da Contratação Pública observa os princípios estruturantes da matéria consagrada na CRCV.*

2.39. *O presente requerimento submete ao Tribunal Constitucional a questão de saber se as normas do DL em exame são, também elas, conformes aos princípios constitucionais invocados.*

#### **E) AVALIAÇÃO DE CONFORMIDADE DOS PROCEDIMENTOS NÃO CONCORRENCIAIS PREVISTOS NO DL COM O REGIME CONSTITUCIONAL**

2.40. *Feito o enquadramento, a inventariação das disposições constitucionais cuja observância se pretende avaliar, a invocação de doutrina, e a análise do regime do CCP, estamos em condições de analisar as normas do DL em equação.*

2.41. *Como referido já em sede de enquadramento, de acordo com o regime constante do DL a concessão do direito de organizar e explorar jogos sociais será concretizada em momento ulterior, por decisão do Governo, mediante um dos seguintes procedimentos: concurso público, concurso*

*limitado por prévia qualificação, concurso restrito ou ajuste direto (artigo 2º/2 e 3º/1,2,3,4 e 5).*

2.42. *Relativamente ao ajuste direto, são vertidos no número 6 do artigo 6º os critérios a observar.*

2.43. *Constata-se, assim, que o DL acolhe no seu seio, como procedimentos passíveis de utilização no futuro pelo Governo para a adjudicação da concessão, o concurso restrito e o ajuste direto.*

2.44. *A questão básica, aqui se coloca, é o seguinte: que razão de interesse público poderão determinar a opção, para efeitos de adjudicação da concessão do direito de organizar e explorar jogos sociais, pelo concurso restrito ou ajuste direto, em que a concorrência é fortemente restringida (concurso restrito) ou nula (ajuste direto), em detrimento do concurso público ou concurso limitado com prévia qualificação?*

2.45. *Recorda-se, neste ponto, que acima defendemos que dos artigos 91º/2/b) e 240º/1 da CRCV é extraído o princípio de que o concurso público (ou outros procedimentos que asseguram a concorrência máxima, embora com outra feição, como sejam o concurso público em duas fases ou o concurso limitado por prévia qualificação) deve ser o procedimento - regra na contratação pública, e que a previsão, por parte do legislador ordinário, de outros procedimentos que limitem ou anulem a concorrência apenas é legítima se sustentada por outras razões válidas invocáveis em sede de prossecução do interesse público, (por exemplo, o reduzido valor do contrato em causa, ou a urgência na celebração do contrato).*

2.46. *Não apresentando o DL motivos que justifiquem o acolhimento de procedimentos não concorrenciais (ajuste direto), ou pouco concorrenciais (concurso restrito), está em causa a conformidade das normas constantes do número 2 do artigo 2º, e dos números 4,5, e 6 do artigo 3º com o princípio raiz constitucional invocado no precedente número deste Requerimento.*

2.47. *Sendo esta a abordagem geral das possíveis inconstitucionalidades que identificamos, segue a análise mais específica de aspetos particulares.*

#### **I. Natureza da concessionária**

2.48. *Preliminarmente, pergunta-se os preceitos constitucionais invocados, bem assim as orientações doutrinárias associadas, têm incidência sobre o DL, atendendo a que estão em causa normativos que regulam a atribuição do direito de organizar e explorar jogos a uma pessoa coletivas de direito cabo-verdiano de fins não lucrativos.*

2.49. *Será que o facto de a concessionária não ser uma empresa com fins lucrativos, mas sim uma entidade sem esses fins, subtrai o regime em análise do espectro de incidência dos princípios constitucionais supra invocados?*

2.50. *Não parece que assim seja.*

2.51. *O artigo 2º da Lei define os “jogos sociais” incluindo-se nesse conceito os concursos de apostas mútuas, os jogos sociais, os jogos solidários, a lotaria e a lotaria instantânea.*

2.52. *Como se sabe, tais jogos assumem uma importância significativa, e movimentam valores de enorme relevo.*

2.53. *De acordo com o nº 4 do artigo 16º da Lei, “os fundos consignados à concessionária destinam-se ao financiamento do seu programa social e, em percentagem a determinar em decreto-lei, para o seu funcionamento”.*

2.54. *A base X do DL, estabelece que “os resultados líquidos da exploração de jogos sociais são repartidos*

*pelo concedente e pela concessionária, na proporção de 51% e 49%, respetivamente”.*

2.55. *Face ao teor das normas aludidas nos precedentes números, conclui-se que, independentemente de a concessionária ser uma pessoa coletiva sem fins lucrativos, ser-lhe-ão consignados valores relevantes para o seu funcionamento e para o seu programa social.*

2.56. *Por conseguinte, é perfeitamente natural que existam potenciais candidatos interessados em celebrar com o Estado de Cabo Verde o contrato de concessão tendo como objectivo a angariação e a exploração de jogos sociais, com vista a prosseguir essa atividade.*

2.57. *Por outro lado, incidem aqui, com a mesma intensidade, as vantagens para o interesse público associadas à concorrência, invocadas supra neste requerimento.*

2.58. *De facto, independentemente de os procedimentos concorrenciais poderem ficar desertos, ou neles apresentar proposta apenas um concorrente, a verdade é que potencialmente o Estado beneficiará da concorrência e do estímulo ao mercado, na medida em que possam nesse âmbito surgir propostas melhores e/ou mais económicas, comparativamente com cenários pouco ou nada concorrenciais.*

II. *Justificação da adoção do ajuste directo com base nos critérios constante dos números 6º do DL.*

2.59. *Conforme referido acima, é prevista no DL a possibilidade de a organização e exploração de jogos sociais ser adjudicada mediante concurso restrito (artigo 3º/1,4) ou ajuste directo (artigo 2º/2 e 3º/1 e 5)*

2.60. *Relativamente ao ajuste directo, de acordo com o número 6 de artigo 3º, o recurso a esse procedimento fica sujeito aos critérios de selecção consignados nesse mesmo número.<sup>1</sup>*

2.61. *Na realidade, o número 6 do artigo do DL enuncia um conjunto de critérios de selecção, a considerar na hipótese de opção pelo ajuste direto.*

2.62. *Em primeiro lugar, a pergunta que se coloca é a seguinte: tais critérios justificam, de algum modo, o afastamento de procedimentos concorrenciais, e a opção por ajuste directo, que é um procedimento que por definição exclui a concorrência?*

2.63. *Feita a análise de cada um dos critérios constantes nas alíneas a) a h) do número 3 do artigo 3º do DL (Aqui há um lapso na remissão que deve ser feita para o nº 6 do artigo 3º), não se vislumbra que os mesmos sejam justificativos de ajuste directo, em detrimento de procedimentos de natureza concorrencial.*

2.64. *Por outras palavras, os critérios em causa poderiam (e deveriam, à luz dos comandos constitucionais invocados supra) ser adotados no seio de procedimentos de natureza concorrencial, não se percebendo a razão pela qual os mesmos devam motivar um ajuste direto.*

2.65. *Em segundo lugar, pergunta-se, sempre à luz dos documentos constitucionais de referência invocados supra, se o critério vertido na alínea h) “(...) o histórico na construção de parceria com o Estado de Cabo Verde no sentido de dotar o país com jogos sociais inovadores e de carácter eminentemente solidário “deve constituir um critério de adjudicação, mesmo no quadro de um procedimento concorrencial.*

2.66. *Parece ser duvidoso que “o histórico da relação de parceria com o Estado de Cabo Verde” no sector a que se reporta sesse diploma possa configurar uma vantagem para uma empresa concorrente perante outros concorrentes, mesmo*

*que tal critério fosse enunciado no quadro procedimentos concorrenciais, e não como fundamento de ajuste directo.*

2.67. *Isto porque podem existir outras entidades, no mercado, que, sem um “histórico de relação de parceria”, podem oferecer melhores condições para o estado de Cabo Verde, a vários níveis (experiência, “Know How”, geração de receitas, inovação, etc).*

III. *Os procedimentos não - concorrenciais como possibilidade de factura*

2.68. *Outro aspecto relevante, que merece ponderação neste âmbito, pretende-se com o facto de o diploma em análise não introduzir, directamente e com eficácia imediata, procedimentos poucos concorrenciais (ajuste directo), mas sim prever a possibilidade de os mesmos serem adoptados no futuro.*

2.69. *Efectivamente, conforme resulta dos artigos 2º,3º e 4º do DL, acima transcritos, a decisão quanto ao procedimento de selecção de pessoa colectiva de direito cabo-verdiano e de fins não lucrativos, a quem será atribuído o direito de organizar e explorar jogos sociais, é tomada mais tarde, tendo por referência o regime consignado no DL, sendo zero que se poderá recorrer, para o efeito, ao concurso público (artigo 3º/2), ao procedimento limitado por prévia qualificação (artigo 3º/4) e ao ajuste directo (artigos 2º/2 e 3º/5, 6).*

2.70. *Ainda que o concurso restrito e o ajuste directo, para efeitos de adjudicação do contrato administrativo em causa, sejam configurados como meras possibilidade (a par de outras), e não como soluções de eficácia imediata, a verdade é que se torna pertinente, mesmo nesse cenário, promover o conteúdo, nesta sede, da conformidade concorrencial das aludidas possibilidades.*

2.71. *De facto, se se concluir que não existe, no caso vertente, fundadas razões que conduzam ao afastamento de procedimentos concorrenciais, para que apontam os comandos contidos nos preceitos constitucionais invocados, então não deve ser permitida a adoção de procedimentos restritivos (concurso restritivo) ou que suprimam a concorrência (ajuste directo), ainda a título de mera possibilidade, que possa ser ulteriormente concretizadas por decisões do governo.*

2.72. *Assim sendo, admitindo-se que os procedimentos do concurso restritivo e ajuste directo (artigo 2º/2 e 3º/1,4,5 e 6 do DL) consubstanciam violação do disposto nos artigos 91º/2 b) e 240º/a) da CRCV, na medida em não se expostos fundamentos validos, numa perspectiva de prossecução do interesse público, que possam justificar o afastamento de modelos concorrenciais, então tal conclusão é válida e deve ser operacional (em matéria de controle de constitucionalidade) mesmo para solução eventuais, de concretização (futura) não garantida.*

3. *Finaliza, dizendo o seguinte : «Considerando as razões e os fundamentos ora expostos, o Presidente da República requer a este Tribunal, na sua qualidade de órgão máximo de administração de justiça em matéria jurídico-constitucional, a fiscalização preventiva da constitucionalidade das normas contidas nos artigos 2º/2, 3º/1,4,4,6 do DL cuja promulgação foi requerida ao PR, tendo por referência os dispositivos constantes dos artigos 91º/2/b e 240º/1 e, em última análise, do artigo 1.º/1 e 3 da CRCV. ».*

4. *O pedido deu entrada no Tribunal Constitucional no dia 07 de janeiro de 2020, tendo sido admitido pelo Venerando Juiz Conselheiro Presidente no dia 08 do mesmo mês, após ter verificado os pressupostos de admissibilidade, designadamente a competência do Tribunal, a legitimidade ativa do requerente a tempestividade e o objeto.*

5. *De seguida, ainda na mesma data, o Venerando Juiz Conselheiro Presidente, nos termos do artigo 60º da*

<sup>1</sup> O artigo 2º/2 do DL parece conter uma norma com o mesmo sentido, apesar do lapso quanto à remissão (deveria referir o nº 6 e não o 3).

LTC, procedeu à notificação do órgão produtor da norma, no caso o Governo, para se pronunciar sobre o pedido no prazo de três dias.

6. O Governo, através de S.E. o Primeiro Ministro, respondeu tempestivamente no dia 14, tendo concluído no seu pronunciamento que «os artigos 2º/2 e 3º/1, 4,5 e 6 do diploma em exame estão em perfeita harmonia com o ordenamento jurídico nacional; ... estão em conformidade com os artigos 91º/2/b e 240º/1, e em última análise, com o artigo 1º/1 e 3.

7. Na sequência, o processo foi distribuído por certeza ao Juiz Conselheiro Relator.

8. Este resolveu pedir à Assembleia Nacional elementos julgados importantes para enfrentar o desafio da fiscalização preventiva da constitucionalidade, designadamente os respeitantes à iniciativa legislativa que conduziu à aprovação da Lei nº 54/IX/2019, que define o regime jurídico geral dos jogos sociais e a ata respeitante à discussão e aprovação da mesma, tendo o Parlamento enviado a proposta de lei e, na falta da ata, o registo áudio da apresentação e discussão da referida iniciativa legislativa.

9. O Juiz Conselheiro Relator entregou o Memorando às 8 horas da manhã do dia 15 de janeiro, tendo proposto as perguntas a serem respondidas pelo Tribunal.

10. No dia 23 de janeiro foi discutido e aprovado o memorando, tendo o coletivo definido as questões e orientações para a elaboração do projeto de acórdão, nos termos da lei processual competente.

## II. Fundamentação

1. O Tribunal entendeu, antes de mais, responder a uma questão prévia suscitada pelo facto de o ilustre requerente manifestar dúvidas de constitucionalidade quanto à norma do nº 2 do artigo 2º que determina que, sem prejuízo do disposto no nº1 do artigo 2º do Decreto-Lei ora sindicado, que consagra que o direito de organizar e explorar os jogos sociais pode ser concedido diretamente a uma pessoa coletiva de direito cabo-verdiano de fins não lucrativos a selecionar de acordo com os critérios referidos no número 3 do artigo 3º do mesmo Decreto-Lei. Note-se que parece tratar-se de um lapso a referência a nº 3. Entende-se que esta referência deve ser feita ao nº 6 do mesmo artigo, como parece lógico.

2. Convém notar, ainda, antes de se prosseguir, que o disposto no nº 2 do artigo 2º pode ser dividido em dois segmentos: o primeiro que tem por conteúdo o seguinte: o direito de organizar e explorar, nos termos da lei e do presente diploma, os jogos sociais pode ser concedido a uma pessoa coletiva de direito cabo-verdiano; o segundo que diz «a selecionar de acordo com os critérios estabelecidos no número 3 do artigo seguinte». Número que deve ser o 6, como se viu acima.

3. Acontece que o primeiro segmento não constitui uma norma inovatória, sendo, pelo contrário, no essencial idêntico a uma outra norma que está a vigorar no ordenamento jurídico cabo-verdiano e que se pode colher da leitura do artigo 5º da Lei nº 54/IX/2019, de 13 de maio, o qual estipula, no seu número 1, o seguinte: «O direito de promover a exploração de jogos sociais, ou um ou mais segmentos destes é reservado ao Estado que concede a sua organização e exploração, em regime de exclusividade, para todo o território nacional, a uma pessoa coletiva de direito cabo-verdiano de fins não lucrativos, preferencialmente constituída por entidades nacionais ou estrangeiras de fins não lucrativos, e que prove dispor de meios financeiros, humanos e técnicos para a cabal exploração do jogo social».

4. Ora, esta identidade normativa no essencial faz com que o primeiro segmento da norma do nº 2 do artigo 2º

não constitua verdadeiramente uma norma nova, mas sim a reprodução de uma outra existente e válida.

5. Assim, a questão prévia que se coloca é se o Tribunal Constitucional pode sindicatizar a norma do referido segmento que é, no essencial, idêntica a outra norma existente e válida inserida em lei que foi promulgada pelo Presidente da República anteriormente, sendo que, no caso, a promulgação se deu há menos de um ano ( mais concretamente, a 9 de maio de 2019).

6. Este Tribunal já se tinha confrontado com uma questão prévia semelhante. Com efeito, no âmbito do Parecer nº 1/2019, nos autos de fiscalização preventiva do artigo 2º do ato legislativo de revisão da Lei de Investigação Criminal, na parte em que altera o seu artigo 14º, face ao pedido de fiscalização de norma idêntica a outra em vigor, esta Corte Constitucional estabeleceu não só o entendimento de que não devia sindicatizar a norma idêntica sujeita ao escrutínio, como também não devia proceder à fiscalização e pronúncia por arrastamento a respeito de possível inconstitucionalidade de artigo idêntico constante de um ato normativo distinto já em vigor. O argumento do Tribunal ficou patente da seguinte forma: «Por conseguinte, pelos motivos acima expostos, isto é, de não lhe caber escrutinar norma em vigor em sede de fiscalização preventiva, e em razão igualmente do objetivo concreto do Presidente da República de – no âmbito de um dos mais importantes meios que tem ao seu dispor para exercer o seu poder moderador do sistema político e a sua função de vigia e garante do cumprimento da Constituição insito ao artigo 123 da Lei Fundamental – obter especificamente um pronunciamento sobre uma norma que entende submeter a fiscalização preventiva no quadro da avaliação que procede no sentido de promulgar um ato legislativo, fica completamente afastada a possibilidade de o Tribunal Constitucional fazer qualquer pronúncia por arrastamento a respeito de possível inconstitucionalidade do artigo 14º da Lei de Investigação Criminal atualmente em vigor.

*Assim sendo, mesmo na hipótese de considerar que da pronúncia de inconstitucionalidade em relação à alteração promovida à disposição pudessem decorrer dúvidas em relação à disposição atualmente em vigor, dada a partilha de alguns elementos regulatórios centrais, o facto é que tal questionamento neste momento só poderia ser perseguido caso houvesse na sequência colocação de pedido autónomo de ação de fiscalização sucessiva ou de recurso de fiscalização concreta autónomos por entidade legítima.» (Cfr. Parecer nº 1/2019, Rel: JC Pina Delgado).*

7. Ora, com base no precedente estabelecido no Parecer nº 1/2019, esta Corte Constitucional entende que não pode conhecer desta alegada inconstitucionalidade.

**8. A primeira questão de fundo colocada pelo Tribunal Constitucional é a seguinte: Será que as normas que preveem procedimentos alegadamente não concorrenciais como o ajuste direto, ou pouco concorrenciais como o concurso restrito, constantes dos números 4, 5, e 6 do artigo 3º violam o disposto na alínea b) do número 2 do artigo 91º, os nºs 1 e 3 do artigo 1º, e o número 1 do artigo 240º, designadamente no que respeita à garantia pelo Estado do princípio da sã concorrência e o princípio da prossecução do interesse público?**

8.1. Importa, primeiramente, recordar o que é a concorrência. Concorrência é entendida como um princípio de atuação e de organização. Ela surge, quando vários atores pretendem participar numa determinada tarefa, via de regra a produção de bens, e o modo ou a extensão da participação de um ator individual é determinado em relação aos outros atores pelo seu sucesso no cumprimento das tarefas. A interação entre esses atores acontece

no mercado como campo de alocação para os atores da concorrência, que operam por via da oferta e da procura a troca de bens. Cada ator procura orientar a sua conduta de tal modo que empregue poucos meios escassos próprios e obtém o máximo possível dos bens escassos produzidos. A concorrência pressupõe a liberdade económica e não é um objetivo em si, antes visa a obtenção de objetivos económicos globais.

8.2. A Constituição da República prevê na sua Parte III, dedicada à Organização Económica e Financeira do Estado um conjunto de princípios orientadores e diretivos, entre os quais se notam o princípio da subordinação da economia ao interesse geral e a obrigação do Estado e dos demais poderes públicos de garantirem a democracia económica (n.º 2 do artigo 91º). Ora, a realização da democracia económica integra um objetivo ou princípio orientador mais vasto que é o da realização da democracia económica, política, social e cultural. Trata-se de uma fraseologia *princípial* da Constituição que é equiparada ao princípio do Estado social, para alguns<sup>2</sup>, e cujo conteúdo pode ser condensado na efetivação dos direitos económicos, sociais e culturais, no cumprimento das incumbências do Estado de promover a qualidade de vida do povo cabo-verdiano, designadamente dos mais carenciados, na promoção da justiça social, na garantia da igualdade de oportunidades entre os cidadãos<sup>3</sup>.

8.3. Conforme o disposto no n.º 2 do artigo 91º da Constituição, entre as garantias da democracia económica salientam-se a fruição por todos os cidadãos dos benefícios do desenvolvimento; a igualdade de condições de estabelecimento e de atividade entre os agentes económicos e a sã concorrência. A Constituição da República não define, contudo, o que é uma sã concorrência, podendo a nosso ver esta compreender a proibição de abusos de posição dominante, a proibição da desvirtuação da concorrência através de subvenções públicas, ou ainda a proibição do favorecimento através de informação privilegiada. Nesta linha não se pode deixar de referir que, em Portugal, perante norma similar na Constituição («garantir a equilibrada concorrência»), o Tribunal Constitucional lusitano entendeu que da incumbência de proteção da concorrência resultava «a proibição da criação de condições de vantagem, para alguma ou algumas empresas, destituídas de fundamento, à luz dos valores constitucionais» (Acórdão n.º 454/97, n.º 8). Seja como for, a norma que incumbe ao Estado a garantia de uma sã concorrência é uma norma muito genérica que remete para o legislador a tarefa da sua concretização.

8.4. A concorrência não é apenas um princípio geral da Constituição económica de Cabo Verde, ela também está consagrada na legislação relativa à contratação pública do país como princípio. Neste sentido o artigo 8º da Lei n.º 88/VIII/2015, de 14 de abril, que aprova o Código de Contratação Pública (CCP), estabelece que as entidades adjudicantes obrigam-se a velar pela promoção da concorrência efetiva na adjudicação dos contratos-públicos. Assim, procurando corresponder ao princípio constitucional da concorrência, o referido Código traz um conjunto global de procedimentos que em geral acolhem o princípio da concorrência: o concurso público; o concurso público de duas fases; o concurso limitado por prévia qualificação; o concurso restrito. Além destes procedimentos, designados expressamente de concursos, existe ainda o ajuste direto (artigo 29º do CCP).

8.5. Por concurso restrito entende o legislador do CCP o procedimento em que «são convidados para apresentar proposta o número de operadores económicos necessários, por forma a que haja pelo menos três propostas para serem avaliadas» (n.º 6 do artigo 29º do CCP). Por ajuste direto,

compreende-se o procedimento em que «pode ser convidado a apresentar proposta apenas um operador económico».

8.6. Quando o legislador afirma que no caso de um ajuste direto «pode ser convidado a apresentar proposta apenas um operador económico», a palavra «pode» indicia que a entidade adjudicante não está proibida de consultar mais de uma entidade, para depois escolher a melhor proposta<sup>4</sup>. Ela não só não está proibida, como pode proceder a esta consulta e escolher a melhor proposta conforme o critério que se adotar, seja o do preço mais baixo, seja o da proposta que economicamente trouxer mais vantagens (artigo 99º do CCP).

8.7. É óbvio que o princípio da concorrência não é um princípio absoluto, podendo ele ser restringido para a defesa de outros valores e princípios constitucionais.

8.8. O ajuste direto vem regulado, designadamente, nos números 5 e 6 do artigo 3º. No primeiro caso, quando se estabelece que «sem prejuízo do disposto nos n.ºs 2, 3 e 4, o Governo, através do membro de Governo responsável pela Presidência do Conselho de Ministros, pode determinar que se proceda, para efeitos de escolha direta, à obtenção de proposta de entidade proponente de modalidades inovadoras, interessadas e vocacionadas para organizar e explorar jogos sociais nos termos da lei».

8.9. No segundo caso, quando se indicam os critérios para a aplicação do disposto no número 5 do artigo 3º (alíneas a) a i) do n.º 6 do artigo 3º referem-se aos critérios).

8.10. Para um melhor entendimento prático da matéria em debate, convém fazer uma breve referência à tramitação do ajuste direto como procedimento pré-contratual. O ajuste direto pode corresponder a uma tramitação quando se está perante mais de um concorrente e a outra, mais simplificada, caso se trate de apenas uma entidade convidada. No primeiro caso, tem-se identificado as seguintes fases<sup>5</sup>: decisão de contratar (artigo 55º do CCP); seleção do tipo de procedimento (artigo 66º do CCP); decisão sobre o número e escolha das entidades a convidar (n.º 7 do artigo 29º do CCP); aprovação dos documentos do procedimento (n.ºs 4 e 5 do artigo 41º); envio do convite (artigo 54º do CCP); esclarecimentos e retificação dos documentos (artigos 52º e 53º do CCP); apresentação de propostas (artigos 84º, 92º, 119º e n.º 2 do artigo 200º do CCP); designação do júri caso tenha sido apresentada mais de uma proposta (artigo 66º do CCP); ato público quando houver mais de um concorrente (artigos 120º-125º do CCP); análise e avaliação das propostas (artigos 128º e 129º); audiência prévia (n.º 3 do artigo 129º do CCP); relatório final (artigo 130º do CCP); adjudicação e habilitação (artigo 130º do CCP); adjudicação e habilitação (artigos 73º e 100º do CCP); prestação da caução quando for exigida (artigos 100º, 1004º - 108º do CCP); aprovação e notificação da minuta do contrato (artigos 112 e 113º do CCP); celebração do contrato (artigo 115º do CCP). Já a tramitação simplificada obedece às seguintes fases: decisão de contratar (artigo 55º do CCP); seleção do tipo de procedimento (artigo 66º do CCP); decisão da entidade a convidar (n.º 7 do artigo 29º do CCP); envio do convite (artigo 54º do CCP); apresentação de proposta (artigos 84º, 92º, 119 e n.º 2 do artigo 200º do CCP); adjudicação sobre a proposta ou documento equivalente e habilitação (artigo 73º e n.º 1 do artigo 154º do CCP); celebração do contrato (n.º 2 do artigo 110º do CCP).

8.11. Apreciando o princípio do ajuste direto em relação à ideia da concorrência não se pode deixar de notar que ele não é o modo de procedimento que garante ampla ou mesmo moderada concorrência. Ele situa-se na última escala dos procedimentos quanto à abertura à concorrência. Todavia nem o ajuste direto é proibido

<sup>2</sup> Cfr. J.J. Gomes Canotilho/ Vital Moreira: Constituição da República Portuguesa Anotada, 4ª edição, Coimbra, 2007, p. 211.

<sup>3</sup> Cfr. Jorge Miranda/ Rui Medeiros: Constituição Portuguesa Anotada, vol. I, Lisboa 2017, pp. 85 e seg.

<sup>4</sup> Neste sentido, João da Cruz Borges Silva: Direito da Contratação Pública Cabo-Verdiano, Praia 2018, p. 107.

<sup>5</sup> Cfr. João da Cruz Borges Silva: Direito da Contratação Pública Cabo-Verdiano, Praia, 2018, pp. 148 a 149.

pela Constituição, nem o princípio da concorrência é um princípio absoluto a ponto de inviabilizar na organização da economia o princípio do ajuste direto. Tanto assim é que o Código da Contratação Pública, aprovado pelo Parlamento e promulgado pelo Presidente da República, reconhecem o ajuste direto como um procedimento válido para a contratação pública, como se reconheceu e bem na própria lei.

8.12. Acresce que o ajuste direto pode também acolher alguma concorrência, embora extremamente limitada, quando o convite é feito a mais de uma entidade.

8.13. O princípio da concorrência pode, todavia, ser restringido com base em valores constitucionais como a salvaguarda do interesse público, a incumbência do Estado no sentido de incentivar a solidariedade social, prevista na alínea f) do artigo 7º, ou ainda com base na incumbência de «*promover o bem estar e a qualidade de vida do povo cabo-verdiano, designadamente dos mais carenciados e remover progressivamente os obstáculos de natureza económica, social, cultural e política que impedem a real igualdade de oportunidades entre os cidadãos...*», conforme está estabelecido na alínea e) do mesmo artigo da Constituição.

8.14. Quanto ao concurso restrito, ele vem previsto no nº 4, do artigo 3º do DL aprovado, quando se sustenta que «para o procedimento de seleção de concurso restrito são convidadas para apresentar propostas o número de entidades, por forma a que haja, pelo menos três para serem avaliadas». Note-se que esta redação está em harmonia com o número 6 do artigo 29º do CCP. Pelo facto de se dizer que deve haver pelo menos três propostas para serem avaliadas, verifica-se que se está a movimentar claramente no sentido de se garantir uma concorrência efetiva. Por esta razão, tendo sempre como parâmetro de aferição da constitucionalidade as normas constitucionais, não se pode afirmar com propriedade que esteja em causa o princípio da concorrência.

8.15. Essa organização da concorrência se expressa nomeadamente na conformação das fases de tramitação do concurso restrito. Com efeito, segundo a doutrina, as fases do concurso restrito podem ser classificadas da seguinte forma<sup>6</sup>: decisão de contratar (artigo 55º do CCP); escolha do tipo de procedimento (artigo 66º do CCP); decisão sobre o número e escolha de entidades a convidar não inferior a três (nº 6 do artigo 29º do CCP); aprovação dos documentos do procedimento e designação do Júri (nºs 4 e 5 do artigo 41º e artigo 66º do CCP); envio do convite (artigo 54º do CCP); esclarecimentos e retificação dos documentos (artigos 52º e 53º do CCP); apresentação de propostas (artigos 84º, 92º e nº 2 do artigo 119º do CCP); ato público (artigos 120º - 125º do CCP); análise e avaliação das propostas (artigos 128º e 129º do CCP); relatório preliminar (artigo 129º do CCP); audiência prévia (nº 3 do artigo 129º do CCP); relatório final (artigo 130º do CCP); adjudicação e habilitação (artigos 100º e 73º do CCP); aprovação e notificação da minuta do contrato (artigos 112º e 113º do CCP); celebração do contrato (artigo 115º do CCP).

8.16. É certo que o ajuste direto pode reduzir a concorrência, mas esta redução pode ser justificada por valores ligados à prossecução do interesse geral. Por outro lado, o concurso restrito é claramente concorrencial e nesta medida pode contribuir para a prossecução do interesse geral, designadamente no que respeita ao interesse público financeiro. Acresce que, como muito bem defende o especialista português, Doutor Pedro Costa Gonçalves, «*O princípio da concorrência não impede ... soluções menos concorrenciais, desde que se encontrem fundadas em lei expressa nesse sentido*»<sup>7</sup>. E é este o caso vertente.

8.17. Esta Corte Constitucional parte do princípio de que, em matéria económica, deve-se reconhecer ao legislador democrático liberdade de conformação do regime jurídico interno, de modo a poder também implementar políticas que legitimamente define. Porém, deve ficar claro que tal liberdade não é ilimitada porque, por mais genéricos que sejam os comandos constitucionais nesta matéria, há influxos necessários do princípio da igualdade, do princípio da sã concorrência e da liberdade de iniciativa económica que determinam um dado modelo marcado pela liberdade de exploração dos mais diversos setores produtivos do país. Disso decorre que, por motivos fáceis de intuir, e para o que releva no caso, a regra sempre será a da liberdade de exploração económica de qualquer desses domínios pelos particulares e em regime concorrencial. Sucede, porém, que, por fundamentos naturais, tal regra não é absoluta, permitindo desvios, em certos casos, consideráveis. Todavia, quando tal se verifica, cabe ao legislador o ónus de apresentar as razões que justificam tais desvios. Neste sentido, do ponto de vista da contratação pública, não é indiferente a definição de um modelo de concurso aberto, de concurso restrito ou de ajuste direto, pois, na verdade, os derradeiros são desvios à regra geral que se conforma com a Constituição, a do modelo mais aberto e igualitário possível que permita a realização do interesse público. Assim sendo, quando o legislador optar por um deles, deverá apresentar o interesse que legitima tal afastamento do padrão estabelecido pela Lei Fundamental.

É bem verdade que no caso concreto, estando-se perante um setor que tem as suas especificidades técnicas e certas características que dependem da sua fiabilidade e confiabilidade, seria em abstrato possível justificar um concurso mais fechado. Já não tão líquida é a possibilidade aberta pela lei de se utilizar o ajuste direto.

Depois de enfrentar a questão, o Tribunal Constitucional, ainda que considere tratar-se de uma anomalia temporária, compreendeu que o legislador pretende salvaguardar situações históricas já consolidadas que decorrem da trajetória de exploração de jogos sociais em Cabo Verde.

Sendo assim, até por razões ligadas ao princípio da justiça e ao princípio da proteção da confiança, o Tribunal entende ser ainda uma medida tolerável do ponto de vista constitucional numa perspetiva de transitoriedade e com vista à salvaguarda da continuidade da exploração dos jogos sociais. Isto, sem embargo de os atos complementares específicos de concessão de exploração de cada jogo social poderem ser escrutinados individualmente, nomeadamente por via da apreciação sucessiva de constitucionalidade.

8.18. No caso em apreço, conclui-se que a previsão dos procedimentos de ajuste direto e concurso restrito não viola o princípio da concorrência nem o do interesse público previsto no artigo 240º, nº1.

8.19. Suscitou, ainda, o ilustre requerente a dúvida de saber se as previsões do ajuste direto e do concurso restrito violam os nºs 1 e 3 do artigo 1º da CRCV. O nº 1 estabelece que «Cabo Verde é uma República soberana, unitária e democrática, que garante o respeito pela dignidade da pessoa humana e reconhece a inviolabilidade dos direitos humanos como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça». No requerimento não vem, contudo, especificada qual a norma ou princípio dos vários estabelecidos no número 1: princípio republicano, princípio democrático, princípio da soberania, da dignidade da pessoa humana, do respeito pelos direitos humanos, da paz e da justiça. Poder-se-ia, eventualmente, reportar-se ao princípio democrático, mas a verdade é que não parece que se esteja perante uma violação do princípio democrático, nem de qualquer outro referenciado no citado preceito constitucional.

<sup>6</sup> Cfr. , para Cabo Verde, João da Cruz Borges Silva, ob. cit. , pp. 148 e seg.  
<sup>7</sup> Pedro Costa Gonçalves: *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2015, p. 143.

8.20. O nº 3 do artigo 1º da CRCV dispõe que «A República de Cabo Verde assenta na vontade popular e tem como objetivo fundamental a realização da democracia económica, política, social e cultural e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária». A questão aqui é a seguinte: Será que as normas que preveem o concurso restrito e o ajuste direto violam o princípio da democracia económica ou mais amplamente o princípio da «realização da democracia económica, política, social e cultural»?

8.21. Ora, como já vimos, a realização da democracia económica integra um objetivo ou princípio orientador mais vasto que é o da realização da democracia económica, política, social e cultural. Deixando de lado a democracia política, convém, desde logo, recordar, ainda que perfunctoriamente, o que se vem entendendo como democracia económica, social e cultural. O conceito de democracia económica, como se sabe, aponta para a Constituição económica, designadamente para preceitos cardinais como a fruição por todos dos benefícios do desenvolvimento, a igualdade de condições de estabelecimento e de atividades entre os agentes económicos e a ocorrência, a regulação e fiscalização do mercado e da atividade económica, a coexistência dos setores público e privado na economia<sup>8</sup>. A democracia social, por sua vez, está associada essencialmente ao acesso de todos, de forma igual, às prestações sociais. A democracia cultural relaciona-se com a democratização da educação e a possibilidade de fruir a cultura e manifestar-se através de práticas culturais.

8.22. Ora, não parece que haja aqui uma violação de qualquer dos princípios acima assinalados, democracia económica, democracia social ou cultural. Não estamos perante a violação de quaisquer direitos económicos, sociais ou culturais, designadamente do direito à educação, do direito à saúde, do direito à segurança social ou mesmo do direito à cultura. Pelo contrário, o regime dos jogos tem como propósito a realização de políticas sociais e culturais e a prossecução da justiça social, conforme se pôde depreender da intervenção do Senhor Ministro da Presidência do Conselho de Ministros, Dr. Fernando Elísio Freire, no Parlamento aquando da apresentação e discussão da Lei nº 54/IV/2019, de 13 de maio, quando, em Sessão Plenária da augusta casa parlamentar, enfatizou o seguinte: «Todas as finalidades, todas as receitas líquidas dos jogos sociais têm que ser para aplicação em políticas sociais públicas, ou seja, têm que ter uma finalidade social».

**9. A segunda questão é formulada da seguinte forma : Será que é conforme à Constituição, designadamente ao disposto na alínea b) do número 2 do artigo 91º e no número 1 do artigo 240º, a norma que prevê que, sem prejuízo do disposto nos n.ºs 2, 3 e 4, o Governo, através do membro de Governo responsável pela Presidência do Conselho de Ministros, pode determinar que se proceda, para efeitos de escolha direta, à obtenção de proposta de entidade proponente de modalidades inovadoras, interessadas e vocacionadas para organizar e explorar jogos sociais nos termos da lei ?**

9.1. Aqui está outra vez em causa a questão do ajuste direto. Ora, na mesma linha dos argumentos anteriormente expendidos, não se alcança qualquer violação do princípio da concorrência, nem tampouco do princípio do interesse geral, não obstante a formulação ser muito vaga e com base em conceitos relativamente indeterminados, o que poderá facilitar algum subjetivismo. A remissão para o nº 6, apontando os critérios só em parte resolve o problema do risco de subjetivismo (Vejam-se as seguintes expressões : A proposição de jogos sociais

diferenciados dos existentes e capazes de mobilizar os cidadãos para o interesse de apoiar causas, programas e projetos sociais, promotores da solidariedade e do empreendedorismo social; a apresentação de um adequado projeto inovador e estratégico, com vista a promoção do crescimento dos jogos sociais e dinamização da economia solidária e social);

9.2. Pode-se interrogar se uma tal formulação não poderá por em causa o princípio da transparência previsto no nº 1 do artigo 240º ao se prever a intervenção de um órgão singular sem qualquer condicionamento expresso de forma numa área sensível como é a da contratação pública. Não parece, todavia, que haja aqui uma violação deste princípio.

**10. A terceira e última questão de fundo é a seguinte: Será que a previsão do critério vertido na alínea h) do nº 6 do artigo 3º “(...) o histórico na construção de parceria com o Estado de Cabo Verde no sentido de dotar o país com jogos sociais inovadores e de carácter eminentemente solidário “viola o princípio da concorrência ou o do interesse público?”**

10.1. Aqui propugna-se a consideração de uma prática de colaboração com o Estado de Cabo Verde em matéria de jogos sociais inovadores e de carácter eminentemente solidário.

10.2. Não se vê em quê é que a adoção deste critério em si pode pôr em causa a concorrência ou o interesse público.

10.3. Aqui, todavia, o risco do subjetivismo e de se pôr em causa a transparência afigura-se *prima facie* mais reduzido. Isto, porque será normalmente objetivável e potencialmente objetável a alegação de que A ou B colaborou com o Estado de Cabo Verde em matéria de jogos sociais inovadores e de carácter eminentemente solidário.

Conclui-se, assim que não se verifica uma violação dos princípios da concorrência, democracia económica, do interesse público ou da transparência.

### III. Decisão:

Pelo exposto, decidem os juízes do Tribunal Constitucional em:

a) Não tomar conhecimento do pedido de apreciação preventiva da constitucionalidade da norma do número 2 do artigo 2º do ato normativo que aprova as bases do contrato administrativo de concessão do direito de organizar e explorar os jogos sociais, no segmento em que se refere que o direito de organizar e explorar os jogos pode ser concedido diretamente a uma pessoa coletiva de direito cabo-verdiano de fins não lucrativos;

b) Não se pronunciar pela inconstitucionalidade das normas constantes do artigo 3º, números 1, 4, 5 e 6, alínea h), do ato normativo que aprova as bases do contrato administrativo de concessão do direito de organizar e explorar os jogos sociais.

Cidade da Praia, aos 27 de janeiro de 2020

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

Está Conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, na Praia, aos 27 de janeiro de 2020. — O Secretário, *João Borges*

<sup>8</sup> Cfr. o nº 2 do artigo 91º da Constituição da República.



*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.**