



BOLETIM OFICIAL

ÍNDICE

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acórdão n.º 5/2020:

Proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 5/2020, em que é recorrente Manuel Joaquim Pires Gonçalves Monteiro e entidade recorrida o Supremo Tribunal de Justiça.....1710

Acórdão n.º 6/2020:

Proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 2/2020, em que é recorrente Pedro Heleno Carvalho Vaz e entidade recorrida o Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão n.º 7/2020 Proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 4/2020, em que é recorrente Sanou Moussa e entidade recorrida o Supremo Tribunal de Justiça1716

Acórdão n.º 7/2020:

Proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 4/2020, em que é recorrente Sanou Moussa e entidade recorrida o Supremo Tribunal de Justiça1722

Acórdão n.º 9/2020:

Proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 8/2020, em que é recorrente Adilson Staline Mendes Baptista e entidade recorrida o Supremo Tribunal de Justiça1725

Acórdão n.º 10/2020:

Proferido nos autos de Fiscalização Abstrata Sucessiva da Constitucionalidade n.º 3/2018, requerida por um grupo de 27 Deputados à Assembleia Nacional, tendo por objeto algumas normas constantes do Acordo entre o Governo da República de Cabo Verde e o Governo dos Estados Unidos da América relativo ao estatuto do pessoal dos Estados Unidos na República de Cabo Verde (SOFA)1731

Acórdão n.º 11/2020:

Proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 10/2020, em que são recorrentes Kevin Jorge Monteiro Rodrigues e Leonardo Nelson Lopes da Cruz, e entidade recorrida o Supremo Tribunal de Justiça1782

Acórdão n.º 12/2020:

Proferido nos autos de Reclamação n.º 3/2019, em que é reclamante Ana Brazão Barbosa Gocht e entidade reclamada o Supremo Tribunal de Justiça1786

Acórdão n.º 13/2020:

Proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 24/2019, em que são recorrentes António Zeferino de Oliveira e Rafael Alves Lima, e entidade recorrida o Supremo Tribunal de Justiça1792

Acórdão n.º 15/2020:

Proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 28/2019, em que é recorrente Eder Yanick Carvalho e recorrido o Tribunal da Relação de Sotavento1803

Acórdão nº 17/2020:

Proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional nº 16/2019, em que são recorrentes Rui Filipe Alves e Flávio Augusto Alves, e recorrido o Supremo Tribunal de Justiça.....1813

Acórdão nº 18/2020:

Proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional nº 13/2020, em que são recorrentes Kevin Jorge Monteiro Rodrigues e Leonardo Nelson Lopes da Cruz e recorrido o Supremo Tribunal de Justiça..... 1826

Acórdão nº 19/2020:

Proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional nº 31/2019, em que é recorrente Paulo Alexandre Monteiro Ramos Andrade e entidade recorrida o Supremo Tribunal de Justiça.....1836

Acórdão nº 20/2020:

Proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional nº 3/2020, em que são recorrentes Joel Ermelindo Pereira de Brito e Rider Janó Miranda Tavares, e entidade recorrida o Supremo Tribunal de Justiça.....1847

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional nº 5/2020, em que é recorrente **Manuel Joaquim Pires Gonçalves Monteiro** e entidade recorrida o **Supremo Tribunal de Justiça**.

Acórdão nº 5/2020

I - Relatório

1. Manuel Joaquim Pires Gonçalves Monteiro, com os demais sinais de identificação nos autos, inconformado com o Acórdão nº 3/2020, de 23 de janeiro, proferido pelo Venerando Supremo Tribunal de Justiça, que indeferiu o seu pedido de *habeas corpus*, vem, nos termos do artigo 20º da Constituição, conjugado com o disposto na Lei nº 109/IV/94, de 24 de outubro, interpor recurso de amparo constitucional e requerer que seja adotada medida provisória, alegando, em síntese, que:

1.1. O 3º Juízo Crime do Tribunal Judicial da Comarca da Praia, no âmbito do processo ordinário n.º 42/17, condenou-o na pena de 4 anos de prisão, pela autoria material do crime de burla qualificada, com recurso a meios informáticos, previsto e punido nos termos do artº 213.º, nº 1, alíneas a) e c) conjugado com os artigos 212º e 34º, todos do Código Penal.

1.2. A execução da referida pena foi suspensa por um período de 5 anos, sob a condição do pagamento, solidariamente, do montante fixado em 6.597.705\$00, a título de reparação dos danos causados à assistente, no prazo de 18 meses.

1.3. No dia 21 de junho de 2019 a assistente, Irmãos Correia, Lda., apresentou um requerimento no qual alega que: “*Pela análise dos autos verifica-se que os arguidos não cumpriram a obrigação imposta no prazo determinado, pois não depositaram a dita quantia na conta do tribunal para que a assistente fosse notificada a requerer o seu levantamento, nem, depois do decurso desse mesmo prazo, pagaram à assistente ou apresentaram-lhe qualquer proposta de pagamento. As finalidades que estavam na base da suspensão da execução da pena não podem ser alcançadas*”, pelo que requereu que a suspensão da pena fosse revogada.

1.4. O Meritíssimo Juiz do 3º Juízo Crime mandou dar vista ao Ministério Público junto desse juízo, tendo o fiscal da legalidade promovido que a suspensão fosse revogada e consequentemente ordenado o cumprimento da pena decretada na sentença.

1.5. Na sequência da promoção do Ministério Público, o Mm Juiz proferiu o seguinte despacho: “*Seja emitido o competente mandado da condução com vista aos arguidos*

Edilson Jean Moreno Fontes e Manuel Joaquim Pires Gonçalves Monteiro cumprir a pena de quatro anos de prisão por não ter pago no prazo de 18 meses em que essa pena se encontrava suspensa;”

1.6. No estrito cumprimento da ordem emitida por aquele magistrado judicial, elaborou-se um mandado de condução à cadeia com o seguinte teor: “*Manda a autoridade competente, que em cumprimento deste mandado e por ele assinado, prenda para ser conduzido à Cadeia Central da Praia, o arguido supra identificado, a fim de ali cumprir 04 (quatro) anos de prisão por não ter pago a indemnização a que ficou condenado na sentença de 18/07/2017, no montante de 3.298.853\$00 (três milhões duzentos e noventa e oito mil e oitocentos e cinquenta e três), nos autos suprarreferidos, pela prática de crime de burla qualificada e infidelidade.*

No ato deverá ser-lhe entregue a cópia deste mandado, declarando-se-lhe que, se o mesmo desejar pagar o montante supra referido, deverá ser conduzido à secretaria do tribunal para o efeito

1.7. Tendo sido preso e conduzido à Cadeia Central da Praia, no dia 10 de janeiro de 2020, mas não se conformando com a decisão que terminou a sua condução, requereu a sua imediata colocação em liberdade por meio da providência de *habeas corpus* nº 05/2020, no âmbito do qual alegou que a prisão foi motivada pelo incumprimento do pagamento da reparação à assistente, o que configura uma pura prisão por dívidas, como, de resto, foi a posição defendida pelo Digníssimo Procurador-Geral da República que tinha pugnado pelo deferimento da providência e consequente libertação do Requerente.

1.8. Assim não entendeu o Venerando Supremo Tribunal de Justiça e, por conseguinte, através do nº 03/2020, de 23 de janeiro, indeferiu o seu pedido de *habeas corpus*, por considerar que não se estava perante nenhum motivo que justificava a concessão do *habeas corpus* nos termos do artº 18º do CPP, designadamente do requisito da alínea c).

1.9. Desse Acórdão interpôs o presente recurso de amparo, alegando que, nos termos do artigo 55º do Código Penal, a revogação da suspensão e consequente prisão do réu só pode acontecer se durante o período da suspensão, o agente, culposamente deixar de cumprir qualquer dos deveres impostos, sendo certo que, nos termos do artigo 56º se exige que a violação seja considerada grosseira.

1.10. Na perspetiva do impetrante, não se pode revogar a suspensão da execução da pena sem que, previamente, se conceda ao arguido a possibilidade de exercer o direito de audiência e de defesa, previstos nos nos nºs 6 e 7 do artigo 35º da Constituição.

1.11. O recorrente alega que não foi notificado do despacho que ordenou a sua prisão, o que era obrigatório

e necessário para que pudesse explicar por que razão não tinha pago a reparação e pudesse exercer o direito fundamental ao recurso.

1.12. O procedimento adotado pelo Juiz da Comarca e legitimado pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, ora posto em crise através deste recurso de amparo, viola os seguintes direitos fundamentais do recorrente: direitos à liberdade, à presunção de inocência, ao contraditório e ao recurso.

1.13. Requereu também que seja decretada, a título de medida provisória, a sua libertação até que haja uma decisão sobre o mérito do presente recurso de amparo, pedido que será apreciado mais adiante.

1.14. Termina o seu arrazoado formulando os seguintes pedidos:

“Nestes termos e nos demais de direito que V. Excia doutamente suprirá se requer que seja concedido amparo constitucional, restabelecendo direito à liberdade ao Requerente, revogando desta forma o acórdão do STJ que indeferiu o pedido de habeas Corpus, em virtude da Prisão que considera ilegal.”

2. Cumprindo o estabelecido no artigo 12º da Lei do Amparo, foram os autos com vista ao Ministério Público para emitir o parecer sobre a admissibilidade do recurso. Sua Excelência o Senhor Procurador-Geral da República emitiu o duto parecer constante de fls. 54 a 56 dos presentes autos, tendo feito duntas considerações e, em síntese, formulado as seguintes conclusões:

“(...) o recorrente alega violação do direito à liberdade, presunção de inocência, direito de contraditório, direito à segurança pessoal (fls. 2 e 3 dos autos), os quais são direitos constitucionalmente reconhecidos.

Entretanto, o recorrente parece admitir que caso fosse notificado do despacho do juiz do 3º juízo crime do tribunal judicial da comarca da Praia, que revogou a suspensão da pena de prisão, poderia dele interpor recurso ordinário. (fls. 12, 13, 45, 46 dos autos).

Tendo optado, porém, pela providência de Habeas Corpus no STJ, o recorrente viu a sua pretensão indeferida, com o fundamento de que “alegada violação do contraditório e a possibilidade de interpor recurso não constituem fundamentos da providência “de habeas corpus (cfr. fls. 52 dos autos);

Do acórdão do STJ que indeferiu o pedido de Habeas Corpus não é possível interpor recurso ordinário, nos termos da lei do processo.

O recorrente, no seu requerimento de recurso de amparo constitucional, insiste que “a decisão do STJ, em indeferir a petição de Habeas corpus, deixou violado o direito à liberdade do corpo” (fls. 12).

Assim e porque a petição se mostra suficientemente fundamentada e não há registo de que tenha sido rejeitado, por decisão transitada em julgado, um recurso com objecto substancialmente igual, parecem estar preenchidos os pressupostos para admissibilidade do recurso de amparo constitucional apresentado.

Do exposto, somos de parecer que o recurso de amparo constitucional está em condições de ser admitido, (...)”

3. É, pois, chegado o momento de apreciar e decidir da admissibilidade do recurso nos termos do artigo 13º da Lei nº 109/IV/94, de 24 de outubro (doravante Lei do Amparo).

II – Fundamentação

1. Nos termos do nº 1 do artigo 20º 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 excecionalidade.

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 nº 3 do artº 2º da Lei do Amparo.

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

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

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

2. Antes de identificar e analisar os pressupostos e os requisitos do recurso de amparo e aferir se no caso vertente se verificam, importa, por um lado, consignar que o seu objeto não se identifica com qualquer ato de natureza legislativa ou normativa, como resulta expressamente do nº 2 do artigo 2º da Lei do Amparo.

3. É, pois, chegado o momento de apreciar e decidir da admissibilidade do recurso nos termos do artigo 13º da Lei do Amparo.

O recurso de amparo não será admitido quando:

a) Tenha sido interposto fora do prazo;

Conforme o disposto na alínea a) do nº 1 do artigo 16º da Lei do Amparo, o recurso não será admitido quando tenha sido interposto fora do prazo; e, nos termos do nº 1 do artigo 5º 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.

Tendo a decisão impugnada sido proferida em 23 de janeiro de 2020 e o presente recurso de amparo ter dado entrada na Secretaria do Tribunal Constitucional a 6 de fevereiro de 2020, a petição mostra-se tempestivamente apresentada, tendo em conta o estabelecido no nº 1 do artigo 5º da Lei do Amparo, conjugado com o disposto no nº 2 do artigo 137º do CPC, aplicável com as necessárias adaptações *ex vi* do artigo 1º da Lei do Amparo, independentemente da data em que o recorrente tenha sido notificado do acórdão recorrido.

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

i. em termos dos números 1 e 2 do artigo 7º 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 o recorrente apresentou o seu requerimento na secretaria do Tribunal Constitucional e indicou de forma expressa que se trata de “*Recurso de Amparo Constitucional*”.

Considera-se, pois, preenchido o requisito previsto no artigo 7º supracitado.

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

a) Identificar a entidade, o funcionário ou agente autor do acto ou da omissão referidos no nº 1 do artigo 2º e artigo 3º, 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 o recorrente imputou ao Supremo Tribunal de Justiça a responsabilidade pela violação dos direitos, liberdades e garantias fundamentais à liberdade, à presunção da inocência, ao contraditório, à segurança pessoal e às regras constitucionais da prisão, pelo facto de o Tribunal recorrido ter considerado que o motivo invocado não integra nenhuma das circunstâncias/requisitos previstos no artigo 18º do CPP como base para a concessão do *habeas corpus*.

A fundamentação do recurso, apesar de extensa, o que se compreende pela tentativa de convencer que lhe assiste razão quando alega que está a cumprir uma pena de prisão por dívida e por lhe ter sido negado os direitos básicos em processo penal como a audiência, o contraditório, a defesa e o recurso.

Formulou conclusões e requereu que lhe seja concedido o amparo constitucional que restabeleça o seu direito à liberdade, revogando o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que indeferiu o seu pedido de *habeas corpus* em virtude de prisão que considera ilegal, e que, como medida provisória, seja ordenada a sua libertação até a decisão sobre o mérito do presente recurso de amparo.

Os requisitos previstos pelo artigo 8º 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 respeita os requisitos estabelecidos na Lei do Amparo.

c) O requerente não tiver legitimidade para recorrer

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

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 6º 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.”

“O esgotamento das vias de recurso ordinário como condição sine qua non para admissibilidade do recurso de amparo não é uma fórmula vazia ou uma mera formalidade. Trata-se de uma exigência com efeito real sobre o sistema de proteção de direitos fundamentais.

Portanto, antes de se recorrer para o Tribunal Constitucional, existem outros órgãos competentes para apreciar e eventualmente conceder a devida proteção aos titulares desses direitos.

A verificação do esgotamento prévio das vias de recurso ordinário estabelecidas pela respetiva lei do processo pressupõe que o interessado faça uso das vias de impugnação legais de forma que todos os órgãos competentes possam pronunciar-se sobre as condutas alegadamente lesivas de posições jurídicas subjetivas fundamentais antes que se franqueiem as portas do Tribunal Constitucional. Como é evidente, visa-se com esse procedimento evitar a subversão do sistema de proteção de direitos fundamentais desenhado pelo legislador constitucional.” Veja-se, nesse sentido, o Acórdão nº 21/2018, de 16 de outubro de 2018, publicado na I Série do Boletim Oficial nº 68, de 25 de outubro de 2018.

Tendo invocado expressamente a reparação da alegada violação do direito à liberdade sobre o corpo e o direito à presunção de inocência, o direito de audiência, de defesa e o direito ao recurso, e o pedido sido recusado pelo Acórdão recorrido proferido pela mais alta instância judicial da ordem comum, sem hipótese de interposição de qualquer outro recurso ordinário, consideram-se esgotadas as vias

de recurso ordinário.

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

A causa da inadmissibilidade do recurso prevista na alínea e) do nº 1 do artigo 16º da Lei do Amparo, ao utilizar o advérbio manifestamente, exige que se tenha certeza quanto à inexistência da fundamentalidade do direito alegadamente violado, ou ausência de conexão entre esse direito e os factos concretos alegados no recurso ou ainda a certeza quanto à inviabilidade de concessão do amparo.

Os direitos que o recorrente alega terem sido violados encontram-se previstos nos artigos 35º, nºs 1, 6 e 7 e 30º, nºs 1 e 4 da Constituição.

A fundamentabilidade desses direitos, liberdades e garantias é, por conseguinte, evidente. Desde logo pela sua inserção sistemática na Lei Magna na Parte II, Título II sobre “Direitos, Liberdade, Garantias” e Capítulo I sobre Direitos, Liberdades e Garantias Individuais, aos quais se aplicam os princípios enunciados no Título I.

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

No que concerne à certeza quanto à inviabilidade de concessão do amparo requerido, ainda é relativamente cedo para se fazer um juízo de certeza quanto à manifesta inexistência desse requisito.

Devido à incerteza no que diz respeito à conexão entre os factos e os direitos alegadamente violados e à viabilidade do pedido, mostra-se prematuro afirmar-se que manifestamente não está em causa a violação de direitos, liberdades e garantias fundamentais constitucionalmente reconhecidos como suscetíveis de amparo, sem prejuízo de se o poder desenvolver um pouco mais, quando, mais adiante, se fizer o escrutínio sobre os pressupostos para a adoção de medidas provisórias.

Por conseguinte, a decisão definitiva sobre este requisito será tomada na fase de apreciação do mérito do recurso.

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

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

Conclui-se, pois, que não se verifica nenhum motivo que pudesse justificar a inadmissibilidade deste recurso.

III – Medidas Provisórias

1. O recorrente pede que o Tribunal Constitucional adote a medida provisória que se traduza na restituição de sua liberdade enquanto aguardar pela decisão sobre o mérito do presente recurso.

2. Conforme jurisprudência firme desta Corte, designadamente, o Acórdão nº 1/2019, de 10 de janeiro, publicado no *Boletim Oficial* nº, I Série, nº 11, de 31 de janeiro e o Acórdão nº 6/2019, de 8 de fevereiro, são os seguintes os pressupostos para que se possa adotar medidas provisórias no âmbito do Recurso de Amparo:

2.1. Competência: considerando o disposto nas disposições conjugadas do artigo 134º da Lei de Organização do Tribunal e do nº 1 dos artigos 11º e 14º da Lei do Amparo, ao estipularem que os pedidos de decretação de medidas provisórias são decididos pelo Tribunal Constitucional, não se suscita qualquer dúvida quanto à competência desta Corte para conhecer e decidir sobre esse incidente.

2.2. Legitimidade: não há dúvida de que ninguém mais

do que um recorrente em amparo por alegada violação de direito, liberdade e garantia tem interesse em agir, tendo a lei estendido a legitimidade para esse efeito ao Ministério Público, além de o próprio Tribunal o poder decretar oficiosamente.

2.3. Tempestividade: esse pressuposto está relacionado com o momento desde quando e até quando se pode solicitar a adoção urgente de uma medida provisória no âmbito de um recurso de amparo. A solução afigura-se nos simples, porquanto, nos termos do artigo 11º, nº 1, da Lei do Amparo, o pedido pode ser formulado na mesma peça da interposição do recurso e até ao despacho que designa o dia para o julgamento, conforme o nº 2 do artigo 15º do referido diploma legal. No caso vertente, tendo o pedido para a adoção urgente de medida provisória sido apresentado ao mesmo tempo e na mesma peça em que se requereu o amparo, é cristalino que não se suscita qualquer questão atinente à tempestividade.

3. O *periculum in mora* previsto na alínea a) do nº 1 dos artigos 11º e 14º, ao qual se tem acrescentado a versão limitada do *fumus boni juris* constitui mais um pressuposto a se ter em conta na apreciação do incidente em apreço.

3.1. Esse pressuposto que decorre da alínea a) do artigo 11º, reconhece uma das bases clássicas de decretação de medidas provisórias, o chamado *periculum in mora*, que se verifica quando fundamentadamente a demora da decisão final possa provocar prejuízo irreparável ou de difícil reparação ou a própria inutilidade do amparo requerido. Note-se que para o legislador, o instituto, em sede de amparo pelo menos, não se associa exclusivamente à preservação da utilidade e eficácia da decisão judicial (“*a própria inutilidade do amparo requerido*”), mas igualmente ao efeito de irreparabilidade ou de difícil irreparabilidade que se gera sobre o direito afetado (“*prejuízo irreparável ou de difícil reparação para o recorrente*”), o que resulta claro da utilização da palavra “ou” para conectar um e o outro.

Embora o caso em apreço não seja formalmente equiparável a uma prisão preventiva, o entendimento firmado no âmbito do Acórdão nº 1/2019, de 10 de janeiro, publicado na I Série, do *Boletim Oficial* nº 11, de 31 de janeiro, aplica-se à situação do ora recorrente, em que se viu privado da sua liberdade, sem que, alegadamente, tenha tido conhecimento do Acórdão do Tribunal da Relação de Barlavento. Equivale dizer que a situação em que se encontra o recorrente é, materialmente equivalente àquela que esteve na base do aresto suprarreferido:

“Em relação aos efeitos de uma prisão preventiva provavelmente decretada sem que estivessem presentes todos os pressupostos previstos na Constituição e na Lei Processual Penal em relação à liberdade sobre o corpo e as garantias constitucionais que lhe estão associadas, o Acórdão nº 1/2019, de 10 de janeiro, publicado na I Série, do Boletim Oficial nº 11, de 31 de janeiro, considerou que “um ato do tipo praticado no caso concreto-primariamente de manutenção da recorrente em prisão preventiva fora dos limites legais - na medida em que atenta contra uma liberdade essencial, a liberdade sobre o corpo, sempre causa prejuízos consideráveis à pessoa, que, segundo uma visão mais pro libertate, seriam sempre irreparáveis ou no mínimo de difícil reparação, pois não se vê a possibilidade de se poder restituir as horas, os dias, os meses ou os anos em que a pessoa teve a sua liberdade sobre o corpo afetada, como efetivamente acontece num contexto material de limitação biológica da vida e não-retroatividade do tempo.

Por conseguinte, o facto é que o Tribunal entende que esse, para efeitos deste pressuposto, não é decisivo, pois independentemente de tudo, ele é preenchido se se considerar que a prisão preventiva sempre causa em qualquer pessoa prejuízos irreparáveis ou no mínimo de difícil reparação, especialmente quando existirem outras circunstâncias

exteriores que agravam ainda mais o prejuízo.”

3.2. O outro pressuposto previsto na alínea b) do artigo 11º - *razões ponderosas justificarem a necessidade da imediata adoção de medidas provisórias julgadas necessárias para a conservação dos direitos, liberdades ou garantias violados ou para o restabelecimento do seu exercício até ao julgamento do recurso* - concede ao Tribunal uma grande discricionariedade decisória e isso permite reduzir amplitude da aparente automaticidade que decorreria da verificação do pressuposto previsto na alínea a).

Todavia, essa discricionariedade é ela também condicionada por uma série de fatores que devem ser criteriosamente analisados e aplicados em cada caso.

A par dos critérios já estabelecidos no Acórdão nº 4/2018, de 13 de março

(Atlantic v. PGR), publicado na I Série do *Boletim Oficial* nº 21, de 11 de abril de 2018, importa recuperar outros que foram aplicados no Acórdão nº 1/2019, de 10 de janeiro, publicado na I Série do *Boletim Oficial* nº 21, de 31 de janeiro de 2019, nomeadamente, *a identificação e valoração do direito em espécie afetado, a determinação da forte probabilidade de ele ter sido violado no caso concreto, nomeadamente em razão da existência de precedentes do Tribunal que sejam aplicáveis à situação e que permitam antecipar (embora não assegurar) de alguma forma o desfecho do pedido de amparo; expectativa temporal em relação à decisão de mérito; os efeitos negativos sobre interesses públicos que no caso sejam prevalentes e de direitos de terceiros; as circunstâncias pessoais do requerente, nomeadamente familiares e profissionais e o impacto imediato da conduta lesiva sobre o direito.”*

3.3. Assim, na situação em apreço, existem certas circunstâncias que não devem ser ignoradas, desde logo a própria natureza do direito em causa, a liberdade sobre o corpo, que é direito que nos termos da Lei Fundamental merece posição sistemática e proteção especiais, por ser um dos direitos mais inerentes à pessoa humana.

Representando essa ideia a sua associação à palavra inviolabilidade que aparece no número 1 do artigo 29º da Lei Básica, referência simbólica da importância que lhe atribuiu o legislador constituinte no quadro do nosso Estado de Direito Democrático, ainda que disso não retire um efeito de ilimitabilidade; nas presentes circunstâncias significa que já se está perante uma razão que pende favoravelmente para favorecer a adoção da medida provisória requerida.

“Acresce que o Tribunal já havia decidido decretar medida provisória, num caso (Atlantic v. PGR) em que se absteve de fazer uma análise mais aprofundada para a verificação da probabilidade de existência do direito, contentando-se com a sua viabilidade e, em que estava em presença um direito, liberdade e garantia (direito à propriedade privada e algumas liberdades associadas), importante, mas muito menos essencial do que a liberdade sobre o corpo.”

3.4. Além disso, a forte probabilidade de existência do direito é uma outra circunstância que deve ser considerada.

É certo que o 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 fundamenta o pedido de decretação da medida provisória, alegando que a sua colocação em liberdade e a revogação do despacho que ordenou a sua prisão não prejudicam a faculdade *“de o Juiz mandar estabelecer o contraditório, ouvindo-o, pois na verdade continua incumprida a Sentença na parte em que pretende o ressarcimento do assistente.*

Ouvido o Requerente, poderá então o Mmo. Juiz prendê-lo de novo, agora por razão enquadrada nos preceitos pertinentes do Código Penal, ou então tomar uma das medidas alternativas que nesses preceitos se encontram previstas, cabendo, nesse caso, recurso ordinário da decisão.”

Relevantes para a apreciação do pedido em análise são também as seguintes alegações do recorrente:

(...)

Nem sequer o detido é apresentado a juiz para perguntas. Passa pela secretaria para pagar e daí é conduzido à Cadeia Central.

Ora, o detido (o ora Requerente) não estava preso e não fora preso agora por causa da sentença que ordenara a suspensão da execução da pena de prisão, mas, repita-se mais uma vez, por causa do despacho de revogação que, não sendo de mero expediente, tinha de lhe ser notificado para ele poder reagir.

E sendo uma prisão por razão nova e diferente da sentença, o Requerente não podia deixar de ser ouvido sobre as razões da prisão, a saber as razões porque não pagou.”

Ao aferir da forte probabilidade de os direitos invocados terem sido violados pelas condutas imputadas aos órgãos judiciais que intervieram neste processo não se pode prescindir de uma análise, ainda que sumária, do procedimento adotado, principalmente no que diz respeito à alegada omissão de notificação da revogação da suspensão da execução da pena, o que foi decisivo para a privação da sua liberdade, antes de lhe ser dada a oportunidade de reagir através de meio processualmente adequado contra aquele despacho judicial.

Uma das razões da inconformação do recorrente tem que ver com a alegação de que não foi notificado do despacho que revogou a suspensão da execução da pena e que terá recebido apenas o mandado de detenção e condução à cadeia.

O caso em apreço apresenta uma grande similitude com o recurso de amparo nº 21/2019 (Luís Gomes Firmino versus Supremo Tribunal de Justiça), no que se refere à condução à cadeia para o cumprimento de uma pena de prisão sem que o arguido tenha sido notificado do Acórdão do Tribunal da Relação de Barlavento que havia confirmado a condenação decretada por um tribunal da primeira instância.

Ao decidir sobre o pedido de decretação de medidas provisórias, o Tribunal Constitucional, através do Acórdão nº 33/2019, de 10 de outubro, *publicado na I Série do Boletim Oficial nº 110, de 29 de outubro de 2019*, concedeu ao recorrente a medida provisória requerida, tendo ordenado a sua colocação em liberdade enquanto aguardava a decisão no mérito, com base na seguinte fundamentação:

“Para que a notificação enquanto garantia do direito ao recurso previsto nos termos do nº 7 do artigo 35º da Lei fundamental seja conforme com as diretrizes que emanam dessa norma é necessário que o arguido tenha ciência dos atos a que se refere o nº 2 do artigo 142º 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 142º

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 nº 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 nº 2 do artigo 142º do Código de Processo Penal cuja violação é cominada com a nulidade insanável nos termos da alínea h) do artigo 151º da Lei Processual Penal. Aliás, como o recente Acórdão nº 28/2019, de 16 de agosto, publicado na I Série do Boletim Oficial nº 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.”

No Acórdão nº 50/2019, de 27 de dezembro, publicado na I Série do Boletim Oficial nº 14, de 4 de fevereiro de 2020, que decidiu no mérito o recurso de amparo constitucional nº 21/2019, o Tribunal confirmou a orientação que havia emitido quando decretara a medida provisória, nos seguintes termos:

“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 aflorado 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.

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.

2.2.4. 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.

(...)

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.

(...)

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.

(...)

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 coacção 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.”

Sendo o caso em exame, no essencial, similar ao tratado nos acórdãos suprarreferidos, não se pode deixar de se lhe aplicar as orientações deles constantes, designadamente o facto de o recorrente ter sido preso sem que a decisão que deu origem à emissão do mandado de detenção e condução à cadeia lhe tenha sido notificado, tendo-lhe sido negada a oportunidade de, ainda em liberdade, reagir processualmente contra aquela decisão.

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, 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, por não ter pago uma reparação por danos, sem que se tenha a certeza sobre o trânsito em julgado do despacho que ordenou a suspensão da execução, nomeadamente porque dele não foi notificado ou tomou conhecimento a tempo de poder interpor os respetivos recursos ordinários e constitucionais ainda cabíveis.

Além disso, da análise perfunctória que se pode fazer neste momento, há também aparência muito forte de que o arguido foi preso por razão de que a lei não permite, posto que privado na sua liberdade por despacho desprovido de qualquer fundamentação ancorada no artº 56º do CP.

Pelo exposto, há forte probabilidade de a conduta adotada pelo Juiz do 3º Juízo Crime do Tribunal Judicial da Comarca da Praia e o Acórdão nº 3/2020, de 23 de janeiro, que indeferiu a providência de *habeas corpus* nº 05/2020 terem violado a garantia constitucional de o recorrente ser notificado para que pudesse, ainda em liberdade, exercer o direito ao recurso e, por conseguinte, o direito à liberdade sobre o corpo.

3.5. O Tribunal tem vindo a considerar que, apesar da notória intenção do legislador constituinte e ordinário em imprimir uma especial celeridade à tramitação do recurso de amparo, que se traduz no dever de o recurso de amparo ser requerido em simples petição, o seu processamento ser baseado no princípio da sumariedade, a realidade tem demonstrado que nem sempre tem sido possível decidir as questões de fundo num prazo tão célere.

Portanto, o risco de, em certos casos, a demora na obtenção de uma decisão final poder comportar prejuízo irreparável ou de difícil reparação ou a própria inutilidade do amparo é real, como de resto, o próprio Tribunal o reconheceu, por exemplo, no âmbito do Acórdão nº 1/2019, de 10 de janeiro, suprarreferido. Pelo que se compreende o receio de que a demora na conclusão do processo possa agravar o prejuízo que terá que suportar e isso não pode deixar de constituir-se em mais uma razão ponderosa para que seja deferido o pedido.

3.6. Não parece que existam óbices e grandes riscos para o interesse público se for decretada a medida provisória em exame. Desde logo porque o recorrente aguardou em liberdade que o processo corresse seus termos até ao momento em que foi preso para cumprir a pena. Poderá ficar sujeito a uma medida de coação que se mostre adequada ao estatuto do arguido enquanto se tramita o presente recurso de amparo.

4. Nestes termos, consideram-se, pois, verificados o *periculum in mora* e as razões ponderosas que justificam a adoção da medida provisória requerida.

IV - Decisão

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

- a) Admitir o presente recurso de amparo relativamente a alegada violação do direito à liberdade sobre o corpo, ao contraditório, à defesa e ao recurso;
- b) Deferir o presente pedido de decretação de medidas provisórias;
- c) Determinar que o órgão recorrido promova a soltura imediata do recorrente como medida de conservação do seu direito à liberdade sobre o corpo e do direito a não ser conduzido à prisão sem antes lhe ser dada a oportunidade de reagir através de meio processualmente adequado contra o despacho judicial que determinou a sua condução à cadeia, deferindo ao órgão competente a adoção de medidas de coação não privativas de liberdade que julgue adequadas pelo período necessário a que o amparo seja apreciado no mérito.

Registe, notifique e publique.

Praia, 06 de março de 2020

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

Está Conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, na Praia, aos 11 de março de 2020. — O Secretário, *João Borges*

Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional nº 2/2020, em que é recorrente **Pedro Heleno Carvalho Vaz** e entidade recorrida o **Supremo Tribunal de Justiça**.

Acórdão nº 6/2020

I. Relatório

1. Pedro Heleno Carvalho Vaz, com os demais sinais de identificação nos autos, inconformado com Acórdão nº 81/2019, de 30 de dezembro de 2019, proferido pelo Venerando Supremo Tribunal de Justiça, que indeferiu o seu pedido de *habeas corpus*, veio nos termos do artigo 20º, nº 1, alíneas a) e b) da Constituição da República de Cabo Verde (CRCV) e da Lei nº 109/IV/94, de 24 de outubro (Lei do Amparo), interpor recurso de amparo constitucional, requerendo ainda a adoção de medidas provisórias, nos termos dos artigos 11º e 14º da Lei do Amparo, alegando, no essencial, que:

1.1. O recorrente foi detido no dia 13 de abril de 2018 e na sequência do primeiro interrogatório foi-lhe decretada a prisão preventiva como medida de coação, por haver fortes indícios da prática de crime de homicídio e detenção ilegal de arma de fogo.

1.2. Foi julgado e condenado na pena de 11 anos de prisão resultante do cúmulo jurídico pela autoria material de um crime de homicídio simples, p. p. pelo artº 121º do Código Penal (CP) e um crime de detenção de arma de fogo, p. p. pelo artº 90º, al. a) da Lei nº 31/VIII/2013, de 22 de maio (Lei das Armas).

1.3. Não se conformando com a decisão a que se refere o parágrafo anterior, recorreu para o Tribunal da Relação de Sotavento, que confirmou a condenação que lhe tinha sido imposta pela sentença recorrida.

1.4. No dia 18 de dezembro de 2019, pelas 12h e 30 minutos, foi conduzido ao Tribunal da Comarca da Praia onde lhe foi pedido que assinasse o mandado de notificação

do acórdão do Tribunal da Relação, e, por não lhe ter sido dada informação sobre o documento que deveria assinar com urgência, não o fez.

1.5. Na manhã do dia 18 de dezembro de 2019, pelas 10h e 30 minutos, teria dado entrada, na secretaria do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), uma providência de *habeas corpus*, com fundamento em prisão ilegal, por considerar que se encontrava preso preventivamente há mais de vinte meses sem que tenha sido notificado da decisão do seu recurso.

1.6. Contudo, nesse dia, o seu mandatário teria sido aconselhado por funcionário judicial do Supremo Tribunal de Justiça a proceder à identificação do Tribunal recorrido, sob pena de o pedido de *habeas corpus* ser indeferido e, que, confiando na boa fé do referido funcionário, o seu advogado levantou a petição que tinha dado entrada momentos antes, a fim de introduzir a identificação do Tribunal recorrido.

1.7. Segundo o recorrente, mais tarde veio a saber que assim que o seu advogado recolheu o requerimento, a partir da Secretaria do Supremo Tribunal de Justiça pediu-se ao Tribunal da Relação de Sotavento que notificasse o recorrente do Acórdão proferido no âmbito do recurso que ele tinha interposto.

1.8. Para o impugnante, a falta de notificação da decisão do recurso, que deveria ter acontecido até ao dia 13 de dezembro de 2019, contraria o disposto no artigo 279º, nº 1, al. d) do CPP, conjugado com as normas dos nºs 1 e 2 do artigo 142º do CPP, e, consequentemente, constitui violação ao direito a um processo justo e equitativo, o direito ao contraditório, à ampla defesa, ao recurso e à presunção de inocência, consagrados nos artigos 35º, nºs 1, 6 e 7 da CRCV, sendo tal omissão geradora de nulidade insanável nos termos do artº 151º, al. d) e h) do CPP.

1.9. Por entender que a tentativa de notificação ocorreu depois de ter expirado o prazo máximo de prisão preventiva na fase do recurso pendente num Tribunal de Segunda Instância, e, porque a manutenção em prisão preventiva não tinha base legal, impetrou a providência de *habeas corpus* nº 80/19, a qual foi indeferida pelo Acórdão nº 81/2019, de 30 de dezembro.

1.10. Inconformado com a decisão a que se refere o parágrafo anterior que violou os seus direitos à liberdade sobre o corpo, a garantia da presunção de inocência e o direito a um processo justo e equitativo, previstos nos artigos 29º, 30º, 31º, 35º e 22º, todos da CRCV, veio apresentar o presente recurso de amparo.

1.11. Requereu ainda a adoção de medida provisória, pedido esse que será analisado mais adiante.

1.12. Termina o seu arrazoado, formulando, no essencial, os seguintes pedidos:

“a) Seja julgado procedente o presente amparo e, consequentemente, seja revogado o Acórdão nº 81/2019 do STJ, com as legais consequências;

b) Seja decretada medida provisória, restituindo o recorrente à liberdade sobre o corpo;

c) Seja decidido sobre a violação de direitos fundamentais, concretamente, o direito de liberdade, contraditório, e ampla defesa, direito ao recurso, direito a processo justo e equitativo e presunção de inocência, nos termos dos artigos 29º, 30º, nº 1, 35º, nº 1 e 6 e 7 da CRCV, conjugados com os artigos 1º, 2º, 3º, 5º e 142, nºs 1 e 2 do CPP.”

2. Cumprindo o estabelecido no artigo 12º da Lei do Amparo, foram os autos com vista ao Ministério Público para emitir parecer sobre a admissibilidade do recurso. Sua Excelência o Senhor Procurador-Geral da República emitiu duto parecer constante de fls. 22 a 25 dos presentes autos, tendo feito as seguintes considerações:

*“Da análise dos elementos constantes dos autos, afigura-se que nada obsta à admissão do recurso, porquanto o recorrente tem legitimidade e está em tempo, indica o direito fundamental que entende ter sido violado e não reparado apesar do pedido ao STJ em providência de *habeas corpus*, pelo que esgotou todas as vias de recurso ordinário permitidas na lei do processo.*

Assim, afigura-se que estão preenchidos os pressupostos exigíveis para a admissão do presente recurso de amparo constitucional ao abrigo do artigo 3º da lei do amparo

II – Da medida provisória

7. Ainda que seja admitido o recurso de amparo, como é sentido deste parecer, não se afigura imprescindível adoção urgente de medida provisória, como aliás, parece ter sido a opção do Presidente do Tribunal, ao determinar a Vista ao Ministério Público nos termos do artigo 12º da Lei do Amparo”.

3. É, pois, chegado o momento de apreciar e decidir da admissibilidade do recurso nos termos do artigo 13º da Lei do Amparo.

II - Fundamentação

1. Nos termos do nº 1 do artigo 20º da CRCV, 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 excecionalidade.

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 nº 3 do artº 2º da Lei do Amparo.

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

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

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

Antes de identificar e analisar os pressupostos e os requisitos do recurso de amparo e aferir se no caso vertente se verificam, importa consignar que o seu objeto não se identifica com qualquer ato de natureza legislativa ou normativa, como resulta expressamente do nº 2 do artigo 2º 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 16º da Lei do Amparo.

O recurso não será admitido quando:

a) *Tenha sido interposto fora do prazo;*

De acordo com o disposto no nº 1 do artigo 5º da Lei do Amparo “o recurso de amparo Constitucional é interposto no prazo de vinte dias contados da data da notificação da decisão, sempre que a questão seja suscitada em processo que corra termos nos tribunais”.

No caso em apreço não se sabe ao certo em que data o Acórdão nº 81/2019, de 30 de dezembro foi notificado ao ora recorrente, podendo, no entanto, tomar-se como termo *a quo* para se aferir da tempestividade deste recurso a data em que o aresto impugnado foi prolatado.

Tendo sido proferido em 30 de dezembro de 2019 e o presente recurso de amparo apresentado na secretaria do Tribunal Constitucional no dia 06 de janeiro de 2020, conclui que, independentemente da data em que tenha sido notificado, cumpriu-se o prazo estabelecido no artigo 5º da Lei do Amparo, atento o disposto no nº 1 do artigo 5º da Lei do Amparo, conjugado com a norma do nº 2 do artigo 137º do CPC, aplicável com as necessárias adaptações *ex vi* do artigo 1º da Lei do Amparo.

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

O presente recurso de amparo foi interposto por meio de um requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal Constitucional, tendo sido identificado expressamente, pelo recorrente, como amparo constitucional, cumprindo assim a verificação do requisito previsto no artigo 7º da Lei do Amparo.

Conforme o artigo 8º da lei do amparo:

1. Na petição o recorrente deverá:

a) *identificar a entidade ou agente autor da omissão que terá lesado o seu direito fundamental;*

b) *Identificar com precisão a omissão que, na sua opinião, violou o seu direito fundamental;*

c) *Identificar com clareza o direito que julga ter sido violado, com expressa menção das normas ou princípios jurídico-constitucionais que entende terem sido violados;*

d) *Expor resumidamente as razões de facto que fundamentam a petição;*

e) *Formular conclusões, nas quais resumirá, por artigos, os fundamentos de facto e de direito que justificam a petição;*

2. *A petição terminará com o pedido de amparo constitucional no qual se identificará o amparo que o recorrente entende dever ser-lhe concedido para preservar*

ou restabelecer os direitos ou garantias fundamentais violados.

Examinados os autos, verifica-se que o recorrente atribuiu à Seção Criminal do Supremo Tribunal de Justiça a responsabilidade pela violação dos seus direitos fundamentais, por ter indeferido a providência de *habeas corpus* nº 81/2019, com base na seguinte fundamentação:

“O arguido requerente, no caso em apreço, alega o excesso de prazo da prisão preventiva, fundamentando o seu pedido na alínea d) do artº 18º CPP, por não ter sido notificado da decisão da segunda instância dentro dos vinte meses previstos no artº 279º nº 1alº d), CPP.

Conforme tem reiteradamente decidido este Supremo Tribunal¹ “importa clarificar que os únicos fundamentos definidos na lei para a providência de habeas corpus são os constantes do artº 18º do Código de Processo Penal, neles não figurando a falta, a ausência” ou ainda a incorreta notificação, in casu do acórdão que julgou o recurso interposto pelo arguido.

“Assim, na presente providência a questão a decidir é unicamente a de saber se ocorre o alegado excesso do prazo de prisão preventiva previsto no art.º 279º n.º 1alínea d) do Código de Processo Penal, passível de integrar o fundamento previsto na alínea d) do art 18º.

Nos termos do estatuído naquele dispositivo legal, a prisão preventiva extinguir-se-á quando, desde o seu início, tiverem decorrido vinte meses sem que tenha havido condenação em segunda instância. “No caso, esse prazo terminaria em 13 de dezembro de 2019, e, antes do término desse prazo, o TRS decidiu o recurso através do acórdão 139/2019, de 29 de novembro de 2019.

Assim, considerando a data da detenção do arguido e a da condenação em segunda instância acima referida, se conclui pela inexistência da invocada ilegalidade da prisão, por não se verificar qualquer excesso de prazo. Estando o arguido preso por facto que a lei admite e no local autorizados por lei e à ordem de entidade competente, a presente petição de Habeas Corpus é manifestamente infundada, pelo que o requerente deve ser condenado em conformidade com a previsão constante do artº 22º do CPP.

Assim, pelo exposto, acordam os Juizes do Supremo Tribunal de Justiça, em indeferir o pedido de Habeas Corpus formulado pelo arguido Pedro Heleno Carvalho Vaz, por manifesta falta de fundamento, e condenar o requerente na multa fixada em 20.000 (vinte mil escudos).”

Para o impugnante, o indeferimento da providência de *habeas corpus* com base na fundamentação acima transcrita legitimou a omissão de notificação pessoal do acórdão do Tribunal da Relação de Sotavento no prazo de vinte meses previsto na alínea d) do nº 1 do artigo 279º do CPP, o que viola o seu direito à liberdade sobre o corpo, a garantia da presunção de inocência e o direito a um processo justo e equitativo previstos pelos artigos 29º, 30º, 31º e 35º 2º, todos da Constituição da República.

A fundamentação do presente recurso traduz-se na apresentação resumida das razões de facto e de direito que sustentam a petição, bem como na formulação de conclusões, nas quais se encontram enumeradas os fundamentos de facto e de direito que justificam a petição.

O recorrente pede que lhe sejam concedidos os amparos que se traduzem na restituição da sua liberdade mediante aplicação de medida provisória e na revogação do Acórdão nº 81/2019, de 30 de dezembro, do Egrégio Supremo Tribunal de Justiça.

Os requisitos formais previstos pelo artigo 8º da Lei do Amparo têm sido avaliados sempre de forma compatível

¹ Acórdãos 9/2019, de 8/2; 80/2019, de 27/12; 90/16, de 16/12; 29/2019, de 22/3; 45/2019, de 25/8;

ao direito fundamental ao amparo e, no que diz respeito aos requisitos de fundamentação, 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 fundamentação cumpre os requisitos estabelecidos no artigo 8º da Lei do Amparo.

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

Adotando o conceito de legitimidade ativa recortado pelo nº 1 do artigo 25º do Código de Processo Civil, conjugado com o disposto no nº 1 do artigo 4º da Lei de Amparo, segundo o qual “tem legitimidade quem tiver interesse direto em demandar”, não se pode negar ao recorrente, legitimidade para interpor recurso de amparo contra uma decisão que alegadamente violou os seus direitos à liberdade, à ampla defesa, ao recurso, à presunção de inocência e a um processo justo e equitativo.

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.

Assim, 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 6º 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.”

A partir do Acórdão nº 11/17, de 22 de junho, o Tribunal Constitucional começou a escrutinar especificadamente os requisitos previstos na alínea c) do artigo 3º da Lei do Amparo. Veja-se, nesse sentido, o Acórdão nº 13/2017, de 20 de julho, publicado na I Série do *Boletim oficial* nº 47, de 08 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.

O esgotamento das vias de recurso ordinário como condição *sine qua non* para admissibilidade do recurso de amparo não é uma fórmula vazia ou uma mera formalidade. Trata-se de uma exigência com efeito real sobre o sistema de proteção de direitos fundamentais. Portanto, antes de se recorrer para o Tribunal Constitucional, existem outros órgãos competentes para apreciar e eventualmente conceder a devida proteção aos titulares desses direitos.

É, pois, chegado o momento de verificar se os recorrentes esgotaram as vias de recurso ordinário.

Tendo invocado expressamente a reparação da alegada violação dos direitos à liberdade sobre o corpo, à ampla defesa, ao recurso, à presunção de inocência e a um processo justo e equitativo, o pedido sido recusado pelo Acórdão recorrido proferido pela mais alta instância judicial da ordem comum, sem hipótese de interposição de qualquer outro recurso ordinário, consideram-se esgotadas as vias de recurso ordinário.

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

A causa da inadmissibilidade do recurso prevista na alínea e) do nº 1 do artigo 16º da Lei do Amparo, ao utilizar o advérbio manifestamente, exige que se tenha certeza

quanto à inexistência da fundamentalidade do direito alegadamente violado, ou ausência de conexão entre esse direito e os factos concretos alegados no recurso ou ainda a certeza quanto à inviabilidade de concessão do amparo.

O recorrente alega que foram violados os seus direitos à liberdade sobre o corpo, a garantia da presunção de inocência e o direito a um processo justo e equitativo, o direito à ampla defesa e ao recurso, tendo invocado expressamente as normas onde se encontram alojados esses direitos constitucionais: 29º, 30º, 31º/4 e 35º/1, 22º, todos da Constituição da República.

A fundamentalidade do direito à liberdade sobre o corpo e a garantia que se traduz na presunção de inocência é evidente. Desde logo, pela sua inserção sistemática na Lei Magna, na Parte II, Título II, sobre “Direitos, Liberdade, Garantias” e, Capítulo I, sobre Direitos, Liberdades e Garantias Individuais, aos quais se aplicam os princípios enunciados no Título I.

No que diz respeito à conexão entre os factos concretos alegados na petição de recurso e o direito e a garantia mencionados no parágrafo antecedente, ainda não se pode afirmar, com o grau de certeza que se exige para a formação da convicção do Tribunal, que manifestamente não exista tal conexão, sem prejuízo de se o poder desenvolver um pouco mais quando o Tribunal, mais adiante, apreciar os pressupostos para a adoção de medidas provisórias.

No que concerne à certeza quanto à inviabilidade de concessão do amparo requerido, ainda é relativamente cedo para se fazer um juízo de certeza quanto à manifesta inexistência desse requisito.

Pelo que a decisão definitiva sobre este requisito será tomada na fase seguinte em que se aprecia o mérito do recurso.

Em relação ao direito a um processo justo e equitativo previsto no artigo 22º da Constituição da República de Cabo Verde, é evidente que esse direito fundamental não foi violado pelo acórdão recorrido.

o Tribunal Constitucional já tem uma posição firme sobre a sua natureza e conteúdo. Basta atentar às passagens do Acórdão nº 18/2018, de 07 de junho, publicado na I Série, nº 65, do *Boletim Oficial* de 19 de outubro de 2018, que se passa a transcrever:

“[...] alega-se ainda a violação do direito a um processo equitativo previsto no nº 1 do artigo 22º da CRCV, pelo facto do Tribunal a quo ter negado provimento ao seu recurso. (...) O direito à tutela jurisdicional mediante processo justo e equitativo vem consagrado no título I referente aos princípios gerais do sistema cabo-verdiano de direitos fundamentais. O direito de acesso à justiça comporta natureza híbrida de princípio e cont[é]m várias posições jurídicas subjetivas processuais. O acesso à justiça, na sua dimensão de direito a processo equitativo, pressupõe, nomeadamente, o direito à prova, isto é, a faculdade de apresentação de provas destinadas a auxiliar o julgador na formação da sua convicção sobre a verificação ou não de factos alegados em juízo. O processo equitativo orienta-se para [a] justiça material, visando a tutela efetiva dos direitos, designadamente pela prevalência da decisão de fundo sobre a mera decisão de forma, sempre no estrito respeito pelos princípios e regras constitucionais e legais. Parece que o direito a processo equitativo não implica ter direito ao provimento do recurso...”

Em relação ao mesmo direito, este Tribunal já tinha assentado, através do Acórdão nº 15/2017, de 28 de julho de 2017, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 35, 6 de junho de 2018, pp. 844-856, que se trata de um direito, liberdade e garantia ao considerar que “é claro que, pela localização sistemática fora do título relativo aos direitos, liberdades e garantias e textura indicadora de direito que se realiza com prestações públicas, poderia

discutir-se se o mencionado direito de acesso aos tribunais mediante processo equitativo, é um direito, liberdade e garantia que pode usufruir do regime de proteção que é constitucionalmente reservado para este tipo de direito. Contudo, no geral, o Tribunal já tinha ultrapassado esta questão ao considerar em julgados anteriores que se trata de direito, liberdade e garantia especial sem embargo do que se apontou porque histórica e estruturalmente, a capacidade de proteção de direitos e interesses legítimos é considerada inerente ao ser humano sem a qual, aliás, a preservação dos demais direitos seria colocada em séria situação de debilitação” (Maria de Lurdes v. STJ, (...)).

No que se refere ao seu conteúdo, o Coletivo desta Corte firmou o entendimento de que “o direito a um processo equitativo associa-se à efetividade dos meios de defesa dos direitos, com uma projeção concreta sobre o assunto que nos ocupa, ou seja, o tempo reservado para a mesma, além de outras dimensões como a da igualdade de armas, a do reconhecimento da prerrogativa de exercer o contraditório, bem como a da obtenção de uma decisão devidamente fundamentada por órgãos judiciais compostos por juízes imparciais”.

Não há, pois, nos autos qualquer sinal de que o processo de que emerge o presente recurso de amparo não tenha sido justo ou equitativo. O mesmo se pode dizer em relação aos direitos à ampla defesa e ao recurso, porquanto nada nos autos indiciam que lhe tenha sido subtraída qualquer possibilidade de exercer o contraditório, nem tão-pouco que não tenha podido impugnar qualquer decisão que tenha sido proferida contra si. Pelo contrário, requereu a providência de *habeas corpus* e inconformado com o indeferimento interpôs o presente recurso de amparo. No que diz respeito ao Acórdão nº 129/2019, de 29 de novembro, recorreu para o Supremo Tribunal de Justiça, mas não foi admitido por falta de interesse em agir, como se pode ver pela clareza do despacho proferida por uma Juíza Desembargadora do Tribunal da Relação de Sotavento cuja cópia se encontra entranhada a fls. 18 dos presentes autos.

Pelo exposto, é de se excluir o escrutínio relativamente a esses direitos, ficando o objeto do presente recurso restrito à alegada violação do direito à liberdade sobre o corpo e à presunção de inocência.

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

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

III - Medidas Provisórias

1. O recorrente requer como medida provisória que seja ordenada a sua soltura imediata, para desse modo se restabelecer o exercício dos direitos, liberdades e garantias violados enquanto aguarda a decisão sobre o mérito do presente recurso de amparo.

2. Conforme jurisprudência firme desta Corte, designadamente, o Acórdão nº 1/2019, de 10 de janeiro, publicado no *Boletim Oficial* I Série, nº 11, de 31 de janeiro, o Acórdão nº 6/2019, de 8 de fevereiro, e o Acórdão nº 9/2019, de 28 de fevereiro, disponível no site do Tribunal Constitucional, são os seguintes os pressupostos para que se possa adotar medidas provisórias no âmbito do Recurso de Amparo:

2.1. *Competência: considerando o disposto nas disposições conjugadas do artigo 134º da Lei de Organização do Tribunal e do nº 1 dos artigos 11º e 14º da Lei do Amparo, ao estipularem que os pedidos de decretação de medidas provisórias são decididos pelo Tribunal Constitucional, não se suscita qualquer dúvida quanto à competência desta Corte para conhecer e decidir sobre esse incidente.*

2.2. *Legitimidade: não há dúvida de que ninguém mais do que um recorrente em amparo por alegada violação de direito, liberdade e garantia tem interesse em agir, tendo a lei estendido a legitimidade para esse efeito ao Ministério Público, além de o próprio Tribunal o poder decretar oficiosamente.*

2.3. *Tempestividade: esse pressuposto está relacionado com o momento desde quando e até quando se pode solicitar a adoção urgente de uma medida provisória no âmbito de um recurso de amparo. A solução afigura-se nos simples, porquanto, nos termos do artigo 11º, nº 1, da Lei do Amparo, o pedido pode ser formulado na mesma peça da interposição do recurso e até ao despacho que designa o dia para o julgamento, conforme o nº 2 do artigo 15º do referido diploma legal. No caso vertente, tendo o pedido para a adoção urgente de medida provisória sido apresentado ao mesmo tempo e na mesma peça em que se requereu o amparo, é cristalino que não se suscita qualquer questão atinente à tempestividade.*

3. O *periculum in mora* previsto na alínea a) do nº 1 dos artigos 11º e 14º, ao qual se tem acrescentado a versão limitada do *fumus boni juris* a partir do critério da viabilidade, constitui mais um pressuposto a se ter em conta na apreciação do incidente em apreço.

3.1. Esse pressuposto, que decorre da alínea a) do artigo 11º, segundo, a qual reconhece uma das bases clássicas de decretação de medidas provisórias, o chamado *periculum in mora*, se verifica quando fundamentadamente a demora da decisão final possa provocar prejuízo irreparável ou de difícil reparação ou a própria inutilidade do amparo requerido. Note-se que para o legislador, o instituto, em sede de amparo pelo menos, não se associa exclusivamente à preservação da utilidade e eficácia da decisão judicial (“*a própria inutilidade do amparo requerido*”), mas igualmente ao efeito de irreparabilidade ou de difícil irreparabilidade que se gera sobre o direito afetado (“*prejuízo irreparável ou de difícil reparação para o recorrente*”), o que resulta claro da utilização da palavra “ou” para conectar um e o outro.

3.2. O outro pressuposto previsto na alínea b) do artigo 11º - *razões ponderosas justificarem a necessidade da imediata adoção de medidas provisórias julgadas necessárias para a conservação dos direitos, liberdades ou garantias violados ou para o restabelecimento do seu exercício até ao julgamento do recurso* - concede ao Tribunal uma grande discricionariedade decisória e isso permite reduzir a amplitude da aparente automaticidade que decorreria da verificação do pressuposto previsto na alínea a).

Todavia, essa discricionariedade é ela também condicionada por uma série de fatores que devem ser criteriosamente analisados e aplicados em cada caso.

A par dos critérios já estabelecidos em *Atlantic v. PGR*, importa recuperar outros que foram aplicados no caso *Aldina Ferreira Soares v. STJ*, nomeadamente, *a identificação e valoração do direito em espécie afetado, a determinação da forte probabilidade de ele ter sido violado no caso concreto, nomeadamente em razão da existência de precedentes do Tribunal que sejam aplicáveis à situação e que permitam antecipar (embora não assegurar) de alguma forma o desfecho do pedido de amparo; expectativa temporal em relação à decisão de mérito; os efeitos negativos sobre interesses públicos que no caso sejam prevalentes e de direitos de terceiros; as circunstâncias pessoais do requerente, nomeadamente familiares e profissionais e o impacto imediato da conduta lesiva sobre o direito.*

3.3. Assim, na situação em apreço, existem certas circunstâncias que não devem ser ignoradas, desde logo a própria natureza do direito em causa, a liberdade sobre o corpo, que é direito que nos termos da Lei Fundamental merece posição sistemática e proteção especiais, por ser

um dos direitos mais inerentes à pessoa humana.

Representando essa ideia a sua associação à palavra inviolabilidade que aparece no número 1 do artigo 29º da Lei Básica, referência simbólica da importância que lhe atribuiu o legislador constituinte no quadro do nosso Estado de Direito Democrático, ainda que disso não retire um efeito de ilimitabilidade; nas presentes circunstâncias significa que já se está perante uma razão que pende favoravelmente para favorecer a adoção da medida provisória requerida.

“Acresce que o Tribunal já havia decidido decretar medida provisória, num caso (Atlantic v. PGR) em que se absteve de fazer uma análise mais aprofundada para a verificação da probabilidade de existência do direito, contentando-se com a sua viabilidade e, em que estava em presença um direito, liberdade e garantia (direito à propriedade privada e algumas liberdades associadas), importante, mas muito menos essencial do que a liberdade sobre o corpo.”

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.

No momento em que o Tribunal Constitucional aprecia o pedido de adoção de medida provisória não pode ir além de uma *summária cognitio*. Devido ao caráter urgente das medidas provisórias, o que a Corte Constitucional faz é verificar se, além dos pressupostos gerais, se verifica uma forte probabilidade da alegada violação de um direito fundamental ter ocorrido.

E no caso em apreço essa forte probabilidade depende da razoabilidade do sentido que o Tribunal *a quo* tem vindo a atribuir às normas que regulam o prazo máximo para a extinção da prisão preventiva, nomeadamente o disposto na alínea d) do nº 1 do artigo 279º do Código de processo Penal, segundo o qual *“a prisão preventiva extinguir-se-á quando, desde o seu início, tiverem decorrido vinte meses sem que tenha havido condenação em segunda instância.”*

Da fundamentação vertida para o acórdão recorrido conclui-se que o Supremo Tribunal de Justiça aplicou a sua jurisprudência, reafirmando que o que releva para o efeito da extinção da prisão preventiva é a data da prática do ato processual que encerra cada fase processual e não a data da sua notificação ao arguido ou ao seu defensor, como se pode ver pela transcrição do extrato que se segue:

“No caso, esse prazo terminaria em 13 de dezembro de 2019, e, antes do término desse prazo, o TRS decidiu o recurso através do acórdão 139/2019, de 29 de novembro de 2019.

Assim, considerando a data da detenção do arguido e a da condenação em segunda instância acima referida, se conclui pela inexistência da invocada ilegalidade da prisão, por não se verificar qualquer excesso de prazo. Estando o arguido preso por facto que a lei admite e no local autorizados por lei e à ordem de entidade competente, a presente petição de Habeas Corpus é manifestamente infundada, pelo que o requerente deve ser condenado em conformidade com a previsão constante do artº 22º do CPP.”

Por conseguinte, não se pode dar por verificada a forte probabilidade de terem sido violados os direitos fundamentais invocados pelo recorrente, porque não é líquido que a interpretação dada pela Egrégia Suprema Corte da jurisdição comum seja desrazoável.

Além disso, da análise perfunctória que se pode fazer neste momento, há também a possibilidade de o arguido

já não estar em prisão preventiva, mas em cumprimento da pena de prisão confirmada pelo Acórdão nº 129/2019, de 29 de novembro, de que foi notificado no dia 18 de dezembro de 2019 e do qual interpôs recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, entretanto, rejeitado por falta de interesse em agir, como se pode ver pela clareza do despacho proferido por uma Juíza Desembargadora do Tribunal da Relação de Sotavento cuja cópia se encontra entranhada a fls. 18 dos presentes autos.

Portanto, se não é certa a inviabilidade do pedido, na medida em que subsiste alguma dúvida sobre a legalidade da sua manutenção em prisão preventiva entre os dias 13 e 18 de dezembro de 2019, pelo que se vota no sentido de se o admitir, a inexistência da possibilidade da forte probabilidade de a interpretação adotada pelo Tribunal *a quo* ter violado os direitos invocados; a possibilidade de o arguido já não estar em prisão preventiva, mas em cumprimento da pena de prisão confirmada pelo Acórdão nº 129/2019, de 29 de novembro, o qual terá transitado em julgado, ao que se acresce o facto de o Tribunal ainda não ter jurisprudência que lhe indique que orientação pode seguir em casos do tipo, não permitem que se adote qualquer medida provisória antes que o recurso seja apreciado no mérito.

3.5. Apesar da notória intenção do legislador constituinte e ordinário em imprimir uma especial celeridade à tramitação do recurso de amparo, que se traduz no dever de o recurso de amparo ser requerido em simples petição, o seu processamento ser baseado no princípio da sumariedade, a realidade tem demonstrado que nem sempre tem sido possível decidir as questões de fundo num prazo tão célere.

Portanto, o risco de, em certos casos, a demora na obtenção de uma decisão final poder comportar prejuízo irreparável ou de difícil reparação ou a própria inutilidade do amparo é real. O Tribunal tem afirmado que se compreende o receio de a demora na conclusão do processo poder acarretar eventual prejuízo para os requerentes da medida provisória, mas também tem vindo a chamar atenção para a necessidade da relativização desse risco em função da presença ou inexistência, como no caso em apreço, de forte probabilidade da ocorrência da violação do direito invocado.

3.6. No que tange a outras circunstâncias exteriores que possam agravar o prejuízo decorrente da privação da liberdade sobre o corpo, o peticionário nada alega.

4. Nestes termos, considera-se que não se verificam vários fatores determinantes de ponderação com vista à adoção da medida provisória requerida, nomeadamente, a forte probabilidade de o direito à liberdade sobre o corpo e a garantia da presunção de inocência terem sido violados pelo acórdão recorrido, falecendo, por conseguinte, os pressupostos previstos na alínea b) do artigo 11º da Lei do Amparo, que se traduz em *razões ponderosas que justifiquem a necessidade da imediata adoção de medidas provisórias julgadas necessárias para a conservação dos direitos, liberdades ou garantias violados ou para o restabelecimento do seu exercício até ao julgamento do recurso.*

IV - Decisão

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

- a) Admitir o presente recurso de amparo restrito ao direito à liberdade sobre o corpo e à presunção de inocência;
- b) Indeferir o pedido de decretação de medida provisória.

Registe, notifique e publique.

Praia, 06 de março de 2020

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

Está Conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, na Praia, aos 12 de março de 2020. — O Secretário, *João Borges*

Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional nº 4/2020, em que é recorrente **Sanou Moussa** e entidade recorrida o **Supremo Tribunal de Justiça**.

Acórdão nº 7/2020

I - Relatório

1. Sanou Moussa, com os demais sinais de identificação nos autos, não se conformando com o Acórdão nº 74/2019, de 20 de dezembro, proferido pelo Egrégio Supremo Tribunal de Justiça, veio, nos termos do artigo 20º, nº 1, alíneas a) e b), e nº 2 da Constituição da República de Cabo Verde, interpor recurso de amparo constitucional, alegando, no essencial, que:

1.1. Foi julgado e condenado na pena de 7 (sete) anos e 3 (três) meses de prisão, pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes de alto risco, p. e p. pelo artigo 3º, nº 1 da Lei nº 78/IV/93, de 12 de julho (Lei da Droga).

1.2. Inconformado com essa decisão, recorreu para o Tribunal da Relação de Sotavento e do Acórdão que negou provimento ao seu recurso recorreu para o Supremo Tribunal de Justiça, por entender que o Tribunal da Segunda Instância violou o seu direito à presunção de inocência, na modalidade *in dubio pro reo*, pela deficiente valoração da prova. Pois, o Tribunal recorrido terá formado a sua convicção com base apenas no depoimento do coarguido Richard.

1.3. Notificado do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que julgou improcedente o seu recurso, veio interpor o presente recurso de amparo, no qual afirma que o Tribunal recorrido ignorou o facto de que as provas que fundamentaram a sua condenação terem sido recolhidas através de métodos proibidos quer pela Constituição da República, quer pela lei processual penal;

1.4. Pois, para ele, as diligências com vista à obtenção de provas foram realizadas pelos agentes da Polícia Judiciária, sem que tenha sido emitido mandado judicial, o que viola o disposto nos artigos 41º, 44º e 35º nº 1 da CRCV, constituindo tais métodos e meios de obtenção de prova uma nulidade insanável, nos termos dos artigos 35º nº 8 da CRCV e 150º e 151º al. e) do Código de Processo Penal (CPP);

1.5. Segundo o recorrente, os agentes da Polícia Judiciária fizeram a apreensão da encomenda proveniente do Panamá, com escala em Madrid, e tendo por destino final a cidade da Praia, abrindo-a, sem a presença dos proprietários e sem ter dado conhecimento de tal situação ao juiz competente para o efeito, em claro desrespeito pelo disposto nos artigos 307º e 308º do CPP;

1.6. Que os agentes da Polícia Judiciária procederam à apreensão dos telemóveis dos arguidos e fizeram a leitura das respetivas memórias, sem a competente autorização judicial e o consentimento dos arguidos;

1.7. Por isso, o acórdão recorrido violou o seu direito à presunção (artº 35º nº 1 da CRCV), direito à intimidade da vida privada, e à inviolabilidade de correspondência e de telecomunicações (artº 41º e 44º da CRCV), e ainda, do direito à liberdade (artº 29º da CRCV).

1.8. Requer, no essencial, que o seu pedido seja julgado procedente e em consequência seja alterado o Acórdão nº

74/2019, de 20 de dezembro, e que esta Corte lhe conceda o amparo solicitado, restabelecendo assim os seus direitos fundamentais violados.

2. Cumprindo o estabelecido no artigo 12º da Lei do Amparo, foram os autos com vista ao Ministério Público para emitir parecer sobre a admissibilidade do recurso. Sua Excelência o Senhor Procurador-Geral da República emitiu duto parecer constante de fls. 20 a 22 dos presentes autos, tendo formulado a seguinte conclusão:

“(…) Da análise dos elementos constantes dos autos, afigura-se que estão preenchidos os pressupostos previstos no nº 1 do artigo 3º, e nos artigos 4º, 5º, 7º e 8º da Lei do Amparo, porque é evidente a legitimidade do recorrente e a tempestividade do requerimento, e estão suficientemente cumpridos os demais requisitos formais e materiais exigíveis na Lei do Amparo; não se vislumbra que o Tribunal Constitucional tenha rejeitado, por decisão transitada em julgado, um recurso com objecto substancialmente igual.

7. Assim, afigura-se que estão preenchidos os pressupostos exigíveis para a admissão do presente recurso de amparo constitucional ao abrigo do artigo 3º e 16º da Lei do Amparo.

Do Exposto, somos de parecer que o interposto recurso de amparo constitucional pode ser admitido”.

3. É, pois, chegado o momento desta Corte apreciar e decidir sobre a admissibilidade do presente recurso nos termos do artigo 13º da Lei nº 109/IV/94, de 24 de outubro.

II – Fundamentação

1. Nos termos do nº 1 do artigo 20º 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 só pode ser interposto contra atos 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 excecionalidade.

O carácter subsidiário do recurso de amparo resulta da Constituição e da configuração da Lei nº 109/IV/94, de 24 de outubro, ao estabelecerem o esgotamento prévio das vias de recurso ordinário como um dos pressupostos do recurso de amparo.

O 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 nº 3 do artº 2º da Lei do Amparo.

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

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

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

2. 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 nº 2 do artigo 2º da Lei nº 109/IV/94, de 24 de outubro (Lei do Amparo).

3. 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 16º da Lei do Amparo:

O recurso não será admitido quando:

a) *Tenha sido interposto fora do prazo;*

De acordo com o disposto no nº 1 do artigo 5º da Lei do Amparo “*o recurso de amparo Constitucional é interposto no prazo de vinte dias contados da data da notificação da decisão, sempre que a questão seja suscitada em processo que corra termos nos tribunais*”.

Nestes termos considera-se que no caso em apreço o prazo para a interposição de recurso de amparo conta-se a partir da data da notificação do Acórdão nº 74/2019, de 20 de dezembro, que de acordo com os autos aconteceu a 23 de dezembro de 2019. Tendo o presente recurso de amparo dado entrada na secretaria do Tribunal Constitucional a 21 de janeiro de 2020, conclui-se que foi cumprido o prazo estabelecido no artigo 5º da Lei do Amparo, atento o disposto no artigo 137º do CPC, ex vi artigo 1º da lei do Amparo.

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

O presente recurso de amparo foi interposto por meio de um requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal Constitucional, tendo sido identificado expressamente pelo recorrente como amparo constitucional, pelo que se dá por verificado o requisito previsto no artigo 7º da Lei do Amparo.

Conforme o artigo 8º da lei do amparo:

1. Na petição o recorrente deverá:

a) *identificar a entidade ou agente autor da omissão que terá lesado o seu direito fundamental;*

b) *Identificar com precisão a omissão que, na sua opinião, violou o seu direito fundamental;*

c) *Identificar com clareza o direito que julga ter sido violado, com expressa menção das normas ou princípios jurídico-constitucionais que entende terem sido violados;*

d) *Expor resumidamente as razões de facto que fundamentam a petição;*

e) *Formular conclusões, nas quais resumirá, por artigos, os fundamentos de facto e de direito que justificam a petição;*

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

Compulsados os autos, verifica-se que o recorrente atribui à Seção Criminal do Supremo Tribunal de Justiça a responsabilidade pela violação dos direitos fundamentais que indica, por, alegadamente, ter confirmado a decisão do Tribunal da Relação de Sotavento que se baseou em provas produzidas em violação de normas constitucionais e legais que proíbem a valoração de provas nulas por violação da abusiva intromissão na correspondência, nas telecomunicações e na vida privada, designadamente, por terem sido realizadas pela Polícia Judiciária, sem consentimento do visado e sem autorização judicial.

A fundamentação do presente recurso mostra-se sucinta, tendo o recorrente formulado, também, as conclusões e requerido o amparo.

Os requisitos previstos pelo artigo 8º 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 respeita os requisitos estabelecidos no supracitado preceito da Lei do Amparo.

c) *O requerente não tiver legitimidade para recorrer*

Adotando o conceito de legitimidade ativa recortado pelo nº 1 do artigo 25º do Código de Processo Civil, conjugado com o disposto no nº 1 do artigo 4º da Lei de Amparo “*tem legitimidade quem tiver interesse direto em demandar*”.

Na sua peça petítória o recorrente diz ter nacionalidade estrangeira, todavia, compulsados os autos, constata-se, pela cópia do bilhete de identidade de cidadão nacional da República de Cabo Verde, que é cidadão cabo-verdiano. Ainda que fosse titular de nacionalidade estrangeira não teria problema quanto à legitimidade para acionar o recurso de amparo para a defesa dos direitos fundamentais que alega lhe terem sido violados, atento o disposto no artigo 25º nº 1 da Constituição da República que estabelece que, com exceção dos direitos políticos e dos direitos reservados constitucional ou legalmente aos cidadãos nacionais, os estrangeiros e apátridas que residam ou se encontrem no território nacional gozam dos mesmos direitos, liberdades e garantias e estão sujeitos aos mesmos deveres que os cidadãos cabo-verdianos.

A questão da legitimidade das pessoas titulares de nacionalidade estrangeira para intentar recurso de amparo constitucional foi há muito ultrapassada por esta Corte que tem reconhecido a sua legitimidade ativa, designadamente, através da orientação fixada nos seguintes Acórdãos: nº 4/2018, de 13 de março, nº 5/2018, de 22 de março, publicados na I Série do Boletim Oficial, nº 21, de 11 de abril de 2018 e o Acórdão nº 12/2018, de 07 de junho de 2018, publicado na I Série do Boletim Oficial, nº 49, de 20 de julho de 2018.

Pelo exposto conclui-se que o recorrente tem legitimidade para interpor recurso de amparo, atento o disposto no nº 1 do artigo 4º da Lei do Amparo.

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

Conforme jurisprudência firme deste Tribunal Superior, 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.

Assim, 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 6º 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.”

A partir do Acórdão nº 11/17, de 22 de junho, o Tribunal Constitucional começou a escrutinar especificadamente os requisitos previstos na alínea c) do artigo 3º da Lei do Amparo. Nesse sentido, veja-se o Acórdão nº 13/2017, de 20 de julho, publicado na I Série do *Boletim oficial* nº 47, de 08 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.

O esgotamento das vias de recurso ordinário como condição *sine qua non* para admissibilidade do recurso de amparo não é uma fórmula vazia ou uma mera formalidade. Trata-se de uma exigência com efeito real sobre o sistema de proteção de direitos fundamentais. Portanto, antes de se recorrer para o Tribunal Constitucional, existem outros órgãos competentes para apreciar e eventualmente conceder a devida proteção aos titulares desses direitos.

Tratando-se de potencial violação de direitos, liberdades e garantias imputada a um Acórdão proferido por 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 ocorrido.

Compulsados os autos constata-se que mesmo que se admita que o recorrente tenha solicitado a reparação à violação do direito à presunção de inocência do arguido, na modalidade *in dubio pro reo*, a verdade é que este fundamentou o seu pedido circunscrevendo-o à problemática da valoração da prova, que na sua perspetiva terá sido deficientemente apreciada tanto pelo Tribunal da Relação de Sotavento como pelo Supremo Tribunal de Justiça, os quais basearam as suas decisões apenas na prova testemunhal do coarguido Richard, como se pode constatar pela transcrição das conclusões constantes das alegações do recurso que dirigiu ao Supremo Tribunal de Justiça:

“CONCLUSÕES:

Primeira. *Os elementos de prova tratados durante toda a sentença do Tribunal da Relação manifestam evidente incoerência por omissões técnicas ao momento de reconstruir o relatório histórico fáctico.*

Segunda. *A constante alusão a regras de experiência, regras da lógica, regras experiência comum, regras de razão, e conhecimentos científicos sem descrever a relação entre factos imputados e a análise em questão da recorrência à sentença de primeira instância, ainda não foi resolvida com esta técnica de interpretação desatualizada.*

Terceira. *As provas praticadas além de mostrar-se insuficientes para estabelecer a relação dos projéteis que atingiram ao ofendido enquanto a uma correspondência da imputação, ainda colocam em dúvidas sua procedência a partir do momento em que aconteceu o encontro entre ambos.*

Quarta. *Mesmo assim, as restantes provas praticadas durante a instrução e a fase de julgamento, não conseguem sustentar a prova testemunhal que tem-se por significativa.*

Quinta. *A falta de descrições sobre tipicidade durante toda a elaboração da sentença do Tribunal da Relação, levam a pensar na aplicação de critérios meramente analógicos e censurados no Direito Penal.*

Sexta. *As decisões judiciais devem ser fundamentadas, e especificamente no que se refere à sentença, nos moldes prescritos no Artigo 403º CPP.*

Sétima. *A contradição insanável da fundamentação prevista no artigo 442º n.º 2 do CPP é aplicável.*

Oitava. *Considerar a relação de proximidade entre o Tribunal de primeira instância e a situação jurídica questionada para sustentar a justificação das sentenças emitidas, é um erro de direito insanável. Pois nega o Controlo Judicial de Instância e o acesso ao conhecimento jurídico dos fatos passados no tempo. Incluindo a própria negação de conhecer este pelos sujeitos processuais.*

No que se refere à alegada violação do *in dubio pro reo*, o Supremo Tribunal de Justiça fez a seguinte apreciação:

*“Finalmente, o recorrente faz referência à violação do princípio *in dubio pro reo*, ajuntando um conjunto de interrogações e considerações de ordem genérica, mas não explicita em que medida esse princípio foi violado pelo Acórdão, o que impossibilita este Tribunal de se pronunciar sobre a alegação.*

O referido princípio, relativo à prova, é um princípio geral de processo penal e por isso, doutrina autorizada tem vindo a admitir que a sua aplicação possa ser controlada pelo Supremo Tribunal de Justiça em recurso restrito à matéria de direito, designadamente quando resultar do texto da decisão recorrida que o Tribunal, mesmo estando na dúvida sobre a prova de um facto, ainda assim decidiu contra o arguido, o que não é o caso dos autos.

Em conclusão, as conclusões do recurso quedaram-se por um tal nível de abstração, sem qualquer esforço de concretização dos segmentos da decisão recorrida que possam consubstanciar os vícios que à mesma se pretende atribuir, o que conduz à manifesta improcedência do recurso.”

Acontece que no recurso de amparo em apreço, o recorrente persiste 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 levou ao conhecimento do Supremo Tribunal de Justiça, tendo-lhe imputado a adoção das seguintes condutas que nada tem que ver com o conteúdo do acórdão recorrido: que as diligências com vista à obtenção de provas foram realizadas pelos agentes da Polícia Judiciária, sem que tenha sido emitido mandado judicial, o que viola o disposto nos artigos 41º, 44º e 35º n.º 1 da CRCV, constituindo tais métodos e meios de obtenção de prova uma nulidade insanável, nos termos dos artigos 35º n.º 8 da CRCV e 150º e 151º al. e) do Código de Processo Penal (CPP); que os agentes da Polícia Judiciária fizeram a apreensão da encomenda proveniente do Panamá, com escala em Madrid, e tendo por destino final a cidade da Praia, abrindo-a, sem a presença dos proprietários e sem ter dado conhecimento de tal situação ao juiz competente para o efeito, em claro desrespeito pelo disposto nos artigos 307º e 308º do CPP; que os agentes da Polícia Judiciária procederam à apreensão dos telemóveis dos arguidos e fizeram a leitura das respetivas memórias, sem a competente autorização judicial e o consentimento dos arguidos.

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 perante essa instância nem antes nem depois da prolação do acórdão recorrido.

Ao caso em apreço aplica-se a orientação constante do Acórdão nº 47/2019, de 31 de dezembro, publicado na I Série do *Boletim Oficial*, nº 14, de 4 de fevereiro de 2020, através do qual não se admitiu o recurso de amparo nº

26/2019, tendo o Tribunal Constitucional se expressado da seguinte forma:

“(…)

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 41º, 44º e 45º, 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.”

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 16º, 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, 06 de março de 2020

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

Está Conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, na Praia, aos 13 de março de 2020. — O Secretário, *João Borges*

Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional nº 8/2020, em que é

recorrente **Adilson Staline Mendes Baptista** e entidade recorrida o **Supremo Tribunal de Justiça**.

Acórdão nº 9/2020

I - Relatório

1. **Adilson Staline Mendes Baptista**, com os demais sinais de identificação nos autos, não se conformando com o Acórdão nº 4/2020, de 10 de fevereiro de 2020, proferido pelo Venerando Supremo Tribunal de Justiça, vem, nos termos do artigo 20º da Constituição, interpor recurso de amparo e requerer a adoção de medida provisória, alegando, em síntese, que:

1.1. Foi detido e na sequência do primeiro interrogatório, o Meritíssimo Juiz decidiu que aguardasse os ulteriores termos do processo em regime de prisão preventiva, por ter considerado que havia fortes indícios da prática de factos suscetíveis de integrar um crime de agressão sexual com penetração, p.p. pelo artigo 143º, nº 1, conjugado com o artigo 141º, al. a), b), e c), todos do CP, um crime prevaricação de funcionário, p.p. pelo artigo 330º, nº 1, e um crime de abuso de poder, p.p. pelo artigo 372º A do CP.

1.2. Encontrando-se em prisão preventiva desde o dia 04 de outubro de 2019, ou seja, há mais quatro meses e um dia, não foi notificado do despacho de acusação, de arquivamento, nem de qualquer outro que tenha declarado o processo de especial complexidade, pelo que a prisão preventiva a que se encontra sujeito tornou-se ilegal, atento o disposto no *artigo 279º nº 1 al. a) do CPP*.

1.3. Pois, para o recorrente, a prisão preventiva extingue-se, quando, desde o seu início, tiverem decorrido quatro meses sem que o arguido tenha sido notificado da acusação.

1.4. Foi com base nesse entendimento que requereu a providência de *habeas corpus*, entretanto, indeferida pelo Acórdão do STJ nº 04/2020, de 10 de fevereiro de 2020, com fundamento de que na aferição dos prazos de prisão preventiva vale a data da prática do ato processual em causa pelo magistrado competente para o efeito e não a data da sua notificação ao arguido ou ao seu defensor, ato processual a ser praticado pelo oficial de justiça.

1.5. Mais acrescentou aquele aresto que *“tendo o processo sido tempestivamente declarado de especial complexidade, o prazo para a dedução da acusação passou a ser de 06 (seis) meses, que obviamente ainda não expirou, sendo que a contagem desse prazo deve ser efetuada de conformidade com a previsão do artº 279º alínea c) do Código Civil, donde se retira com clareza que o prazo fixado em meses termina às 24 hora do dia que corresponda, dentro do último mês, a essa data.”*

1.6. Perante a alegação de que não foi notificado dos despachos a que se refere o parágrafo 1.2 deste relatório, contrariando o disposto nos artigos 140º, 141º e 142º nº 2 do CPP, e que a omissão de notificação constitui nulidade insanável nos termos do artigo 151º do CPP e fundamento para a concessão do *habeas corpus*, atento o disposto na alínea c) do artigo 18º do CPP, o Supremo Tribunal de Justiça fez constar do Acórdão recorrido que, contrariamente à alegação do recorrente, *“a lei não impõe que naquele prazo de 04 meses o arguido deva ser notificado do despacho que declarou o processo de especial complexidade, conforme pretende o recorrente, pois o artº 18º não se refere à notificação, ou à falta dela, como fundamento de habeas corpus.”*

1.7. Inconformado com a decisão constante do aresto que indeferiu a providência de *habeas corpus*, a qual, sempre na perspetiva do impetrante, terá violado os seus direitos à liberdade sobre o corpo, a garantia da presunção de inocência e o direito a um processo justo e equitativo, previstos nos artigos 29º, 30º, 31º, 35º e 22º, dignidade da pessoa humana, artigo 28º, todos da Constituição da

República, introduziu o presente recurso de amparo.

1.8. Requereu ainda a adoção de medida provisória que será analisada mais adiante.

1.9. Termina o seu arrazoado pedindo a revogação do Acórdão nº 04/2020, de 10/02/20, com as legais consequências.

2. Cumprindo o estabelecido no artigo 12º 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. 24 a 26 dos presentes autos, tendo formulado a seguinte conclusão: *“Do exposto, somos de parecer que o recurso de amparo constitucional interposto preenche os pressupostos de admissibilidade.”*

3. É, pois, chegado o momento de apreciar e decidir da admissibilidade do recurso nos termos do artigo 13º da Lei nº 109/IV/94, de 24 de outubro (doravante Lei do Amparo).

II – Fundamentação

1. Nos termos do nº 1 do artigo 20º 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 excecionalidade.

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 nº 3 do artº 2º da Lei do Amparo.

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

A natureza excecional do recurso de amparo implica que a violação do direito ou liberdade fundamental não tenha encontrado reparação através do sistema de garantias

normais, exigindo-se, por isso, que haja recurso prévio aos tribunais ordinários e o esgotamento dos recursos adequados.

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

Antes de identificar e analisar os pressupostos e os requisitos do recurso de amparo e aferir se no caso vertente se verificam, importa consignar que o seu objeto não se identifica com qualquer ato de natureza legislativa ou normativa, como resulta expressamente do nº 2 do artigo 2º 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 16º da Lei do Amparo.

O recurso de amparo não é admitido quando:

a) Tenha sido interposto fora do prazo;

De acordo com o disposto na alínea a) do nº 1 do artigo 16º da Lei do Amparo, o recurso não será admitido quando tenha sido interposto fora do prazo; e, nos termos do nº 1 do artigo 5º 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.*

Tendo a decisão impugnada sido proferida em 10 de fevereiro de 2020 e o presente recurso de amparo ter dado entrada na Secretaria do Tribunal Constitucional a 09 de março de 2020, a petição mostra-se tempestivamente apresentada, tendo em conta o estabelecido no nº 1 do artigo 5º da Lei do Amparo, conjugado com o disposto no nº 2 do artigo 137º do CPC, aplicável com as necessárias adaptações *ex vi* do artigo 1º da Lei do Amparo, independentemente da data em que o recorrente tenha sido notificado do acórdão recorrido.

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

i. Nos termos dos números 1 e 2 do artigo 7º 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.”

O requerimento através do qual se iniciou este processo foi apresentado na secretaria do Tribunal Constitucional e indicou-se expressamente que tem natureza de *amparo constitucional*, pelo que se considera que estão presentes os requisitos previstos no artigo 7º supracitado diploma legal.

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

a) Identificar a entidade, o funcionário ou agente autor do acto ou da omissão referidos no nº 1 do artigo 2º e artigo 3º, 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.*

Examinados os autos, verifica-se que o recorrente atribui à Seção Criminal do Supremo Tribunal de Justiça a responsabilidade pela violação dos seus direitos fundamentais, ao adotar a interpretação segundo a qual o disposto na alínea a) do nº 1 do artigo 279º do CPP determina que o que releva para o efeito da extinção da prisão preventiva é a data da prática do ato processual que encerra cada fase processual e não a data da sua notificação ao arguido ou ao seu defensor. Para o recorrente a norma interpretada com esse sentido viola o direito à liberdade sobre o corpo, a garantia da presunção de inocência e o direito a um processo justo e equitativo previstos pelos artigos 29º, 30º, 31º e 35º 22º, a dignidade da pessoa humana, artigo 28º todos da Constituição da República.

Por outro lado, alega que a interpretação que o Supremo Tribunal de Justiça tem vindo a fazer do disposto nos artigos 140º, 141º e 142º nº 2 do CPP, segundo a qual a lei não impõe que o despacho que declara a especial complexidade do processo e conseqüentemente eleva o prazo de prisão preventiva deva ser notificado ao arguido, viola a Constituição e gera uma nulidade que justifica a concessão do *habeas corpus*, tendo em conta o preceituado no artigo 18º, al. d) do CPP.

Apesar da exigência legal no sentido de se resumir as razões de facto e de direito que sustentam a petição, a fundamentação do presente recurso apresenta-se relativamente extensa, o que pode ser compreensível tendo em conta o facto de o recorrente ter-se esforçado no sentido de demonstrar o desacerto da posição vertida no acórdão impugnado e de apresentar as razões que fundamentam as pretensões do seu constituinte.

Em relação à exigência de formulação de conclusões, nas quais se deve resumir por artigos os fundamentos de facto e de direito que justificam a petição, também se pode entender a extensão das conclusões, não só pela justificação constante do parágrafo antecedente, mas também porque se trata de fundamentação de um recurso de amparo contendo um incidente em que se pede a decretação de uma medida provisória.

Importa lembrar que nos termos do nº 2 do artigo 8º da Lei do Amparo: *“a petição terminará com o pedido de amparo constitucional no qual se indicará o amparo que o recorrente entende dever ser-lhe concedido para preservar ou restabelecer os direitos, liberdades ou garantias fundamentais”*.

O recorrente pede que lhe sejam concedidos os amparos que se traduzem na restituição da sua liberdade mediante aplicação de medida provisória e na revogação do Acórdão recorrido.

Os requisitos formais previstos pelo artigo 8º da Lei do Amparo têm sido avaliados sempre de forma compatível com o direito fundamental ao amparo e no que diz respeito aos requisitos de fundamentação, 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 fundamentação, apesar de ser modelar, cumpre os requisitos estabelecidos no artigo 8º da Lei do Amparo.

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

Adotando o conceito de legitimidade ativa recortado pelo nº 1 do artigo 25º do Código de Processo Civil, conjugado com o disposto no nº 1 do artigo 4º da Lei de Amparo, segundo o qual *“tem legitimidade quem tiver interesse direto em demandar”*, não se pode negar ao recorrente,

legitimidade para interpor recurso de amparo contra uma decisão que alegadamente violou os seus direitos à liberdade, à presunção de inocência, a um processo justo e equitativo e à dignidade da pessoa humana.

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.

Assim, 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 6º 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.”

A partir do Acórdão nº 11/17, de 22 de junho, o Tribunal Constitucional começou a escrutinar especificadamente os requisitos previstos na alínea c) do artigo 3º da Lei do Amparo. Veja-se, nesse sentido, o Acórdão nº 13/2017, de 20 de julho, publicado na I Série do *Boletim oficial* nº 47, de 08 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.

O esgotamento das vias de recurso ordinário como condição *sine qua non* para admissibilidade do recurso de amparo não é uma fórmula vazia ou uma mera formalidade. Trata-se de uma exigência com efeito real sobre o sistema de proteção de direitos fundamentais. Portanto, antes de se recorrer para o Tribunal Constitucional, existem outros órgãos competentes para apreciar e eventualmente conceder a devida proteção aos titulares desses direitos.

É, pois, chegado o momento de verificar se os recorrentes esgotaram as vias de recurso ordinário.

Tendo invocado expressamente a reparação da alegada violação do direito à liberdade sobre o corpo, do direito à presunção de inocência e do direito a um processo justo e equitativo, e o pedido sido recusado pelo Acórdão recorrido proferido pela mais alta instância judicial da ordem comum, sem hipótese de interposição de qualquer outro recurso ordinário, consideram-se esgotadas as vias de recurso ordinário.

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

A causa da inadmissibilidade do recurso prevista na alínea e) do nº 1 do artigo 16º da Lei do Amparo, ao utilizar o advérbio manifestamente, exige que se tenha certeza quanto à inexistência da fundamentalidade do direito alegadamente violado, ou ausência de conexão entre esse direito e os factos concretos alegados no recurso ou ainda a certeza quanto à inviabilidade de concessão do amparo.

Os recorrentes alegam que foram violados os seus direitos à liberdade sobre o corpo, a garantia da presunção de inocência e o direito a um processo justo e equitativo, direito à dignidade da pessoa humana, tendo invocado expressamente as normas onde se encontram alojados esses direitos constitucionais: 29º, 30º, 31º, 35º, 22º e 28º todos da Constituição da República.

A fundamentalidade do direito à liberdade sobre o corpo e a garantia que se traduz na presunção de inocência é evidente. Desde logo, pela sua inserção sistemática na Lei Magna, na Parte II, Título II, sobre “Direitos, Liberdade, Garantias” e, Capítulo I, sobre Direitos, Liberdades e Garantias Individuais, aos quais se aplicam os princípios enunciados no Título I.

No que diz respeito à conexão entre os factos concretos alegados na petição de recurso e o direito e a garantia mencionados no parágrafo antecedente, ainda não se pode afirmar, com o grau de certeza que se exige para a formação da convicção do Tribunal, que manifestamente não exista tal conexão, sem prejuízo de se o poder desenvolver um pouco mais quando o Tribunal, mais adiante, apreciar os pressupostos para a adoção de medidas provisórias.

No que concerne à certeza quanto à inviabilidade de concessão do amparo requerido, ainda é relativamente cedo para se fazer um juízo de certeza quanto à manifesta inexistência desse requisito.

Pelo que a decisão definitiva sobre este requisito será tomada na fase seguinte em que se aprecia o mérito do recurso.

Em relação ao direito a um processo justo e equitativo previsto no artigo 22º da Constituição da República de Cabo Verde, é evidente que esse direito fundamental não foi violado pelo acórdão recorrido.

O Tribunal Constitucional já tem uma posição firme sobre a natureza e o conteúdo deste direito. Basta atentar às passagens do Acórdão nº 18/2018, de 07 de junho, publicado na I Série do *Boletim Oficial*, nº 65, de 19 de outubro de 2018, que se passa a transcrever:

“[...] alega-se ainda a violação do direito a um processo equitativo previsto no nº 1 do artigo 22º da CRCV, pelo facto do Tribunal a quo ter negado provimento ao seu recurso. (...) O direito à tutela jurisdicional mediante processo justo e equitativo vem consagrado no título I referente aos princípios gerais do sistema cabo-verdiano de direitos fundamentais. O direito de acesso à justiça comporta natureza híbrida de princípio e cont[ém] várias posições jurídicas subjetivas processuais. O acesso à justiça, na sua dimensão de direito a processo equitativo, pressupõe, nomeadamente, o direito à prova, isto é, a faculdade de apresentação de provas destinadas a auxiliar o julgador na formação da sua convicção sobre a verificação ou não de factos alegados em juízo. O processo equitativo orienta-se para [a] justiça material, visando a tutela efetiva dos direitos, designadamente pela prevalência da decisão de fundo sobre a mera decisão de forma, sempre no estrito respeito pelos princípios e regras constitucionais e legais. Parece que o direito a processo equitativo não implica ter direito ao provimento do recurso...”

Em relação ao mesmo direito, este Tribunal já tinha assentado, através do Acórdão nº 15/2017, de 28 de julho de 2017, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 35, 6 de junho de 2018, pp. 844-856, que se trata de um direito, liberdade e garantia ao considerar que “é claro que, pela localização sistemática fora do título relativo aos direitos, liberdades e garantias e textura indicadora de direito que se realiza com prestações públicas, poderia discutir-se se o mencionado direito de acesso aos tribunais mediante processo equitativo, é um direito, liberdade e garantia que pode usufruir do regime de proteção que é constitucionalmente reservado para este tipo de direito. Contudo, no geral, o Tribunal já tinha ultrapassado esta questão ao considerar em julgados anteriores que se trata de direito, liberdade e garantia especial sem embargo do que se apontou porque histórica e estruturalmente, a capacidade de proteção de direitos e interesses legítimos é considerada inerente ao ser humano sem a qual, aliás, a preservação dos demais direitos seria colocada em séria situação de debilitação” (*Maria de Lurdes v. STJ, (...)*.”

No que se refere ao seu conteúdo, o Coletivo desta Corte firmou o entendimento de que “o direito a um processo equitativo associa-se à efetividade dos meios de defesa dos direitos, com uma projeção concreta sobre o assunto que nos ocupa, ou seja, o tempo reservado para a mesma, além de outras dimensões como a da igualdade de armas, a do reconhecimento da prerrogativa de exercer o contraditório, bem como a da obtenção de uma decisão devidamente fundamentada por órgãos judiciais compostos por juízes imparciais”.

Não há, pois, nos autos qualquer sinal de que o processo de que emerge o presente recurso de amparo não tenha sido justo ou equitativo.

Relativamente à dignidade da pessoa humana invocada como fundamento autónomo para a concessão do amparo, o Tribunal Constitucional, através do Acórdão nº 29/2017, de 28 de dezembro, votado por maioria, considerou que “no âmbito da dogmática jurídico-constitucional em Cabo Verde, não se pode de maneira alguma ignorar um dado fundamental. É que no ordenamento jurídico do país, a natureza da dignidade da pessoa humana como direito subjetivo é vinculada expressamente na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de que Cabo Verde é parte. Na verdade, este importante instrumento regional de proteção de direitos humanos considera, no seu artigo 5º, a dignidade da pessoa humana como direito. [...]. Por outro lado, não se pode esquecer a cláusula aberta dos direitos, liberdades e garantias prevista no nº 1 do artigo 17º da CRCV que dispõe o seguinte: «As leis ou convenções internacionais poderão consagrar direitos, liberdades e garantias não previstos na Constituição.»

Na declaração de voto de vencido que se encontra junto ao aresto a que se refere o parágrafo anterior, sobre a mesma matéria o seu autor expressou o seguinte entendimento:

“Na esmagadora maioria destes casos, haveria sempre um direito, liberdade e garantia a proteger a posição jurídica em questão, seja a garantia contra a tortura ou as abragentes garantias contra qualquer tratamento desumano ou degradante, que, por si só, abarcaria um espectro de situações passíveis de atingir a dignidade da pessoa humana, como ainda, em outras, o direito à liberdade, que seguramente recobriria casos de escravatura ou situações análogos à mesma, do direito a não se ser discriminado, o direito à privacidade e mesmo o direito à honra e certas garantias de processo penal.

1.5.3. Mas, admite-se que a dinâmica da vida seja tão intensa que, em abstrato, poderá haver situações em que não se consegue cobrir nem por meio dos preceitos de direitos, liberdades e garantias do catálogo, já, no geral, construídos como princípios e logo suscetíveis de abarcar situações distintas e imprevistas, nem por via daqueles que podem ser recebidas por meio da cláusula de abertura. Nomeadamente, os desenvolvimentos tecnológicos, por exemplo nas áreas da informática, da genética ou da biotecnologia, têm propiciado situações que potencialmente podem ter impactos consideráveis sobre a dignidade da pessoa humana num sentido que eventualmente as normas catalogadas de proteção de direitos e as demais passíveis de serem protegidas meio de recurso de amparo não conseguem cobrir.

1.5.4. Quando houver tais lacunas, eu seria o primeiro, até atendendo ao programa constitucional de se ter uma proteção sem hiatos, não só na perspetiva formal-processual, mas também material, a advogar o recurso a posição jurídica resultante do direito à dignidade da pessoa humana reconhecido pelo artigo 5º da Carta Africana.

1.6. Sempre nessa perspetiva de instrumentalidade que deve presidir à ligação entre o tribunal e o princípio da dignidade da pessoa humana. Este, enquanto norma constitucional deve ser levado a sério e, como se sublinha

neste acórdão e em outros arestos constitucionais (Acórdão nº 7/2016, de 28 de abril, Rel: JC Piña Delgado, 2.3), não ser tratado como uma fórmula vazia. É precisamente para se evitar que tal efeito se produza que, no meu entender, se deve evitar utilizações meramente retóricas da dignidade da pessoa humana, que trazem no seu bojo o perigo de uma vulgarização no mau sentido e, assim, ao seu esvaziamento, pois se tudo viola a dignidade da pessoa humana nada viola a dignidade da pessoa humana.

[...]

1.7. Portanto, é por isso que manifestei dúvidas em relação ao escrutínio que foi promovido em relação a possível violação do direito à dignidade da pessoa humana. Não me parece que tendo sido alegada violação do direito à presunção da inocência fosse necessário fazer essa incursão.

1.7.1. O que é inegável é que o princípio da dignidade da pessoa humana se subjetiva quando se projeta e se incorpora em vários direitos, dentre os quais diversas garantias penais, precisamente porque, em última instância, se o Estado priva uma pessoa da sua liberdade sem que seja provada a sua culpa está literalmente a instrumentalizar a pessoa, a tratá-la como uma coisa, como um ser que não possui um valor intrínseco e que, como tal, pode servir como meio para que ele atinja outros objetivos, por exemplo, dar resposta a exigências punitivas ou moralistas da sociedade, garantir ou sensação de segurança pública, privando uma pessoa arbitrariamente da sua liberdade natural. Esta associação é também feita pelo penalista cabo-verdiano Jorge Carlos Fonseca, “Termos de referência para a elaboração de um Código Penal de Cabo Verde”, RPCC, n. 5, 1995, pp. 23-45), quando ressalta que são valores fundamentais do sistema criminal pátrio “a dignificação a pessoa humana e o afastamento de qualquer ideia de sua instrumentalização para a realização de fins outros que não o livre desenvolvimento da personalidade ética do indivíduo” (p. 29).

1.7.2. Portanto, havendo um outro direito, liberdade e garantia hábil para se conduzir o escrutínio, seria de se afastar qualquer apuração de violação do direito à dignidade da pessoa humana, pois não me parece que isso seria autorizado pela fórmula constitucional da dignidade da pessoa humana ou sequer pelo dispositivo citado da Carta Africana por não se acomodar, neste caso, às condições de receção do artigo 17, número 1, da Constituição.

1.8. Respetivamente, porque parece-me que, no geral, o recurso de amparo não é via adequada para se questionar violação do princípio da dignidade da pessoa humana, precisamente porque é meu entendimento que não há, de forma líquida, um direito à dignidade da pessoa humana passível de subjetivação enquanto tal, decorrente do catálogo constitucional.

Esse direito, a existir, decorre da incorporação de direito, liberdade e garantia previsto pela Carta Africana, mas, pelo motivos invocados, só seria possível o seu acolhimento de modo muito limitado, ou seja, apenas para os casos em que as normas do catálogo não previssem a posição jurídica em questão.”

Já o Acórdão nº 42/2019, de 19 de dezembro, votado por unanimidade, publicado na I Série do *Boletim Oficial*, nº 6, de 14 de janeiro de 2020, ao pronunciar-se sobre a mesma matéria, asseverou que “a dignidade da pessoa humana tal como é proclamada nos termos do nº 1 do artigo 1º da Lei Fundamental deve ser considerado um princípio objetivo do sistema, apenas aceitando o recurso a ele como fundamento para o recurso de amparo, quando não houvesse qualquer direito amparável que protegesse a situação pretendida.”

Não há dúvida que a situação que o recorrente pretende ver tutelada com fundamento na dignidade da pessoa humana se reconduz à alegada manutenção da prisão

preventiva além do prazo legal. Está claro que essa situação pode, em abstrato, ser protegida por via de um amparo que seja considerado adequado para preservar ou restabelecer o direito à liberdade sobre o corpo e a garantia da presunção de inocência do arguido.

Assim sendo, não se mostra necessário invocar a dignidade da pessoa humana como fundamento do pedido formulado no presente recurso de amparo.

Pelo exposto, é de se excluir o escrutínio relativamente a esses direitos, ficando o objeto do presente recurso restrito à alegada violação do direito à liberdade sobre o corpo e à presunção de inocência.

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

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

Do que vem exposto, conclui-se que não se verifica nenhum motivo que pudesse justificar a inadmissibilidade deste recurso.

III - Medida Provisória

1. O recorrente pede que o Tribunal Constitucional adote a medida provisória que se traduza na restituição de sua liberdade enquanto aguarda pela decisão sobre o mérito do presente recurso.

2. Conforme jurisprudência firme desta Corte, designadamente, o Acórdão nº 1/2019, de 10 de janeiro, publicado na I Série do *Boletim Oficial*, nº 11, de 31 de janeiro, o Acórdão nº 6/2019, de 8 de fevereiro, e o Acórdão nº 9/2019, de 28 de fevereiro, disponível no site do Tribunal Constitucional, são os seguintes os pressupostos para que se possa adotar medidas provisórias no âmbito do Recurso de Amparo:

2.1. *Competência:* considerando o disposto nas disposições conjugadas do artigo 134º da Lei de Organização do Tribunal e do nº 1 dos artigos 11º e 14º da Lei do Amparo, ao estipularem que os pedidos de decretação de medidas provisórias são decididos pelo Tribunal Constitucional, não se suscita qualquer dúvida quanto à competência desta Corte para conhecer e decidir sobre esse incidente.

2.2. *Legitimidade:* não há dúvida de que ninguém mais do que um recorrente em amparo por alegada violação de direito, liberdade e garantia tem interesse em agir, tendo a lei estendido a legitimidade para esse efeito ao Ministério Público, além de o próprio Tribunal o poder decretar oficiosamente.

2.3. *Tempestividade:* esse pressuposto está relacionado com o momento desde quando e até quando se pode solicitar a adoção urgente de uma medida provisória no âmbito de um recurso de amparo. A solução afigura-se nos simples, porquanto, nos termos do artigo 11º, nº 1, da Lei do Amparo, o pedido pode ser formulado na mesma peça da interposição do recurso e até ao despacho que designa o dia para o julgamento, conforme o nº 2 do artigo 15º do referido diploma legal. No caso vertente, tendo o pedido para a adoção urgente de medida provisória sido apresentado ao mesmo tempo e na mesma peça em que se requereu o amparo, é cristalino que não se suscita qualquer questão atinente à tempestividade.

3. O periculum in mora previsto na alínea a) do nº 1 dos artigos 11º e 14º, ao qual se tem acrescentado a versão limitada do *fumus boni juris* a partir do critério da viabilidade, constitui mais um pressuposto a se ter em conta na apreciação do incidente em apreço.

3.1. Esse pressuposto que decorre da alínea a) do artigo 11º, segundo, a qual reconhece uma das bases clássicas de decretação de medidas provisórias, o chamado *periculum in mora*, que se verifica quando fundamentadamente a demora da decisão final possa provocar prejuízo irreparável

ou de difícil reparação ou a própria inutilidade do amparo requerido. Note-se que para o legislador, o instituto, em sede de amparo pelo menos, não se associa exclusivamente à preservação da utilidade e eficácia da decisão judicial (“*a própria inutilidade do amparo requerido*”), mas igualmente ao efeito de irreparabilidade ou de difícil irreparabilidade que se gera sobre o direito afetado (“*prejuízo irreparável ou de difícil reparação para o recorrente*”), o que resulta claro da utilização da palavra “ou” para conectar um e o outro.

3.2. O outro pressuposto previsto na alínea b) do artigo 11º - *razões ponderosas justificarem a necessidade da imediata adoção de medidas provisórias julgadas necessárias para a conservação dos direitos, liberdades ou garantias violados ou para o restabelecimento do seu exercício até ao julgamento do recurso* - concede ao Tribunal uma grande discricionariedade decisória e isso permite reduzir amplitude da aparente automaticidade que decorreria da verificação do pressuposto previsto na alínea a).

Todavia, essa discricionariedade é ela também condicionada por uma série de fatores que devem ser criteriosamente analisados e aplicados em cada caso.

A par dos critérios já estabelecidos em *Atlantic v. PGR*, importa recuperar outros que foram aplicados no caso *Aldina Ferreira Soares v. STJ*, nomeadamente, *a identificação e valoração do direito em espécie afetado, a determinação da forte probabilidade de ele ter sido violado no caso concreto, nomeadamente em razão da existência de precedentes do Tribunal que sejam aplicáveis à situação e que permitam antecipar (embora não assegurar) de alguma forma o desfecho do pedido de amparo; expectativa temporal em relação à decisão de mérito; os efeitos negativos sobre interesses públicos que no caso sejam prevalentes e de direitos de terceiros; as circunstâncias pessoais do requerente, nomeadamente familiares e profissionais e o impacto imediato da conduta lesiva sobre o direito.*”

3.3. Assim, na situação em apreço, existem certas circunstâncias que não devem ser ignoradas, desde logo a própria natureza do direito em causa, a liberdade sobre o corpo, que é direito que nos termos da Lei Fundamental merece posição sistemática e proteção especiais, por ser um dos direitos mais inerentes à pessoa humana.

Representando essa ideia a sua associação à palavra inviolabilidade que aparece no número 1 do artigo 29º da Lei Básica, referência simbólica da importância que lhe atribuiu o legislador constituinte no quadro do nosso Estado de Direito Democrático, ainda que disso não retire um efeito de ilimitabilidade; nas presentes circunstâncias significa que já se está perante uma razão que pende favoravelmente para favorecer a adoção da medida provisória requerida.

“*Acresce que o Tribunal já havia decidido decretar medida provisória, num caso (Atlantic v. PGR) em que se absteve de fazer uma análise mais aprofundada para a verificação da probabilidade de existência do direito, contentando-se com a sua viabilidade e, em que estava em presença um direito, liberdade e garantia (direito à propriedade privada e algumas liberdades associadas), importante, mas muito menos essencial do que a liberdade sobre o corpo.*”

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.

No momento em que o Tribunal Constitucional aprecia o pedido de adoção de medida provisória não pode ir além de uma *summaria cognitio*. Devido ao caráter urgente das medidas provisórias, o que a Corte Constitucional faz é verificar, se além dos pressupostos gerais, se verifica

uma forte probabilidade da alegada violação de um direito fundamental ter ocorrido.

E no caso em apreço essa forte probabilidade depende da razoabilidade do sentido que o Tribunal *a quo* tem vindo a atribuir às normas que regulam o prazo máximo para a extinção da prisão preventiva, nomeadamente o disposto na alínea a) do nº 1 do artigo do artigo 279º do Código de Processo Penal, segundo o qual “*a prisão preventiva extinguir-se-á quando, desde o seu início, tiverem decorrido quatro meses sem que tenha sido deduzida acusação.*”

Da fundamentação vertida para o acórdão recorrido conclui-se que o Supremo Tribunal de Justiça reiterou a sua jurisprudência, dizendo que o que releva para o efeito da extinção da prisão preventiva é a data da prática do ato processual que encerra cada fase processual e não a data da sua notificação ao arguido ou ao seu defensor e que, no caso que apreciou, “*tendo o processo sido tempestivamente declarado de especial complexidade, o prazo para a dedução da acusação passou a ser de 06 (seis) meses, que obviamente ainda não expirou, sendo que a contagem desse prazo deve ser efetuada de conformidade com a previsão do artº 279º alínea c) do Código Civil, donde se retira com clareza que o prazo fixado em meses termina às 24 hora do dia que corresponda, dentro do último mês, a essa data.*”

Essa interpretação já tinha sido referida no Acórdão nº 6/2020, de março de 2020, através do qual o Tribunal Constitucional tinha recusado provimento ao pedido de decretação de medida provisória da mesma natureza e num quadro factual e legal idêntico aos dos presentes autos, por ter considerado que não se verificava a forte probabilidade de terem sido violados os direitos fundamentais invocados pelo recorrente, na medida em que não era líquido que a interpretação dada pela Egrégia Suprema Corte da jurisdição comum fosse considerada desrazoável.

No que diz respeito ao sentido que o Supremo Tribunal de Justiça tem vindo a atribuir à norma do nº 2 do artigo 142º do CPP, segundo o qual a lei não impõe que o despacho que declara a especial complexidade do processo e consequentemente eleva o prazo de prisão preventiva deve ser notificado ao arguido, o Tribunal Constitucional, através do Acórdão nº 2/2020, de 7 de fevereiro, publicado na I Série do Boletim oficial, nº 25, de 3 de março de 2020, já tinha considerado que essa interpretação não lhe parecia desrazoável. E foi com base nesse entendimento que não concedeu provimento à medida provisória de libertação imediata que o recorrente tinha solicitado no âmbito do recurso de amparo nº 32/2019.

A orientação fixada nesses dois recentes arestos aplica-se ao caso em apreço pela similitude substancial com as situações que deram origem àqueles dois acórdãos.

Termos em que, se, por um lado, se vota pela admissibilidade do recurso, porque ainda não é certa a inviabilidade do pedido, por outro lado, a inexistência de forte probabilidade da interpretação adotada pelo Tribunal *a quo* ter violado os direitos invocados, a que se acresce o facto de o Tribunal ainda não ter jurisprudência que lhe indique que orientação pode seguir em casos do tipo, em virtude de se encontrar pendente recursos com objeto semelhante a este, não se pode conceder já a medida provisória requerida.

3.5. Apesar da notória intenção do legislador constituinte e ordinário em imprimir uma especial celeridade à tramitação do recurso de amparo, que se traduz no dever de o recurso de amparo ser requerido em simples petição, o seu processamento ser baseado no princípio da sumariedade, a realidade tem demonstrado que nem sempre tem sido possível decidir as questões de fundo num prazo tão célere.

Portanto, o risco de, em certos casos, a demora na obtenção de uma decisão final poder comportar prejuízo irreparável ou de difícil reparação ou a própria inutilidade do amparo é real. O Tribunal tem afirmado que se compreende o receio de a demora na conclusão do processo poder acarretar eventual

prejuízo para os requerentes da medida provisória, mas também tem vindo a chamar atenção para a necessidade da relativização desse risco em função da presença ou inexistência, como no caso em preção, de forte probabilidade da ocorrência da violação do direito invocado.

3.6. No que tange a outras circunstâncias exteriores que possam agravar o prejuízo decorrente da privação da liberdade sobre o corpo, o peticionário, alega, em síntese, que “*mais do que prejuízos patrimoniais, uma vez que o recorrente à data da aplicação da prisão preventiva, o mesmo era agente da Polícia Nacional, efetivo na Esquadra da Polícia de Santa Catarina, contando com mais de 10 anos de serviço prestado a favor do Estado de Cabo Verde; O mesmo é pai de seis filhos menores, e é único que trabalhava e cuidava dos filhos e família; Além disso, o sofrimento, a dor, angústia, tristeza e sentimento de injustiça, por estar em prisão ilegal, ou seja, par além do tempo estipulado por lei para cada fase do processo, tudo isso, não existe nenhum valor monetário passível de reparar, ressarcir esses danos, que a prisão provocou e continua a provocar na vida do recorrente.*”

Não resta margem para quaisquer dúvidas, que a prisão deixa marca na vida das pessoas, e quem mais sofre são os filhos, neste caso os seis filhos menores.”

Mas tudo isso não passa de simples alegações, porquanto nenhum elemento de prova se apresentou para sustentar tais alegações. E isso constitui também motivo para que não se decrete a medida provisória requerida.

4. Nestes termos, considera-se que não se verificam vários fatores determinantes de ponderação com vista à adoção da medida provisória requerida, nomeadamente, a forte probabilidade de o direito à liberdade sobre o corpo nem a garantia da presunção de inocência terem sido violados pelo acórdão recorrido, falecendo, por conseguinte, os pressupostos previstos na alínea b) do artigo 11º da Lei do Amparo, que se traduz em *razões ponderosas que justifiquem a necessidade da imediata adoção de medidas provisórias julgadas necessárias para a conservação dos direitos, liberdades ou garantias violados ou para o restabelecimento do seu exercício até ao julgamento do recurso.*

IV – Decisão

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

- a) Admitir o presente recurso de amparo restrito ao direito à liberdade sobre o corpo e à presunção de inocência;
- b) Indeferir o pedido de decretação de medida provisória.

Registe, notifique e publique.

Praia, 20 de março de 2020

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

Está Conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, na Praia, aos 25 de março de 2020. — O Secretário, *João Borges*

Cópia:

Do Acórdão proferido nos autos de Fiscalização Abstrata Sucessiva da Constitucionalidade nº 3/2018, requerida por um grupo de **27 Deputados à Assembleia Nacional**, tendo por objeto algumas normas constantes do Acordo entre o Governo da República de Cabo Verde e o Governo dos Estados Unidos da América relativo ao estatuto do pessoal dos Estados Unidos na República de Cabo Verde (**SOFA**).

Acórdão nº 10/2020

(Proferido nos autos de fiscalização abstrata sucessiva da

constitucionalidade de normas constantes do Acordo entre o Governo da República de Cabo Verde e o Governo dos Estados Unidos da América respeitante ao Estatuto do Pessoal dos Estados Unidos na República de Cabo Verde (SOFA), em que é requerente um grupo de 27 Deputados do Grupo Parlamentar do Partido Africano da Independência de Cabo Verde (PAICV) na Assembleia Nacional)

I. Relatório

1. Um grupo de 27 Deputados à Assembleia Nacional do Partido Africano da Independência de Cabo Verde, PAICV, veio, ao abrigo do disposto no artigo 280º da Constituição da República, apresentar um pedido de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade das normas dos artigos III, nº 2, IV, nº 2 e XII 2, todos do Acordo entre o Governo da República de Cabo Verde e o Governo dos Estados Unidos da América relativo ao Estatuto do Pessoal dos Estados Unidos na República de Cabo Verde, adiante designado «SOFA», publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 47, de 13 de julho.

2. Os fundamentos aduzidos pelo Grupo de subscritores essencialmente são os seguintes:

2.1. *Por Resolução da Assembleia Nacional foi aprovado o Acordo entre o Governo da República de Cabo Verde e o Governo dos Estados Unidos da América relativo ao Estatuto do Pessoal dos Estados Unidos na República de Cabo Verde – SOFA, assinado em Washington, em 25 de setembro de 2017;*

2.2. *Segundo o artigo I do SOFA, o Acordo estabelece um quadro de parceria e cooperação em matéria de segurança entre as partes e é aplicável ao pessoal e aos contratantes dos Estados Unidos que estejam temporariamente no território da República de Cabo Verde, no âmbito de visitas de navios, formação, exercícios, atividades humanitárias e outras atividades, mutuamente acordadas;*

2.3. *Por «pessoal dos Estados Unidos» entende-se membros das Forças Armadas dos Estados Unidos e empregados civis do Departamento de Defesa dos Estados Unidos;*

2.4. *Por «contratantes dos Estados Unidos» entende-se empresas e firmas não cabo-verdianas, assim como os respetivos [falta o termo «empregados», «employees», na versão inglesa] que não sejam nacionais de Cabo Verde, contratados pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos (Cfr. Artigo II do SOFA);*

2.5. *De acordo com o SOFA, ao pessoal dos Estados Unidos são concedidos privilégios, isenções e imunidades equivalentes aos do pessoal administrativo e técnico de uma missão diplomática, nos termos da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 18 de abril de 1961 (Cfr. Artigo III, nº 1 idem);*

2.6. *Tal significa «imunidades completas de jurisdição criminal, bem como, por aplicação da Convenção de Viena, privilégios contra qualquer forma de detenção, pois a pessoa do agente diplomático é inviolável. Não poderá ser objeto de qualquer forma de detenção ou prisão» (Cfr. Artigo 29º da Convenção de Viena de 1961);*

2.7. *O que significa que qualquer crime cometido por um membro do pessoal dos Estados Unidos, estando no exercício de funções oficiais ou não, sempre estaria protegido de qualquer avocação jurisdicional interna;*

2.8. *Cabo Verde autoriza os Estados Unidos a exercerem jurisdição penal sobre o pessoal dos Estados Unidos durante a sua permanência no território da República de Cabo Verde (Cfr. Artigo III, nº 2, idem);*

2.9. *Se Cabo Verde o solicitar, os Estados Unidos informarão Cabo Verde sobre o estado de quaisquer processos penais relativos a infrações alegadamente cometidas no território da República de Cabo Verde por pessoal dos Estados Unidos que envolvam cidadãos cabo-verdianos, incluindo sobre a decisão final das investigações ou da ação penal, em conformidade com a legislação e a política*

dos Estados Unidos (Cfr. Artigo III, nº 3, *idem*);

2.10. De acordo com o SOFA, as reclamações [«claims», na versão inglesa] de terceiros por danos ou perdas, incluindo danos corporais ou morte, causados pelo pessoal *são resolvidas pelos Estados Unidos em conformidade com a legislação e regulamentação vigentes no território dos Estados Unidos da América* (nomeadamente, o Foreign Claims Act e o Victim's Rights and Restitution Act) (Cfr. Artigo XII, nº 2, *idem*);

2.11. *E Cabo Verde encorajará as vítimas a apresentarem tais reclamações* [«claims», na versão inglesa] às autoridades das forças dos Estados Unidos tempestivamente;

2.12. *Portanto, com o SOFA, o Estado cabo-verdiano renuncia à prerrogativa soberana de fazer a justiça de modo exclusivo em seu território nacional, permitindo a presença em seu território de órgãos norte-americanos com poderes para exercer jurisdição criminal;*

2.13. *Ainda, nos termos do SOFA, o pessoal dos Estados Unidos tem liberdade de movimentos e de acesso e uso de meios de transporte e de instalações de armazenagem, de treino e outras, mutuamente acordados e necessários no âmbito das atividades desenvolvidas ao abrigo do presente Acordo* (Cfr. Artigo IV, nº 2, *idem*);

2.14. *Ao Departamento de Defesa dos Estados Unidos é concedida autorização para operar os seus próprios sistemas de telecomunicações* (Cfr. Artigo XI);

2.15. *Sendo que esta autorização inclui o direito de utilizar os meios e serviços necessários para garantir a total capacidade de operar sistemas de telecomunicações e o direito de utilizar todo o espectro de radiofrequências necessário para esse fim* (Cfr. Artigo XII);

2.16. *A Constituição da República veda quer o tratamento discriminatório quer o de privilégio, com base no artigo 24º;*

2.17. *Sendo pacífico que, nos casos em que isso tiver de acontecer, em virtude da existência de um outro direito fundamental a ser implementado ou de um interesse público relevante, tal limitação deve respeitar o requisito da proporcionalidade;*

2.18. *Devendo, por isso, em concreto, ser necessário, adequado e na justa medida para a concretização do bem jurídico legitimador da sua afetação;*

2.19. *Admite-se que os interesses públicos da defesa nacional e da segurança interna podem estar em jogo, bem assim como o direito à vida e integridade pessoal; porém a concessão de imunidades completas de jurisdição ao pessoal dos Estados Unidos de América para patrulhamento conjunto e outras atividades não numeradas se afigura absolutamente desproporcional ante os fins em vista;*

2.20. *Na verdade, o sacrifício consentido ao princípio da igualdade não se mostra compensado por um benefício equivalente ao nível do interesse público em questão e, por outro lado, não escasseiam outros meios razoáveis de prosseguir o mesmo fim que não impliquem tais sacrifícios, v. g. a partilha de jurisdição;*

2.21. *Portanto, evidente é a desconformidade da norma do nº 2 do artigo III do SOFA com o disposto no artigo 24º da Constituição da República;*

2.22. *Diz o artigo 210º da Constituição da República que «A Justiça é administrada, em nome do povo, pelos tribunais e pelos órgãos não jurisdicionais de composição de conflitos, criados nos termos da Constituição da República e da lei, em conformidade com as normas de competência e de processo legalmente estabelecidas»;*

2.23. *O artigo 214º da Constituição da República elenca os tribunais que existem ou podem existir, sem qualquer menção de tribunais internacionais, e proíbe a existência de tribunais com competência exclusiva para o julgamento*

de determinadas categorias de crime;

2.24. *Donde, a norma do nº 2 do artigo III do SOFA, autorizando os Estados Unidos a exercer jurisdição penal sobre o pessoal dos Estados Unidos durante a sua permanência no território da República de Cabo Verde viola o disposto nos artigos 1º, nº 1, 3º, nº 1, 119º e 210º da Constituição da República;*

2.25. *Nos termos do SOFA, os Estados Unidos envidarão esforços para facilitar a participação de vítimas e testemunhas cabo-verdianas em processos judiciais, conforme solicitado pelo tribunal, em conformidade com as leis e regulamentos dos Estados Unidos, incluindo o Código Uniforme de Justiça Militar e os regulamentos do Departamento de Defesa dos Estados Unidos»* (Cfr. Artigo III, nº 4);

2.26. *Como é sabido o Código Uniforme de Justiça Militar dos Estados Unidos prevê a aplicação da pena de morte e de prisão perpétua para diversos crimes;*

2.27. *Sucedo porém, que as penas de prisão perpétua e de morte não são aceites pelo texto constitucional em território nacional, tornando tais tipos de pena inaceitáveis à luz Constituição da República;*

2.28. *Efetivamente, nos termos da Constituição da República, em caso algum haverá pena privativa da liberdade ou medida de segurança com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida* (Cfr. Art. 33º);

2.29. *E ninguém pode ser submetido a tortura, penas ou tratamentos desumanos, e em caso algum haverá pena de morte* (Cfr. Artigo 28º, nº 2, *idem*);

2.30. *Na mesma senda, estabelece a Constituição da República que em caso algum é admitida a extradição quando requerida por crime a que corresponda no Estado requerente pena de morte* (Cfr. Artigo 38º, nº 1, al. b);

2.31. *Diz, ainda, a Constituição da República que também não é admitida a extradição de cidadãos cabo-verdianos por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requerente, pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida* (Cfr. Artigo 38º, nº 2);

2.32. *Nos termos do número 3 do artigo 38º da Constituição da República, também não é ainda admitida a extradição de cidadãos cabo-verdianos do território nacional, salvo quando se verificarem, cumulativamente, as seguintes circunstâncias:*

a) *O Estado requerente admita a extradição de seus nacionais para o Estado de Cabo Verde e consagre garantias de um processo justo e equitativo;*

b) *Nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada;*

c) *Tenha o extraditando adquirido ou readquirido a nacionalidade cabo-verdiana após o cometimento do facto tipificado na lei penal como crime, que tenha dado causa ao pedido de extradição;*

2.33. *Por isso, o Artigo III, nº 3 do SOFA, ao prever a possibilidade de aplicação do Código Uniforme de Justiça Militar dos Estados Unidos a cidadãos cabo-verdianos implicados em processos penais relativos a infrações cometidas em território nacional, viola o disposto nos artigos 33º, 28º, nº 2, 38º, nº 1, al. b), 38º, nº 2 e 3, da Constituição da República;*

2.34. *Diz o artigo 132º da Constituição da República: «1. Pelos crimes cometidos no exercício das suas funções, o Presidente da República responde perante o Supremo Tribunal de Justiça. 2. Cabe à Assembleia Nacional requerer ao Procurador-Geral da República o exercício da ação penal contra o Presidente da República, por proposta de vinte e cinco Deputados aprovada por maioria*

de dois terços dos Deputados em efetividade de funções.3. O Presidente fica suspenso das suas funções a partir da data do trânsito em julgado do despacho de pronúncia ou equivalente e a sua condenação implica imediata perda do mandato e destituição do cargo e a impossibilidade de ser reeleito. 4. Pelos crimes praticados fora do exercício das suas funções, o Presidente da República responde perante os Tribunais comuns, depois de findar o seu mandato».

2.35. Em face deste preceito, o Presidente da República não pode responder, durante o mandato, por crimes estranhos ao exercício das suas funções, perante qualquer tribunal;

2.36. Por outro lado, estabelece o artigo 170º da Constituição da República: «1. Pelos votos e opiniões que emitirem no exercício das suas funções, os Deputados e os Grupos Parlamentares não respondem civil, criminal e disciplinarmente. 2. Nenhum Deputado pode ser detido ou preso preventivamente sem autorização da Assembleia Nacional, salvo em caso de flagrante delito por crime a que corresponda pena de prisão, cujo limite máximo seja superior a três anos. 3. Movido procedimento criminal contra um Deputado e pronunciado este, a Assembleia Nacional, a requerimento do Procurador-Geral da República, decidirá se o respetivo mandato deve ou não ser suspenso para efeitos de prosseguimento do processo, sendo obrigatória a suspensão quando se trate de crime a que corresponda pena de prisão, cujo limite máximo seja superior a oito anos. 4. Os Deputados respondem perante tribunal de segunda instância pelos crimes cometidos no exercício de funções»;

2.37. Ainda, o artigo 199º da Constituição da República estipula: «1. Nenhum membro do Governo pode ser detido ou preso preventivamente sem autorização da Assembleia Nacional, salvo em caso de flagrante delito por crime a que corresponda pena de prisão, cujo limite máximo seja superior a três anos. 2. Movido procedimento criminal contra um membro do Governo e pronunciado este definitivamente, a Assembleia Nacional, a requerimento do Procurador-Geral da República, decidirá se o mesmo deve ou não ser suspenso para efeitos de prosseguimento do processo, sendo obrigatória a suspensão quando se trate de crime a que corresponda pena de prisão, cujo limite máximo seja superior a oito anos.3. Os membros do Governo respondem perante o tribunal de segunda instância pelos crimes cometidos no exercício de funções».

2.38. Ora, em face aos dispositivos *ex post*, manifesto se torna que a norma do artigo III, nº 2, do SOFA viola o consignado nos artigos 132º, 170º e 199º da Constituição da República.

2.39. De acordo com o SOFA, as reclamações [«claims», na versão inglesa] de terceiros por danos ou perdas, incluindo danos corporais ou morte, causados pelo pessoal dos Estados Unidos são resolvidas pelos Estados Unidos em conformidade com a legislação e regulamentação vigentes no território dos Estados Unidos da América (nomeadamente, o Foreign Claims Act e o Victims, Rights and Restitution Act) (Cfr. Artigo XII, nº 2, *idem*);

2.40. Porém, nos termos da Constituição da República, a todos é garantido o direito de acesso à justiça e de obter, em prazo razoável e mediante processo equitativo a tutela dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos (Cfr. Artigo 22º, nº 6);

2.41. E, segundo a Constituição da República, para defesa dos direitos, liberdades e garantias individuais, a lei estabelece procedimentos judiciais céleres e prioritários que assegurem a tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses mesmos direitos, liberdades e garantias (cfr. Artigo 22º, nº 6);

2.42. O direito de acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva é um direito fundamental e constitui uma garantia imprescindível da proteção de direitos fundamentais, sendo, por isso, inerente à ideia de Estado de direito²;

2.43. A efetivação do direito de acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva impõe uma incontornável responsabilidade a cargo do Estado, no sentido de colocar à disposição dos indivíduos uma organização judiciária e um leque de processos garantidores da tutela judicial efetiva;

2.44. Assim, ninguém pode ser privado de levar a sua causa, relacionada com a defesa de um direito ou interesse legítimo, à apreciação de um tribunal;

2.45. Pois, o direito de acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva é uma norma-princípio estruturante do Estado de Direito democrático;

2.46. Estabelece o artigo IV, nº 2, do SOFA: «O pessoal dos Estados Unidos tem liberdade de movimentos e de acesso e uso de meios de transporte, instalações de armazenagem, de treino e outras, mutuamente acordados e necessários no âmbito das atividades desenvolvidas ao abrigo do presente Acordo».

2.47. Sucede que, de acordo com a Constituição da República, o Estado de Cabo Verde recusa a instalação de bases militares estrangeiras no seu território (Cfr. Artigo 11º, nº 4);

2.48. Apesar de não haver consenso acerca do conceito de base militar, é evidente que a Constituição afasta expressamente a possibilidade de o país, hospedar força militar estrangeira de forma regular e a título permanente;

2.49. De resto, a recusa de instalação de bases militares estrangeiras foi consagrada na Constituição da República de 1992³, sendo mantida na revisão constitucional de 1999⁴ e reiterada na de 2010;

2.50. Por isso, a norma do Artigo XII, nº 2, do SOFA viola o direito de acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva consagrado no artigo 22º da Constituição da República;

2.51. Por isso, a norma do Artigo IV, nº 2, do SOFA viola frontalmente, o estatuído no artigo 11º, nº 4, da Constituição da República;

2.52. Segundo a Constituição da República, os tratados e acordos internacionais, validamente aprovados ou ratificados, vigoram na ordem jurídica cabo-verdiana após a sua publicação oficial e entrada em vigor na ordem jurídica internacional e enquanto vincularem internacionalmente o Estado de Cabo Verde (Cfr. artigo 12º, nº 2);

2.53. E estabelece o número 4 do artigo 12º da Constituição da República: «As normas e os princípios do direito internacional geral ou comum e do direito internacional convencional validamente aprovados ou ratificados têm prevalência, após a sua entrada em vigor na ordem jurídica internacional e interna, sobre todos os atos legislativos e normativos internos de valor infraconstitucional».

2.54. Por conseguinte, como quer que seja concebida a prevalência do «direito supranacional» sobre o direito ordinário interno, é seguro, porém, que aquele não prevalece sobre a Constituição da República, antes tem de ceder perante ela;

2.55. Diz o nº 3 do artigo 3º da Lei Fundamental: «As leis e os demais atos do Estado, do poder local e dos entes públicos em geral só serão válidos se forem conformes com a Constituição»;

2.56. Nos termos do artigo 277º, nº 1 da Constituição da República, são inconstitucionais as normas e resoluções de conteúdo normativo ou individual e concreto que

infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.

² Cfr. Neste sentido J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira: *Constituição da República Anotada*, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra, pág. 408.

³ Cfr. nº 4 do artigo 11º da Constituição de 1992.

⁴ Cfr. nº 4 do artigo 11º da Constituição de 1999 (Seguramente pretende-se referir à versão da Constituição após a revisão de 1999).

3. Por fim, com base nos artigos 3º, nº 1, 277º, nº 1, 280º, 284º e 285º, nº 1, da Constituição aduz o Grupo de Deputados que o presente requerimento deve ser considerado procedente e solicita a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral dos artigos III, nº 2, IV, nº 2 e XII, nº 2 do Acordo entre o Governo da República de Cabo Verde e o Governo dos Estados Unidos da América relativo ao Estatuto do Pessoal dos Estados Unidos na República de Cabo Verde, SOFA, aprovado pela Resolução nº 87/IX/2018, de 13 de julho de 2018, por os mesmos violarem os artigos 1º, 3º, 11º, 22º, 24º, 28º, 33º, 38º, 119º, 132º, 170º, 199º, 210º e 214º da Constituição da República.

4. Admitido o pedido a 09 de novembro de 2018, o venerando Juiz Conselheiro Presidente determinou a notificação da Assembleia Nacional nos termos e para os efeitos do artigo 60º da Lei nº 56/VI/2005, de 28 de fevereiro, tendo S. E. o Presidente da Assembleia Nacional remetido no dia 7 de dezembro de 2018 ao Tribunal Constitucional o pronunciamento daquele órgão.

5. Distribuído o processo ao Juiz Conselheiro Relator, este considerou oportuno solicitar a S. E. o Ministro dos Negócios Estrangeiros e Comunidades a remessa de uma cópia da última nota trocada entre as Partes do Acordo, indicando o cumprimento das respetivas formalidades internas necessárias para a sua entrada em vigor nos termos do número 1 do artigo XV do citado Acordo, tendo aquele membro do Governo prontamente remetido a «cópia da nota verbal de 5 de novembro de 2018, endereçada ao Departamento de Estado, pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros, através da Embaixada de Cabo Verde em Washington DC, enquanto última nota trocada entre as Partes para a entrada em vigor do acordo».

6. Igualmente, o Juiz Conselheiro Relator, por escrito de 11.02 de 2019, entendeu por bem solicitar à Presidência da República, através de S. E. o Chefe da Casa Civil, informações sobre o processo de ratificação, designadamente no tocante ao recebimento da nota da contraparte no acordo, prevista no nº 1 do artigo XV, à emissão da carta de ratificação e à publicação do aviso de ratificação, previsto na alínea c) do nº 1 do artigo 269º da Constituição.

7. A solicitação foi imediatamente satisfeita a 15 de fevereiro de 2019 e das correspondências trocadas resulta que o Acordo entrou em vigor no dia 5 de novembro de 2018, após a última troca de notas por via diplomática.

8. Entretanto, o aviso de ratificação, nº 1/2019, viria a ser publicado pelo Serviço de Assuntos Jurídicos e Tratados do Ministério dos Negócios Estrangeiros e Comunidades a 21 de fevereiro de 2019.

9. *Com referência à Assembleia Nacional, enquanto órgão produtor do ato ora sindicado, convém reter as seguintes considerações contidas no seu pronunciamento relativo à petição formulada:*

9.1. Os senhores Deputados que suscitaram a questão de constitucionalidade ao se absterem na votação do Acordo SOFA conformaram-se com «a aprovação e ratificação do SOFA»;

9.2. *«É princípio geral na ordem jurídica cabo-verdiana que não pode impugnar em juízo quem, expressa ou tacitamente, tiver aceitado a decisão depois de proferida, considerando-se aceitação tácita a ocorrência de qualquer facto inequivocamente incompatível com a vontade de recorrer»;*

9.3. «Não tendo votado contra o SOFA e num contexto em que o partido que representam havia já feito aprovar soluções idênticas às ora contestadas relativamente ao estatuto das forças de outros países, os Senhores Deputados requerentes tácita, mas inequivocamente e com toda a probabilidade, aceitaram a aprovação e a ratificação do SOFA»;

9.4. «Assim, perderam o direito de impugnar a constitucionalidade do mesmo».

9.5. Por isso, «deve o Tribunal Constitucional, em definitivo» rejeitar o pedido «à luz do disposto nos nºs 4 do artigo 57º e 1 do artigo 58º da LTC».

9.6. *«Os Senhores Deputados requerentes não questionam a constitucionalidade do artigo III.1 do SOFA», cuja constitucionalidade não pode em virtude do princípio do pedido ser sindicada no presente processo;*

9.7. «À luz da Constituição e do direito interno cabo-verdiano não constitui arbítrio legislativo ou desproporcionalidade conferir, em sede de convenção internacional mutuamente e soberanamente acordada, imunidade de jurisdição penal a militares estrangeiros que devam estacionar temporariamente em Cabo Verde...»

9.8. «... Como visto supra, em nenhum ponto a Constituição estabelece expressamente... que a jurisdição nacional se aplica a todos os crimes de todas as pessoas cometidos no território nacional.

9.9. *Pelo contrário ... as leis ordinárias estruturantes que tratam expressamente a matéria – como o Código Penal e o Código de Processo Penal- admitem que a lei nacional e os tribunais nacionais possam não se aplicar ou não ter jurisdição quanto a crimes cometidos no território nacional, por virtude de convenções internacionais disporem em contrário ou diversamente».*

9.10. *Não procede a alegada inconstitucionalidade por violação da soberania jurisdicional imputada ao artigo III/ 2».*

9.11. *As forças militares a operar em território estrangeiro têm um estatuto legal especial. Como órgãos dos seus estados, gozam de imunidade soberana em outro Estado, seja Estado que recebe seja o outro Estado em trânsito. Tal imunidade não depende da permissão do Estado que recebe ou de terceiro Estado. Deriva do princípio da soberania do Estado como reconhecido pelo direito internacional costumeiro... A imunidade dos militares do Estado que envia no Estado que recebe é crucial para sua missão. (...).*

9.12. *Apesar de a imunidade do Estado não depender da conclusão de um SOFA, tgl acordo pode ser usado para confirmar tal princípio. É importante notar que tal imunidade não implica impunidade para crimes cometidos por membros das forças militares do país que envia. Ela também não limita a responsabilidade desse Estado por qualquer ato ilícito. Mas impede o Estado que recebe de agir diretamente contra membros da força militar visitante. Portanto, quaisquer motivos de reclamação devem ser superados em cooperação com o Estado que envia. (Parte III, nº3 págs. 12 e 13).*

9.13. *O SOFA só se aplica aos crimes cometidos em território nacional por pessoal dos Estados Unidos;*

9.14. *«A situação do militar e equiparado americano enviado para os Estados Unidos para ser julgado pelos tribunais americanos por crime eventualmente cometido enquanto temporariamente em território cabo-verdiano... não determina a sua extradição» pois esta 'só pode ser feita se tiver sido cometido um crime extraditável nos territórios do Estado requerente e não de outro modo»;*

9.15. «Por crime cometido no estrangeiro, é perfeitamente claro que não se aplica o procedimento de extradição «para o propósito de o país de nacionalidade o punir»;

9.16. «Assim, é manifesto que não procede de todo a inconstitucionalidade que os Senhores Deputados requerentes imputam ao SOFA com a alegação de que estabelece a possibilidade de aplicação do Código Uniforme de Justiça Militar dos Estados Unidos a cidadãos cabo-verdianos em processos penais relativos a infrações cometidas em

território nacional»;

9.17. É manifesto que o SOFA «*tendo, por definição, como objeto regular, única e exclusivamente, a situação do militar ou equiparado americano em solo cabo-verdiano não pode ter como violar os privilégios e imunidades de jurisdição criminal de que gozam os titulares de órgãos de soberania cabo-verdianos na ordem jurídica cabo-verdiana ou no direito internacional*»;

9.18. O artigo XII.2 do SOFA não viola o direito de acesso à justiça em prazo razoável, nem através de processo equitativo;

9.19. Não se verifica a «inconstitucionalidade do artigo IV/2 do SOFA» por alegada violação do nº 4 do artigo 11º da Constituição;

9.20. O SOFA «não visa e nem se aplica a uma situação de «o país hospedar força militar estrangeira de forma regular e permanente»;

9.21. «O artigo I do SOFA é expresso, dizendo que o acordo estabelece apenas «um quadro de parceria e cooperação em matéria de segurança entre as partes».

9.22. «Este preceito limita o mandato e as operações da força militar visitante, sendo óbvio que não inclui as funções próprias de uma base militar, designadamente o uso do território nacional como ponto de partida para expedições e operações militares de combate, nem no espaço interno, nem fora dele»;

9.23. «*Os artigos III/2, IV/2 e XII/2 – e qualquer outro – do SOFA não violam qualquer norma constitucional*»;

9.24. «*Pelo que deve o pedido dos Senhores Deputados requerentes ser julgado improcedente, não se declarando as requeridas inconstitucionalidades.*»

10. Na sequência de uma primeira discussão do Memorandum, que teve lugar a 20 de junho de 2019, o Juiz Conselheiro Relator solicitou, a 24 de junho de 2019, a S. E. o Senhor Ministro dos Negócios Estrangeiros e Comunidades um conjunto de informações relevantes para a formação da convicção do Tribunal, designadamente os seguintes:

a) *Elementos documentais relativos aos trabalhos preparatórios com vista à negociação e conclusão do Acordo referido, tais como:*

i. *Projetos do Acordo formulados ou apresentados por cada uma das partes;*

ii. *Documentos resultantes de eventuais trocas de notas sobre questões específicas;*

iii. *Elementos sobre a pretendida imunidade de jurisdição;*

iv. *Memorandos das discussões sobre os principais temas objeto do Acordo.*

b) *Objetivos estratégicos da presença do contingente militar americano no País;*

c) *Elementos relativos à projeção quantitativa do contingente médio ou máximo de Forças Armadas a destacar em Cabo Verde no âmbito do Acordo e sua localização eventual no território nacional;*

d) *Informação sobre se o Projeto de Acordo, nalguma das suas versões, foi discutido ou não, previamente à sua conclusão, no âmbito do Conselho Superior de Defesa Nacional e, caso afirmativo, uma cópia da ata da respetiva reunião na parte que interessa.*

11. Por correspondência que deu entrada neste Tribunal a 11 de julho de 2019, S.E. o Senhor Ministro dos Negócios Estrangeiros e Comunidades respondeu especificadamente:

11.1. Em relação a Projetos do Acordo formulados ou apresentados por cada uma das partes:

A. «Num primeiro momento, concretamente em meados de 2007, recorreu-se à troca de notas entre as partes, visando a socialização e o início da negociação do Projeto de Acordo.»

B. «... a partir de 2008, a parte americana entendeu que deveria ser representada no processo pela sua Embaixada na Praia, pelo que se passou a realizar encontros de trabalhos entre as duas delegações aqui em Cabo Verde, tendo a última sido concretizada em janeiro de 2016»;

C. Entre 2016 e 2017 decorreram outros encontros nos EUA;

D. Não foi prática ordinária a apresentação de propostas e contrapropostas através da troca de notas verbais;

E. «Todavia foi possível ao longo dos anos, conservar algumas propostas apresentadas ou saídas desses encontros, cujos textos são remetidos em anexo», incluindo-se:

1. Proposta dos EUA, em inglês, de 2010;

2. Sua tradução não oficial para o Português;

3. Alterações propostas por Cabo Verde (a verde) em 08.06.2011;

4. Proposta dos EUA em 2014;

5. Sua tradução não oficial para o Português;

6. Mesma proposta dos EUA em 2015;

7. Sua tradução não oficial para o Português;

8. Proposta de Cabo Verde de 21.01.2016, em Português;

9. Correspondência interna relativa às negociações de janeiro de 2016;

10. Relatório comentado de encontro entre a Embaixada de Cabo Verde em Washington e um oficial da parte americana, ocorrido a 10.05.2016;

11. Contraproposta dos EUA de 03.06.2016, comentada, e sua tradução para o Português;

12. Relatório do encontro entre a Embaixada de Cabo Verde em Washington e a parte americana de 27.06.2017;

13. Quadro das propostas da Embaixada de Cabo Verde em Washington e contrapropostas;

14. Proposta de redação do artigo III, formulada pela Embaixada;

15. Carta enviada pela Embaixada à *desk officer* de Cabo Verde no Departamento de Estado a 24.07.2017;

16. Textos *multicolor*, com os artigos já acordados e com as novas propostas das duas partes, nas vésperas do último encontro de trabalho a 28.07.2017, em Washington, onde o texto final ficou acordado.

11.2. Quanto a documentos resultantes de eventuais trocas de notas sobre questões específicas: «Não se poderão remeter os comprovativos solicitados», uma vez que não houve troca de notas específicas;

11.3. Quanto a elementos sobre a pretendida imunidade de jurisdição:

A. «Condição prévia essencial para o desenvolvimento da cooperação em matéria de defesa e segurança que implique a presença de militares de um Estado em território de outro é, cada vez mais, a celebração de um SOFA, acrónimo de Status of Force Agreement (Acordo sobre o Estatuto das Forças). E isso é assim, quer se trate de cooperação bilateral, quer de cooperação multilateral no âmbito de organizações internacionais.»

B. «No caso dos EUA, conforme recomendação do Report on Status of Forces Agreement, by the International Security Advisory Board -ISAB (um Comité Consultivo

Federal criado para prover o Departamento de Estado como uma fonte contínua de reflexão independente e em diplomacia pública nos domínios político, militar, controle de armamento, segurança internacional e não proliferação), editado a 16 de janeiro de 2015, qualquer forma de engajamento que implique a presença de militares americanos em território estrangeiro não pode mais ocorrer sem um SOFA adequado, considerando os significativos riscos e custos que a sua falta pode engendrar⁵. *Por isso, os EUA são parte de mais de cento e quinze SOFA...*»

C. «Ou seja, é uma opção política, refletida nas orientações do Departamento de Defesa, não enviar pessoal militar para um país estrangeiro sem uma proteção satisfatória do seu estatuto.»

D. «O SOFA faculta imunidades e privilégios, nomeadamente a imunidade de jurisdição para o seu pessoal militar ou equiparado em missão no estrangeiro, que atendem a vários interesses seus importantes, referidos no mencionado Report e de que se distinguem quais sejam:

- *Subtrair o seu pessoal a jurisdições que não obedecem aos elevados padrões de independência, eficiência e due process da justiça americana;*

- *Assegurar ao sistema de comando militar e de justiça militar americanos o pleno exercício da autoridade disciplinar sobre as suas forças onde quer que se encontrem;*

- *Assegurar um quadro claro para a resolução de disputas que, de outro modo, podem minar importantes relações estratégicas;*

- *Criar na sociedade americana condições para a aceitação de um maior envolvimento e cooperação em questões de defesa e segurança.*

E. «Assim, Estado que tenha interesse na cooperação com os EUA implicando a presença de militares no seu território, mesmo que apenas em exercícios ou vigilância conjuntos, formação, visitas ações humanitárias e outras que não impliquem grandes operações militares, só poderá concretizar tal interesse celebrando previamente um SOFA.»

F. «Cabo Verde, genuína e compreensivelmente interessado numa cooperação com os EUA em matéria de defesa e segurança, designadamente no domínio da fiscalização do seu território marítimo e no combate à criminalidade transnacional organizada que vem procurando o mar sob a nossa jurisdição e outras práticas ilegais desestabilizadoras e lesivas dos interesses nacionais que nesse espaço vêm ocorrendo, não podia ser exceção quanto a exigência da prévia celebração de um SOFA.»

G. «Aliás, o país já tinha experiência similar de tal exigência e, designadamente, assinou um SOFA com a NATO restrito ao exercício dessa organização em Cabo Verde, há uns anos, é parte de um SOFA com o Reino de Espanha no quadro do acordo de cooperação em segurança marítima com esse país e, de certo modo, em acordo similar com o Reino Unido, acordo cujo balanço foi e tem sido positivo».

H. «As negociações com vista ao SOFA/EUA iniciaram-se, como visto acima, em 2010, mas o processo negocial arrastou-se por cerca de 8 anos, exclusivamente *por causa de duas questões: a alegada inconstitucionalidade da imunidade de jurisdição penal; e a impossibilidade constitucional de extradição por crime passível de pena de morte.*»

I. ... «os EUA baseiam-se, de modo intransigente, no postulado de que: *“the US must have criminal jurisdiction over its Armed Forces”*».

J. «Em conformidade com tal postulado, para as autoridades americanas “immunity from criminal jurisdiction is

historically the highest priority in negotiating a SOFA. Consequently, DoD policy seeks to maximize the exercise of jurisdiction over U.S. forces by U.S. authorities, A&T equivalence, or other ad hoc protections. From this perspective, explicit agreement on exclusive U.S. jurisdiction is ideal. When SOFAs contain concurrent criminal jurisdiction provisions, DoD policy seeks to ensure that, as a practical matter, the host will waive jurisdiction, so that effective exercise of jurisdiction over U.S. forces is maintained”⁶.

K. «Por isso, era mais do que previsível que a parte americana não abdicaria da imunidade de jurisdição, a mais completa possível.»

L. «Nesse quadro, reavaliando a questão, o Governo entendeu que as duas questões referidas, que estavam a criar impasse nas negociações podiam ser ultrapassadas, por convenção internacional, visto não se lhes aplicar qualquer proibição constitucional.»

M. «*Por um lado, e fora de qualquer contestação ou controvérsia, a imunidade de jurisdição conferida por convenção internacional está prevista na lei ordinária – Código de Processo Penal e Código Penal – sem restrições; foi conferida às forças do Reino de Espanha e do Reino Unido por diplomas anteriores...; por outro lado, na imunidade de jurisdição por factos ocorridos no território do Estado recipiente, de que decorre a competência dos Tribunais do Estado que envia as forças para julgar tais factos, não se verifica, tecnicamente, uma situação de extradição, com a inerente proibição constitucional de a fazer para país que admitta a pena de morte, porque tal situação só acontece quando haja a prática de um crime no território do Estado que pede a extradição.*»

N. «Por isso e porque valorizou o interesse estratégico de Cabo Verde na cooperação com os EUA em matéria de defesa e segurança, depois de muitas negociações e como forma de ultrapassar o impasse, o Governo aceitou a cláusula explícita de imunidade de jurisdição criminal, a qual aliás já estava implícita na remissão para o regime do pessoal administrativo e técnico das missões diplomáticas na Convenção de Viena, convencido de que não é inconstitucional e não prejudica os interesses estratégicos do país e do povo cabo-verdiano e confiante na reconhecida independência e eficiência da justiça americana.»

O. «Em contrapartida, concentrou-se em assegurar a presença de vítimas e testemunhas cabo-verdianas a expensas da parte americana, como previsto no Uniform Code of Military Justice (artigo III.4) e uma indemnização justa, à escala da generosa prática nos EUA, às vítimas ou lesados cabo-verdianos por virtude de atos do pessoal dos EUA, por remissão expressa para o Foreign Claims Act e para o Victims’ s Rights and Restoration Act (Art. XII.2)».

11.4. Quanto a memorandos das discussões sobre os principais temas objeto do acordo: Não foi feito *«qualquer memorando no final de cada sessão de trabalho»* no início das discussões, sendo exceções as reuniões que tiveram lugar entre 2016 e 2017, das quais se juntam «correios eletrónicos e relatórios» pertinentes;

11.5. Quanto aos objetivos estratégicos da presença do contingente militar americano no País:

A. «O quadro de ameaças que pairam sobre Cabo Verde, sua independência e soberania, estabilidade, democracia e paz social, estruturalmente resultantes da sua geolocalização na costa ocidental africana e no Atlântico médio é muito preocupante e encontra-se claramente estudado por especialistas nacionais e estrangeiros.»

B. É um quadro de dinâmica crescente da ameaça terrorista no continente africano e na sub-região oeste africana, de

⁵ Cfr. págs. 1, 5 e 48.

⁶ Citado no *Report on Status of Forces Agreement*, págs., 5, 51 e 52.5

efeitos perversos, fragilizantes e desestabilizadores da criminalidade transnacional organizada e de incremento da instabilidade securitária no meio marítimo ligada, nomeadamente, à pirataria, à pesca ilegal, ao tráfico de seres humanos, drogas e armas.

C. «O Plano Estratégico de Desenvolvimento Sustentável 2017-2021 estatui que a segurança se tornou num elemento crítico da sociedade cabo-verdiana, com o grande desafio de oferecer os residentes um padrão de segurança aceitável e de tornar Cabo Verde num País com um bom nível de segurança para o turismo, enquanto principal eixo da atividade económica. Nesse sentido, considerando que o País não se encontra imune aos impactos globalizantes da insegurança, o dito documento apela ao desenvolvimento da aliança para a segurança, tanto com a União Europeia, como com os EUA».

D. «Importa, contudo, reiterar que não se pretende, com o acordo em análise, ter uma presença permanente de um contingente militar americano no País, em jeito de base militar, porquanto a Constituição é expressa em proibi-la».

E. «...A presença temporária de um contingente militar americano em Cabo Verde contribui para a concretização dos objetivos estratégicos do País e da própria comunidade internacional, no domínio securitário e humanitário.»

11.6. Quanto a elementos relativos à projeção quantitativa do contingente médio ou máximo de Forças Armadas a destacar em Cabo Verde no âmbito do Acordo e sua localização eventual no território nacional: «Não cabe nos propósitos do SOFA a projeção quantitativa das forças a destacar, sendo certo que esse valor irá variar de caso para caso, tendo sempre presente, a realidade do País, a pertinência e a tipologia da atividade e o contexto do momento, não se prevendo – salvo improvável mudança radical do quadro de ameaças – nada de grande dimensão».

11.7. Quanto à eventual discussão no âmbito do Conselho Superior de Defesa Nacional: «*Nenhuma das versões do Projeto de Acordo foi submetida à apreciação do Conselho Superior de Defesa Nacional, por, no entender do Governo, não se vislumbrarem razões para tal. Com efeito, não se trata de um acordo de defesa e nem se refere às Forças Armadas de Cabo Verde. É apenas um estatuto das forças americanas que, no quadro de outros acordos posteriores, possam temporariamente estar em missão no território terrestre, marítimo ou aéreo de Cabo Verde.* Para mais, o documento mereceu, antes da sua assinatura, uma atempada e ampla socialização e consensualização, no que toca aos órgãos de soberania e aos atores políticos com responsabilidades e competências nessa matéria».

12. Ainda na sequência da discussão do memorandum, o Juiz Conselheiro Relator solicitou à Assembleia Nacional, através de S. E. o Presidente da Casa Parlamentar, a disponibilização, no prazo de uma semana, dos seguintes elementos relevantes com vista à formação da convicção dos Juizes Conselheiros deste Tribunal Constitucional:

a) Registos escritos, sonoros ou audiovisuais sobre os *debates parlamentares* respeitantes aos seguintes instrumentos jurídico-internacionais:

- *Acordo entre a República de Cabo Verde e o Reino de Espanha sobre Vigilância Conjunta dos Espaços Marítimos sob a Soberania e Jurisdição de Cabo Verde, aprovado para ratificação pela Resolução nº 76/VII/2008, de 14 de julho;*

- *Memorando de Entendimento entre o Governo da República de Cabo Verde e o Governo do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, aprovado para ratificação pela Resolução nº 119/VII/2010, de 1 de março;*

- *Acordo entre o Governo da República de Cabo Verde e o*

Governo dos Estados Unidos da América sobre a Cooperação no Combate às Atividades Marítimas Transnacionais Ilícitas, aprovado para ratificação pela Resolução nº 110/VI/2014, de 10 de junho;

- *Acordo entre o Governo da República de Cabo Verde e o Governo dos Estados Unidos da América relativo ao Estatuto do Pessoal dos Estados Unidos na República de Cabo Verde, aprovado para ratificação pela Resolução nº 87/IX/2018, de 13 de julho;*

b) Ata das sessões em que foram apresentados e discutidos os instrumentos jurídico-internacionais referidos em a);

13. A Assembleia Nacional respondeu no dia 15 de julho de 2019, tendo enviado os documentos que constam dos autos.

14. Antes da apresentação das questões concretas a serem sindicadas pelo Tribunal, convém recordar que na fiscalização abstrata sucessiva o Tribunal Constitucional, nos termos do nº 2 do artigo 62º da Lei nº 56/VI/2005, de 28 de fevereiro, só pode declarar a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de normas cuja apreciação tenha sido requerida (*princípio do pedido*) mas que pode fazer tal declaração com fundamento em violação de normas ou princípios constitucionais diversos daqueles cuja violação foi invocada (*princípio do conhecimento officioso* do Direito).

II. Questões a responder pelo Tribunal

Antes de mais, o Tribunal deve responder a duas questões prévias suscitadas no pronunciamento da Assembleia Nacional, enquanto órgão produtor da norma.

1ª Questão Prévia:

Alega-se que os requerentes não votaram contra o SOFA e que tacitamente se conformaram com ele. Alega-se, igualmente, que o partido político a que pertencem os mesmos havia feito aprovar soluções idênticas às ora contestadas. Assim, teriam os ilustres Deputados perdido o direito de suscitar a inconstitucionalidade do SOFA.

Deste modo, começa-se por perguntar se os Senhores Deputados da IX Legislatura e que subscreveram o pedido de constitucionalidade, obviamente a título individual, gozam ou não de legitimidade para suscitarem a inconstitucionalidade do Acordo, considerando, por um lado, que se abstiveram no ato de aprovação e, por outro, que, em anterior Legislatura, a maioria parlamentar do seu Partido terá aprovado normas alegadamente idênticas às que agora são objeto de sindicância?

1. Ao se pronunciar em nome da Assembleia Nacional enquanto órgão produtor da norma, S. E. o Presidente da Assembleia Nacional, invocando o nº 3 do artigo 59º do CPC, o artigo 21º do CC e as disposições conjugadas do nº 2 do artigo 15º e do artigo 55º do Decreto-Lei nº 14-A/83, de 22 de março, contesta a legitimidade dos Deputados subscritores para suscitarem a inconstitucionalidade do Acordo SOFA, alegando que eles se abstiveram na votação e portanto se conformaram com a decisão. Textualmente, conclui a sua posição da seguinte forma: «Deve, pois, considerar-se que, não tendo votado contra o SOFA e num contexto em que o partido que representam havia já feito aprovar soluções idênticas às ora contestadas relativamente ao estatuto das forças de outros países, os Senhores Deputados requerentes tácita, mas inequivocamente e com toda a probabilidade, aceitaram a aprovação e ratificação do SOFA». «Assim perderam o direito de impugnar a constitucionalidade do mesmo».

2. O nº 3 do artigo 59º do CPC refere-se, contudo, a recursos de decisões judiciais, dispondo o seguinte: «Não pode recorrer quem, expressa ou tacitamente, tiver aceitado a decisão depois de proferida, considerando-se aceitação tácita a ocorrência de qualquer facto inequivocamente incompatível com a vontade de recorrer». Já o artigo 21º do CC reporta-se à distinção entre declaração negocial

expressa e tácita, considerando-se tácita a declaração negocial «quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam». Por seu turno, o nº 2 do artigo 15º, que se reporta a recursos contenciosos de âmbito administrativo, prevê que «Não pode recorrer quem tiver aceitado expressamente o ato impugnado, por havê-lo *requerido ou declarado válido*». O artigo 55º remete para a aplicação subsidiária de normas do processo civil em tudo quanto não estiver estipulado no Decreto-Lei nº 14-A/83, de 22 de março.

3. Ora, bem, os argumentos apresentados, não parecem colher pelas seguintes razões: em primeiro lugar, há aqui uma diferença completa de planos, de um lado, está-se a falar de recursos em processos civis que são processos de partes, e de processos no âmbito do contencioso administrativo, do outro lado, do contencioso de constitucionalidade que tem as suas especificidades; em segundo lugar, porque a Constituição prevê as entidades legítimas para suscitarem o controlo da constitucionalidade, sem qualquer condicionamento do seu poder de suscitar a constitucionalidade das leis.

4. Como se sabe, a Constituição cabo-verdiana reconhece a certas entidades o poder de suscitar a fiscalização sucessiva abstrata da constitucionalidade, que corresponde a um típico processo de contencioso constitucional em que se fiscalizam normas ou resoluções. Tratando-se de um controlo objetivo de normas, não está em causa qualquer interesse do requerente⁷, mas sim um interesse geral. A estas entidades é reconhecido tal poder uma vez que se trata de órgãos ou titulares de órgãos aos quais se reconhece, em virtude da sua posição e do seu cargo, a capacidade para defenderem o interesse geral. Assim, nos termos do artigo 280º da Constituição, têm legitimidade, em Cabo Verde, para pedir ao Tribunal Constitucional a apreciação e declaração da inconstitucionalidade ou ilegalidade de normas e resoluções o Presidente da República, o Presidente da Assembleia Nacional, um «quórum» de pelo menos quinze Deputados, o Primeiro Ministro, o Procurador-Geral da República e o Provedor de Justiça. Portanto, o poder reconhecido aos Deputados tem assento claro na Constituição, suprema lei do país, visa a defesa do interesse geral, e não está condicionado por nenhuma outra norma.

5. Estando este poder clara e incondicionadamente previsto na Constituição, lei suprema do país, nem a lei processual civil, nem a lei do contencioso administrativo, nem qualquer outra podem condicionar ou negar este poder dos Deputados.

6. O facto de os Deputados terem-se abtido na votação, no exercício legítimo do seu direito de voto, não pode constituir fundamento jurídico para se lhes negar o poder de requerer a fiscalização sucessiva abstrata de uma lei ou convenção, sobretudo porque tal poder visa a garantia da supremacia da Constituição face a outras normas.

7. A abstenção, que pode fundar-se em diversas razões, quer de conteúdo, quer formais, é uma forma de votação legítima que não indicia que se esteja de acordo com uma lei.

8. E por votar abstenção nenhum Deputado pode sofrer qualquer sanção ou ver reduzida a amplitude dos seus direitos e poderes parlamentares, conforme resulta de uma leitura do nº 1 do artigo 170º da Constituição da República que consagra a indemnidade (na terminologia germânica) ou irresponsabilidade dos Deputados. Com efeito, o artigo 170º estabelece que «pelos votos e opiniões que emitirem no exercício das suas funções, os Deputados e os Grupos Parlamentares não respondem civil, criminal ou disciplinarmente».

9. Mas, num Estado de direito democrático, até quando um Deputado aceita, como impõem as regras de jogo democrático, a decisão parlamentar em virtude da aplicação do princípio da maioria, ele, enquanto representante do Povo, pode, mesmo assim, contestar uma decisão maioritária em virtude de considerações de índole jurídico-constitucional, pedindo, juntamente com outros, ao Tribunal Constitucional para apreciar e declarar uma eventual inconstitucionalidade do ato.

10. Argumenta-se também que os Deputados perderam a legitimidade para suscitar a questão de inconstitucionalidade do Acordo, porque, em anterior Legislatura, a maioria parlamentar do seu Partido teria feito aprovar normas alegadamente idênticas às que agora são objeto de fiscalização.

11. Ora, o facto de Deputados de um Partido terem votado num determinado sentido numa Legislatura anterior não vincula juridicamente nem os mesmos Deputados nem um outro que venha a exercer o mandato mais tarde, nem os impede de exercerem os seus poderes. Primeiro, porque no Parlamento vigora o *princípio da descontinuidade pessoal*⁸, entendendo-se, por esta que os Deputados com o fim da legislatura perdem o seu mandato e que os novos Deputados começam o seu mandato com o início da nova legislatura. Descontinuidade pessoal significa ainda que as eleições têm por efeito uma mudança completa na composição do Parlamento, falando-se então justamente de uma nova Assembleia Nacional. Como a legitimação democrática da Assembleia Nacional se dá por legislatura, a nova Assembleia Nacional não recebe obrigações da assembleia anterior⁹. Em segundo lugar, porque em Cabo Verde, vigora o princípio do mandato livre do Deputado, que significa que o Deputado, na linha do que defendia *Edmund Burke* (1729 - 1797)¹⁰, vota de acordo com o seu próprio entendimento do bem comum não recebe ordens nem instruções de ninguém para votar neste ou naquele sentido e o seu mandato não pode ser revogado pelos seus eleitores ou pelos seus partidos¹¹.

12. Na prática, a «fisionomia» de uma legislatura difere em muito da «fisionomia» de uma outra legislatura. Assim, por exemplo, no PAICV da oitava para a nona legislatura pelo menos 23 membros do Grupo Parlamentar deste partido deixaram de ser Deputados, tendo entrado 13 novas caras num contexto em que este partido perdeu as eleições, obtendo um *score* mais reduzido de assentos na Assembleia Nacional.¹²

13. Mas, mesmo que tivesse havido uma identidade completa de Deputados, nada impedia que o mesmo Deputado tivesse mudado de posição em relação a matérias discutidas em legislatura anterior. E acontecendo isso, de modo algum seria legítima uma afetação negativa da sua posição jurídico-constitucional enquanto entidade com poder para, juntamente com outros, acionar o mecanismo de fiscalização abstrata sucessiva da inconstitucionalidade.

14. Assim, salvo o devido respeito, não faz sentido a alegação de que os Deputados do Grupo Parlamentar do PAICV perderam a legitimidade para suscitar a questão da inconstitucionalidade do Acordo SOFA pelo simples facto de correligionários da mesma maioria ou eles

⁸ Além da descontinuidade pessoal, existe a descontinuidade material (prevista no nº 3 do artigo 158º da Constituição) e a descontinuidade institucional.

⁹ <https://de.wikipedia.org/wiki/Diskontinuitätsprinzip>. Cfr. também **Siegfried Magiera**, in *Sachs. Grundgesetz*, 7ª edição, 2014, art. 39º, nota de margem 11 e segs.

¹⁰ O princípio da representação – que se perfila em contraposição ao da identidade – surgiu no século XVI na Inglaterra e mais tarde foi elaborado pelo filósofo político Edmund Burke na Inglaterra e por Abbé Sieyès, na França. Neste sentido, **Ingo von Münch**: *Staatsrecht I*, 6ª edição, Estugarda, Berlim, Colónia, 2000, p. 268.

¹¹ Sobre o mandato livre (representativo) e imperativo, cfr. **Paulo Bonavides**: *Ciência Política*, 10ª edição, São Paulo, 2003, pp. 259 e segs.

¹² Cfr. Boletim Oficial, I Série, nº 10º, 2º suplemento, de 19 de março de 2011.

⁷ Cfr. **Klaus Schlaich**: *Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux*, in **Louis Favoreu**: *Cours Constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, 1987, p. 119.

próprios terem votado normas alegadamente idênticas às ora escrutinadas pelo Tribunal Constitucional.

2ª Questão prévia

Do texto da petição resulta que os Senhores Deputados requerentes não impugnaram diretamente o nº 1 do artigo III, mas sim o seu número 2, sendo, no entanto, certo que os mesmos se referiram ao nº 1 nos seguintes termos: «*De acordo com o SOFA, ao pessoal dos Estados Unidos são concedidos privilégios, isenções e imunidades equivalentes aos do pessoal administrativo e técnico de uma missão diplomática, nos termos da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 18 de abril de 1961 (Cfr. Artigo III, nº 1 idem)*».

Pode, face a esta situação, o Tribunal escrutinar se existe uma incompatibilidade entre o conteúdo concreto das imunidades previstas pela Convenção de Viena incorporadas pelo SOFA através da cláusula de remissão prevista no nº 1 do artigo III e o princípio da igualdade e o direito a não ser discriminado?

1. O processo constitucional rege-se, entre outros, pelo princípio do pedido. Princípio do pedido significa, por um lado, que o processo só tem o seu começo por iniciativa das entidades legitimadas para suscitar a questão de inconstitucionalidade e, por outro, que é o pedido feito pela entidade requerente que fixa o objeto do processo, não podendo o Tribunal decidir para além dele, isto é, «ultra petita»¹³. Por pedido em sentido restrito, entende-se a «solicitação para que se declare, se verifique ou se reconheça a inconstitucionalidade de uma ou várias normas»¹⁴. Ora bem, este princípio encontra a sua expressão na Lei nº 56/VI/2005, de 28 de fevereiro, que regula a organização e o funcionamento do Tribunal Constitucional e processos sob a sua jurisdição, ao estabelecer, no nº 2 do artigo 62º, que «o Tribunal só pode declarar a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de normas cuja apreciação tenha sido requerida, mas pode fazê-lo com fundamento em violação de normas ou princípios constitucionais diversos daquela cuja violação foi invocada.»

2. A conformação legal do princípio do pedido na Lei do Tribunal Constitucional cabo-verdiano parece afastar-se do disposto quer no direito alemão, italiano ou espanhol, em que o Tribunal Constitucional pode conhecer da constitucionalidade ou legalidade de normas conexas ou que resultem do mesmo princípio ou sistema de ideias em que está imbricada a norma que é objeto do pedido. Assim, o § 78º da Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão, estatui o seguinte: «Se o Tribunal Constitucional Federal chegar à convicção de que a lei federal é incompatível com a Constituição Federal, ou a lei estadual com a Constituição Federal ou o direito ordinário federal, ele declara a lei como nula. Caso outras disposições da mesma lei sejam pelas mesmas razões incompatíveis com a Constituição Federal ou o direito ordinário federal, o Tribunal Constitucional Federal pode declará-las igualmente como nulas». Na Itália o artigo 27º da Lei de 11 de março de 1953, que regula a constituição e o funcionamento do Tribunal Constitucional, estatui o seguinte «La Corte Costituzionale, quando accoglie una istanza o un ricorso relativo a questione di legittimità costituzionale di una legge, dichiara, nei limiti dell' impugnazione, quali sono le disposizioni legislative illegittime. Essa dichiara altresì, quali sono le altre disposizioni legislative la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata» («Quando o Tribunal Constitucional acolhe um pedido ou

um recurso¹⁵ relativo a questões de constitucionalidade de uma lei, declara, nos limites da impugnação, quais são as disposições legislativas inconstitucionais. Ele declara também quais são as outras disposições legislativas cuja inconstitucionalidade deriva como consequência da decisão adotada»¹⁶.

Em Espanha, o artigo 39º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional estabelece que a sentença que declare a inconstitucionalidade declarará igualmente a «nulidade daqueles outros preceitos da mesma lei, a que deva estender-se por conexão ou consequência»¹⁷.

3. Até agora parece que o Tribunal Constitucional não se pronunciou quer sobre a possibilidade de declaração de inconstitucionalidades consequentes, que eventualmente se pode admitir, quer de inconstitucionalidades por conexão.

4. No caso concreto não foi, como se viu, pedida diretamente a fiscalização do nº 1 do artigo III do Acordo pelos requerentes, sobre os quais recai «o duplo ónus de especificação das normas cuja apreciação se pretende e de especificação das normas constitucionais (ou legais) violadas»¹⁸. Assim, seguindo o quadro normativo que resulta da Lei do Tribunal Constitucional cabo-verdiano, esta Corte não deve escrutinar diretamente, com referência ao nº 1 do artigo III do Acordo, se existe uma incompatibilidade entre o conteúdo concreto das imunidades previstas pela Convenção de Viena incorporadas pelo SOFA através da cláusula de remissão prevista no nº 1 do artigo III e o princípio da igualdade e o direito a não ser discriminado. Isto, pela simples razão de que tal não foi solicitado diretamente pelos recorrentes.

Questões de Fundo

As questões de fundo a serem respondidas pelo Tribunal Constitucional são as seguintes:

A. O Acordo prevê que ao pessoal dos Estados Unidos são concedidos privilégios, isenções e imunidades equivalentes aos do pessoal administrativo e técnico de uma missão diplomática nos termos da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 18 de abril de 1961 (nº 1 do artigo III). Em linha com tal enunciado, o nº 2 do mesmo artigo III do SOFA dispõe que «Cabo Verde reconhece a especial importância do controlo disciplinar exercido pelas autoridades das Forças Armadas dos Estados Unidos sobre o pessoal dos Estados Unidos e, em conformidade, autoriza os Estados Unidos a exercer jurisdição penal sobre o pessoal dos Estados Unidos durante a sua permanência no território da República de Cabo Verde.» Será que a norma expressa na parte final do nº 2 do artigo III, que autoriza os Estados Unidos da América a exercer jurisdição penal sobre o seu pessoal durante a sua permanência no território cabo-verdiano, viola o princípio da igualdade ou o direito a não ser discriminado, reconhecidos no artigo 24º da Constituição, como pretende o Grupo de Deputados?

1. O nº 2 do artigo 1º da Constituição estipula que a República de Cabo Verde reconhece a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de origem social ou situação económica, raça, sexo, religião, convicções políticas ou ideológicas e condição social e assegura o pleno exercício por todos os cidadãos das liberdades fundamentais. O artigo 24º da mesma Lei Fundamental, que retoma o princípio da igualdade, estabelece também o direito a não ser discriminado. Ele dispõe textualmente que «*todos os cidadãos têm igual dignidade social e são iguais perante*

¹⁵ Na Itália ao ato de introdução em juízo da questão de constitucionalidade suscitada por via principal chama-se **recurso**.

¹⁶ Sobre a inconstitucionalidade consequente em Itália, cfr. **Roberto Bin e Giovanni Pitruzzella: Diritto Costituzionale**, Turim, 2002, p. 411.

¹⁷ É a seguinte a redação do nº1 do artigo 39º da Lei Orgânica do TCE: «Quando a sentença declare a inconstitucionalidade, ela declarará igualmente a nulidade dos preceitos impugnados, bem como, se for o caso, a dos outros da mesma lei, disposição ou ato com força de lei aos quais deva estender-se por conexão ou consequência».

¹⁸ **Jorge Miranda**, ob. cit. p. 222.

¹³ Cfr., a propósito, **Carlos Blanco de Moraes: Justiça Constitucional**, t. II, 2ª edição, Coimbra, 2011, p. 560. Cfr. ainda **Jorge Miranda: Manual de Direito Constitucional**, t. VI, Coimbra, 2001, p. 221.

¹⁴ Citando o Ac. 31/84 do Tribunal Constitucional português, **J.J. Gomes Canotilho: Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª edição, Coimbra, 2003, p. 971.

a lei, ninguém podendo ser privilegiado, beneficiado ou prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de raça, sexo, ascendência, língua, origem, religião, condições sociais e económicas ou convicções políticas ou ideológicas». Os artigos 1º e 24º da Constituição da República consagram, assim, o princípio da igualdade. Tal enquadramento normativo visa proibir discriminações e proteger as pessoas de discriminações, isto é, de tratamento diferenciado não fundado em boa razão. A igualdade pode ser encarada em sentido negativo e em sentido positivo. Em sentido negativo, significa a proibição de privilégios e de discriminações. Privilégios são situações de vantagem não fundadas. Já as discriminações em sentido negativo são situações de desvantagem não fundadas. A igualdade em sentido positivo significa o tratamento igual de situações iguais e o tratamento desigual de situações desiguais.

2. A Constituição cabo-verdiana indica a título exemplificativo, no artigo 24º, dez fatores inadmissíveis de desigualdade: raça, sexo, ascendência, língua, origem, religião, condições sociais e económicas, convicções ideológicas.

3. O princípio da igualdade tem como destinatários os órgãos de criação do direito, portanto o legislador, os órgãos administrativos e os órgãos judiciais.

4. O nº2 do artigo III «*autoriza os Estados Unidos a exercer jurisdição penal sobre o pessoal dos Estados Unidos durante a sua permanência no território da República de Cabo Verde*». O termo pessoal significa aqui «*membros das Forças Armadas e empregados Civis do Departamento de Defesa dos Estados Unidos*», conforme disposto no nº1 do artigo II.

5. Para se verificar se se está perante uma situação de tratamento desigual há que identificar em primeiro lugar os termos de comparação. Ora, em primeiro lugar, com o acordo, o Estado de Cabo Verde autoriza os Estados Unidos a exercer jurisdição penal sobre o pessoal dos Estados Unidos durante a sua permanência no território da República de Cabo Verde. Este pessoal é essencialmente pessoal militar e empregados civis do Departamento de defesa dos Estados Unidos (artigo II do Acordo). Não se trata do reconhecimento de uma prerrogativa em geral fundada na cidadania, mas sim no facto da categoria de servidores públicos que integram as Forças Armadas dos Estados Unidos da América. Ora, as Forças Armadas são uma corporação especial que assume características próprias estudadas pela doutrina: Elas são consideradas parte do Executivo, são, igualmente, a mais poderosa instituição do Estado do ponto de vista do seu equipamento. Assim, segundo, P. Pernthaler, que distingue as Forças Armadas da administração, está-se perante uma: «*Corporação de direção sem personalidade jurídica*» com missão estritamente atribuída previamente e que goza de certas particularidades estruturais que a distinguem de outras pessoas coletivas públicas:

- a) Comando e obediência absoluta;
- b) Incumbência de combate para matar com sacrifício da própria vida;
- c) Estruturação em função de critérios militares;
- d) Pertença a uma comunidade de riscos que se baseia na camaradagem;
- e) Equipamento com sistemas de armas altamente caras e que provocam a morte e a destruição¹⁹.

6. Em Cabo Verde, as Forças Armadas inserem-se na administração do Estado; dependem politicamente do Governo através do titular da pasta da Defesa; gozam de autonomia administrativa e operacional nos termos da

¹⁹ Sobre esta caracterização, cfr. Klaus Stern: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo II, Munique, 1980, p. 854.

Constituição e da Lei; os respetivos comandos subordinam-se ao Chefe de Estado Maior das Forças Armadas, único responsável perante o membro do Governo titular da pasta da Defesa Nacional pela administração, preparação, disciplina e eficiência das mesmas.

7. A especificidade dos militares nota-se, nomeadamente «no facto de as forças armadas serem regidas por um sistema de administração interna altamente especializado, caracterizado por uma relação superior-subordinado especial que envolve o exercício de comando e controlo, justiça e processos disciplinares especializados.²⁰»

8. Segundo o Tribunal de Apelação dos Estados Unidos para o Circuito de D.C. (District of Columbia) «as forças armadas estão via de regra tão intimamente ligadas à estrutura do Estado que devem ser consideradas em todos os casos como o próprio «Estado estrangeiro», mais do que uma agência ou instrumentalidade separadas do Estado²¹. Ora, o facto de «as forças armadas serem órgãos do Estado significa que atos praticados por elas podem beneficiar das regras de imunidade do Estado²²».

9. O segundo termo de comparação não resulta claramente explícito, mas a exposição do Grupo de Deputados parece indicar que se está a insinuar um tratamento desigual dado aos cidadãos cabo-verdianos. Sendo este o caso, o segundo termo de comparação são os cidadãos cabo-verdianos. Ora, não se pode, contudo, afirmar que se se encontra perante duas situações iguais que têm de ser tratadas de forma igual, pois de um lado estão cidadãos que estão sujeitos à jurisdição penal do Estado de que são naturais e, do outro lado, temos essencialmente pessoal militar sujeito a um comando militar externo e sujeito a um conjunto de regras especiais para o seu desempenho, quer em teatro de guerra, quer em situações de normalidade ou de preparação militar. Não estamos, assim, perante situações iguais que têm de ser tratadas de forma igual.

10. Poder-se-ia eventualmente admitir um desvio ao princípio da igualdade numa situação em que face à violação de um mesmo tipo penal resultassem consequências penais diferentes para o agente, em função da entidade competente e da lei aplicável. Tal possibilidade, por si mesma não fere, contudo, o princípio da igualdade, atendendo a dois aspetos: primeiro porque haverá uma reação penal; segundo porque a reação penal será na sua essência tendencialmente equiparável na maior parte dos casos, o que não inquina o princípio da igualdade.

11. Sendo assim, não se nota qualquer violação do princípio da igualdade, tal qual previsto na Constituição no nº 2 do artigo 1º e no artigo 24º da Constituição. Não existe também nenhuma situação de arbitrariedade ou de discriminação. Pelo contrário, existem diferenças entre os dois grupos de situações que justificam um tratamento diferenciado. (Sobre o princípio da igualdade, cfr. Acórdão do TC, nº 7/2016, de 28 de abril; Acórdão nº n°4/2014 do STJ enquanto TC; Parecer do TC nº 1/ 2017, de 2 de maio). O tratamento dado às forças armadas de um país estrangeiro, cuja presença é admitida no território nacional, não pode ser comparado à situação dos cidadãos nacionais.

B. Será que a norma expressa na parte final do nº 2 do artigo III, que autoriza os Estados Unidos da América a exercer jurisdição penal sobre o seu pessoal durante

²⁰ Neste sentido, Aurel Sari, *The Immunities of Visiting Forces* (March 22, 2018), p. 2. Forthcoming, Tom Ruys, Nicolas Angelet and Luca Ferro (orgs.) : *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law* (CUP, 2018). Acessível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3251219>.

²¹ Cfr. Aurel Sari, ob. cit. p. 1.

²² Aurel Sari, ob. cit., p. 2, que reenvia para o Supremo Tribunal Administrativo de Kassel, RFA, *Shooting Range Extension Case*, Case No 9TG 198 /83, 26 de janeiro 1984, (1984) 86 *International Law Reports* 533, em 534.

a sua permanência no território cabo-verdiano, viola o princípio da soberania nacional plasmado no nº 1 do artigo 1º e no nº 1 do artigo 11º e, conseqüentemente, a regra da tipicidade dos órgãos de soberania consagrada no nº 1 do artigo 119º, e a regra da tipicidade dos órgãos judiciários decorrente do número 1 do artigo 214º, todos da Constituição ?

1. O nº 1 do artigo 1º dispõe o seguinte: «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». Esta norma, para o que interessa aqui, põe o foco no País como uma República soberana, indicando que Cabo Verde não está sujeito a nenhum outro Estado, e que tem acesso completo à vida jurídica internacional, gozando da titularidade de direitos conferidos pelas normas do Direito Internacional Público. Já o número 1 do artigo 11º afirma a independência nacional como princípio das relações internacionais. Como muito bem diz o jusinternacionalista germânico, Karl Doehring, a soberania de um Estado significa a «sua independência do comando de outros Estados; mas não significa a independência face ao ordenamento do Direito Internacional Público que vincula a todos os Estados». No seu território, o Estado soberano goza do poder soberano para adotar regras jurídicas (*jurisdiction to prescribe*), do poder de julgar (*jurisdiction to adjudicate*) e do poder de executar o direito (*jurisdiction to enforce*).²³ No seu território, o Estado exerce o seu poder soberano sem limites, a não ser que tenha concluído algum acordo internacional no sentido de permitir a um outro sujeito de Direito internacional o exercício do seu poder soberano.

2. No caso em apreço, Cabo Verde através de um instrumento jurídico-internacional, o Acordo SOFA, permite a uma potência estrangeira o exercício do poder de fazer justiça ou de julgar (*jurisdiction to adjudicate*) em relação aos seus militares e pessoal conexo que se encontrem em território nacional.²⁴ Isto significa ao mesmo tempo o reconhecimento da imunidade de jurisdição penal no território nacional, à semelhança do que acontece, em maior ou menor medida, com diplomatas ou pessoal técnico e administrativo das missões diplomáticas estrangeiras no nosso país.

3. O Estado de Cabo Verde teve oportunidade de se pronunciar quanto à questão de reconhecimento da jurisdição penal das autoridades americanas em relação ao seu pessoal em Cabo Verde. A Assembleia Nacional recortou no seu pronunciamento a sua posição da seguinte maneira:

a) As forças militares a operar em território estrangeiro têm um estatuto legal especial. Como órgãos dos seus estados, gozam de imunidade soberana em outro Estado, seja Estado que recebe seja o outro Estado em trânsito. Tal imunidade não depende da permissão do Estado que recebe ou de terceiro Estado. Deriva do princípio da soberania do Estado como reconhecida pelo direito internacional costumeiro... A imunidade dos militares do Estado que envia no Estado que recebe é crucial para sua missão. (...).

b) Apesar da imunidade do Estado não depender da conclusão de um SOFA, tal acordo pode ser usado para confirmar tal princípio;

c) Em nenhum ponto a Constituição estabelece expressamente... que a jurisdição nacional se aplica a todos os crimes de todas as pessoas cometidos no território nacional;

d) Pelo contrário ... as leis ordinárias estruturantes que tratam expressamente a matéria – como o Código Penal e o Código de Processo Penal- admitem que a lei nacional e os tribunais nacionais possam não se aplicar ou não ter jurisdição quanto a crimes cometidos no território nacional, por virtude de convenções internacionais disporem em contrário ou diversamente»;

e) Não procede a alegada inconstitucionalidade por violação da soberania jurisdicional imputada ao artigo III/2.

4. Por seu lado, a posição do Governo de Cabo Verde quanto ao SOFA e à imunidade de jurisdição, pode ser resumida da seguinte maneira:

a) A celebração do SOFA é «condição prévia essencial para o desenvolvimento da cooperação em matéria de defesa e segurança que implique a presença de militares de um Estado em território de outro»;

b) «A imunidade de jurisdição conferida por convenção internacional está prevista na lei ordinária – Código de Processo Penal e Código Penal – sem restrições...»;

c) «Porque valorizou o interesse estratégico de Cabo Verde na cooperação com os EUA em matéria de defesa e segurança... o Governo aceitou a cláusula explícita de imunidade de jurisdição criminal..., convencido de que não é inconstitucional e não prejudica os interesses estratégicos do país e do povo cabo-verdiano»;

d) O país tem experiência similar da exigência de um SOFA, já que assinou um acordo com a NATO restrito ao exercício dessa organização em Cabo Verde, «é Parte de um SOFA com o Reino de Espanha no quadro do acordo de cooperação em segurança marítima com esse país e, de certo modo, em acordo similar com o Reino Unido...».

5. Não cabe ao Tribunal valorar o argumento do poder político quanto à imprescindibilidade do SOFA para a cooperação em matéria de defesa e segurança, nem tampouco escrutinar as normas de instrumentos jurídico-internacionais anteriores, que apresentem alguma semelhança com o Acordo ora em análise.

6. Certo é, no entanto, que o país celebrou acordos similares com organizações internacionais como a NATO e Países como a Espanha e o Reino Unido.

7. O Acordo com a NATO tem a sua especificidade não só por se tratar de um acordo entre o Estado de Cabo Verde e uma aliança militar estrangeira, como também porque tal acordo regulava apenas um exercício militar, o chamado «Exercício Steadfast Jaguar 2006». Esse instrumento jurídico-internacional foi aprovado para ratificação através da Resolução nº 156/VI/2006, de 2 de janeiro, e intitula-se «Acordo entre a República de Cabo Verde e a Organização do Tratado do Atlântico Norte sobre o Estatuto das Forças para o Exercício Steadfast Jaguar 2006». Ele prevê, no seu artigo 7º, a extensão a pessoal da NATO, presente em Cabo Verde para o exercício, do estatuto, privilégios e imunidades concedidos ao pessoal administrativo e técnico, nos termos do nº 2 do artigo 37º da Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas, de 18 de abril de 1961.

8. Através da Resolução nº 76/VIII/2008, de 14 de julho foi aprovado para ratificação o Acordo entre a República de Cabo Verde e o Reino de Espanha sobre Vigilância Conjunta dos Espaços Marítimos sob a Soberania e Jurisdição de Cabo Verde. Este acordo estabelece, igualmente, no artigo 9º, um estatuto, no essencial, semelhante aquilo que se concede ao pessoal dos Estados Unidos no âmbito do SOFA, quando se estipula no nº 1 o seguinte: «As Partes facilitarão ao pessoal desembarcado no território ou operando nas unidades da outra Parte, em cumprimento das atividades contempladas no presente Acordo, o regime aplicado ao pessoal administrativo e técnico, de acordo

²³ Karl Doehring: *Völkerrecht*, Heidelberg, 1999, p. 342.

²⁴ Note-se, todavia, que no Direito Penal Internacional se admite que um Estado possa criminalizar condutas dos seus cidadãos no estrangeiro, com base no princípio da pessoalidade, e julgar esses cidadãos.

o artigo 37.2 da Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas de 18 de abril de 1961».

9. Já o Memorando de Entendimento entre o Governo da República de Cabo Verde e o Governo do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, aprovada para ratificação, através da Resolução nº 119/VII/2010, de 1 de março, consagrou condições para a realização de operações de vigilância e patrulha conjunta e de embarque de Destacamentos das Forças de Autoridades Cabo-Verdianas em navios da Royal Navy (RN) e da Royal Fleet Auxiliary (RFA). Este instrumento, contrariamente aos outros, talvez por causa da sua especificidade, não estabelece um estatuto das forças à semelhança do que se previu para o exercício da NATO ou para a colaboração com a Espanha. Não obstante as operações se realizarem quer em águas internacionais, quer em espaços marítimos sob soberania e jurisdição de Cabo Verde, em matéria de jurisdição previu-se no nº 2 do artigo III, o seguinte: «*A legislação cabo-verdiana será aplicada a todas as ações policiais levadas a cabo nas operações de abordagem CV LEDET.... O pessoal da RN e RFA manter-se-á sujeito a lei britânica durante todo o período de tempo*».

10. Por outro lado, é certo, que independentemente daquilo que é prática ou discussão em sede do direito consuetudinário internacional quanto ao reconhecimento de imunidade de jurisdição a forças militares – questão de resto afluída pelo pronunciamento da Assembleia Nacional enquanto órgão produtor da norma - a ordem jurídica nacional prevê a possibilidade de afastamento pontual da jurisdição interna e a atribuição de imunidade de jurisdição a entidades estrangeiras. Tenha-se em vista o disposto no artigo 3º do Código Penal. («*Salvo convenção internacional, a lei penal cabo-verdiana é aplicável a factos praticados em território de Cabo Verde ou a bordo de navios ou aeronaves de matrícula ou sob pavilhão cabo-verdiano, independentemente de nacionalidade do agente*») e no artigo 28º do Código de Processo Penal («*A lei processual penal é aplicável em todo o território de Cabo Verde e fora dele nos limites definidos pelas convenções internacionais e pelos acordos firmados no domínio da cooperação judiciária*»).

11. O facto de Cabo Verde celebrar acordos em que se reconhece imunidade de jurisdição a entidades de outros países não é nada de extraordinário, tendo em conta toda a evolução que aconteceu no mundo. Sobre isso, escreve Aurel Sari, ao concluir o seu notabilíssimo ensaio «The Immunities of Visiting Forces»: «A presença de forças visitantes suscita desafios legais únicos. Devido à própria natureza da organização militar, é inconcebível que o Estado de envio possa renunciar o direito de exercer o comando e controlo sobre as suas tropas colocadas no exterior. Por isso, a presença de forças visitantes sempre implica o exercício de alguns poderes de jurisdição pelas suas autoridades de serviço e, como corolário, a existência de algumas isenções da jurisdição local. A praxis internacional reconheceu os interesses divergentes de estados de envio e Estados de acolhimento, sem, todavia, reconciliá-los permanentemente. Membros de forças visitantes em todos os tempos beneficiam de imunidade em matérias civis e criminais que surgem em conexão com o desempenho das suas funções oficiais»²⁵.

12. O nº 2 do artigo III do SOFA estabelece na sua primeira parte uma asserção de que Cabo Verde reconhece a especial importância do controlo disciplinar exercido pelas autoridades das Forças Armadas dos Estados Unidos sobre o seu pessoal e, na segunda parte, inclui a norma de que «autoriza os Estados Unidos a exercer jurisdição penal sobre o pessoal dos Estados Unidos durante a sua permanência no território da República de Cabo Verde.»

Por um lado, compreende-se esta norma «autorizativa» face ao princípio da territorialidade que postula que as

leis são obrigatórias só dentro das fronteiras do Estado de cuja autoridade resultam. Por outro lado, também esta autorização pode parecer «inócua», porquanto os Estados Unidos já preveem no seu Código Uniforme de Justiça Militar que pelo menos algumas das suas normas se aplicam em qualquer lugar (in all places)²⁶. Acresce que o Direito Internacional Público não impõe que a justiça penal nacional tenha de se circunscrever ao princípio da territorialidade. Isto, porque os Estados não estão impedidos de prever e executar a punição de crimes no estrangeiro. Como sustenta o Professor Emérito da Universidade de Heidelberg, Karl Doehring, «Um Estado tem legitimidade jurídico-internacional para punir em conformidade com as disposições do seu próprio Direito Penal atos que são praticados num Estado estrangeiro. No entanto, o Direito Internacional aponta limites neste caso, porque exige que o Estado que persegue este facto criminoso no estrangeiro para isso possa invocar uma certa ligação do caso aos seus próprios interesses jurídicos. Caso não exista uma tal ligação especial, deve-se verificar se a punição não viola direitos de outros Estados, em especial aqueles do Estado da prática do facto»²⁷.

Contudo, o estabelecimento desta norma ajuda a clarificar a situação no caso concreto, impedindo um conflito de jurisdição e eventuais conflitos diplomáticos em matéria muito sensível.

13. Da disposição em análise se nota que existe um interesse especial dos Estados Unidos em punir crimes ou outros atos ilícitos do seu pessoal em Cabo Verde, pelo que daí decorre uma certa funcionalidade do reconhecimento desse poder de jurisdição penal circunscrito ao seu pessoal.

14. Todavia, da disposição textual da segunda parte do nº 2, se podem colher duas interpretações distintas: a primeira é que tal autorização de exercício da jurisdição penal significa que os Estados Unidos poderão instalar em Cabo Verde instituições jurisdicionais de tipo marcial; a segunda é que estará excluída a possibilidade de se instalar no território nacional instituições do tipo.

15. Ora, o Tribunal entende que existe aqui uma violação do princípio da soberania nacional, quando Cabo Verde autoriza os Estados Unidos a exercer jurisdição penal no território nacional em relação ao seu pessoal, com o entendimento de que se pretende instalar instituições judiciais marciais no território cabo-verdiano durante a sua permanência no país. Com esse entendimento normativo há uma diminuição essencial dos poderes do soberano, designadamente do poder de julgar e do poder de executar o direito.

16. Assim, considera-se que existe uma violação do princípio da soberania nacional, previsto no nº 1 do artigo 11º.

17. O artigo 119º, basicamente com interesse para a matéria em causa, procede à tipificação dos órgãos de soberania de Cabo Verde e estabelece os princípios do seu relacionamento. São órgãos de soberania, o Presidente da República, a Assembleia Nacional, o Governo e os Tribunais. Esses órgãos no seu relacionamento regem-se pelo princípio da separação e interdependência de poderes.

18. Ora, perante o entendimento de que o artigo sindicado permite necessariamente a presença em território nacional de instituições de justiça marciais dos Estados Unidos, afastando os órgãos jurisdicionais de Cabo Verde do julgamento de determinadas questões fundamentais, o Tribunal considera que se está perante uma violação do princípio da tipicidade dos órgãos de soberania previstos no artigo 119º da Constituição.

²⁵ Cfr. Aurel Sari, ob. cit. p. 24.

²⁶ Ver artigo 2º e 5º do Código Uniforme de Justiça Militar.

²⁷ Karl Doehring, ob. cit., p. 492.

19. O artigo 210º dispõe que «a justiça é administrada, em nome do povo, pelos tribunais e pelos órgãos não jurisdicionais de composição de conflitos, criados nos termos da Constituição e da lei, em conformidade com as normas de competência e de processo legalmente estabelecidas.» Num segundo momento refere que «a Justiça é também administrada por tribunais instituídos através de tratados, convenções ou acordos internacionais de que Cabo Verde seja parte, em conformidade com as respetivas normas de competência e de processo».

20. Já no artigo 214º a Constituição da República elenca as diversas categorias de tribunais, como se segue:

1. *Além do Tribunal Constitucional, há os seguintes tribunais:*

- a) O Supremo Tribunal de Justiça;
- b) Os Tribunais Judiciais de Segunda Instância;
- c) Os Tribunais Judiciais de Primeira Instância;
- d) O Tribunal de Contas;
- e) O Tribunal Militar de Instância;
- f) Os Tribunais Fiscais e Aduaneiros.

2. *Podem ser criados por lei:*

- a) *Tribunais Administrativos;*
- b) *Tribunais Arbitrais;*

c) *Organismos de regulação de conflitos em áreas territoriais mais restritas do que as de jurisdição dos Tribunais Judiciais de Primeira Instância...*

21. Ora, o facto de Cabo Verde autorizar, por acordo, os Estados Unidos da América a exercer jurisdição penal sobre o pessoal militar e conexo presente em missão no território de Cabo Verde, com o entendimento de que aquele país pode estabelecer instituições judiciais marciais, pode pôr em causa a organização judiciária de Cabo Verde e o poder do Estado para julgar certos crimes que são praticados no seu território.

22. Sendo assim, há uma violação do princípio da tipicidade dos tribunais em Cabo Verde, e portanto, uma inconstitucionalidade, quando se admite a instalação de tribunais marciais dos Estados Unidos no território nacional.

C. Será que a norma expressa na parte final do nº 2 do artigo III, que autoriza os Estados Unidos da América a exercer jurisdição penal sobre o seu pessoal durante a sua permanência no território cabo-verdiano, viola o princípio da soberania popular, previsto no nº 3 do artigo 1º e no nº 1 do artigo 3º da Constituição?

1. O nº 3 do artigo 1º postula que a República de Cabo Verde «assenta na vontade popular», enquanto o nº 1 do artigo 3º dispõe que a soberania pertence ao povo que a exerce pelas formas e nos termos previstos na Constituição. Esta norma afirma o princípio da soberania popular, estatuidando que o poder é exercido pelas formas e nos termos previstos na Constituição.

Mais adiante, no seu nº 1 do artigo 4º, a Magna Carta da República estatui que «O poder político é exercido pelo povo através do referendo, do sufrágio e pelas demais formas constitucionalmente estabelecidas». No nº 2 do mesmo artigo se concretiza que «Para além da designação por sufrágio dos titulares dos órgãos do poder político, estes poderão ser também designados pelos representantes do povo ou pela forma constitucional ou legalmente estabelecida».

Tal significa, nomeadamente, que o povo participa no poder, elegendo em determinados momentos os titulares de órgãos previstos na Constituição (designadamente o Presidente da República e a Assembleia Nacional, artigos

109º e 115º, bem como o artigo 103º) e que o representam. Soberania popular significa também que o povo se pronuncia sobre questões substantivas importantes por via do referendo popular a nível nacional ou local²⁸. Ao mesmo tempo, a Constituição cabo-verdiana prevê a iniciativa legislativa de grupos de cidadãos eleitores, nos termos da alínea c) do nº 1 do artigo 157º²⁹. No plano das relações exteriores são essencialmente o Presidente da República e o Governo que agem em nome do Estado soberano (artigos 125º, 136º, 185º, 203º, nº 1, alíneas h), i) e j)), sem prejuízo da competência da Assembleia Nacional em sede de aprovação de tratados ou acordos para ratificação ou adesão (artigo 179º da Constituição).

2. Ora, o nº 2 do artigo III do SOFA não parece violar o princípio da soberania popular, a qual continua a ser exercida através de eleições e de referendo e através dos representantes do Povo, que podem também designar titulares de cargos políticos, nos termos da Constituição.

3. Pelo contrário, Cabo Verde autorizou o exercício da jurisdição penal no seu território pelos americanos em relação aos seus cidadãos através de uma cadeia de atos jurídico-públicos que envolveu três órgãos de soberania. Mais especificadamente, o Acordo foi livremente negociado pelo Governo, livremente aprovado para ratificação pela Assembleia Nacional e livremente ratificado pelo Presidente da República nos termos da Constituição (alínea i) do nº 1 do artigo 203º, alínea b) do artigo 179º e alínea a) do artigo 136º).

4. Ora, para além de terem sido seguidos os procedimentos constitucionais pelos órgãos de soberania envolvidos na negociação e vinculação internacional do país, nada impede, por hipótese, que o povo cabo-verdiano, enquanto soberano e agindo através dos órgãos de soberania competentes, reverta a situação para o status quo anterior à celebração do Acordo, recorrendo à denúncia do mesmo nos termos estipulados no seu nº 3 do artigo XV, que prevê que «o presente Acordo mantém-se em vigor a não ser que qualquer das Partes o denuncie, mediante notificação à outra Parte por escrito e por via diplomática, com pelo menos um ano de antecedência». Deste modo, verifica-se que, não obstante os condicionamentos práticos, quer políticos, quer de outra natureza, que via de regra decorrem de relações entre superpotências e Estados pequenos e menos desenvolvidos, em termos jurídicos o país não assumiu qualquer compromisso irreversível com a autorização do exercício da jurisdição penal pelos Estados Unidos em relação ao seu pessoal enquanto permanecer no país. E isto não deixa de constituir uma nota da permanência da soberania popular na sua própria sede.

D. Será que a norma do nº 2 do artigo III do Acordo que autoriza os Estados Unidos a exercer jurisdição penal sobre o seu pessoal durante a sua permanência em Cabo Verde viola o consignado nos artigos 132º, 170º e 199º da Constituição da República?

1. O artigo 132º reporta-se à responsabilidade penal do Chefe de Estado pelos crimes cometidos quer no exercício das suas funções, quer fora delas. Em relação aos primeiros, o Chefe Estado responde perante o STJ desde que o Parlamento por 2/3 dos seus Deputados requeira ao Procurador-Geral da República o exercício da ação penal contra ele. Em relação aos segundos, i.e. crimes fora do exercício das suas funções, o Presidente responde perante os tribunais comuns cabo-verdianos, depois de findar o seu mandato. Não pode estar aqui em causa que uma potência estrangeira, cujo pessoal militar se encontre temporariamente num país soberano ao abrigo de um instrumento jurídico-internacional bilateral, se arrogue

²⁸ Cfr. Lei nº 91/VIII/2015, de 1 de julho, que regula o referendo enquanto forma de exercício do poder político pelos cidadãos.

²⁹ Cfr. também, Lei nº 98/VIII/2015, de 27 de agosto, que regula o regime de iniciativa legislativa direta de grupos de cidadãos eleitores junto da Assembleia Nacional.

o direito de julgar nos seus tribunais o Presidente da República deste Estado por atos no exercício das suas funções. Tanto mais que os Chefes de Estado, do ponto de vista do Direito Internacional Público Geral, gozam, em relação a Estados estrangeiros, tendencialmente de imunidade completa quando estão noutros Estados, mormente quando se encontrem no seu próprio território. «O Chefe de Estado goza, quando se encontrar no estrangeiro, da imunidade absoluta, isto é da isenção (Befreiung) do poder coativo do Estado de acolhimento, sobretudo da sua jurisdição»³⁰. Imunidade absoluta significa que o Chefe de Estado não pode ser chamado à responsabilidade por um outro Estado quer em virtude da sua atuação no âmbito privado, quer no que diz respeito a atos do ius imperium. Das cláusulas do acordo não resulta a sujeição do Chefe de Estado cabo-verdiano à jurisdição dos EUA. «Par in parem non habet iurisdictionem».

2. O artigo 170º é relativo às imunidades dos Deputados e dispõe o seguinte: «1. *Pelos votos e opiniões que emitirem no exercício das suas funções, os Deputados e os Grupos Parlamentares não respondem civil, criminal ou disciplinarmente.* 2. *Nenhum Deputado pode ser detido ou preso preventivamente sem autorização da Assembleia Nacional, salvo em caso de flagrante delito por crime a que corresponda pena de prisão, cujo limite máximo seja superior a três anos.* 3. *Movido procedimento criminal contra um Deputado e pronunciado este, a Assembleia Nacional, a requerimento do Procurador-Geral da República, decidirá se o respetivo mandado deve ou não ser suspenso para efeitos de prosseguimento do processo, sendo obrigatória a suspensão quando se trate de crime a que corresponda pena de prisão, cujo limite máximo seja superior a oito anos.* 4. *Os Deputados respondem perante tribunal de segunda instância pelos crimes cometidos no exercício de funções».* Do acordo não parece resultar qualquer lesão a estas normas, porque ele não reconhece aos Estados Unidos o poder para prender ou julgar titulares de cargos políticos cabo-verdianos por atos praticados no seu país quer no âmbito das suas funções quer fora delas.

3. O artigo 199º, relativo à responsabilidade criminal dos membros do Governo e respetivas imunidades, estipula, num claro paralelismo com o disposto no artigo 170º, o seguinte: «1. *Nenhum membro do Governo pode ser detido ou preso preventivamente sem autorização da Assembleia Nacional, salvo em caso de flagrante delito por crime a que corresponda pena de prisão, cujo limite máximo seja superior a três anos.* 2. *Movido procedimento criminal contra um membro do Governo e pronunciado este definitivamente, a Assembleia Nacional, a requerimento do Procurador-Geral da República, decidirá se o mesmo deve ou não ser suspenso para efeitos de prosseguimento do processo, sendo obrigatória a suspensão quando se trate de crime a que corresponda pena de prisão, cujo limite máximo seja superior a oito anos.* 3. *Os membros do Governo respondem perante o tribunal de segunda instância pelos crimes cometidos no exercício de funções».* Não parece decorrer, igualmente, do acordo qualquer lesão a estas normas, porque ele não reconhece aos Estados Unidos o poder para prender ou julgar titulares de cargos políticos cabo-verdianos por atos praticados no seu país, quer no âmbito das suas funções quer fora delas. Ademais, mesmo quando os membros do Governo se encontrem no estrangeiro, eles gozam de imunidade em termos semelhantes aos diplomatas.³¹ Por maioria de

razão gozariam de tal imunidade no seu próprio país face a uma potência exterior, à qual se reconhecesse alguma parcela de poder soberano no território nacional.

4. Assim, não se verifica aqui qualquer inconstitucionalidade do Acordo.

E. Será que a norma contida no nº 3 do Artigo III do SOFA, ao revelar um sentido de que o Código Uniforme de Justiça Militar dos Estados Unidos seria aplicável a cidadãos cabo-verdianos por infrações cometidas em território nacional, viola a garantia constitucional de não extradição por crimes a que corresponda no Estado requerente pena de morte, prevista na alínea b) do nº 1 do artigo 38,º e a garantia constitucional contra a aplicação da pena de morte, estipulada no nº 2 do artigo 28º, bem como a garantia constitucional de não aplicação de pena privativa da liberdade de carácter perpétuo prevista no artigo 33º da Lei Magna? Será que a mesma norma lesa a garantia de não extradição de cidadãos cabo-verdianos em casos a que correspondam no direito do Estado requerente pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, sem que aquele Estado ofereça garantias de que essas penas não serão executadas, e ainda, a garantia geral de não-extradição de cidadãos cabo-verdianos fora das exceções previstas pelas alíneas a) a c) do nº 3 do artigo 38º, todos da Constituição?

1. Antes de responder à questão impõe-se determinar minimamente o âmbito subjetivo de aplicação do Código Uniforme de Justiça Militar dos Estados Unidos da América. A definição do elenco de pessoas que está sujeito a este Código vem logo no seu artigo 2º, incluindo, designadamente: membros de uma componente regular das forças armadas; Cadetes, Cadetes de Aviação e Aspirantes de Marinha; Membros de uma componente de reserva, durante treino de serviço inativo, mas também as seguintes pessoas: pessoas em custódia das Forças Armadas a cumprir sentença proferida por um Tribunal Marcial; prisioneiros de guerra em custódia das forças armadas; pessoas empregadas pelas forças armadas ou acompanhando as forças armadas fora dos Estados Unidos e da Comunidade de Porto Rico, Guam e Ilhas Virgens; com base em tratados ou acordos internacionais ou em regra aceitável de direito internacional, pessoas que se encontrem dentro de uma área cedida («leased») ou reservada para o uso dos Estados Unidos, a qual está sob controlo do Secretário competente e que se encontre fora dos Estados Unidos e fora da Zona do Canal, da Comunidade do Porto Rico, Guam e Ilhas Virgens. Por aí se pode notar que o Código Uniforme de Justiça Militar se aplica não apenas a militares, mas também a outras pessoas, quer se trate de empregados civis das forças armadas, quer se trate de pessoas que se encontrem em situações específicas referidas no artigo 2º do Código Uniforme. No caso de Cabo Verde, o Estatuto ora em discussão e que remete para o Código Uniforme aplica-se, antes de mais, ao «pessoal dos Estados Unidos», terminologia que, nos termos do nº 1 do artigo II do SOFA, abrange quer «os membros das Forças Armadas dos Estados Unidos» quer «empregados civis do Departamento de Defesa dos Estados Unidos».

2. Daí decorre que o Código Uniforme de Justiça Militar dos Estados Unidos, que prevê não só a pena de morte, mas também a pena de prisão perpétua, tal qual resulta do disposto no artigo 104º, relativo a ajuda ao inimigo ou no artigo 118º, que diz respeito a homicídio, não se

³⁰ Cfr. Karl Doehring, ob. cit. p. 283, remetendo para B.S. Murty: *The International Law of Diplomacy. The Diplomatic Instrument of World Peace Order*, 1989, p. 333 e seg.

³¹ Karl Doehring refere sobre o assunto o seguinte: «Sobre a questão de saber se os membros de um Governo gozam de imunidade num Estado estrangeiro, dão-se diversas informações. Em parte, reconhece-se ao Chefe de Governo, ao Ministro dos Negócios Estrangeiros e eventualmente ao ministro de uma pasta também imunidade absoluta. Tal se compreende porque pelo menos o Chefe de Governo e o Ministro dos Negócios Estrangeiros não necessitam de procuração quando atuam a favor do seu país em negociações ou conclusão de tratados, de modo que nesta situação a sua conduta será sempre imputada ao Estado. Atos

de direito privado, contudo não ficam isentos do poder judicial». Mais adiante afirma o seguinte: «No entanto, a questão de saber se se deve reconhecer aos membros do Governo imunidade absoluta não será problemática durante a sua estadia no estrangeiro, quando estas pessoas atuam no exercício das suas funções, isto é, em virtude de uma missão do Estado. Quando desempenham uma determinada tarefa, é-lhes reconhecido um estatuto de um membro de uma missão especial, isto é, são tratados como diplomatas ad-hoc.» Cfr. Karl Doehring, ob. cit., pp. 284-285.

aplica somente a cidadãos norte-americanos. Com efeito, um cabo-verdiano, um estrangeiro ou um apátrida que eventualmente integrem o elenco do pessoal dos Estados Unidos estacionado em Cabo Verde fica, enquanto «membro do pessoal», sujeito às disposições do Código Uniforme de Justiça Militar dos Estados Unidos da América. Sendo assim, caso algum indivíduo que corresponda a uma dessas categorias praticar algum crime punível com as sanções extremas de prisão perpétua ou pena de morte, ele pode incorrer numa dessas penas.

3. A extradição é uma forma de cooperação em matéria penal que se traduz no facto de um Estado a pedido de outro Estado entregar uma pessoa ao Estado requerente para efeito da sua punição ou cumprimento da pena³². Por outras palavras, ela consiste «na entrega de uma pessoa a um Estado estrangeiro, onde ela se encontra arguida ou condenada, pelo cometimento de um crime»³³. Neste sentido, a legislação cabo-verdiana (nº 1 do artigo 31º da Lei nº 6/VIII/2011, de 29 de agosto) estabelece que esta forma de cooperação penal «pode ter lugar para efeitos de procedimento penal ou cumprimento de pena ou medida de segurança privativa de liberdade por crime cujo julgamento seja da competência dos tribunais do Estado requerente».

4. A alínea b) do nº 1 do artigo 38º da Constituição da República proíbe nomeadamente a extradição quando requerida por crime a que corresponda no Estado requerente pena de morte. Trata-se de uma garantia de não extradição que protege não só o cidadão, mas também o estrangeiro e o apátrida.

5. O nº 2 do artigo 38º estabelece o princípio da proibição de extradição de cidadãos cabo-verdianos por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requerente, pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, salvo quando o mesmo Estado ofereça garantias de que tal pena ou medida de segurança não serão executadas.

6. O nº 3 do artigo 38º, reafirmando o princípio geral da proibição da extradição de nacionais, abre contudo uma exceção quando se verificarem cumulativamente as seguintes situações : a) «O Estado requerente admita a extradição de seus nacionais para o Estado de Cabo Verde e consagre garantias de um processo justo e equitativo»; b) «Nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada»; c) «Tenha o extraditando adquirido ou readquirido a nacionalidade cabo-verdiana após o cometimento do facto tipificado na lei penal como crime, que tenha dado causa ao pedido de extradição».

7. Nota-se, pois que a Constituição cabo-verdiana consagra uma garantia absoluta da extradição de nacionais e estrangeiros ou apátridas por crimes a que correspondem pena de morte no país requerente. Por outro lado, a Constituição afasta a extradição de cidadãos nacionais por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requerente, pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, a não ser que o Estado requisitante se comprometa firmemente (oferecendo garantias) a não executar tal pena ou medida. Todavia, o país admite a extradição com base no estreito e cumulativo condicionalismo previsto no nº 3 do artigo 38º, isto é : se o Estado requerente admitir a extradição de seus nacionais para Cabo Verde e consagrar garantias de um processo justo e equitativo (reciprocidade e garantia processual de um processo justo e equitativo); se se tratar de um caso de terrorismo e de criminalidade internacional organizada; se o extraditando tiver adquirido ou readquirido a cidadania

cabo-verdiana após o cometimento do facto tipificado na lei penal como crime, que tenha dado causa ao pedido de extradição. Esta situação, como se nota, é extremamente difícil de acontecer.

8. Sucede que o Código Uniforme de Justiça Militar dos Estados Unidos prevê, para os indivíduos que recaiam no seu âmbito, não só a pena de morte, como também a pena de prisão perpétua, tal qual se referiu anteriormente.

9. A questão que, então se coloca, é se o Código Uniforme se aplica aos cidadãos cabo-verdianos que cometam crimes contra o pessoal dos Estados Unidos ou, se pelo contrário, ele apenas se aplica ao pessoal dos Estados Unidos, quando cometa crimes e os cabo-verdianos ou terceiros sejam vítimas ou testemunhas? Olhando para o âmbito do acordo que visa essencialmente o pessoal americano, parece que o Código se aplica precisamente a este pessoal. Esta ideia é reforçada pela redação do nº 4 do artigo III, que dispõe o seguinte: «Os Estados Unidos envidarão esforços para facilitar a participação de vítimas e testemunhas cabo-verdianas em processos judiciais, conforme solicitado pelo tribunal, em conformidade com as leis e regulamentos dos Estados Unidos, incluindo o Código Uniforme de Justiça Militar e os regulamentos do departamento de Defesa dos Estados Unidos.»

10. *Neste sentido se pronunciou igualmente a Assembleia Nacional, enquanto órgão produtor da norma, textualmente que «O SOFA só se aplica aos crimes cometidos em território nacional por pessoal dos Estados Unidos».*

11. Por outro lado, Cabo Verde no exercício da soberania sobre o seu território permanece competente para julgar os crimes que acontecem no seu território praticados, quer pelos seus cidadãos, quer por estrangeiros ou apátridas sujeitos à sua jurisdição. Não parece estar aqui em causa a aplicação do direito penal americano aos cabo-verdianos, pois estes serão julgados pelo Estado de Cabo Verde no exercício das competências cometidas aos seus órgãos jurisdicionais.

12. Os recorrentes alegam que a norma do nº 3 do artigo III viola o disposto nos artigos 28º, nº 2 e a alínea b) do nº 1 do artigo 38º.

13. Não parece, no entanto, que do nº 3 do artigo III decorra uma autorização para a aplicação da pena de morte a cidadãos cabo-verdianos ou estrangeiros sujeitos à jurisdição de Cabo Verde. Por outro lado, contrariamente ao sugerido pelos requerentes, na situação regulada pelo Acordo ora escrutinado parece não se estar face a uma situação de extradição, pois a extradição acontece via de regra quando se verifique a prática de um crime no território do Estado requerente ou o julgamento seja da competência dos seus tribunais.

14. Na verdade, pelo mero facto de os Estados Unidos exercerem o ius puniendi sobre o seu pessoal por atos praticados no território cabo-verdiano não se pode falar de uma situação típica de extradição, isto é de transferência de um indivíduo do território de um Estado para um outro Estado, o Estado requerente, onde deve responder em juízo ou sujeitar-se a uma pena por crime praticado naquele território. Isto, porque o pessoal dos Estados Unidos se encontra ab initio sob jurisdição deste país.

15. *Neste sentido também se pronunciou o Parlamento cabo-verdiano ao sustentar literalmente que «a situação do militar e equiparado americano enviado para os Estados Unidos para ser julgado pelos tribunais americanos por crime eventualmente cometido enquanto temporariamente em território cabo-verdiano... não determina a sua extradição» pois esta só pode ser feita se tiver sido cometido um crime extraditável nos territórios do Estado requerente e não de outro modo».*

16. Não se estando perante uma situação de extradição não há aqui uma violação da garantia constitucional de

³² Cfr. Karl Doehring, ob. cit., p. 387.

³³ Cfr. Franklím Furtado, *Extradição e o Tribunal Penal Internacional*, in: José Pina Delgado, Jorge Carlos Fonseca e Liriam Tiujo Delgado (Org.), *Aspetos Polémicos da Extradição em Cabo Verde e no espaço lusófono*, Praia, 2009, p. 24.

não extradição por crimes a que corresponda no Estado requerente pena de morte, prevista na alínea b) do nº 1 do artigo 38º, nem tampouco da garantia constitucional contra a aplicação da pena de morte, estipulada no nº 2 do artigo 28º, onde se estatui que «em caso algum haverá pena de morte».

17. Apesar de não se poder falar, com propriedade, de extradição em sentido técnico-jurídico, não é de excluir, todavia, que os Estados Unidos da América possam, por hipótese, querer exercer o seu poder punitivo em relação ao seu pessoal, caso algum dos seus membros, agente de crime, não se mostre disposto a entregar-se voluntariamente para ser julgado naquele país por eventual delito que tenha cometido em Cabo Verde no âmbito da execução do SOFA e ao qual corresponda pena de morte ou de prisão perpétua ou de duração indefinida.

18. Ora bem, se tal cenário hipotético se verificar e face à declaração de inconstitucionalidade da norma do nº 2 do artigo III do Acordo sobre Estatuto das Forças dos Estados Unidos da América, na exata aceção interpretativa de que tal norma permite o exercício de poderes tipicamente dos órgãos de soberania e de órgãos judiciais, afigura-se constitucionalmente inaceitável que o Estado de Cabo Verde colabore com os Estados Unidos na detenção e transferência da custódia do pessoal dos Estados Unidos para efeitos de instauração de processo crime ou cumprimento de pena, seja por crime a que corresponda pena de morte, prisão perpétua ou de duração indefinida, em conformidade com o ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América.

19. Assim, o Estado de Cabo Verde deverá abster-se de empreender ações que possam conduzir à detenção e transferência de elemento do pessoal que integre as forças armadas dos Estados Unidos que tenha praticado, em Cabo Verde, no âmbito da execução do SOFA, crime ou crimes a que corresponda, nos Estados Unidos, pena de morte, pena ou medida de segurança privativa de liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida. Isto, porque um comportamento contrário acarretaria a violação do disposto nos artigos 28º, 33º e no nº 2 do artigo 38º, todos da CRCV, que consagram respetivamente a proibição da pena de morte, a proibição da prisão perpétua, e a garantia da não extradição de cidadãos cabo-verdianos por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requerente pena ou medida de segurança ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida.

20. A norma contida no nº 3 do Artigo III do SOFA, não parece violar a garantia constitucional de não aplicação de pena privativa da liberdade de carácter perpétuo prevista no artigo 33º da Lei Magna.

21. O referido artigo 33º da Constituição prevê que «em caso algum haverá pena privativa da liberdade ou medida de segurança com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida».

22. Dando por adquirido que o Código Uniforme de Justiça Militar dos Estados Unidos se aplica apenas a factos praticados pelo pessoal americano, não parece que haja aqui uma violação da garantia constitucional de não aplicação de pena privativa da liberdade de carácter perpétuo prevista no artigo 33º da Lei Magna.

23. Por crimes praticados pelos cabo-verdianos se aplica a legislação cabo-verdiana, que não prevê qualquer pena privativa da liberdade de carácter perpétuo.

24. A norma contida no nº 3 do Artigo III do SOFA, não parece também lesar a garantia de não extradição de cidadãos cabo-verdianos em casos a que correspondam no direito do Estado requerente pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, sem que aquele Estado ofereça garantias de que essas penas não serão executadas, e

ainda, a garantia geral de não-extradição de cidadãos cabo-verdianos fora das exceções previstas pelas alíneas a) a c) do nº 3 do artigo 38º, todos da Constituição.

25. Como se viu anteriormente não se está perante uma situação subsumível à extradição, dado que as forças americanas estão sujeitas à jurisdição dos Estados Unidos e se encontram imunes à jurisdição cabo-verdiana.

F. Será que a norma constante do nº 2 do artigo XII do SOFA, ao determinar que as reclamações por perdas e danos causados pelo pessoal dos Estados Unidos serão resolvidas por órgãos deste país, em conformidade com a sua legislação, privando as pessoas lesadas de levarem a sua causa aos tribunais cabo-verdianos, viola o direito de acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva, consagrado no artigo 22º da Constituição?

1. O nº 2 do artigo XII dispõe que «as reclamações («claims») de terceiros por danos ou perdas, incluindo danos corporais ou morte, causados pelo pessoal dos Estados Unidos são resolvidas pelos Estados Unidos em conformidade com a legislação e regulamentação vigentes no território dos Estados Unidos da América, nomeadamente, o Foreign Claims Act e o Victim' Rights and Restitution Act). Cabo Verde encorajará as vítimas a apresentarem tais reclamações («claims») às autoridades das forças dos Estados Unidos tempestivamente.»

2. O artigo 22º da Constituição da República dispõe que «a todos é garantido o direito de acesso à justiça e de obter, em prazo razoável, e mediante processo equitativo, a tutela dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos». No acórdão nº 15/ 2017, de 26 de Junho («INPS v. Presidente do STJ»), este Tribunal Constitucional considerou, num primeiro momento, o princípio do acesso aos tribunais previsto no nº 1 do artigo 22º como «uma diretriz geral enviada aos poderes públicos, para criar mecanismos legais que permitam no geral à pessoa ter acesso à Justiça, no sentido mais amplo da palavra, que abarca naturalmente o dever de criação de instituições cujo objeto é fazer a justiça no caso concreto, principalmente as judiciárias, os tribunais, de reconhecimento do patrocínio judiciário, a promoção da criação de sistemas de apoio financeiro do Estado para as pessoas poderem obter prestações jurisdicionais caso não tenham recursos e tenham direitos e interesses a proteger, a mecanismos processuais que assegurem um processo equitativo, com tutela jurisdicional efetiva e decisão em tempo célere, além de esquemas que permitem às pessoas acederem à informação jurídica...». Num segundo momento, o Tribunal afirma que o preceito constitucional em causa «reconhece direito subjetivo a qualquer pessoa para poder aceder aos tribunais, os órgãos judiciários típicos do sistema jurídico cabo-verdiano, para defesa dos seus direitos e interesses legítimos». Segundo a própria Corte Constitucional, «o direito de acesso aos tribunais exige dos poderes públicos a adoção de um conjunto de condições que o propiciem, nomeadamente, desde logo, a existência jurídica e física dessas estruturas, a sua organização, o estabelecimento de regras de processo, a criação de carreiras de profissionais que administram a justiça ou com ela colaboram, nomeadamente juizes, procuradores, advogados e oficiais de justiça...». No seu labor de determinação do conteúdo do direito de acesso à justiça, o Tribunal houve por bem recorrer ao Direito Internacional dos Direitos do Homem. Assim, começou por recordar o disposto no artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem que estatui que: «toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações». À colação foram trazidos o artigo 14º do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e o artigo 7º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos. O primeiro destes instrumentos jurídicos internacionais estabelece que «todos são iguais perante

os tribunais de justiça. Todas as pessoas têm direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial estabelecido pela lei» (...). Já o segundo, a Carta Africana, no seu artigo 7º, dispõe que «toda a pessoa tem o direito a que a sua causa seja apreciada. Este direito abrange : a) O direito de recorrer aos tribunais nacionais competentes contra qualquer ato que viole os direitos fundamentais que lhe são reconhecidos e garantidos pelas convenções, leis, regulamentos e costumes em vigor; b) o direito de presunção de inocência até que a sua culpabilidade seja estabelecida por um tribunal competente; c) O direito à defesa, incluindo o facto de se fazer assistir por um defensor da sua escolha; d) o direito a ser julgado num prazo razoável por uma jurisdição imparcial».

3. Na análise desta questão não se pode deixar de, à partida, reconhecer que os Estados Unidos são um Estado de Direito Democrático, com uma Constituição que garante amplos direitos fundamentais ao cidadão, mesmo contra o Estado, e um país desenvolvido em que os Tribunais exercem plenamente o seu poder na garantia dos direitos e liberdades fundamentais. Também não se pode olvidar que os EUA estiveram na origem da Declaração Universal dos Direitos do Homem, cuja Comissão Preparatória de elaboração coube à Senhora Eleanor Roosevelt. Além disso, os Estados Unidos da América estão vinculados ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Por outro lado, o citado nº 2 do artigo XII do Acordo afirma precisamente a abertura da via judicial, ao estatuir que « as reclamações³⁴ («claims») de terceiros por danos ou perdas, incluindo danos corporais ou morte, causados pelo pessoal dos Estados Unidos são resolvidas pelos Estados Unidos em conformidade com a legislação e regulamentação vigentes no território dos Estados Unidos da América, nomeadamente, o Foreign Claims Act e o Victim' Rights and Restitution Act).

Assim, o facto de a vítima ter de se dirigir a órgãos administrativos ou judiciais dos Estados Unidos para fazer valer os seus direitos pode acarretar alguma despesa inicial e incómodos acima do normal, comparativamente ao que poderia acontecer em Cabo Verde, mas nem por isso, fica fechada a via judicial.

4. Há que ter em conta também que a 14ª emenda da Constituição dos Estados Unidos protege também os estrangeiros que se encontrarem no seu território, quando diz por exemplo que nenhum Estado pode «negar a qualquer pessoa sujeita à sua jurisdição a igual proteção conferida pelas leis». Embora num contexto ligeiramente diferente, ligado à residência, no caso *Graham v. Richardson*, 403 US. 365, 378 (1971) o Tribunal reconheceu que «estrangeiros admitidos legalmente nos Estados Unidos gozam do direito de entrar e habitar em qualquer Estado da União «com base na igualdade de direitos com todos os cidadãos sujeitos a leis estaduais não discriminatórias»³⁵ («aliens lawfully admitted to the United States « have a right to enter and abide in any State in the Union «on an equality of legal privileges with all citizens under non-discriminatory state laws»).

5. Em Cabo Verde, o direito a um processo equitativo

³⁴ O que aqui se chama de reclamações não pode ser entendido apenas no sentido administrativo do termo. Pelo contrário, o termo pode significar *queixas ou acções judiciais*. Assim, por exemplo o «*Merriam Websters's Dictionary of Law*, entre os vários sentidos do termo «claims» refere o seguinte «a right to seek a judicial remedy arising from a wrong or injury suffered» (isto é o direito de procurar um remédio judicial para uma ofensa ou uma lesão sofrida»). E apresenta o exemplo de utilização do termo «claim» (queixa) : « Um queixoso que foi ferido num acidente tem uma queixa («claim») pelo braço partido e uma outra pelo rompimento do baço».

³⁵ Cfr. *Allan Ides and Christopher N. May: Constitutional Law. Individual Rights*, 3ª edição, Nova Iorque, 2004, p. 6. Cfr. também *Gary Hartman, Roy M. Mersky, e Cindy L. Tate: Landmark Supreme Court Cases. The Most Influential Decisions of the Supreme Court of the United States*, Nova Iorque, 2007, pp. 61-63.

deriva do número 1 do artigo 22º, quando se diz que «a todos é garantido o direito de obter em prazo razoável e mediante processo equitativo, a tutela de seus direitos ou interesses legalmente protegidos», encontrando igualmente refração, para o direito penal, no artigo 35º da Constituição.

6. Ora, em termos de celeridade processual pode-se eventualmente admitir teoricamente que o processo fora do país poderá ser mais moroso, mas tal não é inexoravelmente garantido, pois inexistem estudos conhecidos e comparativos sobre o assunto, não sendo descabido, contudo, pensar-se que um país mais desenvolvido pode ter um sistema judicial mais eficiente e célere. Com isto, fica-se no domínio da especulação, não havendo nenhuma base segura para se afirmar que o recurso à justiça americana significaria em si uma tutela não equitativa, nem célere.

7. Seja como for, um ponto positivo do acordo, que não se deve negligenciar, é que nele se consagra um duplo compromisso: o de Cabo Verde no sentido de encorajar «as vítimas a apresentarem» as suas queixas tempestivamente às autoridades das Forças dos Estados Unidos (nº 2 do artigo XII) e o deste país no sentido de «envidar esforços para facilitar a participação de vítimas e testemunhas cabo-verdianas em processos judiciais, conforme solicitado pelo tribunal, em conformidade com as leis e regulamentos dos Estados Unidos, incluindo o Código Uniforme de Justiça Militar e os regulamentos do Departamento de Defesa dos Estados Unidos» (nº 4 do artigo III).

8. Conclui-se que, não obstante os cabo-verdianos não terem nesta matéria acesso aos tribunais nacionais para fazerem valer os seus direitos, eles podem dirigir-se aos tribunais americanos para a defesa dos seus interesses, devendo contar com o apoio do Estado cabo-verdiano. A via judicial estará aberta e não se pode à partida afirmar que o processo não será decidido num prazo razoável e obedecendo aos parâmetros de um Estado de Direito.

9. No entanto, nos casos em que o fardo que recai sobre as vítimas ou lesados cabo-verdianos se revelar excessivo ou particularmente oneroso reconhece-se a essas pessoas, ou a quem as representar ou suceder legitimamente, o direito a reclamar e obter do Estado cabo-verdiano justa indemnização pelos prejuízos sofridos em virtude do encaminhamento das suas reivindicações, não junto dos tribunais nacionais, mas *extra muros* perante os Estados Unidos da América. Tal direito funda-se na seguinte argumentação: primeiro, o cidadão tem o direito de fazer valer o seu direito perante o tribunal nacional competente, conforme dispõe a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, em harmonia com a Constituição da República (nº 1 do artigo 22º); segundo, o Estado, através dos órgãos competentes, podia ter acautelado o exercício de tal direito em território nacional³⁶; terceiro, nos termos do nº 1 do artigo 16º, «o Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis por ações ou omissões dos seus agentes praticadas no exercício de funções públicas ou por causa delas, e que, por qualquer forma, violem os direitos, liberdades e garantias com prejuízo para o titular destes ou de terceiros»; quarto, o particular tem, nos termos da lei, direito a ser indemnizado pelos danos resultantes da violação dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, por ação ou omissão de agentes públicos, praticadas no exercício de funções e por causa delas (alínea g) do artigo 245º da Constituição).

G. A norma constante do nº 2 do artigo IV do SOFA, que aparentemente permite que Cabo Verde hospede no

³⁶ Sobre jurisdição compartilhada no âmbito do SOFA da NATO, cfr. *Rain Liivoja: Criminal Jurisdiction over Armed Forces Abroad*, Cambridge 2018, p. 133. Referindo ao papel do Estado de acolhimento na atribuição das compensações, *Aurel Sari* afirma o seguinte: «Essencialmente este procedimento permite aos indivíduos que sofrem danos dirigir as suas queixas contra o Estado de acolhimento, o qual se encontra obrigado a resolvê-las de acordo com as leis e regulamentos aplicáveis com respeito a queixas que surgem das atividades das suas próprias forças armadas». Cfr. *Aurel Sari*, ob. cit. p. 17.

seu território força militar de uma potência estrangeira de forma regular e permanente ou sem duração definida viola o princípio fundamental da proibição de bases militares estrangeiras no país, previsto no nº 4 do artigo 11º da Constituição da República?

1. O nº 2 do artigo IV do Acordo estabelece que «o pessoal dos Estados Unidos tem liberdade de movimentos e de acesso e uso de meios de transporte e de instalações de armazenagem, de treino e outras mutuamente acordados e necessários no âmbito das atividades desenvolvidas ao abrigo do presente Acordo». Este artigo só pode ser plenamente compreendido se se tiver em atenção o seu contexto e designadamente o artigo 1º relativo ao âmbito do Acordo, o qual diz o seguinte: «o presente Acordo estabelece um quadro de parceria e cooperação em matéria de segurança entre as Partes e é aplicável ao pessoal e aos contratantes dos Estados Unidos que estejam temporariamente no território da República de Cabo Verde, no âmbito de visitas de navios, formação, exercícios, atividades humanitárias e outras atividades, mutuamente acordados». Não há dúvida de que se trata da presença de militares estrangeiros no país aos quais se atribuem certas facilidades: liberdade de movimentos e de acesso e uso de transportes próprios e possibilidade de disporem de instalações físicas não especificadas, mas que podem ser de aquartelamento, isto é, instalações para abrigar soldados. Não há dúvida também de que as atividades no território nacional podem ser diversas: visitas de navios, formação, exercícios militares, atividades humanitárias e outras atividades militares não determinadas.

2. Estando-se perante uma organização militar é óbvio que o seu foco não é normalmente, nem essencialmente, o humanitário, já que não se está propriamente a falar de uma instituição internacional como o Comité Internacional da Cruz Vermelha³⁷ ou então a Cáritas. Isto sem qualquer desprimor para as organizações castrenses, já que elas, residualmente e em certas condições, podem até fornecer apoio à população civil em teatro de guerra ou noutras circunstâncias.

3. Nada se diz no Acordo nem sobre o número máximo de militares que podem estar no Arquipélago num determinado momento, nem sobre a duração geral da presença de tropas no mesmo. Interpelado quanto ao fornecimento de elementos relativos à projeção quantitativa do contingente médio ou máximo de Forças Armadas a destacar em Cabo Verde no âmbito do Acordo e sua localização eventual no território nacional, S. E. o Ministro dos Negócios Estrangeiros respondeu a este Tribunal que «não cabe nos propósitos do SOFA a projeção quantitativa das forças a destacar, sendo certo que esse valor irá variar de caso para caso, tendo sempre presente, a realidade do País, a pertinência e a tipologia da atividade e o contexto do momento».

Admitindo-se que o número dos militares possa variar ao longo do tempo num cenário de presença contínua de um contingente em Cabo Verde, é claro que, ao longo do ciclo de existência das facilidades militares no arquipélago, se possa verificar uma rotação do pessoal em função das necessidades, pelo que, em relação ao pessoal, a sua presença será sempre temporária. O facto de haver rotação ou substituição do pessoal não significa, todavia, que as facilidades militares e a presença de tropas no país não tenham carácter duradouro ou permanente.

4. O nº 4 do artigo 11º da Constituição é uma norma que foi introduzida na Constituição cabo-verdiana em 1992 (à data artigo 10º, nº 4). Não obstante ter havido quer em 2005 quer em 2010 projetos de revisão da Constituição de Deputados do Movimento para a Democracia, partido

atualmente no poder, que propunham a eliminação³⁸ daquele normativo, o texto manteve-se inalterado, com a sua redação inicial, cuja letra é lapidar: «O Estado de Cabo Verde recusa a instalação de bases militares estrangeiras no seu território». Esta redação pós-guerra fria ultrapassou, pois, incólume quer o 11 de Setembro de 2001, quer a tentativa frustrada de revisão constitucional de 2005, quer a efetiva revisão da Lei Fundamental em 2010.

5. O nº 4 do artigo 11º da Constituição corresponde a um princípio constitucional fundamental em matéria de política externa e de luta pela paz. Ainda que a preocupação do Tribunal seja essencialmente de dogmática jurídico-constitucional, o pleno entendimento do normativo expresso no nº 4 do artigo 11º pressupõe um breve percurso pela história política e constitucional do país. A Constituição de 1980, aprovada em plena Guerra Fria, não previu o princípio diretamente, mas ao estabelecer o princípio do não alinhamento em relação aos principais blocos político-militares acolheu, indiretamente, o tabu constitucional das bases militares estrangeiras. Com efeito, o artigo 17º da Constituição de 1980 estipulava que a República de Cabo Verde estabelece e desenvolve relações com os outros países na base do Direito Internacional, dos princípios da independência nacional, da igualdade entre os Estados, da não ingerência nos assuntos internos e da reciprocidade de vantagens, da coexistência pacífica e do não alinhamento. Como é sabido, a Primeira Conferência Cimeira dos Estados Não Alinhados realizada em Belgrado, em 1961, aceitou cinco critérios que um país não alinhado devia observar para merecer tal nome e estatuto: 1. A política do país devia ser independente e basear-se na coexistência pacífica e no não alinhamento; 2. O país devia apoiar os movimentos de libertação nacional; 3. O país não devia pertencer a nenhuma aliança militar, que o pudesse arrastar para os conflitos das grandes potências; 4. O país não devia ter uma aliança bilateral com uma grande potência; 5. No território do país não devia haver bases estrangeiras³⁹. A questão do não alinhamento determinou em grande medida, ao tempo da guerra fria, a política nacional de Cabo Verde, apesar do pragmatismo que envolveu o relacionamento do Arquipélago quer com os países industrializados ocidentais, quer com os do bloco socialista. Aristides Pereira, o primeiro Presidente da República, caracterizou esta situação da seguinte forma: «Consciente da realidade *do mundo em que vivemos, desenvolvemos uma política externa, cujo eixo principal são os princípios do não alinhamento cujo conteúdo são a paz, a independência e a cooperação para o desenvolvimento*⁴⁰». Assim, não causa qualquer estranheza que nos finais da década de 80 do século passado se dissesse singelamente em pleno Congresso Americano que «o Governo de Cabo Verde tem estado a afastar-se firmemente do bloco soviético em direção a um não-alinhamento genuíno (*« the Government of Cape Verde has been moving steadily away from the Soviet bloc and toward genuine nonalignment*⁴¹»)). Ora bem, durante a guerra fria, a questão das bases militares estrangeiras era

³⁸ Cfr. Tratava-se em 2005 de um projeto subscrito pelos Senhores Deputados Agostinho Lopes, André Lopes Afonso e mais doze parlamentares e, em 2010, do projeto de revisão constitucional do Senhor Deputado Humberto Cardoso, que previa uma nova redação para o nº 4 do artigo 11º e que era a seguinte: «O Estado de Cabo Verde, considerando as vulnerabilidades inerentes à sua condição de Estado pequeno, arquipélago e de reduzida população, pode assinar acordos com vista a garantir a sua defesa e segurança e a soberania sobre a sua zona económica exclusiva». Cfr. *Direito e Cidadania* nº 28.IV Número Especial/2009, p. 194, coordenado por Jorge Carlos Fonseca e José Pina Delgado.

³⁹ Cfr. Renate Wünsche: *Dokumente der Nichtpaktgebundenen*, Berlim 1981, pp. 21-22.

⁴⁰ Cfr. Citado por Peter Meyns. In, o mesmo: *Blockfreie Aussenpolitik eines afrikanischen Kleinstaates. Das Beispiel Kap Verde*, Hamburgo, 1990, p. 77. Sobre a política de Cabo Verde de então, cfr., também, Renato Cardoso: *Opção por uma política de paz*, Praia, 1986.

⁴¹ Cfr. Robert E. Harkavy: *Bases Abroad: The Global Foreign Military Presence*, Nova Iorque, 1989, p. 365.

³⁷ O Comité Internacional da Cruz Vermelha é um sujeito especial de DIP, que assume tarefas essencialmente humanitárias, nos termos do acordo de Genebra sobre a Cruz Vermelha, de 1949. Cfr. André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros: *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª edição, Coimbra, 2001, p. 403.

um tema recorrente no mundo e em especial em África, designadamente no âmbito da Organização da Unidade Africana. Três exemplos demonstram esta realidade no que diz respeito à organização continental africana. Primeiro, a resolução dos Chefes de Estado e de Governo da OUA AHG /Res. 85(XIV) de 2-5 de julho de 1977, que dizia o seguinte: «A Conferência dos Chefes de Estado e de Governo da OUA ... apela ainda aos Estados membros a proibir a utilização dos seus territórios para atividades políticas subversivas contra um outro Estado africano, bem como a proibir a manutenção e instalação de bases militares estrangeiras e insta-os a liquidar as bases militares existentes no continente africano». Por outro lado, o ponto 7º da Resolução do Conselho de Ministros, CM/Res. 641 (XXXI) da OUA, de 7-18 de julho de 1978, relativa a intervenções militares em África, referia o seguinte: «O Conselho de Ministros da Organização da Unidade Africana, reunido na sua trigésima primeira sessão em Cartum, República Democrática do Sudão, de 7 a 18 de julho ... reforça a sua determinação de agir em prol da eliminação das bases militares estrangeiras, bem como a sua oposição à política de blocos e de divisões⁴²». Last but not least, a própria Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, aprovada em 1981 e que entrou em vigor em 1986, refere-se no seu preâmbulo especificamente a um compromisso dos Estados em eliminar ... «as bases militares estrangeiras de agressão». Independentemente da discussão sobre o valor jurídico do preâmbulo da Convenção e da aparente restrição do compromisso a «bases militares agressivas», certo é que a questão das bases militares não pode ser escamoteada. Do mesmo passo, não pode ser ignorada também a sua correlação com uma política de paz, enquanto bem público coletivo, e de defesa de interesses de segurança regional.

6. O problema da presença de bases militares de grandes potências noutros países não figurou apenas na agenda de países africanos. Na Europa, por exemplo, a questão tem-se colocado também, designadamente em relação a pequenos países. Um exemplo é o caso do Estado de Malta, cuja constituição da República⁴³, invocando o princípio do não-alinhamento, proíbe igualmente a presença de bases militares estrangeiras. Assim, o artigo 1º da Carta Magna deste país estatui o seguinte:

(1) ...

(2) ...

(3) *Malta é um Estado neutro que luta ativamente pela paz, segurança e progresso social entre todas as Nações, que adere à política de não alinhamento e recusa participar em qualquer aliança militar. Este estatuto implica, nomeadamente, que:*

(a) *não será permitida nenhuma base militar estrangeira no território maltês;*

⁴² Horst Stöber: *Organisation der Afrikanischen Einheit (OAU) .Resolutionen und Erklärungen 1963-1981*, Berlim, 1983, p. 189.

⁴³ Artigo 1º da Constituição de 1964, alterada ultimamente em julho de 2003. Este artigo estatui o seguinte:

1 ...

(2) ...

(3) Malta is a neutral state actively pursuing peace, security and social progress among all nations by adhering to a policy of non-alignment and refusing to participate in any military alliance. Such a status will, in particular, imply that:

(a) no foreign military base will be permitted on Maltese territory;

(b) no military facilities in Malta will be allowed to be used by any foreign forces except at the request of the government of Malta, and only in the following cases:

(i) in the exercise of the inherent right of self-defense in the event of any armed violation of the area over which the Republic of Malta has sovereignty, or in pursuance of measures or actions decided by the Security Council of the United Nations; or

(ii) whenever there exists a threat to the sovereignty, independence, neutrality, unity or territorial integrity of the Republic of Malta;

(c) except as aforesaid, no other facilities in Malta will be allowed to be used in such manner or extent as will amount to the presence in Malta of a concentration of foreign forces;

(d) ...

(b) *não será permitida a utilização de facilidades militares em Malta por quaisquer forças estrangeiras, salvo a pedido do governo de Malta e apenas nos seguintes casos:*

(i) *no exercício do inalienável direito de legítima defesa em caso de violação armada da área em que a República de Malta exerce a sua soberania, ou na prossecução de medidas ou ações decididas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas; ou*

(ii) *sempre que existir uma ameaça à soberania, independência, unidade ou integridade territorial da República de Malta;*

(c) *Sem prejuízo do disposto anteriormente, não será permitida a utilização de outras facilidades de tal modo ou em tal extensão que signifique a presença em Malta de uma concentração de forças estrangeiras;*

(d)

7. A política de não alinhamento que Cabo Verde desenvolveu não o impediu, contudo, de manter relações próximas de amizade e cooperação com as grandes potências incluindo no plano militar. Todavia, apesar da mudança de paradigma que se verificou nas relações internacionais com o fim da guerra fria, e do afastamento pelo legislador constituinte de 1992 da fraseologia do não alinhamento do texto constitucional, o país, que não é um Estado neutro⁴⁴, mas é também um defensor da paz, enquanto bem público fundamental, entendeu por bem consagrar a proibição de bases militares como um princípio constitucional fundamental do Estado cabo-verdiano⁴⁵. De forma perspicaz o ilustre juspublicista pátrio e distinto Juiz Conselheiro deste Tribunal, José Pina Delgado, põe em evidência este princípio ao referir as bases militares como matéria que não pode ser objeto de tratado ou de ato internacional do Estado de Cabo Verde. Num recente ensaio, o autor começa por se referir, e bem, à supremacia da Constituição, afirmando metaforicamente que «a bitola que legitima todos os atos normativos, inclusive os internacionais, à luz do Direito Cabo-Verdiano, é e só pode ser, a Constituição da República». Mais adiante sustenta textualmente que a Constituição «remete para certas matérias que explicitamente não podem ser objeto de Tratados ou de ato internacional do Estado de Cabo Verde, por exemplo as que envolvem a alienação de parte do território nacional (...) ou que tivessem por objeto permitir a instalação de base militar estrangeira, possibilidade vedada pelo n.º 4 do artigo 11...»⁴⁶.

8. A proibição de bases militares na Constituição de 1992 não se pode dissociar dos anseios de paz que o povo cabo-verdiano tem expressado ao longo do tempo e que encontraram acolhimento na forma como o poder constituinte cabo-verdiano de 1992 consagrou na Magna Carta da República a paz como um bem público e valor constitucional fundamental. Assim, no artigo 1º da Constituição, o legislador constituinte refere-se aos direitos humanos como «fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça», depois de no preâmbulo ter tido o cuidado de dizer que a paz é o fundamento do

⁴⁴ Estados neutros são, por exemplo, além de Malta, a Áustria, a Suíça, e o Vaticano, entre outros. Sobre o estatuto de neutralidade permanente e as tensões com o sistema de segurança coletiva das Nações Unidas, cfr. **Karl Doehring**, ob. cit., p. 266 e segs. Cfr. igualmente, **Kay Hailbronner**: *Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekte*, in Wolfgang Graf Vitzthum, (ed.): *Völkerrecht, Berlin, Nova Iorque, 1997*, p. 222.

⁴⁵ Note-se que este princípio resultou reafirmado na última revisão ordinária da Constituição em 2010, já que a proposta da sua eliminação não mereceu o apoio do poder constituinte derivado. Isto, cerca de uma década após o 9 de setembro de 2001 que teve um papel fundamental na mudança de paradigma do Direito Internacional Público. Cfr. **Jónatas Machado**: *Direito Internacional*, 4ª edição, Coimbra, 2013, pp. 747 e segs.

⁴⁶ Cfr. **José Pina Delgado**: *O Direito Internacional Público no Direito Cabo-Verdiano*, in **Jorge Bacelar Gouveia /Francisco Pereira Coutinho** (Org.): *O Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa*, Lisboa 2018, pp. 85-86.

desenvolvimento de Cabo Verde⁴⁷. Já no artigo 11º, nº 1, acentua o princípio da «coexistência pacífica» e acolhe o postulado da criação de uma ordem internacional justa e capaz de assegurar a paz e a amizade entre os povos, do mesmo passo que se compromete na luta contra o terrorismo (nº 2 e 3 do artigo 11)⁴⁸. Por outro lado, se os direitos humanos são fundamento da paz, a sua realização plena só se dá num ambiente de paz, que garanta aos indivíduos as suas liberdades e a sua segurança⁴⁹.

9. Reportando-se ao SOFA num momento em que a questão das bases militares fora suscitada pelo grupo de representantes da Nação, a Assembleia Nacional, enquanto órgão produtor do ato sindicado, afirma, através do seu Presidente, o seguinte:

a) O SOFA «não visa e nem se aplica a uma situação de «o país hospedar força militar estrangeira de forma regular e permanente»;

b) «O artigo I do SOFA é expresso, dizendo que o acordo estabelece apenas «um quadro de parceria e cooperação em matéria de segurança entre as partes».

c) «Este preceito limita o mandato e as operações da força militar visitante, sendo óbvio que não inclui as funções próprias de uma base militar, designadamente o uso do território nacional como ponto de partida para expedições e operações militares de combate, nem no espaço interno, nem fora dele»;

10. Antes de um pronunciamento sobre se o artigo do acordo viola o nº 4 do artigo 11º da Constituição, convém esclarecer o conteúdo da palavra «base militar». Nos termos do «DoD Dictionary of Military and Associated terms», do Departamento de Defesa dos Estados Unidos da América, entende-se por base (militar) «1. Um local a partir do qual são projetadas ou apoiadas operações» ou ainda «2. Uma área ou local contendo instalações que fornecem logística ou outro apoio»⁵⁰ e finalmente «3. Campo de aviação doméstico ou transportadora doméstica». Segundo a Wikipedia (https://en.wikipedia.org/wiki/Military_base), uma base militar é «uma facilidade que pertence diretamente às Forças Armadas (em inglês : military) ou é operada por elas ou por um dos seus ramos e que abriga equipamento militar e pessoal e que facilita treinos e operações». Por «facilidade» o citado Dicionário do Departamento de Defesa dos Estados Unidos entende «uma entidade de bens imobiliários que consiste em um ou mais do seguinte: um edifício, uma estrutura, um sistema de utilidade, pavimento e solo subjacente»⁵¹. Uma base militar fornece acomodações para uma ou mais unidades,

mas pode ser também utilizada como terreno para treino ou ensaios. Uma base militar não tem de ser permanente.

11. Num artigo de opinião num jornal nacional, o Tenente Coronel, do Exército cabo-verdiano Emanuel Brito afirmou que « quando o SOFA refere que o pessoal dos Estados Unidos da América pode «estabelecer presença no território da República de Cabo Verde» (e, por pessoal, o SOFA indica forças militares e empresas americanas, contratadas pelo Departamento da Defesa dos EUA); que os EU podem dispor de «instalações de armazenagem e de treino», em Cabo Verde; e operar sistemas próprios de telecomunicações, utilizando todo o espectro de radiofrequências necessário; e quando refere, ainda que os meios navais, os veículos e as aeronaves dos EUA podem entrar, sair e circular livremente no território do nosso país; o SOFA dá enquadramento legal a todas as componentes de uma base militar, multioperacional»⁵².

12. Face à sumária descrição do conteúdo da palavra base militar acima feita, será que o estacionamento de pessoal dos EUA em CV, previsto no Acordo configurará uma base militar? Aparentemente, o facto de se prever instalações de armazenagem, de treino, e outras, para atividades militares, bem como a movimentação de veículos pode levar ao entendimento de que o acordo prevê a possibilidade de uma base militar, implicando uma ocupação física do território nacional e instalações adequadas à acomodação de militares e à sua atividade de treino ou ensaio, mas também de projeção ou de apoio a operações.

11.1. É evidente que, com o SOFA, se prevê a possibilidade de o país hospedar tropas dos Estados Unidos da América, até porque várias das instalações destinam-se ao acolhimento ou às atividades dessas Forças.

11.2. Outrossim, não parece que o SOFA se destine a simples exercícios pontuais ou a uma presença episódica de tropas estrangeiras, como aconteceu no caso do exercício da NATO conhecido por STEADFAST Jaguar, que teve lugar de 15 a 28 de junho de 2006; Pelo contrário, tudo parece indicar que se trata de uma instalação no país com caráter permanente, embora, obviamente, sem o selo de eternidade⁵³, sendo certo que o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa define «permanente» como aquilo que «permanece no tempo», que é «duradouro» ou «estável».

11.3. O Governo na informação prestada a este Tribunal refere-se a um quadro de ameaças que pairam sobre Cabo Verde, no momento em que o SOFA é aprovado, afirmando, a dado trecho, que é «um quadro de dinâmica crescente da ameaça terrorista no continente africano e na sub-região oeste africana...».

11.4. Se o SOFA estabelece um quadro de parceria e cooperação em matéria de segurança e tratando-se da presença de militares não se exclui a possibilidade de operações militares apoiadas a partir de Cabo Verde ou contra Cabo Verde por forças hostis a algum parceiro de Cabo Verde, incluindo os Estados Unidos da América.

13. O então Embaixador dos EUA em Cabo Verde, Donald L. Heflin, numa entrevista concedida ao jornal Expresso da Ilhas sobre o Acordo com Cabo Verde relativo ao Estatuto das Forças Norte-Americanas, SOFA, afirmou o seguinte : «este Novo Acordo prevê as disposições e autorizações necessárias para que os

⁴⁷ Esta retórica não está muito longe da expressão histórica do insigne Papa Paulo VI na Populorum Progressio, quando afirmou que «o desenvolvimento é o novo nome da Paz». Cfr. a citação em Mensagem de Sua Santidade João Paulo II para Celebração do XX Dia Mundial da Paz, 1º de janeiro de 1987. Desenvolvimento e Solidariedade Duas Chaves para a Paz, pág. 2. Acessível em www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_19861208_xx-world-day-for-peace.html.

⁴⁸ Por terrorismo entende-se uma estratégia de violência que primariamente «procura minar o sistema de domínio existente através da difusão do medo e do pânico (paralelamente em alguns grupos através da propaganda em torno da satisfação perversa e simpatia) e provocar uma transformação político-social mais ou menos fundamental». São várias as formas de terrorismo possíveis, o social-revolucionário (Brigadas Vermelhas e RAF) o étnico-nacional (como aconteceu no País Basco espanhol), o terrorismo religioso e o chamado vigilantístico, como é o caso do movimento Ku-Klux- Klan, na América do Norte. Sobre a definição de terrorismo e os seus diversos tipos, cfr. Peter Waldmann, *Terrorismus*, in Dieter Nohlen (Org.) : *Kleines Lexikon der Politik*, Munique 2001, pp. 514 e segs. Cfr. também José Manuel Anes, *Terrorismo*, in Jorge Bacelar Gouveia e Sofia Santos (Org.) : *Enciclopédia de Direito e Segurança*, Coimbra, 2015, p. 456.

⁴⁹ Veja-se o elenco de liberdades previsto no nº 2 do artigo 29º e o tandem estabelecido pela Constituição no artigo 30º entre a liberdade e a segurança pessoal enquanto direitos do cidadão. Veja-se ainda o direito ao desenvolvimento da personalidade consagrado no artigo 41º da Constituição.

⁵⁰ Em inglês « 1. A locality from which operations are projected or supported. 2. An area or locality containing installations which provide logistics or other support. 3. Home airfield or home carrier». Cfr. DoD Dictionary of Military and Associated Terms, de junho de 2019, p. 25.

⁵¹ Ob. cit. p. 83.

⁵² Cfr. Emanuel Brito, Tenente Coronel: *SOFA: Por detrás da Cortina*, in A Nação, nº 570, de 2 a 8 de agosto de 2018, p. E6.

⁵³ De resto a eternidade de bases militares não existe nem nas situações de *debellatio*, nem tampouco sob o regime de ocupação que se firmou na Europa depois da capitulação da Alemanha. A *debellatio*, como se sabe, é a única situação em que o estado de guerra termina unilateralmente e consiste na completa sujeição e privação do poder ao adversário no sentido de que não pode mais recorrer às armas e de que ele não está em condições de praticar qualquer ato de guerra ou também no sentido de que não existe nenhum governo que juridicamente possa agir pela parte beligerante. Sobre isso, cfr. Karl Doehring, ob. cit., p. 273.

militares dos EUA possam realizar atividades dentro e a partir de Cabo Verde - conforme acordo mútuo - para responder a possíveis crises na região»⁵⁴. Perguntado se isso significava a instalação de bases militares norte-americanas em Cabo Verde, respondeu: “Não, este novo Acordo do Estatuto das Forças Norte-Americanas com Cabo Verde estabelece uma base legal para a cooperação nas áreas de Defesa e Segurança e possibilita uma ampla gama de atividades relacionadas com a defesa, entre os nossos dois países.”

14. E neste contexto não se deve esquecer que a região de que o Senhor Embaixador fala é uma região marcada pelo terrorismo. Esta ameaça do terrorismo há muito foi referida pelo antigo Ministro dos Negócios Estrangeiros americano Henry Kissinger no seu livro *Does America Need a Foreign Policy? Toward a Diplomacy for the 21st Century*. Ora, neste livro o eminente estudioso afirmava o seguinte : «Face ao caos adveniente, alguns países africanos tornam-se refúgios de grupos terroristas, lavagem de dinheiro e sindicatos de crime» («*In the resulting chaos, some African countries become havens for terrorists groups, money laundering, and crime syndicates*»)⁵⁵. A seriedade da ameaça terrorista não só levou o poder constituinte de 1992 a prever na Constituição o compromisso do Estado de Cabo Verde a participar no seu combate, como também levou esse mesmo Estado a prever e identificar esta ameaça global e nacional no seu Conceito Estratégico de Defesa e Segurança Nacional, aprovado pela Resolução nº 5/2011, de 17 de janeiro. No ponto 6.3. afirma-se que «o terrorismo constitui uma grave ameaça à segurança internacional e aos princípios que caracterizam o relacionamento entre as sociedades modernas, aos valores nacionais e ao espaço territorial do Estado, atingível, em qualquer parte ou momento através dos mais diversos e sofisticados meios violentos». Seguidamente, faz-se uma referência à intensificação das redes terroristas na faixa sahará-saheliana...próximo das fronteiras de Cabo Verde. Ora, é precisamente neste contexto que o SOFA surge, o que não é irrelevante para o seu enquadramento.

15. O Contexto do SOFA é igualmente o contexto em que os Estados Unidos da América enfrentam também ameaças à segurança transnacional na zona do Sahel, gizando quer respostas militares, quer respostas civis. Entre as respostas militares encontram-se a instalação de bases militares em países que porventura não se regem por princípios constitucionais proibitivos das bases como é o caso de Cabo Verde. Assim, os Estados Unidos estão a construir uma base militar em Agadez, Níger, onde preveem gastar 100 milhões de dólares, mantêm uma base de *drones* neste país, e encontram-se num processo de construção de uma segunda base militar. Num artigo de opinião a académica da Universidade de Chicago, Audra K. Grant, diz a propósito o seguinte : «Niger has positioned itself to be the key regional hub for US military operations, with Agadez serving as the primary outpost for launching intelligence, surveillance and reconnaissance missions against a plethora of militant groups»⁵⁶. Como se sabe, não há muito tempo, a 2 de maio de 2016, também o Senegal celebrou um Acordo com os Estados Unidos da América em que prevê a presença permanente no seu

território de militares dos Estados Unidos da América⁵⁷. Fora da região saheliana, os Estados Unidos mantêm, a 3000 Km de distância, uma base militar em Djibouti, designada como Camp Lemonnier, que é considerada como a «jóia da coroa» no sistema de bases militares dos EUA.

16. Talvez tendo em conta este contexto, a opinião do Tenente Coronel cabo-verdiano, Emanuel Brito, é que, com o SOFA, «se perspectiva, assim, estabelecer em Cabo Verde uma base de operações dos EUA direcionadas para a costa ocidental africana»⁵⁸.

17. É compreensível que perante uma matéria tão sensível como esta, haja disparidade de posições e opiniões, mesmo quando as pessoas estejam apetrechadas dos mesmos instrumentos metodológicos de interpretação jurídica. No caso que este Tribunal Constitucional enfrenta, convém recordar que se está perante um instrumento jurídico-internacional que assume a forma de tratado, cuja interpretação, como se sabe, é disciplinada, antes de mais, pelo disposto na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados, de 23 de maio de 1969. Ora, o artigo 31º dessa Convenção, sob a epígrafe «Regra geral de interpretação», estipula o seguinte:

“1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé, de acordo com o sentido comum a atribuir aos termos do tratado no seu contexto e à luz dos respetivos objeto e fim.

2. Para efeitos de interpretação de um tratado, o contexto compreende, além do texto, preâmbulo e anexos incluídos:

a) Qualquer acordo relativo ao tratado e que tenha sido celebrado entre todas as Partes quando da conclusão do tratado;

b) Qualquer instrumento estabelecido por uma ou mais Partes quando da conclusão do tratado e aceite pelas outras Partes como instrumento relativo ao tratado.

3. Ter-se-á em consideração simultaneamente com o contexto:

a) Todo o acordo posterior entre as Partes sobre a interpretação do tratado ou a aplicação das suas disposições;

b) Toda a prática seguida posteriormente na aplicação do tratado pela qual se estabeleça o acordo das Partes sobre a interpretação do tratado;

c) Toda a norma pertinente de Direito Internacional aplicável às relações entre as Partes.

4. Um termo será entendido num sentido particular se estiver estabelecido que tal foi a intenção das Partes.»

O artigo 32º do referido instrumento jurídico-internacional, sob a epígrafe «Meios complementares de interpretação» estatui o seguinte: “Pode - se recorrer a meios complementares de interpretação, designadamente aos trabalhos preparatórios e às circunstâncias em que foi concluído o tratado, com vista, a confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31º, ou a determinar o sentido, quando a interpretação dada em conformidade com o o artigo 31º:

a) Deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou

b) Conduza a um resultado que é manifestamente absurdo ou incoerente.”

18. A interpretação dos tratados internacionais obedece aos cânones hermenêuticos geralmente utilizados na

⁵⁴ Donald L.Heflin, Sobre o Acordo do Estatuto das Forças Armadas Norte-Americanas, publicado no Expresso das Ilhas, acessível através de <https://expressodasilhas.cv/opiniao/2018/0702/sobre-acordo-do-estatuto-das-forcas-armadas-norte-americanas-sofa/58888>.

⁵⁵ Henry Kissinger: *Does America Need a Foreign Policy? Toward a Diplomacy for the 21st Century*, Nova Iorque, 2001, p. 201.

⁵⁶ Audra K. Grant, *US Policy in the Sahel: Shifting Strategies amid Shifting Threats in a Volatile Region*, in Bernardo Venturi (Ed.): *The Security-Migration-Development Nexus Revised: A Perspective from the Sahel*, Roma 2017, p. 141 e seg.

⁵⁷ O Acordo foi assinado pelo Ministro dos Negócios Estrangeiros do Senegal, Mankeur Ndiaye, e pelo Embaixador dos Estados Unidos em Dakar, James Zumwalt, em presença do Ministro senegalês da Defesa. Como salientou o Ministro dos Negócios Estrangeiros deste país africano, o Acordo internacional autoriza «a presença permanente de militares americanos no Senegal» e tem a «duração indeterminada». Cfr. <https://www.jeuneafrique.com/322496/politique/Senegal-accord-entre-dakar-washington-presence-militaire-americaine-permanente/>.

⁵⁸ Ibidem.

captação e determinação do sentido de outros instrumentos normativos, embora com especificidades que decorrem da natureza compromissória dos tratados internacionais. Todavia, as especificidades que marcam a interpretação dos tratados não impedem o recurso à jurisprudência pertinente, de onde podem decorrer orientações interpretativas⁵⁹.

19. Vale aqui citar as considerações constantes do Acórdão nº 27/2017, de 14 de dezembro, que sobre as regras de interpretação se posiciona da seguinte forma, citamos: « É pacífico que o intérprete, na tarefa de desvendar o verdadeiro sentido e alcance de qualquer norma, deve socorrer-se da conjunção de diversos elementos de interpretação, começando naturalmente pela análise cuidadosa do texto legislativo, as palavras da lei, e, a partir desse quadro verbal, procurar dele extrair um sentido significado, fazendo assim, à partida, o que os autores chamam de interpretação literal ou gramatical do texto. E se determinado texto comporta apenas um sentido, em princípio, é esse o sentido com que ele deve valer. Daqui resulta para a interpretação gramatical ou literal uma primeira função muito importante, de *natureza negativa, eliminadora ou selecionadora, qual seja a de, em princípio, eliminar dos sentidos possíveis todos aqueles que, de qualquer modo, exorbitam do texto legislativo. Mas o alcance e o peso da interpretação literal ou gramatical no quadro da problemática da interpretação dos textos legais vai ainda mais além. Quanto aos textos que comportam mais de um sentido, naturalmente que nem todos esses sentidos recebem o mesmo apoio. Uns caberão dentro da letra da lei com mais largueza do que outros. E aí haverá que evitar as chamadas interpretações forçadas, e fazer opções, recorrendo a outros elementos de interpretação. Terá então cabimento a consideração ponderada do elemento racional da norma (ratio legis), tendente a descortinar qual a verdadeira intencionalidade do preceito. A par disso importará também indagar e ter em conta as circunstâncias históricas, políticas, sociais, económicas e religiosas em que norma foi elaborada.*

Caberá ainda considerar o elemento sistemático, pois a lei interpretada é necessariamente um elemento de um sistema dominado por certos princípios fundamentais unificadores e disciplinadores, sendo por isso necessário integrar a norma no sistema de que ela faz parte, e entendê-la de harmonia com esse mesmo sistema.

Deverá ainda recorrer-se ao elemento histórico, que compreende de um modo geral todas os materiais relacionados com a feitura de norma, a sua história e sua génese, materiais esses que lançam muitas vezes ou podem lançar alguma luz sobre o seu sentido e alcance decisivos.

20. O elemento histórico é considerado para os efeitos da interpretação dos tratados como meio complementar de interpretação, categoria que inclui designadamente, os trabalhos preparatórios e as circunstâncias em que foi concluído o tratado, a que se deve recorrer como auxiliar na fixação do sentido das normas quando estas não sejam suficientemente claras, mesmo depois da aplicação das regras previstas no artigo 31º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Assim como o intérprete não pode atribuir à lei interpretada um sentido ou significado que não tenha no seu texto um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso, ele não o pode, também, fazer em relação às normas convencionais.

21. O âmbito da liberdade de interpretação das normas convencionais tem o elemento gramatical como limite.

O elemento literal e gramatical é o ponto de partida e, no contexto da interpretação dos tratados, apresenta-se como o mais importante elemento de interpretação.

Pois, o elemento literal protege o tratado contra subterfúgios interpretativos e argumentativos, impedindo as partes de introduzirem novos sentidos, aquém ou além do expressamente dito, de acordo com as suas próprias conveniências.

Uma convenção internacional, seja bilateral ou multilateral, vale com o sentido ordinário que as palavras adquirem no respetivo contexto em que é adotado, de forma a garantir estabilidade e previsibilidade.

Mas o alcance e o peso da interpretação literal ou gramatical no quadro da problemática da interpretação dos tratados vai ainda mais além. Quanto aos textos que comportam mais do que um sentido, naturalmente que nem todos esses sentidos recebem o mesmo apoio. Uns caberão dentro da letra do tratado, outros nem tanto.

22. No caso em apreço, partindo da norma constante do nº 2 do artigo IV do SOFA, que estabelece que “o pessoal dos Estados Unidos tem a liberdade de movimentos e de acesso e uso de meios de transportes e de instalações de armazenagem, de treino e outras, mutuamente acordados e necessários no âmbito das atividades desenvolvidas ao abrigo do presente acordo”, e tendo em conta os elementos de interpretação acima enunciados, mesmo recorrendo aos meios complementares de interpretação, ainda não se pode afirmar que, com base nessa disposição, o Acordo SOFA está a autorizar a instalação de uma base militar norte-americana em Cabo Verde.

23. Relevante para a fixação do sentido da norma em exame é o contexto, o qual, conforme o estipulado no nº 2 do artigo 31º da Convenção sobre o direito dos Tratados, «compreende, além do texto, preâmbulo e anexos incluídos:

a) Qualquer acordo relativo ao tratado e que tenha sido celebrado entre todas as Partes quando da conclusão do tratado;

b) Qualquer instrumento estabelecido por uma ou mais Partes na quando da conclusão do tratado e aceite pelas outras Partes como instrumento relativo ao tratado.»

24. Não se pode ignorar que tem sido prática quando os Estados Unidos assinam um «Status of Force Agreement», mais conhecido por SOFA, propor à contraparte um acordo sobre a instalação de uma base militar no território do Estado recetor, mais conhecido por acordo de base. Ora, no caso em apreço, porém, depois de analisados todos os documentos carreados para os autos não foram encontrados quaisquer indícios com fundamento nos quais se possa afirmar que o acórdão SOFA, sem mais, legitima a conclusão de que já estão criadas as condições para a instalação de uma base ou ocupação espacial das forças militares norte-americanas.

25. Nestes termos, o Tribunal Constitucional não se considera munido dos elementos suficientes para declarar a inconstitucionalidade da norma constante do nº 2 do artigo IV do SOFA, porquanto, o sentido que dela extrai não autoriza a instalação de uma base militar norte-americana em Cabo Verde, e, por conseguinte, não viola o disposto no nº 4 do artigo 11º da Constituição da República de Cabo Verde.

26. Tendo em conta a importância do princípio constitucional da proibição de bases militares no país e o lugar atribuído pela Constituição da República ao valor fundamental da paz, como bem público, considera esta Corte Constitucional que os órgãos constitucionais envolvidos na vinculação internacional do Estado de Cabo Verde, que estão obrigados a zelar pelo bem comum, face à relevância da matéria para a vida dos cidadãos e o futuro do país, ficam especialmente adstritos à observância do princípio da transparência, particularmente em matéria de celebração de acordos de defesa e segurança (nº 1 do artigo 240º, em conjugação com os nºs 1 e 3º do artigo 1º e a alínea a) do artigo 7º da Constituição). Isto, naturalmente, sem pôr em causa a repartição constitucional

⁵⁹ Cfr., a propósito, o Acórdão deste Tribunal nº 27/2017, de 14 de dezembro e o Parecer nº 2/2020, de 10 de fevereiro.

das competências de definição política reconhecidas aos órgãos de soberania, nem a margem de conformação que cabe ao legislador democrático.

III. Decisão

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

a) Indeferir a questão prévia levantada pelo digníssimo Senhor Representante do órgão produtor da norma segundo a qual faltaria legitimidade aos ilustres Deputados requerentes para interpor o presente pedido de apreciação de inconstitucionalidade na medida em que não votaram contra a aprovação do acordo para ratificação e fizeram parte de maiorias que aprovaram instrumentos jurídico-internacionais semelhantes em anteriores legislaturas;

b) Não conhecer questões de constitucionalidade relativamente à norma prevista no nº 1 do artigo III do Acordo sobre o Estatuto das Forças dos Estados Unidos da América em território cabo-verdiano que concede imunidades de jurisdição estabelecidas pela Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas para o pessoal técnico e administrativo, uma vez que tal sindicância não integra o pedido formulado pelos requerentes e admitido pelo Presidente do Tribunal Constitucional;

c) Não declarar a inconstitucionalidade do nº 2 do artigo III do Acordo sobre o Estatuto das Forças dos Estados Unidos da América em território cabo-verdiano por alegada violação do direito a não ser discriminado, do princípio da soberania popular e das regras respeitantes à responsabilização dos titulares de cargos políticos, previstos, respetivamente, no nº 1 do artigo 1º e no artigo 24º, no nº 3 do artigo 1º e no nº 1 do artigo 3º, bem como nos artigos 132º, 170º e 199º, todos da Constituição;

d) Declarar, sem redução do texto, a inconstitucionalidade do segundo segmento do número 2 do artigo III do Acordo sobre o Estatuto das Forças dos Estados Unidos da América ora em apreciação, na exata aceção interpretativa de que permite o exercício de poderes tipicamente jurisdicionais sobre o seu pessoal em território cabo-verdiano por crimes praticados durante a estadia dessas forças no Arquipélago por violação do princípio da soberania nacional, do princípio da tipicidade dos órgãos de soberania e dos órgãos judiciários, em particular, plasmados, respetivamente, no nº 1 do artigo 1º e no nº 1 do artigo 11º, bem como nos artigos 119º e 214º, todos da Constituição;

e) Não declarar a inconstitucionalidade do nº 3 do artigo III do Acordo sobre o estatuto das forças dos Estados Unidos da América em território cabo-verdiano por alegada violação da garantia constitucional de não extradição por crimes a que corresponda no Estado requerente pena de morte, e da garantia de não extradição de cidadãos cabo-verdianos em casos a que correspondam no direito do Estado requerente pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, sem prejuízo do dever do Estado de Cabo Verde se abster de colaborar com os Estados Unidos na detenção e transferência da custódia do seu pessoal ou em qualquer outro ato de cooperação judiciária para efeitos de instauração de processo crime ou cumprimento de pena por crimes cometidos em Cabo Verde puníveis com a pena de morte, prisão perpétua ou de duração indefinida de acordo com o ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América;

f) Não declarar a inconstitucionalidade da norma do nº 2 do artigo XII do Acordo sobre o Estatuto das Forças dos Estados Unidos da América em território cabo-verdiano por alegada violação do direito de acesso à justiça e do direito à tutela jurisdicional efetiva, consagrados no artigo 22º da Constituição;

g) Não declarar a inconstitucionalidade da norma do nº 2 do artigo IV do Acordo sobre o Estatuto das Forças dos

Estados Unidos da América em território cabo-verdiano, porquanto o sentido que dela se extrai não autoriza a instalação de uma base militar norte-americana em Cabo Verde, e, por conseguinte, não viola o disposto no nº 4 do artigo 11º da Constituição da República.

Registe, notifique e publique.

Cidade da Praia, aos 20 de março de 2020

Os Juízes Conselheiros, *Aristides R. Lima (Relator)*,
José Pina Delgado

(voto concorrente conforme a declaração em anexo),
João Pinto Semedo

Está Conforme

Secretaria do Tribunal Constitucional, aos 02 de julho de 2020. — O Secretário Judicial, *João Borges*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

VOTO CONCORRENTE DO JC PINA DELGADO

(Autos de Recurso de Fiscalização Sucessiva da Constitucionalidade nº 03/2018, Deputados do PAICV referente a cláusulas do Acordo sobre o Estatuto das Forças CV-EUA sobre imunidades de jurisdição criminal, exercício de poderes jurisdicionais por entidade estrangeira em território nacional, proibições de extradição, acesso aos tribunais e vedação de instalação de bases militares estrangeiras em território nacional)

I. Apesar de ter concordado com as soluções que constam do Acórdão adotado pelo Tribunal, na medida em que mantenho reservas de carácter metodológico e dogmático quanto ao encaminhamento argumentativo que se lhe imprimiu, julgo necessário e útil expressar claramente a *rationale* da minha posição a partir da versão escrita do meu voto que me serviu de suporte de preparação para a sessão de julgamento deste processo. Daí optar por apresentá-la de forma pública fazendo uso da possibilidade que se abre – e sem qualquer limitação – a qualquer juiz de emitir voto particular nos termos do número 6 do artigo 29 da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional, segundo o qual “os juízes do Tribunal Constitucional têm direito a fazer *lavrar voto vencido*”.

II. O douto pedido formulado pelos requerentes impunha ao tribunal o tratamento de questões difíceis cuja apreciação pressupõe o manejo de normas que, pela sua textura, podem gerar interpretações diferentes. Sobretudo em razão do contexto que o enquadra, o qual longe de poder ser descartado, faz parte dos elementos que devem ser considerados quando se avalia a sua conformidade constitucional.

III. Trata-se, pois, de um desafio de constitucionalidade que desperta grande interesse dogmático, mas que também é politicamente carregado, tendo suscitado reações fortes de diversos setores políticos e sociais da comunidade política cabo-verdiana, sendo certo que não será despidendo, pelo menos em jeito de enquadramento,

3.1. Considerar que se está defronte de um contexto de formulação e execução de opções de política externa do Estado de Cabo Verde, em relação a um país com o qual tem tido tradicionalmente boas relações, em que aparentemente o atual governo pretende transformar num parceiro estratégico no domínio da segurança nacional, que é ainda a maior potência global do ponto de vista militar e económico. Isso num momento em que se está num cenário internacional extremamente fluido, no qual, por um lado, há uma disputa hegemónica global sobretudo entre os Estados Unidos da América, a República Popular da China e a Federação Russa, uma tentativa quase schmittiana (Carl Schmitt, *Völkerrechtliche Grossraumordnung, mit Interventionverbot für raumfremde Mächte. Ein Beitrag*

zum Reichbegriff im Völkerrecht, Berlin, D&H, 1991 [orig. 1941], *passim*), de demarcação de espaços controlados por potências regionais (Irão; Turquia; Arábia Saudita; Nigéria, etc.) e, finalmente, pela emergência de atores não-estaduais que, pela sua capacidade militar, colocam qualquer Estado, mormente os mais poderosos, em situação de vulnerabilidade e, nalguns casos, dos menos estruturados ou capazes do ponto de vista militar, em risco de falhanço.

3.1.1. Esta premissa – que os promotores do ato normativo em causa enfatizam – é correta, não se podendo disputar que Cabo Verde e os Estados Unidos da América têm tido excelentes relações diplomáticas, as quais são representadas pelo facto histórico da abertura de um consulado deste país nas Ilhas em 1818 e de alguma atividade comercial entre as duas nações de que nos dá conta Abel Djassi Amado, “*Dôs Pezôd* ou o Liliputiano e o Colosso? As Relações Internacionais entre Cabo Verde e os EUA” in: José Pina Delgado; Odair Barros Varela & Suzano Costa (orgs.), *As Relações Externas de Cabo Verde: (Re)leituras Contemporâneas*, Praia, Edições ISCJS, 2014, pp. 479-482.

Proximidade esta que extravasa a existência da República de Cabo Verde e radica na ligação entre os cabo-verdianos e aquele país – como se reconstrói em Marilyn Halter, *Between Race and Ethnicity. Cape Verdean American Immigrants, 1860-1965*, Urbana and Chicago, University of Illinois Press, 1993 – fomentada pela emigração cabo-verdiana desde finais do século XVIII, e uma presença representativa de patrícios ilhéus na faina da baleia, de que é testemunho, ainda que triste, a referência do romancista norte-americano do Moby Dick, Hermann Melville, aos “Gees”, corruptela de portugueses, para retratar desafortunados mestiços de lusitanos e “*negros aborígenes*” (sic) que encontrara na Ilha do Fogo e que de tão desesperados e simplórios eram recrutados e mantidos com meia dúzia de biscoitos e sem remuneração pecuniária e por isso e pela sua raça desprezados pelos outros marinheiros, mesmo depois de se sofisticarem na sequência da sua chegada aos portos de New Bedford e Nantucket e permanência nos Estados Unidos (Hermann Melville, “The Gees” in: *The Piazza Tales: And Other Prose Pieces, 1839-1860*, Evanston and Chicago, Northwestern University Press, 1987, pp. 346-351, originalmente publicado na *Harper’s New Monthly Magazine*, XII, n. 70, 1856, pp. 507-509).

Apesar de tais dificuldades, sem atingir a crença gerada em notáveis intelectuais cabo-verdianas de que a emigração para aquele país era extremamente importante, se não vital, para a sobrevivência dos ilhéus e da comunidade crioula e para o seu renascimento cultural. Disso dando conta vultos como Eugénio Tavares, “A Emigração para a América” in: *Eugénio Tavares pelos Jornais...*, Félix Monteiro (org.), Praia, ICLD, 1997, pp. 163-164, quando deixou registado para a posteridade que se sabe “*que a imigração cabo-verdiana para os Estados Unidos da América, da maneira como sempre for praticada; com os resultados económicos e civilizacionais que dela a província sempre colheu; sendo, como sempre tem sido, não só uma viagem de trabalho cujos lucros derivam, em caudal para a economia da província, senão, também, de treino físico e psíquico, cujos efeitos de modo tão salutar e irrecusável se fazem sentir; é evidentemente, um elemento ponderoso, inigualado, do progresso de Cabo Verde. A emigração cabo-verdiana para os Estados Unidos da América colocou, de há bastantes anos, a ilha Brava fora das contingências desoladoras da miséria com negra base nas irregularidades pluviosas características, peculiares à zona geográfica em que surgiu o arquipélago; e lhe ilustrou, e lhe puliu o seu povo; e a cobriu de habitações risonhas e confortáveis, recendendo ao aroma sadio e fresco do asseio holandês; e fez brilhar a consciência no cérebro do seu povo; e fez brotar a compreensão de uma sã moral que dignifica a*

atmosfera dos lares mais pobres; e cultivou o sentimento de amor ao lar, à família, sem o qual o amor à pátria, e mais elevados sentimento de civismo são utopias; e implantou o amor ao trabalho, à independência; a coragem moral que vence todas as dificuldades, o desprezo da morte que facilita todas as empresas; e, finalmente, que ainda agora, está operando uma evolução profunda na sua população feminina, arrancando-a das passivas dependências, e atirando-a à voragem salvadora do trabalho, compartilhando todos os perigos e lançando-se a todos os sacrifícios para assegurar um futuro livre da fome que mata o corpo e das dependências que aniquilam a altivez: este ano, 200 mulheres seguiram para a América!”

A ideia da “América” como válvula de escape viria a ser sumarizada pelo discurso do Embaixador de Cabo Verde acreditado em Washington no momento da doação da Escuna Ernestina ao povo americano quando registou em 1982 que “*Para os cabo-verdianos, forçados por séculos de seca e de políticas coloniais a deixarem as suas ilhas e fazer a sua vida em terras distantes, a Escuna ERNESTINA é um símbolo da interdependência que nos liga como um único povo, unidos na nossa relação a um ponto de referência comum, as Ilhas de Cabo Verde. Por mais de um século, o povo cabo-verdiano viu o povo americano como um parceiro confiável sempre que nos vimos capturados no firme abraço de morte pela seca. A nossa esperança é que o ERNESTINA prestará serviço como um símbolo tangível desses laços históricos e a nossa contínua relação de povo a povo! For Cape Verdeans forced by centuries of drought and the politics of colonialism to leave our Island and make new lives in distant lands, the Schooner ERNESTINA is a symbol of the interdependence which binds us together as one people, united in our relationship to our common reference point, the Cape Verde Islands. For over a century, the people of Cape Verde have looked to the people of America as a reliable partner whenever we found ourselves caught in the death grip of drought. Our hope is that ERNESTINA will serve as a tangible symbol of these historic ties and our continuing people-to-people partnership*” (citado por Marilyn Halter, *Between Race and Ethnicity. Cape Verdean American Immigrants, 1860-1965*, pp. 175-176).

Emigração esta que seria interrompida durante as décadas de vigência de legislação migratória mais restritiva nos Estados Unidos, nomeadamente a Johnson-Reed Act de 1924 que estabeleceu quotas migratórias e um controlo à saída para evitar o influxo excessivo de imigrantes não anglo-saxónicos (cf. Patrick Weil, “Races at the Gate. Racial Distinctions in Immigration Policy. A Comparison between France and the United States” in: Andreas Fahrmeir; Olivier Faron & Patrick Weil (eds.), *Migration Control in the North Atlantic World. The Evolution of State Practices in Europe and the United States from the French Revolution to the Modern World*, New York/Oxford, Bergham Books, 2003, pp. 271-297, e Christian Joppke, *Ethnic Migration in the Liberal State. Selecting by Origin*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 2005, chap. 2).

Mas, que seria retomada depois do relaxamento da mesma a partir dos anos sessenta, mantendo-se ainda, sobretudo em razão de reagrupamento familiar, uma comunidade vibrante, um pouco mais desconcentrada pelo país, mas, ainda assim, com um profundo sentimento identitário e de pertença às Ilhas (v. Marilyn Halter, “Cape Verdeans in the U.S.” in: Luís Batalha & Jorgen Carling (eds.), *Transnational Archipelago. Perspectives on Cape Verdean Migration and Diaspora*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2008, pp. 35-45).

Do afastamento no período de guerra colonial, passando pelo reconhecimento rápido do novo Estado declarado em nome do povo americano pelo Presidente Ford assinado no mesmo dia da independência, ainda que enviado 9 dias depois (“Letter to President Aristides Pereira on United States Recognition of the Republic of Cape Verde, July 14

1975 [Dated July 5 1975; Released July 14 1975]” in: *Public Papers of the Presidents of the United States: Gerald Ford, January 1 to July 20 1975. Containing the Public Messages, Speeches, and Statements of the President*, Washington, United States Printing Office, 1977, v. I, doc. 404, pp. 403-404), à manutenção de relações cordiais e graduais logo a seguir à independência, malgrado o contexto de Guerra Fria e do não-alinhamento reivindicado por Cabo Verde, até à aproximação e ao desenvolvimento de uma cooperação para o desenvolvimento associada à segurança que resultou do pós-11 de setembro e ao reforço do Estado de Direito que se materializou, sobretudo, pela concessão de dois pacotes financeiros importantes por aquela Federação a Cabo Verde no âmbito do programa MCA (Kátia Cardoso, “Das Baleeiras ao Millenium Challenge Account. Os Desafios das Relações entre Cabo Verde e os Estados Unidos da América” in: José Pina Delgado; Odair Barros Varela & Suzano Costa (orgs.), *As Relações Externas de Cabo Verde: (Re)leituras Contemporâneas*, Praia, Edições ISCJS, 2014, pp 507-528).

Facticamente históricas, como mesmo alguns responsáveis diplomáticos norte-americanos reconhecem (v. Francis T. McNamara, “A Sketch in Time: Cape Verde from an Ambassador’s Point of View” in: *Moments in U.S. Diplomat History*, Association for Diplomatic Studies and Training, s.d., disponível em <https://adst.org/2017/03/sketch-time-cape-verde-ambassadors-view/> acedido a 02/10/2019, e Joseph Segars, “Interview” in: *The Association for Diplomatic Studies and Training Foreign Affairs Oral History Project*, December 13 2004, disponível em <https://adst.org/wp-content/uploads/2013/12/Segars-Joseph.pdf>, os quais foram embaixadores dos Estados Unidos em Cabo Verde de 1989 a 1992 e de 1993 a 1996, respetivamente). O que foi confirmado recentemente pelo atual Embaixador, John Jefferson Daigle que salientou que “Cabo Verde e os Estados Unidos têm muito em comum, temos uma longa história juntos e partilhamos valores comuns” (Entrevista ao *Expresso das Ilhas*, n. 948, 29 de janeiro de 2020, p. 15).

Constata-se, como é natural, que são relações marcadamente assimétricas, nomeadamente levando em conta os critérios do realismo internacional do poder militar e económico relativo de cada um dos Estados (veja-se as considerações clássicas de Hans J. Morgenthau, *Politics Among Nations. The Struggle for Power and Peace*, New York, McGraw-Hill, 1948, p. 5: “A principal sinalização que ajuda o realismo político a situar-se em meio à paisagem da política internacional é o conceito de interesse definido em termos de poder (...) / The main signpost that helps political realism to find its way through the landscape of international politics is the concept of interest defined in terms of power” (Princípio 2)), pois, como diz Abel Djassi Amado, “Dôs Pezôd ou o Liliputiano e o Colosso? As Relações Internacionais entre Cabo Verde e os EUA”, pp. 477-478, que acolhemos com maior ou menor intensidade, “Cabo Verde e os Estados Unidos da América (EUA) representam as duas antípodas do mundo das relações internacionais contemporâneas. Por um lado, tem-se Cabo Verde, um micro-Estado insular, de recente história-política enquanto unidade soberana, de reduzida dimensão em termos demográfico[s], económico[s] e militar[es]. Os Estados Unidos, por outro lado, para além de ter mais de duas centenas de anos enquanto unidade ativa e independente da política internacional, constitui uma superpotência política, militar, económica e até mesmo do ponto de vista geográfico. É, ao mesmo tempo, uma talassocracia e geocracia, com uma capacidade de projeção de poder a nível global. Isto significa que os EUA não só têm capacidade de penetração em qualquer parte do globo como também os seus interesses políticos, geoestratégicos ou económicos encontram-se interlaçados com as variáveis encontradas em todos os continentes e regiões do planeta”.

3.1.2. Mas, também pela partilha de alguns valores e de interesses nacionais concretos que, naturalmente,

impelem à manutenção de boas relações com aquela nação e demonstram que na medida em que o princípio da reciprocidade de vantagens consagrado no número 1 do artigo 11º da Lei Fundamental (“O Estado de Cabo Verde rege-se, nas relações internacionais pelo [...] princípio [...] (...) da reciprocidade de vantagens (...)”) poderá ser considerado neste processo concreto, ele nunca poderia sê-lo de forma autónoma a partir de um único ato de relações internacionais.

É verdade que decorre da diretriz de política externa de base realista em causa que Cabo Verde deve manter relações externas que também salvaguardem os seus interesses nacionais. Porém, não obsta nem ao que se pode denominar de gratidão nem ao chamado investimento, nem muito menos leva a desconsiderar o histórico de relações entre os países e muito menos o futuro das mesmas. Portanto, absorve tanto as situações em que concessões contemporâneas são feitas em nome de benefícios concedidos no passado pelo parceiro externo, que podemos chamar de ‘gratidão’, como também liberalidades atuais com o intuito de extrair algum tipo de valor no futuro, classificável como ‘investimento’.

Destarte, nesta matéria, todo o histórico das relações de amizade com os Estados Unidos da América que beneficiaram Cabo Verde, nomeadamente ajudas económicas sistemáticas, programas de cooperação como o corpo da paz, acesso a pacotes financeiros como o MCA ou oportunidades de exportação facilitada como o AGOA representariam um contexto passado que não pode ser descurado quando se o avalia em concreto qualquer concessão feita contemporaneamente.

Da mesma forma, como evidentemente, e aqui por imposição constitucional geral, sem embargo de ser princípio com normatividade baixa, devemos ater-nos ao que consta do número 6 do artigo 11º da Lei Fundamental segundo o qual “Cabo Verde mantém laços especiais de amizade e de cooperação (...) com os países de acolhimento de emigrantes cabo-verdianos”, lido, na minha opinião, numa perspetiva ampla, para incluir também aqueles que não possuem nacionalidade, mas descendem de cabo-verdianos. O que, obviamente, incluiria os Estados Unidos da América, nação que pelos motivos expostos, alberga a mais antiga e provavelmente a mais numerosa das diásporas cabo-verdianas, ainda que não seja sempre a que contribui com a maior percentagem do total de remessas financeiras, como têm demonstrado estudos relevantes (v. Georgina Pop, “Cape Verde” in: Sanket Mohapatra & Dilip Ratha (eds.), *Remittance Markets in Africa*, Washington, D.C., The World Bank, 2011, pp. 91-111, 95). O que também se comprova do último relatório de política monetária do banco central em que se diz que “As remessas dos emigrantes cresceram 0,9 por cento em termos homólogos, impulsionadas pelo crescimento das remessas em divisas provenientes dos EUA, da França e do Reino Unido (respetivamente, em 16,3, 6,7 e 16,6 por cento), que compensaram a diminuição das remessas de Portugal, Países Baixos e Itália (em 19,4, 13,0 e 11,1 por cento, respetivamente)” (Relatório de Política Monetária, Praia, Banco de Cabo Verde, 2019, p. 16)

Implicando a disposição não necessariamente uma obrigação de resultado, considerando-se realisticamente que o estabelecimento de relações de cooperação e, mais ainda, de amizade, não dependem exclusivamente do Estado de Cabo Verde, mas também do país de acolhimento em causa, mas impõe que o condutor da nossa política externa faça um esforço nesse sentido.

3.1.3. Além disso, há um motivo que se aponta e que se centra não tanto na excelência das relações com os Estados Unidos da América, mas, num interesse específico de Cabo Verde de reunir os meios necessários a dissuadir e precaver ou, pelo menos, responder a ameaças à sua segurança. Prendem-se, em última instância, ao avanço do jihadismo

no Norte da Nigéria e sobretudo no Sahel e da possibilidade de haver uma capacidade real de projeção dessas entidades não-estadauais (Cf. Nigel Ridley, *Terrorism in East and West Africa. The Under-Focused Dimension*, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2014, caps. 6-7), pelo menos para efeitos de ataques pontuais, incluindo atos terroristas em qualquer país da sub-região (desenvolvimentos em José Pina Delgado, “Segurança em África” in: Raquel Duque; Diogo Noivo & Teresa Almeida e Silva (orgs.), *Segurança Contemporânea*, Lisboa, Factor, pp. 317-332) e da sua associação ao crime organizado (por exemplo, Isaac Kfir, “Organized Criminal-Terrorist Groups in the Sahel: How Counterterrorism and Counterinsurgency Approaches Ignore the Roots of the Problem”, *International Studies Perspectives*, v. 19, n. 4, 2018, pp. 344-359).

Colocando-se, neste caso, apesar da insularidade, a possibilidade de isso também acontecer em Cabo Verde, eventualidade que teria naturalmente um duplo e incapacitante impacto na ordem interna e também na economia do país, largamente dependente do turismo, bastando que nos lembremos do que aconteceu em países como a Tunísia para podermos antecipar os efeitos dessa hipótese dantesca.

No caso concreto, tal eventualidade colocaria naturalmente dilemas difíceis de resolver para pequenos estados insulares arquipelágicos em vias de desenvolvimento no geral e Cabo Verde em particular, uma preocupação já equacionada desde há muito no nosso país, por responsáveis políticos (José Maria Neves, “Intervenção de Abertura” in: *Cabo Verde e os Grandes Temas Internacionais de Defesa e Segurança*, Praia, Ministério da Defesa, 2004, pp. 19-24) e militares (cf. Antero Matos, “Forças Armadas e Segurança Nacional nos Pequenos Estados Insulares” in: *Ibid.*, pp. 151-166). Países como o nosso, que não têm recursos suficientes ou, tendo-os, não os podem desviar para investimentos massivos em segurança nacional, seja promovendo o reforço das forças armadas em termos de equipamento, infraestruturas e treinamento, seja contratando empresas de segurança militarizadas para esse fim, fica numa situação problemática. Na prática, com poucas alternativas para escapar ao dilema colocado por Maquiavel no *Príncipe* de o Estado pequeno depender das armas de outrem, ficando, assim, numa encruzilhada entre ter a capacidade de combater o seu inimigo declarado ou ficar à mercê dos interesses ou caprichos de mercenários ou dos seus alegados aliados (*Il Principe*, Torino, Eunaidi, 1961, cap. XII). Neste último caso, se não for de esquemas de segurança coletiva universal regional – os quais também não são imunes a gerarem problemas e a serem instrumentalizados – às de outros países, os quais também possuem os seus interesses próprios e nem sempre convergentes com os nossos.

IV. São, pois, questões que por mais que o Tribunal conheça o direito, tem sempre dificuldades para resolver, sobretudo quando os elementos disponíveis – por mais que tenham sido remetidos vários deles neste processo – nunca seriam suficientemente fiáveis para espelhar a realidade concreta atendendo à dinâmica das relações internacionais que nenhum Estado consegue controlar, muito menos um como Cabo Verde. Todavia, como se sabe, por mais incómodo que seja, nem o Tribunal, nem os seus juízes, se podem coibir, de caso admissível, decidir um pedido de fiscalização que foi dirigido a esta Corte, designadamente porque não podem apelar, como em outras jurisdições, a nenhum escudo de questão política para justificar o seu não conhecimento.

4.1. E isso porque, não obstante a sua densidade política, o que o Tribunal tem em mãos são normas que integram um acordo de vontades regido pelo Direito Internacional. Nomeadamente, se considerarmos de forma adaptada o conceito que é acolhido pela alínea a) do número 1 do artigo 2º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados de 1969, portanto por um tratado que, pelo

seu número de partes, é bilateral. O seu objeto é o de definir um conjunto de direitos e obrigações de membros de uma força armada estrangeira deslocada para um território onde o seu Estado não exerce soberania, portanto neste caso de militares dos Estados Unidos no território cabo-verdiano.

4.2. Não se trata de nenhuma inovação internacional. Nem a figura jurídica em si, e tão-pouco, com as devidas adaptações, as soluções que se integra a esse tipo de acordo. No mesmo sentido, como se assevera nalgumas das peças autuadas, há uma experiência acumulada do parceiro de Cabo Verde na celebração desse tipo de acordo com dezenas de países, sobretudo depois da II Guerra Mundial, mantendo-se ainda ativos a maioria, e notando-se uma expansão para países com os quais ainda não haviam sido celebrados. De outra parte, mesmo do ponto de vista de Cabo Verde, regista-se alguma experiência, ainda que esparsa, abarcando tanto um Acordo sobre o Estatuto de Forças autónomo (neste caso celebrado com a Organização do Tratado do Atlântico Norte), como de cláusulas insertas em acordos militares com outra natureza primária (nomeadamente os de fiscalização de zonas marítimas celebrados com o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e com o Reino da Espanha) (v. referências *infra*).

São tratados que tipicamente têm no seu bojo a definição de um regime de estadia dessas forças e que podem abarcar aspetos jurisdicionais (imunidade; exercício de poderes de adjudicação), fiscais e aduaneiros (impostos e taxas alfandegárias), migratórios (entrada e saída de território nacional), de transportes (condução de veículos); de segurança interna (porte de armas), telecomunicações, vestuário militar, solução de litígios, e vários outros (no geral, considerar desenvolvimentos em Joop Voetelink, *Status of Forces: Criminal Jurisdiction over Military Personnel Abroad*, The Hague, Asser Press, 2015; Paul Conderman, “Status of Armed Forces on Foreign Territory Agreements (SOFA)” in: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013).

4.3. Eles diferem externamente dos acordos de base, dos acordos de defesa mútua, dos acordos de cooperação militar, dos acordos de realização de exercícios conjuntos ou de operações conjuntas e de vários outros tipos de tratados militares. E são, nesta senda, acordos dependentes de uma base jurídica de legitimação que permite a entrada e permanência de forças armadas estrangeiras no território de Estados soberanos, convindo, desde já, fixar de forma clara a distinção entre o que se denomina de *ius ad presentiam*, o direito de estar presente no território do Estado estrangeiro, e o *ius in praesentia*, as condições jurídicas da estadia (para aprofundamentos, Sylvia Spies, “On the Legal Status of Foreign Armed Forces, with a Focus on the Interrelation of *Ius ad Praesentiam* and *Ius in Praesentia*”, *Military Law and the Law of War Review*, v. 47, n. 1-2, 2008, pp. 235-251). Evocando, neste sentido, a distinção clássica do Direito Internacional da Segurança entre o *ius ad bellum* e o *ius in bello* (seguir, por exemplo, Alexandre Orakhelashvili, “Overlap and Convergence: The Interaction Between *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello*”, *Journal of Security & Conflict Law*, v. 12, n. 2, 2007, pp. 157-196), que determina que as normas que regulam a estadia de forças armadas estrangeiras num determinado território pertencente a um Estado soberano dependam da licitude da sua própria presença nesse território.

4.3.1. Tal base de legitimação só pode ser materializada caso se esteja perante uma situação de consentimento de Estado soberano em relação à entrada de forças armadas estrangeiras no seu território (cf., por todos, Théodore Christakis & Karine Bannelier, “*Volenti non fit injuria?* Les effets du consentement à l’intervention militaire”, *Annuaire Français de Droit International*, v. 50, 2004,

pp. 103-137). O ato de manifestação de vontade em causa exclui a ilicitude objetiva do ato, nos termos do que foi reconhecido como tendo base costumeira pela Comissão de Direito Internacional no seu Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado por Facto Ilícito, que até dá como exemplo desta situação “o trânsito pelo espaço aéreo ou águas interiores dos Estados, a presença de instalações no seu território (...)” (*The International Law Commission’s Articles on State Responsibility*, James Crawford (ed.), Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2002, p. 163). Nessa modalidade, o consentimento poderá ter base convencional, nomeadamente por se celebrar um tratado que inclui cláusula mais ampla – no caso, por exemplo, de um acordo de base – ou mais restrita nesse sentido, mas também poderá ser *ad hoc*, manifestado a cada vez em que for necessário, podendo ainda comportar situações mistas em que mesmo existindo tratado este inclui disposição que condiciona ações pontuais a acordo entre os parceiros ou a autorização do Estado territorial.

4.3.2. Ou, alternativamente, nos casos em que operações militares aprovadas pelo Conselho de Segurança por via de uma decisão adotada com fulcro no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas (no geral, v. Erika de Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Oxford, Hart, 2004, *passim*, e um resumo em José Pina Delgado, “Segurança Coletiva” in: Jorge Bacelar Gouveia e Sofia Santos (orgs.), *Enciclopédia de Direito e Segurança*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 396-399). O que pressupõe estar-se de frente de situação de agressão, rutura da paz ou, o que é mais provável, ameaça à paz e segurança internacionais, conforme decorre do artigo 39 desse instrumento constitutivo (“O Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, rutura da paz ou ato de agressão e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os artigos 41º e 42º, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais”). Em tais contextos, por força do artigo 25, sendo tal decisão vinculativa, deverá ser cumprida obrigatoriamente pelos Estados, pois a regra dispõe que “os membros das Nações Unidas concordam em aceitar e aplicar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta”.

4.3.3. E ainda dos casos em que à luz do Capítulo VIII desse instrumento, nomeadamente do número 1 do artigo 53, se permita a utilização de meios coercitivos militares por organizações regionais (para uma contextualização geral, Ademola Abass, *Regional Organisations and the Development of Collective Security. Beyond Chapter VIII of the UN Charter*, Oxford, Hart, 2004). Nos termos das respetivas convenções constitutivas e normativos secundários, mormente protocolos, que permitam a utilização legítima da força militar nos Estados membros dessas entidades, mesmo contra as forças armadas desse país, podendo, na sequência, justificar a sua estadia.

No caso de Cabo Verde, sendo parte das Nações Unidas, a possibilidade de ter de absorver os efeitos de uma determinada decisão do Conselho de Segurança seria sempre possível, até porque à luz do número 3 do artigo 12 ela seria diretamente aplicável, segundo o qual “Os actos jurídicos emanados dos órgãos competentes das organizações supranacionais de que Cabo Verde seja parte vigoram directamente na ordem jurídica interna, desde que tal esteja estabelecido nas respectivas convenções constitutivas”. Neste sentido, só poderia ser afastada uma resolução desse órgão caso o seu sentido for desconforme à Constituição, sobretudo aos valores constitucionais estruturantes. De resto, é o entendimento decorre do *Acórdão nº 30/2019, de 30 de agosto, (Atlantic Global Asset Management v. PGR*, sobre violação do direito à propriedade privada, da garantia de juiz, da iniciativa privada e dos direitos à defesa, ao contraditório e de acesso às provas da acusação), Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 110, de 29 de

outubro de 2019, pp. 1766-1789), em que se assentou que “Há, todavia, um problema, pois a norma desenhada para a regulação da domesticação de normas emanadas de organizações inter-governamentais, o número 3 do artigo 12 da Lei Fundamental, dispõe que “os atos jurídicos emanados das organizações supranacionais de que Cabo Verde seja parte vigoram diretamente na ordem jurídica interna, desde que tal esteja estabelecido nas respetivas convenções constitutivas”. O obstáculo decorre do facto de a Organização das Nações Unidas não ser propriamente uma organização supranacional, mas, simplesmente, uma organização internacional clássica, em princípios sem traços gerais de supranacionalidade, ainda que seja também certo que o poder normativo que o Conselho de Segurança criou com a Resolução 1373 e a aceitação que teve inserem um elemento esse teor, o que teria relevância para a presente situação. Independentemente disso, o facto é que, por força do princípio do respeito pelo Direito Internacional, projeção do princípio do Estado de Direito, insito ao número 1 do artigo 11 da Constituição, que dispõe que “o Estado de Cabo Verde rege-se, nas relações internacionais, pelo [...] princípio [...] (...) do respeito pelo Direito Internacional (...)”, do qual decorre um efeito hermenêutico concreto – o de interpretar o ordenamento jurídico cabo-verdiano, nomeadamente as normas constitucionais, de tal sorte a favorecer o cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelo Estado de Cabo Verde desde que os preceitos em causa o permitam – é de considerar que a cláusula é aplicada nos termos a organização internacionais clássicas. O bloqueio que se podia gerar nesta matéria teria a ver mais com a publicação desses atos desde que impusessem obrigações diretas a particulares, mas não seria o caso nesta situação, até porque, ao fim e ao cabo, não se está a invocar a aplicação de uma norma internacional, mas simplesmente de usar obrigações internacionais como base de constituição de um interesse público necessário para justificar uma hipotética solução legislativa. Isso porque mesmo quando existam obrigações nesse sentido, que vinculam o Estado de Cabo Verde e que como tais, arguivelmente, também seriam possível direito interno cabo-verdiano aplicável como a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e a Convenção contra o Financiamento do Terrorismo, bem assim como várias resoluções adotadas pelo Conselho de Segurança ao abrigo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, máxime a 1373 e a recente 2462, ou eventualmente bases recomendatórias persuasivas como as emanadas do Grupo de Ação Financeira, em graus diferentes, elas não vão ao ponto de estabelecer um sistema que prescindisse da intervenção do juiz, seja em função da referência que também fazem à harmonização com o sistema internacional de proteção de direitos, seja porque mesmo fazendo-o, nunca poderiam ser aplicáveis nesses termos por serem incompatíveis com a Constituição e com os seus valores consoante a situação que se estiver a analisar” (6.5).

Em relação a eventuais entidades regionais – à luz do número 1 do artigo 53 da Carta das Nações Unidas, segundo o qual “O Conselho de Segurança utilizará, quando for caso, tais acordos e organizações regionais para uma acção coercitiva sob a sua própria autoridade” – seria de se verificar se, complementarmente, existem entidades que possuem poderes de usar meios militares em tais situações. Para o que releva, em abstrato, seriam os casos da União Africana ou da Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental que se inserem no sistema africano de segurança (José Pina Delgado, “Direito Africano da Segurança” in: Jorge Bacelar Gouveia e Sofia Santos (orgs.), *Enciclopédia de Direito e Segurança*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 116-119). Porém, as situações são diferentes porque, por um lado, Cabo Verde está vinculado à norma constante do artigo 4h do ato institutivo da primeira organização que reconhece “o Direito da União intervir num Estado Membro em conformidade com uma

decisão da Conferência em situações graves nomeadamente, crimes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade”, sendo a única versão aplicável porque Cabo Verde não se vinculou à emenda que se inseriu a esta disposição em 2003 e que também, caso já estivesse em vigor, permitiria igualmente intervir “*em casos de séria ameaça à ordem legítima para o restabelecimento da paz e da segurança no Estado Membro da União, por recomendação do Conselho de Paz e de Segurança*”.

Porém, não ao intrusivo instrumento homólogo do Direito da CEDEAO (seguir José Pina Delgado, “A Vinculação de Cabo Verde ao Mecanismo de Defesa da CEDEAO, *DeC*, 27, 2007/08, pp. 131-149), a que Cabo Verde não está vinculado, ainda que tal se possa ainda assim materializar, nos termos do Direito Internacional, caso exista uma autorização do Conselho de Segurança ou se se estiver arguivelmente perante uma intervenção humanitária. Assim, de fora ficariam as situações previstas pelo Protocolo de Segurança desta organização datado de 1999 e que, em tese, poderiam legitimar, sem o seu consentimento, a presença de forças armadas do seu braço militar, o Grupo de Contato, ECOMOG em situações de: “*a) agressão armada ou conflito armado num dos Estados membros ou ameaça de um tal conflito; b) conflito entre dois ou mais Estados membros; c) conflito interno que: i) ameaça transformar-se em desastre humanitário; ii) constitui grave ameaça à paz e à segurança na sub-região; d) violações graves e massivas aos direitos humanos e colocação em causa do Estado de Direito; e) derrube ou tentativa de derrube de um governo democraticamente eleito; f) qualquer outra situação que o Conselho de Mediação e Segurança determinar*” (Protocolo Relatif au Mécanisme de Prévention, de Gestion, de Règlement des Conflits, de Maintien de la Paix et de la Sécurité/Protocol Relating to the Mechanism for Conflict Prevention, Management, Resolution, Peace-Keeping and Security, Abuja, CEDEAO/ECOWAS, 1999).

4.3.4. Excluídas ficam as situações não reconhecidas pelo Direito Internacional da Segurança por violação do princípio-regra da proibição do uso e da ameaça do uso da força previsto pelo número 4 do artigo 2º da Carta das Nações Unidas, nos termos do qual “*Os membros deverão abster-se nas suas relações internacionais de recorrer à ameaça ou ao uso da força, quer seja contra a integridade territorial ou a independência política de um Estado, quer seja de qualquer outro modo incompatível com os objetivos das Nações Unidas*”, nomeadamente de conquista militar (vide Sharon Korman, *The Right of Conquest: The Acquisition of Territory by Force in International Law and Practice*, Oxford, UK, OUP, 1996) ou de intervenção para imposição de regime (cf. José Pina Delgado, “Intervenção para Alteração e Proteção de Regime [Político]” in: Jorge Bacelar Gouveia e Sofia Santos (orgs.), *Enciclopédia de Direito e Segurança*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 243-245) e aquelas cujos requisitos dificilmente se adequariam a uma permanência mais extensa em espaço territorial estrangeiro, como seriam os casos da legítima defesa (vide José Pina Delgado, “Legítima Defesa” in: Jorge Bacelar Gouveia e Sofia Santos (orgs.), *Enciclopédia de Direito e Segurança*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 253-255) e de operações militares para a proteção de nacionais em risco no estrangeiro (e.g. Natalino Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1985).

4.3.5. A única outra situação que poderia autorizar a permanência lícita de forças militares estrangeiras sem o consentimento do Estado territorial seria uma que envolvesse a chamada intervenção humanitária unilateral (Cf. o nosso José Pina Delgado, “Intervenções Humanitárias Unilaterais e Intervenções Humanitárias Consentidas Perante o Princípio da Proteção da Proibição do Uso da Força Armada nas Relações Internacionais” in: Maria Luísa Duarte e Rui Tavares Lanceiro (orgs.),

O Direito Internacional e o Uso da Força no Século XXI, Lisboa, AAFDL, 2018, pp. 125-152). Porém, no caso concreto, esta, a acontecer, pressuporia uma situação de cessação de existência do Estado Liberal de Direito Democrático porque, dentre as suas condições, encontrasse a materialização de violações disseminadas a direitos humanos básicos, o que, no fundo, por si só, pressuporia uma rutura constitucional.

V. Note-se para finalizar este enquadramento ao meu voto que a técnica de formulação de enlace convencional nesta matéria como parceiro de cooperação militar não deixa de ter a sua relevância, considerando que ao contrário das outras situações em que a República mantém um quadro jurídico de regulação do estatuto de forças armadas estrangeiras em território nacional fê-lo no quadro de um tratado (ou, nalguns casos, meros memorandos de entendimento) com finalidades específicas que delimitavam do ponto de vista material o âmbito de sua aplicação.

5.1. Foi assim com o Reino da Espanha (*Acordo entre a República de Cabo Verde e o Reino de Espanha sobre Vigilância Conjunta dos Espaços Marítimos sob a Soberania e Jurisdição de Cabo Verde*, assinado na cidade da Praia (Cabo Verde), no dia 21 de Fevereiro de 2008”, aprovado pela Resolução nº 74/VII/2008, de 14 de julho, publicada no *Boletim Oficial*, I Série, nº 26, 14 de julho de 2008, pp. 532-537), com o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte (*Memorando de Entendimento entre o Governo da República de Cabo Verde e o Governo do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, que estabelece as condições para a realização de operações de vigilância e patrulha conjunta e de embarque de Destacamentos das Forças de Autoridades Cabo-verdianas*, aprovado para ‘ratificação’ pela Resolução nº 119/VII/2010, de 1 de março, publicada no *Boletim Oficial*, I Série, nº 8, de 1 de março de 2010, pp. 136-140), e, antes, com a Organização do Tratado do Atlântico Norte (*Acordo entre o Governo da República de Cabo Verde e a Organização do Tratado do Atlântico Norte, OTAN, sobre o Estatuto das Forças durante a realização do exercício STEADFAST JAGUAR 2006*, aprovado para ratificação pela Resolução nº 156/VI/2006, de 2 de Janeiro, publicada no *Boletim Oficial*, I Série, nº 1, 2 de janeiro de 2006, pp. 8-33).

Isso, considerando que o tratado que se mantém com a República Portuguesa não consagra normas desse teor (*Tratado celebrado entre a República de Cabo Verde e a República Portuguesa no domínio da fiscalização conjunta de espaços marítimos sob a soberania ou jurisdição da República de Cabo Verde, assinado na cidade do Mindelo (Cabo Verde), no dia 16 de Setembro de 2006*, aprovado para ratificação pela Resolução nº 6/VII/2007, de 2 de janeiro, publicada no *Boletim Oficial*, I Série, nº 1, 2 de janeiro de 2007, pp. 2-6), nem tão-pouco um outro acordo militar, ainda que portando natureza distinta, celebrado com a Federação Russa (*Acordo entre o Governo da República de Cabo Verde e o Governo da Federação Russa sobre a Entrada Simplificada de Navios de Guerra da Federação da Rússia no Mar Territorial e Aguas Interiores da República de Cabo Verde*, aprovado para ratificação pela Resolução nº 6/VII/2007, de 2 de janeiro, publicada no *Boletim Oficial*, I Série, nº 1, 2 de janeiro de 2007, pp. 656-659), pois dispõe-se que “em caso de violação por um membro da guarnição [da Federação da Rússia], que está no território (costa) do Estado recetor [de Cabo Verde], da legislação deste Estado, este elemento fica sob a jurisdição do Estado recetor” (artigo 11 (1)).

Por conseguinte, tais cláusulas são válidas somente para estabelecer um estatuto para aquelas atividades concretas, seja a que tinha termo certo (o exercício militar *Steadfast Jaguar 2006*) – e cessam assim a sua vigência, nos termos do artigo 42 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados, já que se prescrevia, no número 2 do seu artigo 15 que “*o presente acordo*

permanecerá em vigor até à conclusão da retirada de todas as forças da NATO depois do exercício” – sejam as que se prendiam a atividade específica, ainda que passível de repetição (fiscalizações acordadas de espaços marítimos sob soberania ou jurisdição de Cabo Verde).

5.2. De sua parte, o tratado que contém as normas impugnadas por inconstitucionalidade, o Acordo sobre o Estatuto das Forças com os Estados Unidos da América de 2017, inovou do ponto de vista da experiência de Cabo Verde neste particular. Pois com o mesmo pretende-se definir um estatuto para os militares dos Estados Unidos de modo geral, abrangendo várias e indeterminadas situações que venham a propiciar cooperação militar atendendo à amplitude da disposição que se fez consagrar no artigo 1º dessa Convenção, segundo o qual “*o presente Acordo estabelece um quadro de parceria e cooperação em matéria de segurança entre as Partes e é aplicável ao pessoal e aos contratantes dos Estados Unidos que estejam temporariamente no território da República de Cabo Verde, no âmbito de visitas de navios, formação, exercícios, atividades humanitárias e outras atividades, mutuamente acordados*”. Neste preciso sentido é muito menos claro porque a concessão do estatuto especial não é formulada perante contraprestações claras em que se consegue verificar se a justificam, mas quase em branco, sem que se saiba que acordo ou ato vem a seguir para despoletar a sua utilização.

Sem embargo de se dever considerar que, de facto, já está em vigor um tratado que poderá se conjugar com o Acordo sobre o Estatuto de Forças entretanto desenvolvido, o *Acordo entre o Governo da República de Cabo Verde e o Governo dos Estados Unidos da América sobre a Cooperação no Combate às Atividades Marítimas Transnacionais Ilícitas*, aprovado para ratificação pela Resolução nº 110/VIII/2014, de 10 de junho, publicada no *Boletim Oficial*, I Série, nº 38, de 10 de junho de 2014, pp. 1352-1364.

5.3. É preciso também registar que por esse motivo, de um ponto de vista geral, não é correto afirmar-se que são tratados iguais, pois, na verdade, nem o contexto é similar, nem a técnica utilizada o é, e tão-pouco as normas e a extensão das concessões feitas por Cabo Verde o são, como se poderá atestar ao longo desta exposição.

VI. Tendo como pano de fundo esse enquadramento geral, o meu voto está construído em seis blocos autónomos, os quais contemplam as suas subdivisões, ainda que num caso, como já se tinha visto parecer-me que a solução que se der às questões prévias poderá inviabilizar o conhecimento de todas as questões, pelo menos no que diz respeito à capacidade de escrutinar o número 1 do artigo III do Acordo sobre o Estatuto das Forças.

6.1. Para mim este é o fator decisivo que justifica a minha posição em relação às questões de constitucionalidade que foram doutamente suscitadas. Isto porque entendo que, perante uma Constituição marcada pelo equilíbrio como a nossa, problemas fundamentais não são tratados de forma estrita e inflexível. Outrossim, a Lei Fundamental é dúctil, permitindo ponderação na maior parte dos casos, salvaguardando de forma mais firme somente os valores constitucionais. Neste sentido, é um instrumento dinâmico que, apesar da força normativa que tenta projetar, não deixa de levar em conta o contexto das normas no quadro da defesa dos interesses de uma República Independente de livres e iguais baseada na dignidade da pessoa humana que se insere num contexto global complexo. Portanto, naturalmente se a Lei Fundamental não pode ser vista como uma irrelevante folha de papel também não é um pacto suicida que em jeito de *fiat iustitia et pereat mundus*, desconsidera o Mundo Real, para afirmar princípios abstratos independentemente das consequências e de um projeto que uma comunidade pretenda trilhar.

6.2. Neste sentido, para mim o juízo de constitucionalidade tem de ser dinâmico, no sentido de que o que determina

o seu resultado não são apenas aspetos intrínsecos ao enunciado normativo, mas também as suas dimensões externas, assentes, nomeadamente, na ponderação entre o âmbito de proteção da norma e as necessidades que justificam qualquer desvio em relação ao âmago do enunciado deontico que estiver em causa. Assim sendo, se os primeiros são estáticos enquanto perdurar a sua formulação, os segundos são dinâmicos, pois dependem da realidade da vida. Neste caso, da vida internacional que se projeta sobre a interna.

Por conseguinte, havendo mutações nesse contexto, elas poderão justificar alterações de representação de conformidade constitucional de tal sorte que uma norma que poderia ser contrária à Lei Fundamental num determinado momento, passados vários anos poderá deixar de o ser, do mesmo modo como uma norma que nasça abrangida por um manto constitucional pode ver tal proteção desvanecer-se com o tempo, como, de resto, este Tribunal já admitiu duas vezes. Nomeadamente por meio do *Acórdão 13/2016, de 7 de julho*, Referente à Inconstitucionalidade de Certas Normas Restritivas do Código Eleitoral, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 43, de 27 de julho, pp. 1421-1475, que “*podemos estar perante norma que está em processo de deslizamento rumo ao limiar da inconstitucionalidade, ao legislador caberá avaliar a manutenção da extensão da proibição ou a sua flexibilização, mantendo-se o Tribunal Constitucional aberto para continuar a acompanhar a evolução da norma, para efeitos similares aos que presidiram a este pedido*” (2.8.10) e do *Acórdão 29/2019, de 30 de julho, Arlindo Teixeira v. STJ*, referente ao princípio da realização de Audiências Públicas nos Tribunais e da Garantias de Audiência Pública em Processo Criminal, bem como as Garantias a um Processo Equitativo, ao Contraditório e à Ampla Defesa, publicado no *Boletim Oficial*, Rel: JC Pina Delgado, I Série, nº 100, de 24 de setembro, pp. 1618-1653 (“*Ora, se se levar em consideração esta fórmula, apesar do tortuoso processo legislativo em causa, no limite, a justificação apresentada pela Ministra da Justiça que se consubstancia numa necessidade premente por falta de condições, nas suas palavras ótimas, para assegurar a dignidade do Tribunal e a respetiva segregação de espaço entre juízes, intervenientes processuais e público no Supremo Tribunal de Justiça pelo curto período de tempo necessário para se criarem as condições materiais para tanto, no limite, seria constitucionalmente tolerável (...) Outra questão, no entanto, é a de se saber se volvidos mais de dez anos (quase doze considerando a data da interposição do recurso e quase catorze atualmente) da sua aprovação esta norma ainda se conforma com a garantia de defesa em processo penal, já que a sua vigência continua a ser atestada pelo Supremo Tribunal de Justiça que a aplicou para fundamentar uma decisão num caso concreto. E aqui a resposta tem de ser necessariamente negativa e radicalmente negativa porque ela atinge a própria base de legitimação constitucional de qualquer afetação de direito promovida pelo legislador*”) (7.4.1).

A questão, pois, partindo do princípio correto de que há um claro impacto das cláusulas impugnadas do Acordo sobre o Estatuto das Forças sobre certas normas constitucionais, é se o interesse invocado – a manutenção da segurança nacional – é, pela sua intensidade específica – e não abstrata – suficiente para legitimar o efeito que tais normas projetam sobre a Lei Fundamental.

VII. Por conseguinte, o desafio de constitucionalidade lançado contempla questões complexas, fraturantes e dispersas, mas que podiam ser reunidas em seis blocos, dois dos quais compostos por questões prévias. Neste particular, a solução encontrada pelo Tribunal quanto à exceção de legitimidade dos requerentes e proposta pelo Ilustre Relator mereceu-me integral concordância, bem assim como a douta fundamentação que construiu, pois, de facto, a doutrina da processualística civil invocada pela

entidade prolatora da norma não só seria desajustada à natureza do processo constitucional, como, no limite, até seria incompatível com a Lei Fundamental.

7.1. Perante um processo objetivo, associado a um interesse público geral em que qualquer entidade habilitada, deparando-se ou suspeitando da inconstitucionalidade de uma norma, requeira ao Tribunal a sua fiscalização para que possa, na eventualidade de o ser, acabar por promover o seu expurgo do ordenamento jurídico cabo-verdiano, não haveria base para se acolher tal argumentação.

7.2. O Tribunal naturalmente não se deve pronunciar se politicamente poderá parecer incoerente a um partido pedir a fiscalização de norma idêntica a outras cuja aprovação tenha apoiado, mas, a ser, será num terreno tipicamente extrajurídico e sem relevância processual constitucional; já no concernente ao deputado, por motivos naturais, nenhuma limitação dessa natureza se colocaria. Ainda que fosse a mesma pessoa – e, como bem assinalado, muitas vezes, não é, dada a renovação parlamentar que se pode constatar em relação ao momento em que cada um dos tratados ou memorandos de entendimento que contêm cláusulas sobre estatutos de forças foi aprovado – tais limitações não se colocariam, pois o deputado pode alterar a sua posição sobre os mais diversos assuntos, sendo seus únicos juízes aqueles que ele representa e o seu próprio partido, que o podem demonstrar em momentos próprios nos termos da lei. Além do que, na verdade, como já desenvolvido, está-se longe da situação em que, do ponto de vista normativo, aqueles tratados eram efetivamente iguais daquele que se está a fiscalizar neste momento.

VIII. O mesmo ocorrendo com solução quanto à inexistência de impugnação do número 1 do artigo III do Acordo sobre o Estatuto das Forças, que inviabiliza o escrutínio deste Tribunal, considerando os limites colocados pelo princípio do pedido inserto no número 2 do artigo 62 da nossa Lei. Isso, sem embargo de um dos argumentos dos respondentes estar também associado à natureza integrada do número 2 do artigo III cuja fiscalização é pedida expressamente pelos requerentes, de que haveria uma integração total entre as duas disposições.

IX. Em todo o caso, esse quadro contextual remete ao primeiro grande bloco de questões de mérito: o de saber se o número 2 do artigo III é inconstitucional por violação de várias normas consagradas na Lei Fundamental, nomeadamente, segundo os recorrentes, da igualdade, da soberania nacional, da tipicidade dos órgãos de soberania, da tipicidade dos tribunais, e das cláusulas que estabelecem as penas proibidas e os limites à cooperação judiciária do Estado na sua aplicação, bem assim como os demais limites à extradição de pessoas, especialmente nacionais, e o exercício de poderes sobre titulares de cargos políticos detentores de imunidades funcionais.

9.1. A relação com essa tese tem, desde logo, a ver com duas questões que são tratadas tanto pelos recorrentes, como pelos respondentes de modo integrado. Estes, sobretudo, fazem-no e articulam tese tendente a maximizar o estatuto do tratado e concomitantemente reduzir o seu impacto no ordenamento jurídico, ao sustentarem a tese de que o que se integra no geral ao artigo III^o do Acordo sobre o Estatuto das Forças não são mais do que normas costumeiras e aparentemente cogentes no âmbito do Direito Internacional.

9.1.1. Sem me pronunciar sobre a constitucionalidade do número 1, não posso deixar de salientar que não consegui absorver a tese, pelo menos enquanto interpretação mais evidente do artigo III do instrumento jurídico-internacional colocado em crise. Considero, outrossim, que a forma como o preceito está redigido, ainda que possa admitir a leitura esposada pelas entidades nacionais promotoras da norma, não permite rejeitar a possível autonomização entre o conteúdo do número 1 e o sentido do número 2^o

do artigo III do SOFA. Enquanto o primeiro regula as imunidades do pessoal da força perante o direito cabo-verdiano, o segundo define o exercício da jurisdição disciplinar e penal dos Estados Unidos perante o seu pessoal, podendo potencialmente exercê-la em território nacional. Portanto, mesmo que, por hipótese, o tribunal estivesse autorizado a declarar uma inconstitucionalidade por conexão ou uma que seja consequente – o que, na minha opinião, em abstrato, pode, até atendendo às indicações resultantes do *Acórdão 1/2017, de 12 de janeiro, constitucionalidade do artigo 13 da Lei da Taxa Ecológica que estabelece o regime de gestão, consignação e destinação das receitas arrecadadas*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 10, de 27 de fevereiro de 2017, pp. 218-260, 5– esse pressuposto não estaria presente no quadro da presente norma. Pela razão de que esta não deve ser escrutinada com sentido diferente do que se impugnou verdadeiramente, ou seja, na aceção de que reconhece a importância do exercício de controlo disciplinar pelas forças dos Estados Unidos da América e autoriza este país a exercer jurisdição penal sobre o pessoal dos Estados Unidos da América durante a permanência no território de Cabo Verde por possível desconformidade com o princípio da igualdade ou o direito a não se ser discriminado. Por esses motivos também entendi que se devia afastar o conhecimento da alegada inconstitucionalidade do número 1 do artigo III do Acordo sobre o Estatuto das Forças.

9.1.2. De outra parte, a doutrina de que Cabo Verde no fundo acolheu soluções muito similares, isto é, associadas a um duplo regime de reconhecimento de imunidades completas de jurisdição e de autorização de exercício de jurisdição criminal por forças estrangeiras em território nacional, em tratados dessa natureza, contendo obrigações que aparentemente já teria não só por existirem normas costumeiras nessa matéria, como normas costumeiras com valor imperativo, as quais teriam valor constitucional, senão supraconstitucional, é de duvidosa sustentabilidade. É claro que se tais pressupostos estivessem corretos não só seria aplicável a norma reconhecida pelo artigo 43 da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados entre Estados de 1969, segundo a qual “*a nulidade, a cessação da vigência ou a denúncia de um tratado, a retirada de uma das partes ou a suspensão de aplicação de um tratado quando decorram da aplicação da presente Convenção ou das disposições do tratado, em nada afetam o dever de um Estado cumprir todas as obrigações enunciadas no tratado às quais esteja sujeito por força do Direito Internacional, independentemente desse tratado*”, como nem sequer se colocaria questões de constitucionalidade, sendo, de acordo com essa tese, a norma imperativa de Direito Internacional superior à norma constitucional.

9.1.3. Portanto, com o devido respeito pela opinião apresentada e pela tentativa de turbinar a defesa do estatuto das normas adotadas não consigo me pacificar com a sua metodologia, pressupostos e conclusões, nomeadamente de que as normas que concedem imunidades de jurisdição criminais completas são normas costumeiras internacionais e com natureza de direito imperativo internacional (*jus cogens*), que seria possível invocá-las sem um esforço de prova e, mais, que teriam um estatuto supraconstitucional.

A – Primeiro, porque é básico que quem invoca a existência de normas costumeiras tem de as provar, se não com a indicação de prática, pelo menos com a apresentação de autoridades em Direito Internacional que a tenham compilado. Como lembra o pronunciamento do Tribunal de Haia, “*de acordo com o solidamente estabelecido princípio do onus probandi incumbit actori, é dever da parte que alega certos factos estabelecer a sua existência*” (*Pulp Mills of the River Uruguay (Argentina/Uruguay)*, Judgement of 20 April 2020, reproduzido em Guenther Dahloff (ed.), *International Court of Justice. Digest of Judgments and Advisory Opinions, Canon and*

Case Law 1946-2012, Leiden/Boston/ Martinus Nijhoff, 2012, p. 1562 e ss), o que é também aplicável para quem invoca um direito decorrente de uma norma costumeira. Aliás, a alínea b) do artigo 38 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça quando reconhece, para efeitos de determinação das regras aplicáveis por esse órgão, o costume internacional, a “prática reiterada acompanhada de convicção de obrigatoriedade” não deixa de registar a sua associação a uma prova, o que pode ser explicado pelo facto de ser uma fonte geradora de normas não-escritas que exigem daquele que a invoca um esforço de apresentação da sua própria existência. Provar uma norma costumeira qualquer impõe consubstanciar os seus dois elementos constitutivos, o material, a prática consistente e geral, e o subjetivo, a *opinio juris sive necessitatis* ou convicção de obrigatoriedade (cf., por todos, Maurice Mendelson, “The Formation of Customary International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, t. 272, 1998, pp. 155-410).

Sustentar que uma norma costumeira é hierarquicamente superior impõe uma intensidade de agravação da prova no sentido de se demonstrar inequivocamente e conforme o que reconhece a segunda parte do artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados entre os Estados, que é uma norma aceite por quase todos os membros da comunidade internacional (“pela comunidade internacional dos Estados no seu todo”), e à qual se atribui um caráter de inderrogabilidade (“cuja derrogação não é permitida”) e de modificabilidade agravada (“só pode ser modificada por uma nova norma de Direito Internacional com a mesma natureza”).

Que uma suposta norma com teor segundo o qual forças armadas estrangeiras gozam de imunidades jurisdicionais estrangeiras no território do Estado de receção e que disso decorre uma obrigação de exercer poderes jurisdicionais sobre os membros das suas forças no estrangeiro não foi minimamente provada com a apresentação dos elementos objetivo e subjetivos do conceito de *jus cogens*, é para mim claro.

E dificilmente o seria, bastando que nos lembremos de uma das suas características, a inderrogabilidade, cujo efeito mais evidente seria de os Estados estabelecerem, por via convencional ou costumeira, normas especiais em sentido divergente da norma geral para regular um determinado aspeto das suas relações internacionais. Portanto, uma norma *inter se*. Caso houvesse uma norma costumeira com o sentido assinalado, qualquer tratado ou pelo menos as normas respetivas que não previsse(m) essas imunidades absolutas de jurisdição seria(m) nulo(s) por aplicação do que está previsto pela primeira parte do citado artigo 53, segundo o qual “é nulo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de Direito Internacional Geral” e, ainda que se diga, que a imperatividade de tal normativo cristalizou-se depois de o tratado ter sido adotado, seria sempre convocável o artigo 64 redigido em termos que “se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que seja incompatível com essa norma torna-se nulo e cessa a sua vigência”.

Dentre elas o próprio Estatuto das Forças aplicáveis entre os Estados da OTAN, organização da qual o parceiro de Cabo Verde na presente empreitada é parte. Qualquer olhar que se lance a esse tratado ver-se-á que estabelece, no quadro do regime de jurisdição partilhada (cf. o estudo clássico de Serge Lazareff, *Le Statut des Forces de l’OTAN*, Paris, Pedone, 1964, cap III, sec I e a análise de R.R. Baxter, “Criminal Jurisdiction in the NATO Status of Forces Agreement”, *International & Comparative Law Quarterly*, v. 7, n. 1, 1958, pp. 72-81) e que adotou norma segundo a qual “as autoridades do Estado local têm jurisdição sobre os membros de uma força ou de elemento civil e pessoas a seu cargo, no que respeita às infrações cometidas no território do Estado

local e punidas pela legislação desse Estado” (artigo VII (2) b)) (citada a partir da tradução publicada pelo *Diário do Governo [de Portugal]*, I Série, n. 170, 3 de agosto de 1955, pp. 654-662. Que a acolher a tese dos respondentes seria uma norma nula por violar uma suposta norma de *jus cogens*.

Só por isso a tese do caráter imperativo dessa norma é altamente improvável, o que os promotores da norma parecem estar cientes, levando-os a apresentar uma argumentação que estabelece uma analogia e uma espécie de regime comum com a norma internacional que garante imunidades absolutas de jurisdição a diplomatas. Esta sim, dada a intensidade massiva da prática e da vontade expressa por séculos de interação entre os Estados poderá ser considerada como uma norma imperativa de Direito Internacional com caráter de inderrogabilidade e de modificabilidade agravada (v. de uma das principais comentadoras da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, Eileen Denza, *Diplomatic Law. Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 2.ed., Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 229 e ss).

B – Porém, essa analogia nem do ponto de vista lógico-teórico, nem prático, tem base de sustentação. Uma coisa são os representantes civis do Estado que são imprescindíveis à condução das relações entre sujeitos de Direito Internacional, cuja permanência no território de outros países é incontornável, já que a sua missão é, em última instância, criar pontes e entendimentos com o Estado acreditante mesmo quando persigam legitimamente a proteção dos interesses nacionais e dos seus nacionais. Outra, bem diferente, são homens de armas, cuja função é a defesa militar do Estado que, logo, portam equipamento letal e que volitiva ou involuntariamente poderão envolver-se em mais situações sujeitas a responsabilização civil, administrativa e, sobretudo, criminal. Acresce que o Direito Internacional estabelece de forma clara a distinção entre a norma que reconhece imunidades de jurisdição a diplomatas e uma putativa que a reconhece a integrantes de forças armadas no território de um Estado recetor. A ficção de que o militar é sempre um representante da soberania do Estado não só é incorreta do ponto de vista lógico, como em nenhum momento foi acolhida pelo sistema internacional como gerando um regime comum de imunidades ao aplicável aos diplomatas e muito menos um que tenha estatuto de regime imperativo de Direito Internacional.

Designadamente porque o que também se leva em conta, pelo menos até à data, não tem a ver só com o critério da personificação ou representação do Estado. Mas também com o da própria letalidade relativa da presença de tais entidades. Justificadora que um Estado soberano possa acomodar-se à possibilidade de não exercer jurisdição sobre factos criminais acontecidos no seu solo quando o que está em causa é um grupo de pessoas treinadas para o exercício de funções diplomáticas e não o fazer em relação a integrantes de contingentes militares que podem portar armas e são instruídos na “arte da guerra” para usar expressão de Sun Tzu em homónima obra (*A Arte da Guerra*, Luís Serrão (trad.), Queluz, Coisas de Ler, 2020). Até porque não consta que se pretenderia que também no caso do diplomata houvesse automaticamente uma autorização de exercício de poderes jurisdicionais penais do país acreditante em território nacional, hipótese claramente afastada porque a acontecer julgamento por tais delitos, a menos que esse Estado renuncie à imunidade funcional em causa, só poderia ocorrer no seu próprio território, quando o seu agente regressar, quiçá na sequência da sua declaração como *persona non grata* e subsequente expulsão.

Aliás, um indício muito claro de inexistência de *opinio juris* da prática invocada foi a necessidade de as partes celebrarem um tratado que, pela análise das negociações conduzidas, tinha como principal elemento precisamente esta

questão, visando garantir-se imunidades tão abrangentes. Sendo ainda de se perguntar porque, perante a dita, mas não provada, existência de tal norma no Direito Internacional Costumeiro, o tratado faça a remissão ao artigo 37 relativo ao pessoal técnico e administrativo e não ao artigo 31 concernente especificamente ao agente diplomático, que apesar da unidade parcial de regime, correspondem a categorias diferentes (Veja-se, por exemplo, Wladimir Brito, *Direito Diplomático*, Lisboa, Instituto Diplomático, 2007, p. 103). Ademais, o que é sintomático, remeteu-se a norma sobre a qual, ao contrário das que protegem os diplomatas, ainda pendem dúvidas sobre o seu estatuto costumeiro (cf. Eileen Denza, *Diplomatic Law. Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, pp. 329-330). Por fim, uma consequência dessa tese sobre a qual temos sérias reservas é que um militar de Cabo Verde que se desloque aos Estados Unidos da América para frequentar um curso numa das suas prestigiadas academias militares também gozaria de imunidades jurisdicionais completas por estarem assentes em suposta norma costumeira universal de equiparação de representantes do Estado, de agentes diplomáticos e outro pessoal – cada categoria com o seu regime jurídico-internacional próprio – com militares. Não estou a ver o Estado parceiro a concordar com esta interpretação do Direito Internacional e provavelmente por isso é que tenha proposto o regime estritamente convencional que nos foi apresentado no momento zero da negociação.

O que demonstra que tiveram de, no espírito de regra segundo a qual *lex specialis derogat legi generalis*, criar uma norma especial – a que concede imunidades jurisdicionais completas aos integrantes de uma força armada – para poderem afastar uma geral, a que imporia a territorialidade da jurisdição e somente muito residualmente protegeria integrantes dessas mesmas forças. Por isso, não me parece que tal norma tão abrangente tenha estatuto costumeiro internacional independentemente do local em que o crime é cometido (dentro ou foram de instalações militares, móveis ou imóveis), da vítima (membros das forças ou nacional do Estado recetor), do estatuto do agente (oficial superior ou outros militares) e da natureza do ato (no exercício de funções oficiais ou em ato privado), e muito menos que se tenha feito prova disso, já que não é suficiente alegar nesse sentido. Destarte, também não faz parte do ordenamento jurídico interno ao abrigo do número 1 do artigo 12 da Lei Fundamental, que recebe automaticamente normas costumeiras internacionais no direito interno a partir de uma fórmula nos termos da qual “o direito internacional geral ou comum faz parte integrante da ordem jurídica cabo-verdiana”. Porque para isso, como se mencionou, seria necessário, primeiro, que houvesse uma prática consolidada e geral nesse sentido; segundo, que ela fosse acompanhada de *opinio juris*.

Ora, se se analisar a prática, nota-se que ela está longe de sufragar a tese da natureza costumeira da norma que concederia imunidades jurisdicionais absolutas a integrantes de forças armadas estrangeiras em Estados recetores e consequente reconhecimento de exercício de poderes jurisdicionais criminais em território nacional. Na verdade, o que se verifica é que, no máximo, até à II Guerra Mundial, seria defensável a ideia acolhida pela própria *Supreme Court* dos Estados Unidos da América na decisão tirada no caso *The Schooner Exchange v. McFaddon & Others*, publicado no *US Reports*, v. VII, 1812 Term, pp. 117-147. Quando por meio da pena do merecidamente celebrado Juiz Presidente John Marshall (v. Richard Brookhiser, *John Marshall, The Man who Made the Supreme Court*, New York, Basic Books, 2018) esse importante tribunal considerou como fórmula geral que se um Estado admite forças armadas estrangeiras no seu território presume-se que implicitamente estará a renunciar ao exercício de jurisdição sobre os seus integrantes.

Porém, o efeito geral da fórmula acolhida pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América e que espelharia corretamente a regulação internacional nesta matéria não pode ser extrapolado. Primeiro, porque os factos em causa tinham a ver com a possibilidade de apreensão de uma embarcação naval militar de bandeira estrangeira. Assim, quando se tratou da questão das forças militares terrestres foi com base na ideia de estarem em trânsito pelo território nacional e não bem estacionadas por algum tempo como seria o presente caso. Isso pelo simples motivo de que fora dos casos de *ocupatio bellica*, em períodos de paz não seria comum tal presença. E o Juiz Marshall deixa claro que o potencial de confronto com a legislação local seria mínimo, até porque a deslocação seria determinada pelo soberano territorial, de tal sorte que, no fundo, se assim se o podemos entender, tal renúncia teria impacto quase exclusivo em relação aos crimes *inter se*, ou seja, entre os próprios membros das forças armadas estrangeiras.

Segundo, é evidente que o Direito Internacional Novecentista no geral não é bem igual ao que está em vigor. Estruturalmente sim, mas axiologicamente não. Destarte, os desenvolvimentos da prática internacional posterior à decisão citada de 1812 afastam-se de um sistema profundamente desigual marcado pelo estatuto civilizacional atribuído a cada membro da comunidade internacional. O qual deixava os países não-europeus como o Império Otomano ou a China sujeito ao famigerado instituto das capitulações, de acordo com o qual os nacionais de países estrangeiros – leia-se europeus e de países criados por europeus em outros continentes – não estavam sujeitos à jurisdição dos tribunais locais (vide, por exemplo, Pär Kristoffer Cassel, *Extraterritoriality and Imperial Power in Nineteenth Century China and Japan*, Oxford, OUP, 2012, e James Angell, “The Turkish Capitulations”, *American Historical Review*, v. 6, n. 2, 1901, pp. 254-259). Como, de resto, se pode verificar ilustrativamente no tratado entre a Turquia e os Estados Unidos de maio de 1830, que continha preceito segundo o qual “os cidadãos dos Estados Unidos da América que pacificamente estejam a empreender atividades comerciais (...) mesmo quando tenham cometido um crime não podem ser detidos e conduzidos à prisão pelas autoridades locais; devem ser julgados pelo seu ministro ou cônsul e punidos de acordo com o seu delito”. *Citizens of the United States of America, quietly pursuing their commerce, (...) even when they may have committed some offense they shall not be arrested and put in prison by the local authorities, but they shall be tried by their minister or consul and punished according to their offense* (reproduzido em Edward van Dyck (rap.), *Capitulations of the Ottoman Empire Since the Year 1150*, Washington, D.C., GPO, 1881, parte 1, pp. 93-94).

É verdade que esse entendimento continuou a ser seguido durante o século seguinte, nomeadamente pelo Judicial Committee of the Privy Council, quando, num caso intitulado *Chung Chi Cheung v. the King* de 1938 (decisão reproduzida como *Chung Chi Cheung v. the King*, London, His Majesty Stationary Office Press, 1938, e no *American Journal of International Law*, v. 33, n. 2, 1939, pp. 376-384), se reafirmou a concessão da imunidade de jurisdição, mas somente para efeitos de crimes *inter se* cometidos a bordo de embarcação militar em que, por definição, agente e vítima seriam integrantes de forças visitantes. As dificuldades de se interpretar o regime jurídico costumeiro vigente naquele período já eram evidentes se se atentar à decisão do Supremo Tribunal do Canadá de 1943 intitulada *In the Matter of a Reference as to Whether Members of the Military or Naval Forces of the United States are Exempt from Criminal Proceedings in Canadian Courts*, reproduzido no *Supreme Court Reports*, 1943, pp. 483-527, quando se respondeu afirmativamente à questão por três votos contra dois, mas em que, na maioria, dois grupos diferentes se formaram, um de acordo com o qual militares estrangeiros estão integralmente sujeitos aos

tribunais locais e outra de acordo com a qual há uma partilha de jurisdição e as cortes domésticas só podem exercer jurisdição em relação aos crimes estabelecidos pela legislação do país de receção e que sejam cometidos contra cidadãos nacionais, mas já não em relação aos crimes *inter se*. Por isso, na sua análise de 1965, Roland Stanger, *Criminal Jurisdiction over Visiting Armed Forces*, Washington, United States Printing Office, 1965, sumarizaria o estado do direito, ressaltando que “nenhuma regra de Direito Internacional chegou a ser estabelecida a reconhecer a forças visitantes imunidades gerais de jurisdição nos Estados de receção. A situação é menos clara no concernente a imunidades limitadas em relação a atos praticados em campos ocupados por forças visitantes. Muitos Estados não estavam preparados para seque conceder imunidades limitadas”.

Tal sistema nunca poderia perdurar depois da II Guerra Mundial. Não por ser injusto – e era – mas, sobretudo, porque a Carta das Nações Unidas, assenta-se sobre princípios como o da igualdade soberana (artigo 2 (1)) e o da não-ingerência entre os Estados (artigo 2(7)), os quais acabam por vincar que o critério básico de fixação da jurisdição criminal do Estado é o território. Naturalmente é bem verdade que nem o princípio nem os critérios mencionados são absolutos. Têm exceções que abarcam certos militares a partir do momento em que entram no território do Estado com o devido consentimento soberano e podem ser ultrapassados caso o Estado consinta com a presença de um congénere no seu território, e de forma clara afaste a aplicação natural da sua própria jurisdição. Seguramente isso não resulta de qualquer norma costumeira, muito menos uma que possa ser tida por cogente, mas sim da sua liberdade convencional para criar regras especiais com os outros Estados com base na sua vontade livre manifestada por meio de um tratado ou até através de um ato jurídico unilateral.

Destarte, no atual sistema é outro o paradigma vigente. Na ausência de renúncia a jurisdição ou acordo especial, o Estado territorial, com raras exceções, sempre teria soberania sobre quaisquer crimes cometidos por forças militares estrangeiras estacionadas ou de passagem sobre o seu território sobre os seus nacionais e pessoas residentes.

A natureza costumeira de tais imunidades, aliás, é até desconsiderada pelo parceiro de Cabo Verde neste mesmo tratado, bastando que se atente ao que o Juiz Clark escrevendo pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos asseverou em *Kinsella v. Krueger*, de 11 de janeiro de 1956, publicado nos *US Reports*, v. 351, 1956, pp. 470-486, “nações estrangeiras renunciam a sua jurisdição a autoridades americanas somente com fulcro em acordos cuidadosamente formulados que pressupõe um julgamento célere pelas autoridades competentes. Inexistente o efetivo exercício da jurisdição assim obtida, não há razão para se supor que as nações envolvidas não exerceriam o seu direito soberano de julgar e punir os delitos cometidos dentro das suas fronteiras/ *Foreign nations have relinquished jurisdiction to American military authorities only pursuant to carefully drawn agreements which presuppose prompt trial by existent authority. Absent the effective exercise of jurisdiction thus obtained, there is no reason to suppose that the nations involved would not exercise their sovereign right to try and punish for offenses committed within their borders*” (p. 479).

Mesmo o mais ambíguo *Wilson v. Girard*, de 11 de janeiro de 1957, publicado nos *US Reports*, v. 356, 1957, pp. 524-548, não deixou de considerar que “uma nação soberana possui jurisdição exclusiva para punir delitos contra as suas leis cometidos dentro das suas fronteiras, a menos que consinta em ceder a sua jurisdição/ *A sovereign nation has exclusive jurisdiction to punish offenses against its laws committed within its borders, unless it expressly or impliedly consents to surrender its jurisdiction*” (p. 429).

A mesma orientação espelha-se em outras decisões tomadas por tribunais logo a seguir ao fim da II Guerra Mundial, inclusive de Estados submetidos a ocupação militar, como o Japão. Este país, não obstante sujeito a tal estatuto, teve os seus órgãos judiciais a sustentar a tese de que a jurisdição seria sempre do Estado recetor nos casos de inexistência de acordo, máxime a que deu origem ao importante caso *Japan v. Smith and Stinner* decidido pelo *District Court of Kobe* e reafirmado pela *High Court of Osaka*, de 5 de novembro de 1952 (decisão reproduzida nos *International Law Reports 1952*, Elihu Lauterpacht (rapporteur), Reprint Edition, Cambridge, Grotius, 1982, p. 221 e ss), de se orientar no sentido de que o reconhecimento de concessão de imunidades para militares estacionados dependeria da celebração de um acordo.

Por conseguinte, da premissa novecentista de que a passagem de militares estrangeiros num território desde que autorizada a entrada decorreria implicitamente aceitação da imunidade, depois da II Guerra Mundial, com a adoção clara do princípio da soberania na Carta das Nações Unidas, donde resulta o critério básico de jurisdição que é a territorialidade, com a necessidade que os Estados foram tendo de criarem regimes especiais por via de tratado para se furtarem, legitimamente, ao regime geral aplicável, é muito pouco convincente que exista tal norma no Direito Internacional costumeiro. Este movimento rumo à territorialização da jurisdição é relativamente claro nos nossos dias (v. Peter Rowe, “Historical Developments Influencing the Present Law of Visiting Forces” in: Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of the Law of Visiting Forces*, Oxford, OUP: 2001, pp. 11-32; Paul Conderman, “Jurisdiction” in: *Ibid.*, pp. 99-103; Thomas Desch, “Military Forces Abroad” in: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015), não obstante terem sobrevivido ainda algumas situações que permitiriam reivindicar estatutos de imunidades jurisdicionais que beneficiam militares decorrentes do Direito Internacional Geral, por definição de base costumeira, o que gera ainda alguma incerteza sobre o seu alcance (vide Aurél Sari, “Immunities of Visiting Forces” in: Tom Ruys & Nicolas Angelet (eds.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge, UK, CUP, 2019, p. 559 e ss).

C – Mesmo que existisse e tivesse estatuto de *jus cogens* a assertiva de que estar-se-ia perante uma norma supraconstitucional também é um tanto exagerada. Primeiro, porque isso é desmentido pela cláusula concreta aplicável, o número 4 do artigo 12º da Lei Fundamental da República. Pois, com efeito, esta estabelece que “as normas e princípios do Direito Internacional geral ou comum (...) têm prevalência, após a sua entrada em vigor na ordem jurídica interna, sobre todos os atos legislativos de valor infraconstitucional”. A expressão “direito internacional comum” é usada no Direito Internacional para se referir a normas que têm um estatuto cogente.

E aqui em Cabo Verde não pode haver qualquer dúvida a respeito porque o legislador constituinte manifestou de forma clara a sua vontade tendo a possibilidade de acolher uma outra posição no concernente à hierarquia das normas internacionais incorporadas ao ordenamento jurídico cabo-verdiano. Isto porque, na sequência de proposta do Deputado Jacinto Santos de incluir preceito segundo o qual “as normas e os princípios de Direito Internacional que vigoram na ordem jurídica cabo-verdiana têm prevalência sobre todos os atos normativos internos, salvo se forem contrárias a normas internacionais de fundamental importância” (v. *Actas das Sessões. Apresentação e Debate da Constituição da República*, IV Legislatura, 2ª Sessão Legislativa Ordinária, Praia, Assembleia Nacional, 1992, p. 130), que incluiria em tese a maior parte das normas constitucionais, com a ressalva das estruturantes, foi claramente rechaçada

pelos demais constituintes, tendo um deles – Benvido Oliveira – dito claramente que “a Constituição deve ser respeitada mesmo nessas circunstâncias” (Ibid., p. 130), e, outro – David Hopfer Almada – asseverado que “em caso algum devemos admitir a hipótese de uma norma qualquer, vinda mesmo de um tratado internacional, possa prevalecer sobre as normas constitucionais do nosso país. Se houver necessidade imperiosa de fazê-las entrar no nosso ordenamento jurídico interno, nessa altura o que teremos de fazer é a alteração da Constituição, mas nunca aceitar que possam prevalecer sobre a nossa Constituição” (Ibid., p. 131).

Sendo assim, em princípio, literalmente está a definir o seu estatuto como infraconstitucional. Ultrapassar isso e arguir a sua supranacionalidade parece-me, mesmo perante uma eventual confrontação dessa disposição com o princípio do respeito pelo Direito Internacional, uma interpretação que não se pode acolher por excessivamente afastada da letra da norma. Embora esteja disposto a aceitar que normas de *jus cogens* possam em razão desse princípio do número 1 do artigo 11 ter, nalguns casos, equiparação constitucional se forem conformes aos valores estruturantes da Lei Fundamental, a sua supranacionalidade é insustentável perante a supremacia da Constituição prevista pelo número 3 do artigo 3º da Carta Magna desta República, nos termos do qual “As leis e os demais actos do Estado, do poder local e dos entes públicos em geral só serão válidos se forem conformes com a Constituição” (Veja-se José Pina Delgado, “O Direito Internacional Público no Direito Cabo-Verdiano” in: Jorge Bacelar Gouveia & Francisco Pereira Coutinho (orgs.), *O Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa*, Lisboa, CEDIS, 2018, pp. 119-122).

D – Assim, a consequência mais premente de tal tese é que, na verdade, estaríamos perante uma questão prévia de se saber se o Tribunal Constitucional poderia sequer escrutinar a incompatibilidade normativa de normas de estatuto hierárquico superior tendo como parâmetro a Constituição, exercendo a sua clássica missão kelseniana de ser na sua essência um órgão de defesa da supremacia da Lei Fundamental sobre todas as outras (Hans Kelsen, “Quien Diebe ser el Defensor de la Constitución?” in: Carl Schmitt & Hans Kelsen, *La Polémica Schmitt/Kelsen sobre la Justicia Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 289 e ss), também teria poderes para escrutinar a validade, desta feita da Carta Magna, em relação a um suposta norma imperativa internacional – as tais normas de *jus cogens* – de valor putativamente superior. Um efeito que, por mais abertura que tenha e da amizade particular que tenho para com o Direito Internacional, não poderei absorver, uma vez que retira a Constituição do seu pedestal de Lei Maior desta República e fundamento último de validade interna de qualquer ato jurídico inclusive internacional. Feito este enquadramento, é necessário identificar as grandes questões que devem ser resolvidas pelo tribunal.

X. Dada ao entendimento reinante entre os leigos de que a versão final do SOFA é rigorosamente igual ao primeiro esboço negocial, convém ressaltar que tal percepção é equivocada e somente justificada por parecer ao não jurista igual aquilo que é para o jurista claramente distinto, ainda que fosse motivado por uma única palavra ou vírgula; e, neste caso, são parágrafos inteiros que foram enxertados aos complexos normativos criados pelos redatores do tratado bilateral, nomeadamente porque podem ter efeitos de compensação de eventuais limitações da redação originária.

10.1. Daí que os quesitos não possam incidir sobre as primeiras versões do acordo que dispunham que: “Artigo 3º (“Estatutos dos funcionários dos Estados Unidos): 1. Aos funcionários Americanos serão concedidos privilégios, isenções, e imunidades equivalentes aos dos funcionários administrativos e técnicos de uma missão diplomática, nos termos da Convenção de Viena sobre as Relações

Diplomáticas, de 18 de Abril de 1961; 2. O Governo de Cabo Verde reconhece a importância do controlo disciplinar das autoridades das Forças Armadas Americanas sobre os seus funcionários e, pelo que [destacada no original], autoriza o Governo dos Estados Unidos a exercer a jurisdição criminal sobre os funcionários Americanos enquanto estiverem na República de Cabo Verde” e Artigo 10º (Reclamações): 1 (...) 2. As reclamações feitas por terceiros de prejuízos ou perdas causad[a]s pelos funcionários dos Estados Unidos devem ser resolvidos pelo Governo dos Estados Unidos de acordo com as leis e regulamentos vigentes dos Estados Unidos”.

Por conseguinte, desse processo negocial que não ficou estático resultam então as normas impugnadas com teor conforme o qual: ARTIGO III (Privilégios, Isenções e Imunidades): 1. Ao pessoal dos Estados Unidos são concedidos privilégios, isenções e imunidades equivalentes aos do pessoal administrativo e técnico de uma missão diplomática, nos termos da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 18 de Abril de 1961. 2. Cabo Verde reconhece a especial importância do controlo disciplinar exercido pelas autoridades das Forças Armadas dos Estados Unidos sobre o pessoal dos Estados Unidos e, em conformidade, autoriza os Estados Unidos a exercer jurisdição penal sobre o pessoal dos Estados Unidos durante a sua permanência no território da República de Cabo Verde. 3. Se Cabo Verde o solicitar, os Estados Unidos informarão Cabo Verde sobre o estado de quaisquer processos penais relativos a infracções alegadamente cometidas no território da República de Cabo Verde por pessoal dos Estados Unidos que envolvam cidadãos cabo-verdianos, incluindo sobre a decisão final das investigações ou da acção penal, em conformidade com a legislação e a política dos Estados Unidos. Se solicitado, os Estados Unidos envidarão esforços para permitir e facilitar a comparência e observação de representantes de Cabo Verde durante tais processos. 4. Os Estados Unidos envidarão esforços para facilitar a participação de vítimas e testemunhas cabo-verdianas em processos judiciais, conforme solicitado pelo tribunal, em conformidade com as leis e regulamentos dos Estados Unidos, incluindo o Código Uniforme de Justiça Militar e os regulamentos do Departamento de Defesa dos Estados Unidos. 5. A bem da justiça, as Partes prestar-se-ão assistência mútua na investigação de incidentes, incluindo a recolha e apresentação de provas. Na investigação de infracções, as autoridades dos Estados Unidos terão em conta quaisquer relatórios de investigações realizadas pelas autoridades de Cabo Verde”.

E outra conforme a qual: “ARTIGO XII (Demandas) 1. As Partes renunciam a todas e quaisquer demandas entre si (exceto as resultantes de direitos contratuais) por danos, perda ou destruição de propriedade da outra Parte, ou por lesão ou morte de pessoal das forças armadas ou pessoal civil de qualquer das Partes, decorrentes do desempenho das suas funções oficiais no âmbito das atividades ao abrigo do presente Acordo. 2. As reclamações de terceiros por danos ou perdas, incluindo danos corporais ou morte, causados pelo pessoal dos Estados Unidos são resolvidas pelos Estados Unidos em conformidade com a legislação e regulamentação vigentes no território dos Estados Unidos da América (nomeadamente, o Foreign Claims Act e o Victims’ Rights and Restitution Act). Cabo Verde encorajará as vítimas a apresentarem tais reclamações às autoridades das forças dos Estados Unidos tempestivamente”.

A que acresce o número 2 do artigo IV, segundo o qual “o pessoal dos Estados Unidos tem liberdade de movimentos e de acesso e uso de meios de transporte e de instalações de armazenagem, de treino e outras, mutuamente acordados e necessários no âmbito das atividades desenvolvidas ao abrigo do presente Acordo”.

10.2. Com a exclusão do tratamento da questão específica resultante do número 1 do artigo III, isto é, da possível inconstitucionalidade do reconhecimento das imunidades

jurisdicionais previstas para o pessoal administrativo e técnico nos termos da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, o presente desafio de constitucionalidade ficaria, do ponto de vista substantivo, reduzido a quatro blocos essenciais, nomeadamente conduzindo às questões de se saber se: a) a norma integrante do número 2 do artigo III da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas é incompatível com a Constituição, na medida em que dela poderia resultar o reconhecimento de poderes para julgar em matéria penal enquanto estão no território nacional e efeitos de cooperação judiciária em matéria penal contrários a disposições constitucionais; b) se o artigo II determinaria de alguma forma a extradição de cidadãos para os Estados Unidos em situação de possível aplicação de pena de morte ou de prisão perpétua em desconformidade com as cláusulas constitucionais que proíbem essas penas e vedam a extradição de cabo-verdianos nessas circunstâncias; c) se a limitação de acesso aos tribunais cabo-verdianos em relação ao condutas das forças dos Estados Unidos produziria algum efeito inaceitável sobre a garantia à tutela jurisdicional efetiva e outras de acesso aos tribunais, e, finalmente, d) se o acordo de alguma forma atingiria a cláusula constitucional da proibição da instalação de bases militares estrangeiras em território nacional.

XI. Da inconstitucionalidade da norma contida no número 2 do artigo III do Estatuto sobre as Forças Armadas dos Estados Unidos que reconhece a especial importância do controlo disciplinar exercido pelas autoridades das forças armadas dos Estados Unidos sobre o seu pessoal e autoriza este país a exercer jurisdição penal sobre o mesmo durante a sua permanência no território de Cabo Verde:

11.1. A disposição impugnada no seu todo estabelece que “*Cabo Verde reconhece a especial importância do controlo disciplinar exercido pelas autoridades das Forças Armadas dos Estados Unidos sobre o pessoal dos Estados Unidos e, em conformidade, autoriza os Estados Unidos a exercer jurisdição penal sobre o pessoal dos Estados Unidos durante a sua permanência no território da República de Cabo Verde*”, o que significa que o preceito, primeiro, não é mera continuidade do número 1 da mesma disposição por conter elementos normativos autónomos; segundo, que alberga várias normas diferentes cada qual podendo suscitar diferentes efeitos no quadro da sua interação com a Lei Fundamental de Cabo Verde.

11.1.1. Na verdade, no que diz respeito à primeira questão, enquanto o número 1 tem por objeto a atribuição pelo Estado de Cabo Verde de imunidades de jurisdição ao pessoal dos Estados Unidos análoga às que usufruem o pessoal administrativo e técnico acreditado em Cabo Verde, visando, pois, inibir o exercício de jurisdição por órgãos cabo-verdianos, o número 2 tem outras preocupações: de assegurar o exercício de jurisdição, seja disciplinar, seja penal, por órgãos habilitados dos Estados Unidos da América, através de uma redação que o permitisse também em território nacional.

11.1.2. Determinada a autonomia entre os dois números e devendo-se afastar-se o escrutínio sobre o número 1 do artigo III do SOFA por razões já adiantadas, e centrando-nos apenas no número 2 nota-se que a complexidade não se reduz porque, na verdade, este mesmo preceito pode ser segmentado em três enunciados deontológicos diferentes: um de acordo com o qual Cabo Verde reconhece a especial importância do controlo disciplinar exercido pelas autoridades das Forças Armadas dos Estados Unidos; outro conforme o qual Cabo Verde autoriza esse mesmo país a exercer poderes disciplinares sobre o pessoal dos Estados Unidos durante a sua permanência no território da República de Cabo Verde, e um terceiro que habilita os Estados Unidos a exercer jurisdição penal sobre o pessoal durante a sua permanência no território de Cabo Verde.

Essas normas, ainda que interligadas e com áreas de

sobreposição à luz do Direito Militar, são autonomizáveis e as dúvidas de inconstitucionalidade não se colocarão em relação a todas com a mesma intensidade. Pois uma coisa é aceitar a ideia de que se considera importante o controlo disciplinar dos Estados Unidos em relação às suas forças, outra é permitir que autoridades desse país exerçam poderes materialmente jurisdicionais em território cabo-verdiano, por meio de tribunais marciais ou de outra natureza.

A – Com efeito, o preceito objeto deste desafio de constitucionalidade alberga diversas normas, cada qual convocando interpretações distintas. Se a única tivesse por objeto declarar que os Estados Unidos têm um poder disciplinar sobre os membros da sua força ou de reiterar que podem exercer jurisdição criminal sobre os mesmos, naturalmente problemas constitucionais não se colocariam. Isso, em princípio, independentemente de qualquer SOFA, bastando, como efetivamente acontece, que, como vários Estados fazem por diversos motivos, determinassem a aplicação territorial da sua lei penal ou neste caso das suas leis criminais militares. De resto, para tanto, o Código Uniforme de Justiça Militar e as Regras de Tribunais Marciais permitem a aplicação dessas normas a “*todos os lugares/all Places*”, dizendo-se textualmente num comentário oficial que “*com a exceção dos casos previstos pela Constituição, pelo Código Uniforme de Justiça Militar ou pelo Manual, como a jurisdição sobre pessoas listada no artigo 2(a) (10), a jurisdição dos tribunais marciais não depende do lugar onde a infração foi cometida/except insofar as required by the Constitution, the UCMJ, or the Manual, such as jurisdiction over persons listed under Article 2(a) (10), jurisdictions of courts-martial does not depend on where the offense was committed*” (*Manual for Court-Martials*, DoD, 2019, p. II-11).

Seria, pois, uma norma meramente declaratória sem consequências de maior, de efeito simbólico, já que independente do ponto de vista constitucional cabo-verdiano. Naturalmente, os Estados Unidos, sendo um país soberano, como qualquer outro, tem, dentro de certos limites, o poder para determinar as circunstâncias em que a sua lei interna, sobretudo a de natureza militar, pode ser aplicada para regular o julgamento criminal nos Estados Unidos de factos ocorridos no estrangeiro a envolver o seu pessoal, pelo menos quando eles se encontram no polo ativo da relação processual penal.

Contudo, se fosse esta a intenção, ter-se-ia ficado pelo primeiro parágrafo do preceito, sendo suficiente dizer-se que “*Cabo Verde reconhece a especial importância do controlo disciplinar exercido pelas autoridades das Forças Armadas dos Estados Unidos sobre o pessoal dos Estados Unidos*”. Neste caso, seria inevitável acolher-se a tese da entidade prolatora da norma de que o enunciado deontológico inserido no preceito seria um complemento inevitável do que se consagra no número 1, ou seja, da impossibilidade normativa de os tribunais cabo-verdianos não poderem exercer soberania sobre factos ocorridos no seu próprio território, pois concedidas imunidades, e quiçá para evitar qualquer hiato jurisdicional gerador de impunidade, proclamar-se-ia a importância desse controlo disciplinar.

B – O problema é que essa linha de pensamento insere elementos novos, mas é insuficiente. Primeiro, pela simples razão de que ela cumpre esse possível objeto de forma fraca porque ao invés de se consagrar algo no espírito do que consta do número 4 do artigo 38 da nossa Carta Magna, segundo o qual “*caso a extradição seja recusada, o extraditando responde perante os tribunais cabo-verdianos pelos crimes cometidos no estrangeiro*”, simplesmente evoca a importância de um exercício que é deixado ao critério das entidades de envio das forças militares; segundo, mesmo que por debaixo da capa do reconhecimento da importância estivesse implícita a ideia de um dever de processar, tal fórmula não explicaria a necessidade do segundo segmento do preceito nos termos

do qual “em conformidade [com a especial importância do controlo disciplinar exercido pelas autoridades das Forças Armadas dos Estados Unidos sobre o pessoal dos Estados Unidos], [Cabo Verde] autoriza os Estados Unidos a exercer jurisdição penal sobre o pessoal dos Estados Unidos durante a sua permanência no território da República de Cabo Verde”.

11.1.3. No mínimo – e aceito a premissa apenas para efeitos argumentativos – a norma não é absolutamente clara em relação ao sentido que se pretende concretizar e isso é extremamente importante quando um tribunal se encontra num processo de escrutínio de um tratado, pois, além das técnicas para inferir possíveis sentidos de textos constitucionais ou legais de direito interno serem relevantes, mais importante ainda é definir os encaminhamentos normativos a partir do próprio Direito Internacional e das orientações aceites ou passíveis de utilização para a interpretação de tratados.

Se se ativer, na medida em que se o aceitar, que se está perante normas costumeiras declaradas, a primeira base de interpretação é primacialmente objetivista, como indica o artigo 31 da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados entre Estados que reza que “1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé, de acordo com o sentido comum a atribuir aos termos do tratado no seu contexto e à luz dos respetivos objeto e fim”, completando que “2. Para efeitos de interpretação de um tratado, o contexto compreende, além do texto, preâmbulo e anexos incluídos: a) qualquer acordo relativo ao tratado e que tenha sido celebrado entre todas as partes quando da conclusão do tratado; b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou mais Partes quando da conclusão do tratado”. Ainda que “3. Ter-se-á em consideração, simultaneamente com o contexto: a) todo o acordo posterior entre as Partes sobre a interpretação do tratado ou a aplicação das suas disposições; b) toda a prática seguida posteriormente na aplicação do tratado pela qual se estabeleça o acordo das Partes sobre a interpretação do tratado; c) toda a norma pertinentes de Direito Internacional aplicável às relações entre as Partes”. E, finalmente, que “um termo será entendido num sentido particular se estiver estabelecido que tal foi a intenção das partes”. Esta filosofia foi resumida pelo relatório da Comissão de Direito Internacional, entidade que preparou o projeto de convenção, ao concluir que “a maioria (...) enfatiza a primazia do texto como base da interpretação de um tratado, enquanto em simultâneo reservam algum papel para as evidências extrínsecas da intenção das partes e ao objeto e finalidades do tratado como meio de interpretação/ The majority (...) emphasizes the primacy of the text as the basis for the interpretation of a treaty, while at the same time giving a certain place to extrinsic evidence of the intentions of the parties and to the objects and purposes of the treaty as means of interpretation” (“Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries”, *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, 1966, p. 218). Essas mesmas perspetivas moderadas que partem do texto e inserem outros elementos importantes de atribuição de sentido são quase unânimes entre as autoridades na matéria (vide Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, UK, CUP, cap. 13, e Richard Gardiner, “The Vienna Convention Rules on Treaty Interpretation” in: Duncan Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford, OUP, 2012, pp. 475-506).

Sendo assim, é inevitável que qualquer interpretação que as partes seguissem decorresse do elemento textual, o qual estabelece claramente que “[Cabo Verde] autoriza os Estados Unidos a exercer jurisdição penal sobre o pessoal dos Estados Unidos durante a sua permanência no território da República de Cabo Verde”. Perante tal redação o sentido evidente que se pode depreender da norma é que tal exercício jurisdicional ocorre em Cabo Verde enquanto as forças americanas aqui permanecem.

Não se sabe por enquanto se foi outra a intenção, mas o facto é que se fosse um mero prolongamento do que já consta do primeiro segmento o que se diria, não obstante não fazer sentido nem ser necessário, é que “[Cabo Verde] autoriza os Estados Unidos a exercer jurisdição penal sobre o pessoal dos Estados Unidos por factos ocorridos no território da República de Cabo Verde”, o que é bem diferente.

Naturalmente, há a hipótese de ter sido outra a intenção das partes, mas isso tem de vir espelhado em algum documento, verificando-se se, à luz do número 4 do artigo 31 da CVDTE, a expressão “exercício de jurisdição penal” e “durante a sua permanência em território de Cabo Verde” deverão ser interpretados de forma diferente por ter sido outro o sentido pretendido pelas partes. Desde logo, notando-se que não satisfaz essa exigência que a parte cabo-verdiana por algum motivo tenha ficado com essa impressão, mas que possa resultar da vontade conjugada de ambas esse sentido particular.

Ou, alternativamente, se se partir do princípio de que a disposição é ambígua, sempre se poderia fixar atenção no artigo 32 segundo o qual “pode-se recorrer a meios complementares de interpretação, designadamente aos trabalhos preparatórios e à circunstâncias em que foi concluído o tratado, com vista a confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31º ou determinar o sentido quanto à interpretação dada em conformidade com o artigo 31º: a) deixe o sentido ambíguo ou obscuro; ou; b) conduza a um resultado manifestamente absurdo ou incoerente”.

11.1.4. Ao analisar elementos constantes dos autos e outros que se consegue identificar como suporte ao esforço deliberativo do Tribunal não consegui me deparar com nenhuma indicação de que se pretendeu atribuir um sentido particular a esses termos, nem tão-pouco que durante o processo negocial as partes quiseram emprestar uma aceção não literal a termos que no sentido comum são o que são porque exercício de jurisdição penal enquanto permanecer em Cabo Verde só pode ser entendido de uma forma.

O que se depreende, outrossim, é que, na verdade, essa possibilidade não só decorre da forma como se redigiu o texto, como era importante para os Estados Unidos e disso Cabo Verde estava ciente. Uma conclusão a que rapidamente se chega a partir da análise dos trabalhos preparatórios que envolveram o citado dispositivo. Pois nota-se facilmente nas anotações a versões negociais do tratado que, primeiro, houve um deslocamento do dispositivo que, inicialmente, aparecia como preceito autónomo num artigo VII com construção normativa segundo a qual “O governo de Cabo Verde autoriza o governo dos Estados Unidos a exercer jurisdição penal durante a sua permanência em Cabo Verde”, e, posteriormente, passou para o artigo IIIº na sequência de proposta do nosso país com a qual os Estados Unidos concordaram, o que demonstra que o conteúdo normativo do seu número 2 desafiado nestes autos, correspondem a institutos diferentes, ainda que interligados.

Segundo, que a possibilidade do exercício de jurisdição em Cabo Verde, cujo sentido já decorre da aceção comum dessa expressão, longe de ter sido afastada é reiterada pela análise dos trabalhos preparatórios, aparecendo inscrição clara de comentário da parte americana de que os Estados Unidos não podiam aceitar a proposta de Cabo Verde da inserção da expressão “no que diz respeito a infrações disciplinares que possam ser cometidas durante a sua permanência em Cabo Verde” com o argumento de que “o Governo dos Estados Unidos não pode concordar com a sua inserção [do segmento] porque este preceito refere-se não só a infrações cometidas em Cabo Verde, mas também em julgar em Cabo Verde. Dada à duração temporária da permanência do DdD em Cabo Verde, isto

pode incluir situações como pequenas infrações por pessoal do navio (por exemplo, chegarem tarde ao navio depois da licença) que pode não ser abrangido ao conceito de infração cometida em Cabo Verde”. Portanto, a ideia é que existem poderes sancionatórios – que não salvaguardados pela expressão pequenas infrações que poderiam reconduzir à punições meramente disciplinares porque a sua força é relativizada não sendo suficientemente acauteladora do ponto de vista constitucional, porque se usa a fórmula “pode incluir” – a serem exercidos em Cabo Verde, logo a utilização de instrumentos complementares de interpretação longe de infirmarem o resultado da interpretação textual, confirmam-na em grande medida.

11.1.5. Sendo assim, não se pode dizer que, em abstrato, haveria uma situação em que não existe qualquer possibilidade do exercício de poderes sancionatórios em território nacional e que disso não decorra a possibilidade de se atingir normas constitucionais, especificamente:

11.2. Por violação do princípio da soberania nacional

Logo, a possibilidade dessa mesma norma poder violar o princípio da soberania nacional inserto no número 1 do artigo 1º e número 1 do artigo 11º ambos da Constituição é real, e colocou-me um problema difícil de ultrapassar, como passo a tentar descrever.

11.2.1. Como decorre classicamente do Direito Internacional e conforme se afirmou na arbitragem da Ilha de Palma, pela voz do internacionalista Max Huber, a soberania se manifesta como um poder de exclusão de exercício de qualquer função de *imperium* num determinado território (v. *Island of Palma Case*, January 23, 1928, reproduzido em *Reports of International Awards/Recueil des Sentences Arbitrales*, New York, United Nations, 4 abril 1928, v. 2, pp. 831-871), “soberania nas relações entre os Estados significa independência. Independência em relação a uma parte do Globo é o direito de nele exercer, com a exclusão de qualquer outro Estado, as funções de um Estado. O desenvolvimento da organização nacional dos Estados durante os últimos séculos, estabeleceram este princípio da competência exclusiva do Estado em relação ao seu território de tal sorte a fazê-lo ponto de partida para resolver a maior parte das questões que dizem respeito às relações internacionais/Sovereignty in the relations between States signifies independence. Independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of a State. The development of the national organisation of States during the last few centuries and, as a corollary, the development of international law, have established this principle of the exclusive competence of the State in regard to its own territory in such a way as to make it the point of departure in settling most questions that concern international relations” (p. 838).

11.2.2. No caso concreto, portanto, criaria um monopólio de poder legislativo, executivo e judicial no território nacional, definido a partir do artigo 6º da Lei Fundamental, abarcando, portanto, a parte emersa terrestre do país, o mar territorial, as águas arquipelágicas e o espaço aéreo sobrejacente, pois dele decorre que “o território da República de Cabo Verde é composto: a) pelas ilhas (...); b) pela águas arquipelágicas e o mar territorial definidos na lei, assim como os respetivos leitos e subsolos; c) pelo espaço aéreo suprajacente aos espaços geográficos referidos nas alíneas anteriores”.

Havendo ainda a considerar, nos termos do número 2, que “na zona contígua, na sua zona económica exclusiva e na plataforma continental, definidas na lei, o Estado de Cabo Verde tem direitos de soberania em matéria de conservação, exploração e aproveitamento dos recursos naturais, vivos ou não vivos, e exerce jurisdição nos termos do direito interno e das normas do Direito Internacional”. O que significa que as áreas onde Cabo Verde pode exercer

jurisdição à luz do Direito Internacional, mormente na Zona Contígua, ou tenha monopólios de exploração económica, no caso da Zona Económica Exclusiva e da plataforma continental, mas que nem do ponto de vista do Direito Internacional, nem do ponto de vista constitucional ou legal cabo-verdiano, são considerados como território cabo-verdiano, não seriam consideradas território nacional.

11.2.3. O que interessará para efeitos de escrutínio de constitucionalidade desse dispositivo é a dimensão jurisdicional da soberania, concretizada numa prerrogativa de somente órgãos jurisdicionais nacionais poderem ditar o direito em território nacional em matéria penal, pelo menos em relação a factos aqui ocorridos, a menos que a própria Lei Fundamental o consinta em relação a outras situações.

Perante os dados do problema, e para meros efeitos de argumentação, três hipóteses hermenêuticas se colocavam: primeiro, de que não há qualquer inovação normativa e que a norma limita-se a ressaltar a importância do exercício de poderes disciplinares por parte dos Estados Unidos da América sobre as suas forças; segundo, na medida em que se possa fazer esta distinção, que ela se reduz a aceitar que as forças dos Estados Unidos exerçam poderes disciplinares em Cabo Verde, como parece decorrer do comentário feito aquando das negociações; terceiro, que a norma autoriza efetivamente o exercício de poderes jurisdicionais em matéria criminal em território nacional.

11.2.4. Em relação à primeira, se o objetivo da norma é meramente declaratório problemas de maior não resultariam, considerando que nenhum óbice se colocaria a que Cabo Verde reconheça a importância do controlo disciplinar dos Estados Unidos sobre as suas forças, o que se revela, aliás, até mais relevante em contexto no qual perdurariam regras de imunidades jurisdicionais como as definidas pelo número 1 do mesmo dispositivo. Mais uma vez, se os Estados Unidos, por meio do seu direito interno inclui entre os critérios de atribuição geral ou especial de jurisdição aos seus tribunais, o da personalidade ativa com uma dimensão extraterritorial, nada obstará que isso fosse reconhecido por Cabo Verde no quadro de um tratado desta natureza, até porque, em larga medida, coberto por regra internacional de o Estado poder estender essa jurisdição para fora do seu território, pelo menos quando exista conexão efetiva como a que decorreria inevitavelmente da condição militar já identificada (no geral, ver o estudo de Rain Liivoja, *Criminal Jurisdiction over Armed Forces Abroad*, Cambridge, CUP, 2017).

De outra parte, segundo, se o objetivo dessa expressão for o reconhecimento de poderes implícitos de polícia ou de investigação relativamente a esses mesmos militares, a resposta constitucional seria outra, designadamente porque estar-se-ia até ali a exercer poderes de natureza executiva em território nacional que, ainda sem nos pronunciarmos sobre a sua constitucionalidade, teria objetivamente algum impacto sobre a soberania nacional.

11.2.5. No concernente ao segundo segmento correspondente às duas possibilidades hermenêuticas restantes, mencionasse, então, o exercício de jurisdição criminal, mas não fica integralmente claro o que se pretende. Dificuldade esta que pode decorrer da sobreposição relativa que se pode manifestar entre o exercício de jurisdição disciplinar e o exercício de jurisdição criminal no sentido estrito das palavras no quadro do Direito Militar.

Do ponto de vista constitucional, a reação sempre seria necessariamente diferente, entre permitir o exercício de jurisdição disciplinar pelos membros das forças militares dos Estados Unidos em território cabo-verdiano dentro de contexto militar e aceitar a utilização de prerrogativas típicas de poderes materialmente jurisdicionais no domínio criminal. Se o primeiro seria aceitável no limite – num quadro de normalidade relativa, como o que

aparentemente caracteriza o atual contexto, a acreditar pelos elementos fornecidos pelo próprio Governo que, simplesmente, tenta de forma rotineira implementar a sua política de defesa –, desde que se limite a aplicação de sanções disciplinares análogas às previstas no Direito Militar nacional – mormente as que constam dos artigos 18 e 19 do Regulamento de Disciplina Militar de Cabo Verde – a envolver a aplicação de penas disciplinares não restritivas de liberdade ou com esta componente, mas por poucos dias, dentro do estritamente necessário para se manter a disciplina das forças. Isto porque tais atos, sem embargo da sua componente híbrida, não podem deixar de ser considerados no âmbito do contexto militar concreto em que a sua dimensão não jurisdicional e essencialmente disciplinar seria predominante aplicável a pessoas – membros de forças militares – que de forma voluntária aceitam submeter-se a um estatuto que poderá comprimir de alguma forma os seus direitos, na medida em que o sistema absorve a possibilidade de se o fazer por meio de estatutos especiais e da renúncia dos próprios titulares (cf. Peter Rowe, *The Impact of Human Rights Law on Armed Forces*, Cambridge, CUP, 2006, caps. 1-3).

Já o segundo – o exercício efetivo de poderes jurisdicionais em matéria penal em território nacional – somente perante um interesse público muito forte poderia contornar o princípio da soberania nacional. O qual seria, por exemplo, proporcionado numa situação de ataques armados externos efetivos, iminentes ou no mínimo prováveis de origem estatal ou não-estatal contra o país, pois em tal situação em que a salvação da integridade territorial do Estado de Cabo Verde poderia justificar-se, em abstrato, a concessão de poderes soberanos a entidades estrangeiras no país, Nomeadamente forças armadas de países aliados que, na sequência de pedido, se deslocem para auxiliar a República de Cabo Verde a repelir agressão injusta, possibilidade decorrente do artigo 51 da Carta das Nações Unidas que reconhece o “direito inerente à legítima defesa individual ou coletiva” e da prática costumeira em matéria de uso internacional da força, sendo pacífico que o último conceito – de legítima defesa coletiva – reflete a noção de legítima defesa de outrem.

11.2.6. A questão a saber é, pois, se se está perante um contexto em que seria aceitável um desvio tão ostensivo da soberania nacional que chegue ao ponto de permitir que tribunais estrangeiros – não internacionais – exerçam poderes materialmente jurisdicionais em território nacional e ditem o direito num caso concreto que possa resultar na aplicação de uma pena criminal na aceção substantiva da palavra.

A resposta aqui teria de ser negativa. A medida é apresentada dentro de um certo contexto de segurança que demanda, como é natural, alguns cautelas, as quais podem até justificar certas medidas de antecipação, nomeadamente, na incapacidade de se alocar recursos suficientes para esse efeito, de criar uma rede de países parceiros que pudessem garantir auxílio em caso de necessidade. A entidade prolatora da norma optou por fazê-lo apelando genericamente à adaptação de uma análise SWOT de uma pesquisa académica, porém, o que se esperava era a demonstração clara, através da apresentação de informações fidedignas, ainda que sujeitas a utilização limitada por este Tribunal, que existem neste momento riscos objetivos de materialização dessas ameaças que justificassem a aceitação de soluções tão impactantes sobre a soberania do país.

O que acontece é que genericamente algumas das ameaças apontadas – máxime o narcotráfico – são recorrentes e nessa medida o que se pretende fazer é simplesmente a implementação da política de defesa e segurança na sua dimensão de cooperação internacional. O elemento que destoaria da normalidade, a aproximação do terrorismo *jihadista* do Sahel, não foi apresentada com dados suficientes no sentido de que exista algum

tipo de ameaça latente – e não meramente abstrata – que pudesse justificar tamanho desvio do princípio da soberania nacional. Não sendo despidendo identificar-se qual é a situação concreta de segurança que enquadra a concessão (por exemplo, veja-se a interpretação de um caso relevante em Youngjun Jung & Jun-Shik Hwang, “Where Does Inequality Come From? An Analysis of the Korea-United States Status of Forces Agreement”, *American University International Law Review*, v. 18, 2003, pp. 1103-1144), pois é completamente diferente aceitar tais limitações ostensivas de soberania quando a) o Estado está numa situação de ocupação militar – como aconteceu na II Guerra Mundial; b) está a ser alvo de um ataque externo massivo – o caso da Grã-Bretanha no mesmo período; c) está perante uma ameaça de invasão permanente, a Alemanha Ocidental durante a Guerra Fria ou a Coreia do Sul na atualidade; d) está a combater uma insurgência terrorista no seu território – como foi o caso do Iraque face à Estado Islâmico ou do Mali com a Al Qaeda no Magrebe Islâmico – ou ataques esporádicos de entidades não-estaduais ou situações similares; e) tem informações de inteligência fidedignas que se pode transformar num alvo de tais operações, e fazê-lo em situações de normalidade, ainda que relativa.

11.2.7. Isso, no concernente a essa última dimensão hermenêutica da norma. O que me fez subscrever a solução comum acolhida pelo Tribunal de declarar claramente a inconstitucionalidade da aceção decorrente do número 2 do artigo III do Acordo sobre o Estatuto das Forças que permitiria às forças dos Estados Unidos exercerem poderes materialmente jurisdicionais no domínio criminal durante a sua estadia em território nacional materialmente inconstitucional.

Portanto, a) ainda que não seja adequado ou necessário declarar a inconstitucionalidade do preceito no seu todo ou do seu segundo segmento com consequente supressão integral ou parcial de texto; b) malgrado poder aceitar-se o reconhecimento da importância do exercício de poderes disciplinares pelos Estados Unidos em relação às suas forças; c) de, nesse âmbito, ser tolerável que possam assumir certos poderes disciplinares em território nacional, a possibilidade de exercerem poderes jurisdicionais típicos em matéria criminal é inconstitucional por violação do princípio da soberania nacional. Logo, devendo ser descartada enquanto possível aceção normativa decorrente do preceito desafiado através da técnica da declaração de inconstitucionalidade de sentido sem redução de texto.

11.3. Por violação do princípio da soberania popular

11.3.1. Por sua vez, em relação à violação do princípio da soberania popular a desconformidade está longe de ser evidente. Não porque o parâmetro não mereça – a par do princípio da soberania nacional – uma proteção densa. Longe disso, até por maioria de razão, não se está perante uma fórmula qualquer, mas uma que agasalha um valor constitucional, disso decorrendo não só efeitos prático-normativos, mas também feixes simbólico-jurídicos.

Sendo um dos pilares do nosso sistema constitucional baseado nos direitos e na democracia, dele decorre a orientação de que o poder político originário está nas mãos do povo e é exercido em seu nome. É o que aconteceu quando, em 1990, o povo conquistou o seu poder político com a queda do artigo 4º da Constituição de 1980. Conforme este Tribunal já havia considerado, “o princípio democrático é uma manifestação da soberania popular, nos termos da qual o poder político originário está nas mãos do povo cabo-verdiano e só pode ser exercido em seu nome, cabendo-lhe, nos termos da Constituição, tomar, por si ou através dos seus representantes, as decisões fundamentais relativas à sua existência, já se tendo determinado que este poder deve ser efetivo (...). Naturalmente, como já se disse várias vezes, não são prerrogativas decisórias ilimitadas, (...)” (9.1.) (Acórdão 7/2018, de 29 de março,

Joaquim Jaime Monteiro v. CNE, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 21, 11 de abril de 2018, pp. 505-528).

11.3.2. Do seu conteúdo se infere que nesta Comunidade Política, desde que não se atinjam normas constitucionais, o povo e aqueles que o representam, têm um poder efetivo de tomar as decisões centrais para a vida de uma comunidade, inclusive aquelas que impliquem em graus mais ou menos acentuados de risco, desde que normas constitucionais não sejam violadas. Naturalmente, não no mesmo sentido acentuado pelo Juiz do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes, que, numa carta ao seu amigo Harold Laski, dizia que “*se os meus concidadãos quiserem ir ao Inferno ajudá-los-ei. É o meu trabalho*” (reproduzido em Mark DeWolfe Howe, *Holmes-Laski Letters. The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold J. Laski*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 1953, v. I, p. 155), mas sempre respeitando a ampla margem de conformidade que se atribui aos representantes do povo para a tomada de decisões fundamentais para a vida da República, desde que dentro do quadro constitucional.

11.3.3. Claro está que lesões insuportáveis ao princípio da soberania popular podem resultar de arranjos internacionais com natureza de tratado negociados e finalizados pelo Estado. O problema é que isso para ser regular deve ser conduzido pelas mesmas autoridades que recebem por delegação essa mesma soberania, nomeadamente integrantes do Governo que os negociam (artigo 203 (1) (i): “*Compete ao Governo, no exercício de funções públicas (...) negociar e ajustar convenções internacionais (...)*”), membros da Assembleia Nacional que os aprovam (artigo 179: “*Compete à Assembleia Nacional: a) aprovar para ratificação ou adesão os tratados (...) de defesa (...) ou respeitantes a assuntos militares (...)*”) e o Presidente da República que manifesta externamente a vontade de vinculação (artigo 136 (a): “*No domínio das relações internacionais compete ao Presidente da República: a) ratificar, depois de validamente aprovados os tratados e acordos internacionais (...)*”), por meio das vias previstas pelo próprio tratado para tanto (Veja-se José Pina Delgado, “O Direito Internacional Público no Direito Cabo-Verdiano” in: Jorge Bacelar Gouveia & Francisco Pereira Coutinho (orgs.), *O Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa*, Lisboa, CEDIS, 2018, pp. 85-91).

11.3.4. Neste sentido mais formal, naturalmente, nada se pode dizer em relação aos possíveis efeitos do Acordo sobre o Estatuto das Forças sobre o princípio da soberania popular. Ele é, não obstante as suas vicissitudes, resultado do exercício dessas prerrogativas nos termos previstos pela Lei Fundamental da República. Isso na medida em que foi negociado pelo Governo, como fica patente na análise dos trabalhos preparatórios, foi aprovado para ratificação pelos representantes do povo reunidos na Assembleia Nacional – apesar das reservas da oposição parlamentar, expressa pelos deputados da PAICV e da UCID, que criticaram o conteúdo de várias das suas normas – e foi ratificado pelo Chefe de Estado.

Dentre essas decisões feitas em nome do povo, nos termos da Constituição, estariam aquelas destinadas a vincular Cabo Verde a outros sujeitos de Direito Internacional possuidores de um *jus tractum*, não só por meio de tratados multilaterais referentes a organizações internacionais mencionadas pela Lei Fundamental da República, como também a tratados bilaterais com outras nações. Na medida em que sejam seguidos os procedimentos que esses representantes e outras entidades envolvidas tenham de observar à luz da Constituição da República e que neste caso não conheceu qualquer desvio.

11.3.5. Por outro lado, porém, o conceito de soberania popular, pelo menos fora do âmbito constituinte que não estava em causa, não abarca igualmente a possibilidade

de tais representantes esvaziarem o seu exercício futuro adotando compromissos que não possam ser revertidos ou que só o poderão ser por meio da assunção de um conjunto insuportável de fardos. Por exemplo, promovendo a vinculação de Cabo Verde a um tratado que produzisse tais efeitos. Porque, podendo – e o tratado bilateral só pode ser celebrado com o nosso consentimento em razão do princípio da liberdade convencional –, não diligenciaram no sentido de ter um termo ou atividade certa que pudesse gerar a sua caducidade ou por não incluir uma cláusula que permitisse que Cabo Verde por mera expressão de vontade unilateral se desvinculasse, nomeadamente por meio de possibilidade de denúncia ou de retirada; ou porque, do outro, aceitando incluir cláusulas permissivas, associam-nas a condições que produzem os efeitos acima assinalados, mostrando-se inviável ou excessivamente custosa tal opção de desvinculação. De certa forma, realizando o que um estadista e publicista da então infante nação norte-americana, Thomas Jefferson (“To James Madison [Paris, September 6, 1789]” in: Brett Woods (ed.), *Thomas Jefferson Diplomatic Correspondence, Paris, 1784-1789*, New York, Algora, 2016, pp. 305-309, disse a propósito de outra questão constitucional, com a sua célebre advertência de não se permitir que uma geração vincule inexoravelmente as vindouras e os mortos aos vivos, quando, numa carta a James Madison disse que, pelo facto de a “*Terra pertencer aos viventes e não aos mortos*” (p. 308), “*nenhuma sociedade pode fazer uma constituição perpétua ou um lei perpétua*” (Ibid.), aqui aplicando-a à esfera da assunção de compromissos jurídicos pelo Estado na esfera externa. Para nós, um poder que nem sequer o legislador constituinte de reforma se pode arrogar, na medida que protegido pela expressão “independência nacional” da cláusula pétrea do número 1 do artigo 290.

11.3.6. O facto é que, no caso concreto, a convenção impugnada não teria repercussões se considerarmos que, de facto, apesar de não haver um termo ou uma causa que pudesse operar a caducidade, existe uma cláusula de denúncia, o número 3 do artigo XV segundo o qual “*O presente Acordo mantém-se em vigor a não ser que qualquer das Partes o denuncie, mediante notificação à outra Parte por escrito e por via diplomática, com pelo menos um ano de antecedência*”, o que significa que essa decisão pode ser revertida a qualquer momento, sem que a mesma esteja associada a condições de denunciabilidade dos quais pudesse resultar ónus excessivos para o Estado de Cabo Verde, caso se optasse pela sua utilização. Por conseguinte, permitindo que, à luz do artigo 54 da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados entre Estados que se promova, por decisão unilateral de qualquer das partes, a cessação da sua vigência, já que este preceito dispõe que “*a cessação da vigência de um tratado ou a retirada de uma das partes: a) nos termos previstos pelo próprio tratado (...)*”.

11.3.7. Por estes motivos específicos, não me parecendo que, de algum modo, a norma impugnada na aceção relevante e interpretada no quadro do regime jurídico especial criado pelo próprio tratado, naturalmente consideradas outras cláusulas relevantes, pudesse atingir o princípio da soberania popular, também me associei à solução comum sufragada por todos os juízes deste Tribunal.

11.4. Pelo atingimento das regras da tipicidade dos órgãos de soberania e dos tribunais

11.4.1. A resposta a esta questão deve considerar duas dimensões diferentes, mas não pode ser pura e simplesmente descartada por ser absurda, atendendo ao que dispõe o artigo 119, nos termos do qual “*São órgãos de soberania o Presidente da República, a Assembleia Nacional, o Governo e os Tribunais*”, e o artigo 214, que arrola os tribunais previstos em Cabo Verde, nomeadamente “*Além do Tribunal Constitucional, a) o Supremo Tribunal de Justiça; b) os Tribunais Judiciais de Segunda Instância; c) Os Tribunais Judiciais de Primeira Instância; d) o*

Tribunal de Contas; e) o Tribunal Militar de Instância; f) os Tribunais Fiscais e Aduaneiros”, podendo ainda ser “criados, por lei: a) Tribunais Administrativos; b) Tribunais Arbitrais; c) Organizações de regulação de conflitos em áreas territoriais mais restritas do que as de jurisdição dos Tribunais Judiciais de Primeira Instância”.

11.4.2. À primeira vista, a reação de qualquer intérprete seria precisamente aquela que alegar os respondentes, ou seja, de que os feixes normativos da disposição não teriam a mínima relação com as normas que, no entendimento dos requerentes, foram violadas. Porém, no meu entendimento, em razão de premissas já avançadas, não parece que uma desconexão total exista neste caso. É que dentre as aceções normativas da parte final do número 2 do artigo 3º também se infere uma conforme a qual tribunais militares dos Estados Unidos da América teriam jurisdição criminal em Cabo Verde. Podendo aqui ditar o direito ao caso concreto, esse efeito se verificaria em concreto, pois estar-se-ia a permitir que um órgão não tipificado exercesse poderes soberanos em território nacional, como seria o caso se se instalar um tribunal marcial dos Estados Unidos em Cabo Verde.

11.4.3. Porém, não chego a esta conclusão acolhendo os argumentos dos ilustres requerentes que radica no entendimento de que a Lei Fundamental não faz menção a tribunais internacionais no artigo 214, proibindo, ademais, no seu número 5, tribunais com competência exclusiva para julgar certas categorias de crimes. Do ponto de vista dogmático, a definição dos contornos do dispositivo em causa poderá ser inexata em relação aos efeitos normativos inferidos e à sua aplicação ao caso concreto. Isto porque não corresponderia à melhor interpretação da Constituição, considerada no seu todo, que ela impede a existência de tribunais internacionais por não os mencionar no artigo 214. Longe disso, reconhece-os e, mais, transforma-os, desde que presentes certas condições, em tribunais cabo-verdianos, pois dispõe o número 2 do artigo 210 da Constituição da República que *“A justiça é também administrada por tribunais instituídos através de tratados, convenções ou acordos internacionais de que Cabo Verde seja parte, em conformidade com as respetivas normas de competência e de processo”*, o que, a rigor, estabeleceria uma exceção permissiva de tribunais internacionais de que Cabo Verde faça parte, caso permitido pelas suas regras organizatórias e adjetivas, exercerem poderes jurisdicionais em território arquipelágico (Cf. o nosso José Pina Delgado, *“O Direito Internacional Público no Direito Cabo-Verdiano”*, pp. 130-132).

O que ocorre é que um tribunal marcial dos Estados Unidos não é um tribunal internacional, pois este não é alienígena em relação a Cabo Verde, pois, caso o país se vincule ao tratado que o estabeleceu, será também parte dele, juntamente com os seus restantes integrantes. Já aquele é um tribunal estrangeiro, portanto controlado por outra soberania completamente alheia ao Estado de Cabo Verde. E é nesta medida que se pode dizer que se viesse a exercer poderes tipicamente jurisdicionais – portanto como um tribunal – em território cabo-verdiano isso também atingiria a cláusula que define as entidades que podem exercer tais prerrogativas no espaço nacional.

11.4.4. Numa outra linha de arrazoamento, os requerentes sustentam igualmente que a solução convencional ora escrutinada atingiria a proibição da existência de tribunais com competência exclusiva para resolver certos tipos de crimes, o que também poderá não ser a melhor interpretação da Constituição apesar de não discutível que ela prevê no artigo indicado que *“sem prejuízo do disposto na Constituição, não pode haver tribunais com competência exclusiva para o julgamento de determinadas categorias de crimes”*. Todavia, a norma em si está muito longe de estabelecer uma proibição taxativa, haja em vista que naquela mesma disposição se utiliza a expressão *“sem prejuízo do disposto na Constituição”*, facilitando, assim,

o recurso ao que prevê o número 3 da mesma disposição segundo a qual *“na primeira instância pode haver tribunais com competência específica e tribunais especializados para o julgamento de matérias determinadas”*.

Além disso, como se sabe, o número 8 do artigo 11 da Constituição autorizou Cabo Verde a aderir a um tribunal internacional, o Tribunal Penal Internacional, que julga somente certas categorias de crimes, nomeadamente os internacionais. O que, apesar de não ser por si só decisivo, já que resultando de uma emenda constitucional, ela poderia ser inconstitucional, mas é sempre um indício que as autoridades que promoveram a revisão não a entenderam como tal.

Portanto, o que justifica os cuidados do legislador constituinte nesta matéria não é só a especialidade do tribunal ou da espécie de crime, mas, antes, a inexistência de garantias suficientes em tribunais que são criados para perseguir determinado tipo de delito com base em regras também especiais, nomeadamente justificadas pela segurança nacional, e que sejam incompatíveis com os valores e princípios do Estado de Direito Democrático. Embora existam casos de crimes militares previstos pela legislação norte-americana que também podem ser crimes contra a segurança nacional daquele país, neste momento não nos parece suficiente para se chegar à conclusão de que os tribunais marciais dos Estados Unidos cairiam debaixo da categoria vedada pelo número 5 do artigo 214 da Carta Magna da República.

11.4.5. Por este motivo, não me pareceu que, por si só, a norma cuja fiscalização da constitucionalidade se requer tenha violado essas normas constitucionais específicas.

11.5. Por permitirem o julgamento de titulares de órgãos de soberania em contravenção à Constituição

11.5.1. Os requerentes alegam que haveria violação do disposto em normas constitucionais que garantem imunidades de jurisdição aos titulares dos órgãos políticos de soberania, nomeadamente ao Presidente da República, aos membros do Governo e aos deputados à Assembleia Nacional, alegação que foi contestada pelos respondentes como não-sustanciada e desprovida de lógica face ao conteúdo concreto do SOFA ora em análise. Designadamente porque não podendo nenhum militar dos Estados Unidos ser titular de órgão de soberania, naturalmente não poderia ser julgado por tribunais americanos em moldes a violar foros privilegiados, imunidades e procedimentos especiais que, com maior ou menor extensão, aquelas altas entidades da nossa República gozam, nos termos concretos dos artigos 132, 170 e 199 da Lei Fundamental

11.5.2. Porém, não se chega a articular nenhum arrazoado que justifique a conclusão a que se chegou, parecendo ser uma inferência natural do preceito ao qual se reputa conter norma inconstitucional, o que está, na realidade, muito longe de ser. Pois, note-se que o que se dispõe na parte relevante é que *“Cabo Verde reconhece a especial importância do controlo disciplinar exercido pelas autoridades das Forças Armadas dos Estados Unidos sobre o pessoal dos Estados Unidos e, em conformidade, autoriza os Estados Unidos a exercer a jurisdição penal sobre o pessoal dos Estados Unidos durante a sua permanência no território da República de Cabo Verde”*.

O artigo 1º do Acordo adota um conceito de pessoal dos Estados Unidos, entendido como os *“membros das Forças Armadas dos Estados Unidos e [os] empregados civis do Departamento de Defesa dos Estados Unidos”*. Neste sentido, o texto do artigo III é claro e não parece abrir a possibilidade de qualquer pessoa que não seja membro das forças dos Estados Unidos ou empregado civil do Ministério da Defesa ficar sujeito ao controlo disciplinar e à jurisdição penal daquele país enquanto estiverem em Cabo Verde. Constatata-se, de facto, a possibilidade de esta norma poder sujeitar cabo-verdianos que, por possuírem

dupla-nacionalidade ou serem estrangeiros residentes nos Estados Unidos, integrem as forças dos Estados Unidos, o que será tratado adiante. Porém, nem o Presidente da República, nem os deputados e tão-pouco os membros do governo, não sendo integrantes daquela força, mesmo na hipótese de terem também a nacionalidade dos Estados Unidos, o que é salvaguardado pelo Direito de Cabo Verde pelo menos – e um desses titulares de órgão de soberania estaria abrangido por proibição expressa decorrente do artigo 110 (“*Só pode ser eleito Presidente da República, o cidadão que (...) não possua outra nacionalidade (...)*”), não ficariam submetidos ao estatuto de forças em discussão.

11.5.3. Portanto, aqui, não se estendendo a jurisdição para cobrir pessoas que não sejam membros daquela força nos termos definidos pelo próprio SOFA-CV/EUA, as normas inconstitucionais indicadas nunca poderiam ser por ele atingidas. Portanto, esta alegação não tem base para prosperar, não requerendo maior apreciação.

XII. Da inconstitucionalidade da norma contida nos números 2 e 3 do artigo III do Estatuto sobre as Forças Armadas dos Estados Unidos que reconhece a especial importância do controlo disciplinar exercido pelas autoridades das forças armadas dos Estados Unidos sobre o seu pessoal por vulnerarem as garantias contra a extradição (por motivos de nacionalidade)

12.1. Os requerentes suscitaram ainda questão de se saber se a possibilidade de se aplicar leis criminais norte-americanas a cidadãos cabo-verdianos por infrações cometidas em território nacional na sequência de sua extradição para os Estados Unidos seria inconstitucional, tese que foi enfaticamente negada pela entidade produtora da norma de autorização de vinculação – a Assembleia Nacional – e pela responsável pela celebração do tratado que contém a norma desafiada, o Governo da República. Não por não haver norma constitucional limitadora de tal ato de cooperação judiciária, mas porque, no seu entender, o tratado em causa de modo algum cria uma base permissiva da extradição de nacionais em situação de possível aplicação da pena de morte.

12.2. O parâmetro potencialmente atingido neste segmento seria, antes de tudo, a alínea b) do número 1 do artigo 38, segundo o qual “*Em caso algum é admitida a extradição quando requerida (...) por crime a que corresponda no Estado requerente a pena de morte*”. Em tese, a proibição constitucional de extraditar por crime a que corresponda no Estado requerente a pena de morte, é, ao contrário das outras hipóteses arroladas, geral, aplicando-se tanto a cidadãos, como a não-cidadãos, pois, como se depreende da disposição constitucional não se indica em nenhum momento o titular da garantia, o que contrasta com os casos em que identifica a nossa nacionalidade como critério de titularidade da garantia como acontece com o número 2 dessa mesma disposição (“*Também não é admitida a extradição de cidadão cabo-verdiano (...)*”).

12.2.1. Por conseguinte, materializando-se qualquer dessas possibilidades não se pode pura e simplesmente extraditar, portanto transferir a custódia sobre o corpo de uma pessoa, independentemente da sua nacionalidade, para entidade estrangeira, para fins de processo crime ou de cumprimento de sanção criminal. O problema aqui reside no facto de os requerentes não fixarem a norma no seu todo como objeto do seu pedido, mas simplesmente a parte em que se sujeitaria o cidadão cabo-verdiano à aplicação das penas previstas pelo Código Uniforme de Justiça Militar dos Estados Unidos da América.

12.2.2. Assim, em razão do princípio do pedido decorrente da Lei do Tribunal Constitucional (artigo 62 (2), primeiro segmento), somente este último enunciado deontico é que pode ser objeto do presente escrutínio de constitucionalidade. Devendo-se começar por se definir se realmente a aceção normativa em causa, na aceção de que a norma imporia

uma obrigação de extradição de qualquer cabo-verdiano com base em crimes puníveis pela legislação do Estado requerente com a pena de morte, é um sentido plausível. Neste quesito, no geral, os requerentes procederam aparentemente a uma interpretação equivocada do mecanismo de definição de jurisdição que o SOFA-EUA pretende estabelecer, considerando que o critério de definição da jurisdição em tais tipos de acordos é e continua a ser o pessoal e não o material.

Assim sendo, com base no preceito impugnado, os Estados Unidos não estenderiam a sua jurisdição para julgar qualquer crime que envolvesse os integrantes da sua força, mas somente aqueles em que estes fossem agentes, mantendo-se a jurisdição dos tribunais cabo-verdianos para aqueles em que sejam vítimas. Nesta medida, como regra, nenhuma das aceções hermenêuticas da disposição em causa permitiria a extensão de jurisdição sobre nacionais cabo-verdianos que não sejam membros das forças dos Estados Unidos.

Isto porque o trecho no qual aparentemente os requerentes se baseiam limita-se a estabelecer que “*Se Cabo Verde o solicitar, os Estados Unidos informarão Cabo Verde sobre o estado de quaisquer processos penais relativos a infracções alegadamente cometidas no território da República de Cabo Verde por pessoal dos Estados Unidos que envolvam cidadãos cabo-verdianos, incluindo sobre a decisão final das investigações ou da ação penal, em conformidade com a legislação e a política dos Estados Unidos*”. Por si só, em nenhum momento está a prever que cidadãos cabo-verdianos seriam extraditados para os Estados Unidos para efeitos de instauração de processo crime ou para cumprimento de pena, simplesmente consagra um dever de informação que, na prática, é uma espécie de compensação pelo facto de os membros das forças dos Estados Unidos, por força do número 1 do mesmo dispositivo – que o Tribunal não pode escrutinar no âmbito dos presentes autos – não poderem ser julgados por Cabo Verde em razão das imunidades concedidas.

12.2.3. Mesmo que se se analisasse a questão a partir da sua ligação a esta outra disposição já discutida, o que a disposição estaria a projetar não se concretiza primariamente com uma medida de cooperação judiciária em matéria penal, mas, ao invés, como uma concessão aos Estados Unidos do poder dizer o direito em território nacional. O que colocaria em causa não a garantia que proíbe a extradição por crimes que correspondem no Estado requerente a pena de morte, mas antes a própria garantia de proibição de aplicação da pena de morte, também indicada como parâmetro, e inserta no número 2 do artigo 28 da CRCV (“*Em caso algum haverá pena de morte*”). Significando isto que o que está em causa não é diretamente a interdição absoluta de Cabo Verde cooperar na imposição da pena de morte, que a Lei Fundamental rejeita em absoluto, mas, antes, de ela própria não permitir que seja aplicada em território nacional, algo que, se for possível, majorar ainda mais a expressão, diria que rejeita ainda mais absolutamente. Uma possibilidade que pode realisticamente se materializar por a disposição permitir o exercício de jurisdição criminal por Washington no Arquipélago em função do que prevê o Código Uniforme de Justiça Militar.

Portanto, se nas outras aceções normativas não se estaria perante uma situação de extradição, logo o desafio em si não faria sentido e a inconstitucionalidade não poderia ser declarada por esse motivo, já em relação à aceção normativa de que os Estados Unidos poderiam ao abrigo do número 2 do artigo III do Acordo sobre o Estatuto de Forças exercer a jurisdição penal em território nacional sem quaisquer limites quanto às penas que poderiam aplicar, não só atingiria o princípio da soberania nacional, como também vulneraria a garantia de não aplicação da pena de morte em território nacional, seja lá porque entidade for. Mas isso na minha opinião fica resolvido

com a declaração de inconstitucionalidade desse sentido do número 2 do artigo III segundo o qual seria possível às autoridades militares dos Estados Unidos exercerem poderes jurisdicionais em território nacional por violação do princípio da soberania nacional.

12.3. O mesmo raciocínio pode ser feito em relação à possibilidade de aplicação da pena de prisão perpétua, embora esta a um nível diferente porque neste momento não há uma proibição geral de extraditar em função de pena de prisão perpétua aplicável que, como tal, alcançasse qualquer pessoa.

12.3.1. Neste momento, somente os nacionais são titulares dessa garantia, nos termos que a norma foi vertida para o número 2 do artigo 38º, segundo o qual “(...) Não é admitida a extradição de cidadãos cabo-verdianos por crimes a que correspondam, segundo o direito do Estado requerente, pena ou medida de segurança com caráter perpétuo ou de duração indefinida, salvo quando o mesmo Estado ofereça garantias de que tal pena ou medida de segurança não serão executadas”.

12.3.2. Ocorre que o parâmetro indicado para este segmento específico do escrutínio é o artigo 33, segundo o qual “em caso algum haverá pena privativa de liberdade ou medida de segurança com caráter perpétuo ou de duração indefinida ou ilimitada”, estabelecendo uma garantia que abarcaria tanto nacionais, como não-nacionais, consubstanciando-se na ideia de que o Estado de Cabo Verde não aplica a pena de prisão perpétua em território nacional.

12.3.3. Há duas abordagens possíveis em relação a esta matéria, em razão das dificuldades já apontadas de fixar um único sentido para a disposição ora desafiada, em particular a norma concreta que se tem discutido neste quesito. Mas, abrindo a possibilidade de tribunais marciais dos Estados Unidos exercerem poderes jurisdicionais penais em território cabo-verdiano, em função da sua previsão pelo Código Uniforme de Justiça Militar, haveria o risco de aplicar pena de prisão perpétua no espaço sujeito a soberania cabo-verdiana, não, como regra e como se requer aos nacionais, com a exceção de casos de dupla-nacionalidade efetiva, mas em relação aos próprios membros das forças norte-americanas.

12.3.4. Porém, neste caso concreto, a norma que é impugnada não é a resultante do preceito que permitiria que cabo-verdianos ficassem sujeitos a tribunais marciais norte-americanos. Neste caso, persiste a ideia supramencionada de que muito residualmente haveria, neste caso, a extensão da jurisdição para cobrir cidadãos cabo-verdianos, circunscrita aos casos em que tivessem dupla-nacionalidade, o que poderia confrontar-se com o apertado regime constitucional de extradição de nacionais, que contém proibições absolutas de extradição nos casos de possível aplicação de pena de morte ou de prisão perpétua, mas, mesmo nos outros casos, é de tal sorte condicionada que afastaria a maior partes da situações.

Isso, na sequência do que dispõe o número 3 do artigo 38 segundo o qual “Não é ainda admitida a extradição de cidadãos caboverdianos do território nacional, salvo quando se verificarem, cumulativamente, as seguintes circunstâncias: a) O Estado requerente admita a extradição de seus nacionais para o Estado de Cabo Verde e consagre garantias de um processo justo e equitativo; b) Nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada; c) Tenha o extraditando adquirido ou readquirido a nacionalidade cabo-verdiana após o cometimento do facto tipificado na lei penal como crime, que tenha dado causa ao pedido de extradição”.

12.3.5. A este respeito a entidade responsável sustenta que não se coloca uma questão de extradição nos autos, que não faria sentido neste caso concreto, posição que é retomada pelo Governo da República que diz que somente

se verificaria a extradição para casos em que o delito teria sido cometido no território do Estado requerente – nas suas palavras, o que pede a extradição – e não na do Estado requerido, como é o caso.

Portanto, neste segmento avalia-se se tal norma se em causa atinge a garantia inserta no número 2 do artigo 38 da Carta Magna, segundo o qual “não é admitida a extradição de cidadãos cabo-verdianos por crimes a que correspondam, segundo o direito do Estado requerente, pena ou medida de segurança privativa da liberdade com caráter perpétuo ou de duração indefinida, salvo quando o mesmo Estado ofereça garantias de que tal pena ou medida de segurança não serão executadas”.

A questão é desde logo a de se saber se uma norma construída em termos segundo os quais “Cabo Verde reconhece a especial importância do controlo disciplinar exercido pelas autoridades das Forças Armadas dos Estados Unidos sobre o pessoal dos Estados Unidos e, em conformidade, autoriza os Estados Unidos a exercer jurisdição penal sobre o pessoal dos Estados Unidos durante a sua permanência no território da República de Cabo Verde” de algum modo, e ainda sem escrutinar a sua constitucionalidade, comportaria, de algum modo, a possibilidade de cidadãos cabo-verdianos ficarem submetidos a jurisdição criminal dos Estados Unidos por crimes cometidos em território nacional.

No geral, não posso concordar com a assertiva de que só haveria extradição nos casos em que o delito teria sido cometido no território do Estado requerente e não na do Estado requerido, pois desvia-se em relação à natureza da extradição, que é simplesmente a transferência de custódia material de uma pessoa por um Estado a outro Estado para efeitos de instauração de processo crime ou de execução de sanção criminal. Isso, independente do *locus delictae*, pois o facto pode ter sido realizado no Estado requerido, mas o Estado requerente pode ter base no seu direito interno para estender a sua jurisdição com base no princípio da personalidade ativa, da personalidade ativa, da proteção dos interesses do Estado e, por esse motivo, requerer extradição em tais casos.

12.3.6. Mas, no caso concreto, em princípio, na maior parte das situações, a resposta seria negativa, pois, a regra é que do ponto de vista subjetivo quem fica sujeito à jurisdição penal dos Estados Unidos, portanto passível de ser exercida em território nacional, seriam os integrantes das suas forças. A estes seriam aplicáveis as normas que integram o Código Uniforme de Justiça Militar, nomeadamente as que preveem as penas de morte e de prisão perpétua.

Neste sentido, como regra, os nacionais cabo-verdianos não poderiam ser colocados no polo passivo de um processo-crime que, por ventura, caso fosse possível, se desenrolasse em Cabo Verde. Portanto, neste particular, a norma convencional impugnada não é apta a permitir o efeito hermenêutico inferido pelos requerentes. Destarte, nunca poderia ser, por isso, inconstitucional.

12.3.7. Isso, no entanto, com a exceção de uma situação específica que, aparentemente, não foi considerada. Em concreto, a possibilidade de membros dessa força terem nacionalidade cabo-verdiana, além da dos Estados Unidos, já que, até onde se sabe, como acontece com outras proeminentes nações, as forças armadas dos Estados Unidos não proíbem cidadãos portadores de outras nacionalidades de servir e até aceitam incorporar estrangeiros residentes, o que, por motivos naturais, poderá colocar um problema em relação não aos que só têm ascendência cabo-verdiana, mas aos que portam formalmente a nacionalidade cabo-verdiana. Portanto, não um vínculo de sangue, mas o jurídico-formal que decorre da expressão utilizada na disposição: “cidadão”. Todavia, ainda que problemas constitucionais se coloquem

a este nível o que a disposição em causa impõe, pelo menos diretamente, não é uma extradição, isto é, a colocação de pessoa sob custódia de um país à disposição de outro para efeitos de submissão a processo crime ou para cumprimento de pena, mas sim o exercício direto de poderes jurisdicionais em território nacional.

Nestes casos, seria de se afastar qualquer obrigação de cooperação por parte do Estado de Cabo Verde nestas circunstâncias. Do que decorre que se isso acontecer e o membro das forças dos Estados Unidos, que seja nacional cabo-verdiano e que voluntariamente não se sujeite à jurisdição daquele país deslocando-se para aquele território para se sujeitar aos poderes dos seus tribunais, Cabo Verde não só não pode colaborar com a sua detenção e transferência de custódia, como também, nas atuais circunstâncias, não poderá permitir que as próprias forças dos Estados Unidos o façam em território nacional.

12.3.8. Esta eventual aceção normativa, nesta situação específica, seria inconstitucional, devendo ser afastada pelo Tribunal Constitucional.

XIII. Da inconstitucionalidade da norma contida no número 2 do artigo III do Estatuto sobre as Forças Armadas dos Estados Unidos que remete reclamações de particulares por danos ou perdas a legislação e regulamentação dos Estados Unidos viola o direito de acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva.

13.1. O outro bloco que urgia o Tribunal se pronunciar estava relacionado à questão da compatibilidade entre o número 1 do artigo XIII do SOFA e as cláusulas constitucionais que garantem o direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva.

13.1.1. A versão final do preceito que alberga a norma em causa foi construída em moldes segundo os quais: *“ARTIGO XII (Demandas) (...) 2. As reclamações de terceiros por danos ou perdas, incluindo danos corporais ou morte, causados pelo pessoal dos Estados Unidos são resolvidas pelos Estados Unidos em conformidade com a legislação e regulamentação vigentes no território dos Estados Unidos da América (nomeadamente, o Foreign Claims Act e o Victims’ Rights and Restitution Act). Cabo Verde encorajará as vítimas a apresentarem tais reclamações às autoridades das forças dos Estados Unidos tempestivamente”*.

13.1.2. *A priori*, na minha opinião, essa cláusula de quase desjudicialização, segundo a qual *“As reclamações de terceiros por danos ou perdas, incluindo danos corporais ou morte, causados pelo pessoal dos Estados Unidos são resolvidas pelos Estados Unidos em conformidade com a legislação e regulamentação vigentes no território dos Estados Unidos da América (nomeadamente, o Foreign Claims Act e o Victims’ Rights and Restitution Act). Cabo Verde encorajará as vítimas a apresentarem tais reclamações às autoridades das forças dos Estados Unidos tempestivamente”*, poderia indiciar claramente uma violação do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva.

13.2. As teses apresentadas nos autos apresentam leituras diferenciadas sobre a questão:

13.2.1. Os requerentes entendem que na medida em que essa disposição convencional afasta a jurisdição dos tribunais cabo-verdianos, remetendo genericamente à legislação e regulamentação vigentes no território dos Estados Unidos, tais disposições violaram as cláusulas constitucionais de garantia de acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva.

13.2.2. Por sua vez, a entidade respondente arrolou argumentos em sentido contrário porque, no seu entender, a Constituição não estabelece a que justiça o acesso deve ser concedido, implicando, pois, que seria tanto passível de ser concretizada a partir da aplicação de legislação nacional

como também pela estrangeira como, de resto, acontece no quadro da aplicação do Direito Internacional Privado de cada país; segundo, que possíveis reclamações serão resolvidas, só que através de procedimentos e instituições norte-americanos, nomeadamente judiciais; terceiro e quarto, que, em se tratando de questão de estabelecimento de regime jurisdicional, os signatários já o tinham aceite ao não atacar o número 1 do artigo III e que já consta solução idêntica em outros tratados que vinculam o Estado de Cabo Verde; finalmente, quinto, a forma de atuação dos tribunais norte-americanos comparativamente aos cabo-verdianos, conhecidos pela sua morosidade, é muito mais célere e as leis aplicáveis garantem um acesso rápido à justiça neste caso com todas as garantias.

13.3. Não sendo necessário analisar todos esses argumentos, pareceu-me, na abordagem a esta questão, fundamental fazer quatro coisas: a) definir que legislação específica seria aplicável nos termos do SOFA CV-EUA; b) verificar se isso permitiria uma determinação suficiente do quadro jurídico aplicável; c) analisar se materializaria efetivamente um acesso efetivo à justiça; d) ponderar se não haveria algum sistema de compensação que pudesse contornar eventuais dificuldades constitucionais geradas pelo modelo acolhido.

13.3.1. Em relação à primeira questão a entidade produtora da norma aparentemente apresentou uma tese de acordo com a qual os dois atos legislativos referidos pela cláusula seriam meramente exemplificativos dado que apresentam um conjunto de direitos que resultam de outros atos normativos. Porém, na verdade, da confrontação entre a versão em língua inglesa da versão vertida para o vernáculo isto está longe de ser líquido, pois, em princípio, é muito mais provável que a expressão *“nomeadamente”* esteja a ser utilizada não com o sentido de exemplificativamente, mas sim como *“especificamente”* ou *“a saber”*, o que, no fundo, permitiria o entendimento de que a remissão não é para toda e qualquer legislação dos Estados Unidos que tenha por objetivo questão de responsabilidade por perdas e danos por ato do Estado, mas somente as que são expressamente mencionadas pelo preceito convencional.

13.3.2. Ora, segundo, mesmo que a tese conforme a qual se trata de menção meramente exemplificativa, o facto é que, no mínimo, estar-se-ia a criar um regime de difícil determinação, que, na medida em que tivesse de ser operado por uma pessoa fora dos Estados Unidos da América, sem o mínimo conhecimento dessas matérias e das centenas de normas que fariam parte potencialmente desse regime, teria dificuldades em orientar-se. A menos que também tivesse acesso a apoio judiciário especializado nos Estados Unidos consubstanciado no pagamento de um profissional do foro para o representar. Porém, dessa remissão não decorre automaticamente que assim seja, ficando o peticionário na posição de poder potencialmente aceder aos tribunais, mas desde que consiga pagar valores altíssimos para litigar contra o próprio Governo dos Estados Unidos da América. Por mais efetiva e célere que seja essa justiça, para quem não possui recursos suficientes, a possibilidade de se encaminhar a questão para um *lawfare* interminável existe. Portanto, na prática, é preciso que se reduza as possibilidades à utilização primária do que dispõe o *Foreign Claims Act* e ao que prescreve o mencionado *Victims’ Rights and Restitution Act*.

A – A primeira lei enquadra-se muito bem no propósito de mitigação dos danos potenciais causados pela deslocação de forças armadas dos Estados Unidos para o estrangeiro tendo sido aprovada no período da II Guerra Mundial (por todos, v. Jody Prescott, “Claims” in: Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of the Law of Visiting Forces*, pp. 159-162). Precisamente para garantir a manutenção de relações amigáveis com os países de receção de contingentes militares dos Estados Unidos que poderiam ficar estremecidas caso os danos causados não fossem devidamente reparados. O

que nos indica que é também importante para o Estado visitante tentar resolver esse tipo de questão para evitar criar anticorpos entre a população relativamente à sua presença.

Trata-se de uma lei importante e que, decerto, poderá ser suficiente para dar resposta à maior parte de situações de responsabilidade potenciadas pela presença de contingentes militares dos Estados Unidos em território nacional, designadamente porque, através de um procedimento administrativo, que decorre perante uma comissão que porta essa mesma natureza, poderão ser concedidas reparações de montante máximo de 50.000\$US (cerca de 5 milhões e duzentos mil escudos cabo-verdianos).

Porém, não se pode dizer que poderá cobrir toda e qualquer situação que emergir da presença de forças militares dos Estados Unidos no território nacional, pois há exclusão de cobertura de várias situações, desde as que possam ser classificadas como de combate, como também, por exemplo, meros litígios contratuais com particulares. Se estivéssemos em tempos em que as imunidades jurisdicionais do Estado eram absolutas a questão nem se colocaria a um nível jurídico interno e a um nível internacional seria controlada pelo regime fraco de solução de diferendos adotado pelo acordo que limitaria também qualquer tipo de tutela externa. Todavia, essa era há muito foi ultrapassada, inclusivamente pelos Estados Unidos. Assim, se em relação aos primeiros ainda o Estado gozaria de imunidade perante os tribunais internos por aplicação do princípio do *par in parem non habet iudicium* por ser inevitavelmente um ato soberano – a demanda internacional com base no direito à proteção diplomática é limitada pelo próprio tratado na medida em que o artigo XIV do instrumento jurídico-internacional em apreciação prevê que “*todos os diferendos serão resolvidos exclusivamente por meio de consulta entre as Partes ou os seus representantes designados*” – o mesmo não aconteceria com os segundos que, por poderem ser meros *actus iure gestionis*, de acordo com a jurisprudência dos nossos tribunais, o Estado estrangeiro não gozaria de imunidades jurisdicionais.

Isso conforme o douto Acórdão nº 112/2016, de 2 de junho, Mário Lopes Semedo vs. Estados Unidos da América, Praia, STJ, Rel. JC Benfeito Mosso Ramos, não publicado, que assentou argutamente que “*a sentença condenatória proferida pelo tribunal de 1.ª instância na ação declarativa, que viria a servir de título executivo na presente execução, denotou aguda percepção do problema e optou por considerar que a imunidade de jurisdição dos Estados Estrangeiros, em sede da ação declarativa, não é absoluta, não podendo ser reconhecida naqueles casos em que o Estado em causa está a ser demandado não por acta jure imperii, mas sim por acta jure gestionis, como é o caso de um conflito laboral com um empregado. Pode-se dizer que a decisão proferida em sede de ação declarativa abraçou a tendência dominante no Direito Internacional Público, pois que, salvo raras exceções, depois do abandono da conceção de imunidade absoluta de jurisdição, que prevaleceu no passado, assente na regra de origem costumeira de que par in parem non habet iudicium, a grande maioria das jurisdições domésticas reconhecem que, quando um Estado estrangeiro está a ser demandado por atos praticados na sua qualidade de mero agente económico, como qualquer ente privado, agindo no quadro de relações jurídicas disciplinadas pelo Direito Privado, não poderá beneficiar da imunidade de jurisdição em sede de ação declarativa. E, se há um domínio em que, por princípio e por excelência, a imunidade de jurisdição conhece restrição é exatamente a dos conflitos emergentes dos contratos de trabalho celebrados entre as Missões Diplomáticas e os nacionais do Estado creditor. Numa palavra, a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, em sede de ação declarativa, deixou de ser absoluta para passar a ser relativa ou restrita*”.

Ademais, não se pode escamotear que desse procedimento puramente administrativo não parece haver qualquer possibilidade de impugnação judicial, o que, já do ponto de vista formal, poderá impedir a realização da justiça em situações em que os requerentes fiquem insatisfeitos com decisão negativa ou com valor indemnizatório arbitrado pela comissão caso a considere insuficiente.

B – Por sua vez, sendo verdade que a *Victims' Rights and Restitution Act* contém vários direitos que podem responder a diversas preocupações que as primeiras versões do acordo já colocavam, especialmente de acesso à justiça criminal da vítima no geral, já que prevê o direito de ela ser notificada de audiência de julgamento, de procedimentos destinados a concessão de liberdade condicional ou qualquer forma de libertação do acusado/condenado; de não ser excluído das audiências públicas “na maior parte das circunstâncias”; de ser ouvido em audiência pública no que diz respeito à fiança, a aceitação de uma negociação de culpa (*plea bargaining*), pena ou liberdade condicional; o direito a conferenciar com o procurador; o direito a um processo sem atrasos injustificados; o direito a ser tratado de forma justa e com respeito pela sua dignidade e privacidade; o direito a ser informado oportunamente de negociações de acusação promovidas ou aprovadas pela Procuradoria e o direito a se ser informado dos direitos e serviços previstos na lei que cada possui.

Como fica evidente estes direitos somente cobrem questões de participação da vítima no processo penal que se vier a desenrolar nos Estados Unidos da América. Mas, sendo assim, sempre colocaria a questão de se fazer a ponte entre poder participar, caso entenda, o que, por si só, seria uma mera faculdade, e a capacidade material para o fazer. Algo que não parece ser suficientemente contornado pela lacónica norma de encorajamento prevista pelo Acordo sobre o Estatuto das Forças CV-EUA, pois não fica muito claro se o Governo de Cabo Verde ou, pedido, o dos Estados Unidos, assumiria eventuais despesas com deslocação, estadia e viagem e eventualmente apoio jurídico que as vítimas ou os seus familiares carecerem enquanto perdura o processo criminal.

Ademais, no que diz respeito a um eventual ressarcimento subsequente ao processo penal, esse diploma, apesar de consagrar um “*direito à restituição*” condiciona-o aos “*termos da lei*”, dependendo aparentemente de exigir uma lei que contenha norma habilitadora concreta para que possa ser operada, o que, no que diz respeito à responsabilidade civil, na melhor das hipóteses, remeteria à Lei Anterior. Isso, sem considerar a falta de informações sobre o modo como os tribunais aplicam essas mesmas normas, especialmente num momento em que o *Supreme Court* (Supremo Tribunal) tem limitado a jurisdição dos tribunais federais norte-americanos em relação a litígios ocorridos fora do território nacional (veja-se, *Federal Cases from Foreign Places. How the Supreme Court has Limited Foreign Disputes from Flooding U.S. Courts*, Washington, D.C., U.S Chamber Institute for Legal Reform, 2014), e, ao contrário do que defendem alguns dos seus membros (v. Stephen Breyer, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, New York, Alfred Knopf, 2015), nem sempre se mostram muito afeitos a considerarem essas questões externas com a máxima abertura, sobretudo quando envolvem estrangeiros não-residentes, sendo sinal para se dizer que a pretensão de, por um lado, fazer com que a jurisdição dos tribunais americanos siga a bandeira em qualquer parte do Mundo, o manto protetor da sua invejável Constituição por vezes fica em casa (vide Kal Raustiala, *Does the Constitution Follow the Flag? The Evolution of Territoriality in American Law*, New York, Oxford University Press, 2009). Portanto, o SOFA em certas situações poderia deixar as pessoas numa espécie de limbo de proteção.

Imagine-se, então, um regime jurídico-internacional que se ancora neste particular numa remissão a duas leis

internas, sendo que uma delas remete ainda mais para um conjunto de outros atos legislativos não enumerados. Se já foi uma dificuldade para este juiz tentar fazer essa determinação, procurando compreender e traduzir o emaranhado de normas legais de um sistema jurídico estrangeiro que tem as suas particularidades e que, na verdade, é somente vivificado pela interpretação que os tribunais entenderem dar a essas normas, imagine-se como será para qualquer vítima de um crime dessa natureza.

Por conseguinte, o regime de responsabilidade que se desenvolve no acordo internacional ora desafiado não parece, por si só, cobrir todas as situações passíveis de gerarem tutela jurisdicional por responsabilidade por facto ilícito, precisamente porque mesmos atos que em que o Estado não pode invocar imunidades, nomeadamente atos de mera gestão, nomeadamente contratuais ou laborais, ou são voluntariamente cumpridos, o que pode acontecer, ou, segundo parece, não são cobertos pelo esquema desenhado pelo SOFA CV-EUA.

13.4. Mas, no limite, a questão de saber se o modelo de justiça estabelecido para danos causados por integrantes das forças dos Estados Unidos a particulares em território nacional, é suficiente para garantir um acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva, que, independentemente das virtudes apontadas à justiça dos Estados Unidos, torna-se secundária porque necessariamente compensada pela assunção dessa responsabilidade pelas nossas autoridades.

Sendo cometida por um poder público, ainda que estrangeiro, mas em lugar sujeito à jurisdição desta República, desde que empreendida com consentimento que decorre do próprio tratado, faz com que o Estado de Cabo Verde seja considerado solidariamente responsável por aquele ato. Donde, caso o mecanismo previsto pelo mesmo não funcionar ou se se mostrar em concreto excessivamente oneroso para ser perseguido, o Estado de Cabo Verde substitui a entidade estrangeira como autora do facto gerador da responsabilidade civil, podendo responder por isso nos termos do número 1 do artigo 16, segundo o qual “*o Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis por ações ou omissões dos seus agentes praticados no exercício de funções públicas ou por causa delas, e, que, por qualquer forma, violem os direitos, liberdades e garantias com prejuízo para o titular destes ou de terceiros*”, que, na minha opinião, em última instância, seria diretamente aplicável nos termos do último segmento do artigo 18 da Constituição. O que se conjuga ainda com o que decorre da alínea g) do artigo 245, o qual prescreve que “*o particular, diretamente ou por intermédio de associação ou organizações de defesa de interesses difusos tem, nos termos da lei, direito a: (...) ser indemnizado pelos danos resultantes da violação dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, por ação ou omissão dos poderes públicos, praticadas no exercício das suas funções ou por causa delas*”. Por que a partir do momento em que o Estado renuncia a uma prerrogativa de fazer a justiça sobre factos ocorridos em território nacional, aceitando que qualquer entidade o faça em seu nome, como acontece neste caso, sub-roga-se, substituindo a entidade responsável no caso desta não reparar o dano causado. Disso resultando um dever de indemnizar por violação de direitos, liberdades e garantias e os danos resultantes na violação de direito e interesses legítimos em tais circunstâncias.

13.5. Nesta medida, com tal ressalva e no limite, aceitei que se considerasse a cláusula não desconforme à Constituição, sem embargo daqueles que tenham funções políticas poderem discutir se foi a melhor solução para os interesses de Cabo Verde ficar na posição de, no limite, ter de assumir tais ónus num contexto decisório em que, por opção sua, deixa de controlar, ressarcindo as pessoas por malfeitos de outrem.

XIV. *Da desconformidade do segmento do número 2 do artigo IV do SOFA de acordo com o qual “o pessoal dos Estados Unidos têm acesso e uso de instalações de*

armazenagem” com a cláusula de proibição da instalação de bases militares estrangeiras em território nacional

14.1. Como se pode atestar da análise dos autos, as interpretações trazidas a debate pelos intervenientes processuais apresentam as mais diversas leituras sobre as questões de facto e de direito subjacentes ao problema em tela.

14.1.1. Os requerentes sustentaram no último segmento impugnatório que o conteúdo do número 2 do artigo IV do SOFA equivaleria a uma permissão da instalação de bases militares em território nacional, pois dele decorreria a necessidade de contingentes militares dos Estados Unidos serem hospedados em território nacional. Donde tal previsão atingir a cláusula da proibição da instalação de bases militares em território nacional, a qual foi expressamente mantida em todas as revisões constitucionais depois de 1992, no entender dos recorrentes.

14.1.2. Os respondentes, por sua vez, sustentam que tal conclusão não pode ser inferida do SOFA, porque este limita-se a permitir a presença temporária dessas forças armadas nos termos de convenção para a realização de missões específicas e identificadas em texto a definir por acordo entre as duas partes, sendo ainda etapa indispensável para se poder celebrar um tratado mais vasto de defesa com os Estados Unidos da América, determinante para a segurança e defesa de Cabo Verde. Sendo assim, não há risco de o espaço territorial do país ser utilizado para operações militares dentro ou fora de Cabo Verde sem o consentimento das nossas autoridades. Poderiam é ser utilizadas para missões humanitárias na região circundante, como aconteceu recentemente.

14.1.3. Por sua vez, o Governo da República que promoveu este enlace convencional no quadro da sua esfera legítima de competências, insere, por via de estruturado arrazoado, importantes elementos de ponderação, nomeadamente no sentido de reiterar que não fazem parte das suas intenções pretender ter e manter uma presença permanente de forças dos Estados Unidos da América precisamente porque a Constituição o proíbe claramente. Por conseguinte, este efeito não estaria em causa na presente situação. Tal presença sempre seria temporária e associada a objetivos comuns de natureza humanitária, de segurança e de defesa, podendo se materializar em diversas atividades, conforme as descritas, aliás em conformidade com o que a Lei Fundamental estabelece no sentido de Cabo Verde se empenhar “*no fortalecimento das ações de cooperação a favor do desenvolvimento, da democracia, do progresso e bem-estar dos povos, do respeito pelos direitos humanos, da paz e da justiça*” (artigo 11 (7)), como decorre da Carta das Nações Unidas (v. artigo 1) e como, por fim, tem constituído prática nacional.

Em resposta a pergunta feita pelo relator, o mesmo órgão acrescentou ainda que, nada obstante não se poder estabelecer limites máximos dos contingentes que se deslocarão para o território nacional por remeter a acordos individuais relativos a cada atividade desenvolvida, e sendo previsível alguma variação, não se espera uma presença em massa dessas forças, a menos que ocorra uma mudança radical do quadro de ameaças; não poderia, também pelos mesmos motivos fixar, de forma antecipada, os locais concretos para albergar essas forças.

14.2. Neste particular, em relação ao acórdão adotado há aspetos que aceito no geral, nomeadamente a relevância metodológica da história para a interpretação constitucional. Neste sentido, subscrevo, o que se promoveu à luz do Constitucionalismo da I República, nomeadamente a tese de que haveria uma cláusula implícita de proibição de instalação de bases militares decorrente do princípio do não-alinhamento e a de que também no atual quadro fundamental da nossa ordem jurídica, por motivos evidentes, existe uma cláusula de proibição de instalação de bases militares estrangeiras em território nacional.

Relativamente à primeira dimensão, foi uma realidade num contexto marcado por uma postura anti-imperialista, africanista e não-alinhada em que, naturalmente, Estados ansiosos por controlar os seus próprios destinos não só afastavam a possibilidade de albergarem forças militares estrangeiras no seu território, precavendo-se em relação a qualquer tutela pós-colonial de facto, como também tentavam neutralizar o risco do seu espaço de jurisdição ser utilizado para empreendimentos bélicos contra outros países visando a realização dos interesses de potências estrangeiras. Como aconteceu, por motivos naturais, no período colonial em que foram usados de acordo com a discricionariedade dos que assumiram o domínio sobre as suas terras de forma direta ou indireta. Uma experiência que também se liga à nossa história, na medida em que, em razão da posição estratégica das nossas ilhas, e da associação histórica entre colónias insulares e bases militares (Robert Harvaky, *Strategic Basing and the Great Powers, 1200-2000, passim*), o espaço ilhéu foi amiúde utilizado como entreposto de escala, de abastecimento e de repouso por forças armadas portuguesas em diversos momentos da história (Veja-se igualmente, a análise de José Vicente Lopes, “Cabo Verde, Base Militar Estrangeira. Uma Inevitabilidade?, *A Nação*, n. 573, 23-29 de agosto de 2018, pp. E 4-7), nomeadamente para operações militares no continente que conheceram o seu apogeu no quadro das campanhas de pacificação da Guiné-Bissau, o mesmo acontecendo com forças aliadas desse país, cujo exemplo mais notório foi a presença em Cabo Verde do *Africa Squadron* dos Estados Unidos que utilizou o arquipélago como depósito (Donald Canney, *Africa Squadron: The US Navy and Slave Trade, 1842-1861*, Washington, Potomac Books, 2006, *passim*).

Outrossim, as minhas dúvidas se prendem sobretudo à natureza, aos fundamentos, à justificação dogmática e à extensão desta proibição, nomeadamente à luz da necessidade de harmonizar essa evidente proibição decorrente do número 4 do artigo 11 – que ainda se articula com o artigo 6º, segundo o qual “*Nenhuma parte do território nacional ou dos direitos de soberania que o Estado sobre ele exerce pode ser alienada pelo Estado*”, o qual estaria em jogo dependendo da forma como se fundar um eventual acordo de bases, e ainda como próprio princípio da independência nacional, na medida em que a instalação de tais estruturas sempre tem um efeito sobre esse valor constitucional (vide, por exemplo, Thomas Cooley & Hendrik Spruyt, *Contracting States. Sovereign Transfers in International Relations*, Princeton, PUP, 2009) –, por um lado, com princípios que também constam do artigo 11º da Constituição da República e que favorecem políticas cooperativas em matéria de segurança nacional e global, do outro.

14.2.1. É bem verdade que há uma associação direta entre certos cânones da política externa cabo-verdiana provenientes da I República e a cláusula atualmente vertida para o número 4 do artigo 11º da Constituição da República.

14.2.2. Todavia, disso não decorre que também não tenham as suas diferenças e particularidades, nomeadamente porque a existir tal garantia ela teria de ser inferida do princípio do não-alinhamento, o qual foi abandonado expressamente pela Carta Magna da II República. Uma posição que não é de estranhar atendendo à associação daquele princípio a uma ideologia mais afro-socialista-nacionalista que mantém algum contraste com o modelo liberal, democrático, republicano e social adotado pela lei fundamental atualmente em vigor.

Aliás, a este respeito um dos *founding fathers* dizia centrando-se nas alterações valorativas que rompem material e formalmente com a velha Constituição que “*Não basta acrescentar um ou dois artigos que permitem a expressão dos partidos em eleições, que se altera o regime político. Basta ver o texto revisto da Constituição ‘Cabo Verde é*

uma república anti-imperialista; consagra o princípio da soberania nacional, em vez de soberania popular; defende que Cabo Verde é um Estado de Democracia Nacional Revolucionária e que pretende construir uma sociedade liberta da exploração do homem pelo homem, diz que ‘o Estado protege as organizações de massas e outras organizações reconhecidas por lei e a participação das massas populares na reconstrução nacional; defende no artigo 11º que em Cabo Verde ‘a propriedade do Estado é sector dominante da economia’; diz que a economia se rege pelo princípio da direção e da planificação estatais, fala do papel das Forças Armadas Revolucionárias do Povo na garantia de manutenção da segurança interna e da ordem pública; não consagra verdadeiros órgãos de soberania, mas órgãos do poder do Estado, assim por diante” (Jorge Carlos Fonseca in: *Actas das Sessões. Apresentação e Debate da Constituição da República*, IV Legislatura, 2ª Sessão Legislativa Ordinária, Praia, Assembleia Nacional, 1992, p. 30).

14.2.3. Por este motivo, não me pude alinhar à ancoragem primária dessas opções ao princípio da paz. Isso, não obstante, a exposição teórica dessa política externa da lavra de Renato Cardoso associa-a simbolicamente à “*opção por uma política de paz*” (*Cabo Verde. Opção por uma Política de Paz*, Praia, ICL, 1986). Mas, para se evitar qualquer dogmatismo e extrapolações indevidos, esse conceito deve ser devidamente contextualizado e finalmente avaliado não só porque mesmo no seu ambiente ela teria certa relativização porque a I República mantinha-se simbolicamente associada às virtudes da luta de libertação nacional, logo à ideia de que a própria violência poderia ser justa, e permaneceu como tal inclusive para que os Estados africanos pudessem fazer face aos resquícios coloniais ainda presentes no continente.

Segundo, porque o que se queria salvaguardar não era somente a paz pela paz, mas, por um lado, a posição de um microestado com reduzido poder militar, económico e político, e, além disso, a necessidade, quase vital, de se manter neutro em relação à rivalidade entre os blocos económico-políticos de tal sorte que a tendencial inclinação histórica e ideológica para os países do bloco socialista não resultasse numa degradação das relações com o bloco ocidental.

Quem o diz, de resto, é o próprio Renato Cardoso, quando arrazoia que “*propõe-se uma política de diálogo e paz, em primeiro lugar para a sua própria sobrevivência [a de Cabo Verde]. Efetivamente, duas opções restam a um pequeno país num mundo em que a dominância e poderio sejam traços fundamentais: ou a de integrar-se num dos campos em confronto ou a de apostar em fazer compreender aos outros que não é nem será nunca parte de um processo conflituoso, pelo que pode ser deixado em paz por todos os contentores. Nessa asserção, a política de paz torna-se num elemento ativo da defesa nacional e de independência. Em terceiro lugar, porque essa política parece ser a única capaz de mobilizar, com sucesso e através do consenso social, os recursos escassos e o povo recém-independente num vasto programa de desenvolvimento económico e social a nível interno e promover a boa vizinhança a nível externo; nesse sentido é condição de progresso”* (Ibid., p. 13).

Que era, portanto, um escudo político face às tentativas de instalação de bases militares soviéticas no território nacional, o que se comprova ao aceder-se às memórias do Primeiro Presidente da República independente, Aristides Pereira, quando lembra que os seus representantes “*(...) ficaram um bocado feridos com a questão da base marinha que quiseram pôr cá e não aceitamos. Os soviéticos tinham uma frota de guerra que circulava entre o Cabo e Gibraltar, mas nesta zona do Atlântico, na qual nos inserimos, não tinham nenhum ponto de apoio e queriam fazer de Cabo Verde esse ponto, coisa que não aceitámos”* (Entrevista a José Vicente Lopes, *Aristides Pereira, Minha Vida, Nossa*

História, Praia, Spleen, 2012, p. 262), num contexto de Guerra Fria em que as Ilhas era atrativas para esse fim estratégico e como tais referidas pelos principais estudos editados no período (e.g., Robert Harkavy, *Great Power Competition for Overseas Bases. The Geopolitic of Access Diplomacy*, New York, Pergamon, 1982, p. 223).

14.3. Ademais, o contexto político e filosófico-ideológico da Lei Fundamental de 1992 já era diferente, nomeadamente no que toca à definição dos parâmetros de condução da política externa pelo Estado de Cabo Verde. Na nova conjuntura de reestruturação das bases fundacionais da República, a cláusula de proibição da instalação de bases militares estrangeiras foi inserida tardiamente no processo constituinte já que nem constava dos projetos que foram sendo partilhados com a sociedade cabo-verdiana desde 1992, nomeadamente os da lavra da Igreja Católica (“Contribuição da Igreja Católica para a Elaboração da Nova Constituição: Critérios e Exigências para a Nova Ordem Constitucional” [setembro de 1990], reproduzida no jornal *Vozdipovo*, 11/09/1990, p. 3, e pelo *Terra Nova*, número de setembro 1990, p. 3, e, mais tarde, “Contribuição da Igreja Católica para a Elaboração da Nova Constituição. Complemento” [setembro], reproduzida pelo jornal *Terra Nova*, nº 186, Suplemento, número de setembro de 1991), da UNTC-CS (reproduzido pelo jornal *Vozdipovo*, 14/08/1990, p. 9), do jurista Caldeira Marques (“Revisão da Constituição. Subsídio para o Debate”, publicado no jornal *Terra Nova*, janeiro a junho de 1990, pp. 8 e ss), da UCID (*Uma Proposta de Constituição para Cabo Verde*, Praia, 1992), do PAICV (*Uma Proposta de Constituição para Cabo Verde*, Praia, 1992), do MPD (Grupo Parlamentar do MPD, *Proposta de Lei de Revogação dos Artigos 1º a 90º da Constituição e Aprovação de um Novo Texto Constitucional*, Praia, ANP, 1992) ou o do Governo (Conselho de Ministros, *Projeto de Lei de Revogação dos Artigos 1º a 90º da Constituição e Aprovação de um Novo Texto Constitucional*, Praia, CM, 1992).

Na verdade, resultou de uma proposta de autoria do deputado do MPD José Teófilo Silva cuja origem remota não se consegue identificar neste momento. Submeteu-a logo a seguir à apresentação pelo representante do proponente do atual número 5, o tal que prevê o apoio de Cabo Verde aos esforços da comunidade internacional tendentes a garantir o respeito pelos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas. Foram ambos acolhidos sem discussão substancial, com a exceção de expressão “*existência de bases militares estrangeiras em seu território*” que passou a ser “*instalação de bases militares estrangeiras em seu território*” (*Actas das Sessões. Apresentação e Debate da Constituição da República*, IV Legislatura, 2ª Sessão Legislativa, Praia, ANP, 1992, pp. 124-125), fórmula que ainda consta do dispositivo em causa.

Apesar da forma como foi inserida no texto constitucional ter sido tardia, o apoio que gozou para ser aprovada pelos deputados constituintes, essencialmente os do MPD por motivos sobejamente conhecidos, é demonstrado pela ausência de objeções à proposta. Posição esta que permaneceu porque não houve questionamentos relevantes nos momentos constituintes que se seguiram. Não em 1995. E sobretudo não em 1999, quando foram promovidas alterações substanciais ao texto constitucional.

14.4. Reservas em relação à cláusula somente vieram à tona no quadro do incompleto processo constituinte de 2005 quando deputados do MPD promoveram o expurgo dessa cláusula da Lei Fundamental cabo-verdiana, aparentemente preocupados com o fenómeno do terrorismo – eventualmente ligado ao 11 de setembro – enquadrando-a como uma medida destinada ao “*reforço da participação internacional contra a grande criminalidade e para a segurança internacional*” através da “*supressão da recusa de instalação de bases militares estrangeiras em território nacional*” (Grupo Parlamentar do MPD, *Projecto de Lei de Revisão da Constituição (2ª Revisão*

Ordinária), Praia, GPMPD, 2005, Nota Justificativa, p. 3. Daí propor-se textualmente “*suprimir o número 4º do artigo 11º da Constituição da República de Cabo Verde*” (Ibid., Articulado, p. 3) (artigo 7º).

Como se sabe o processo não foi adiante, e provavelmente tal alteração de monta seria rejeitada pela então maioria parlamentar – a do PAICV – até porque não cogitaram no seu projeto a incidência da revisão sobre esse preceito ou sobre qualquer outro constante da disposição constitucional que regula as relações externas do Estado (Grupo Parlamentar do PAICV, *Projecto de Lei de Revisão da Constituição (2ª Revisão Ordinária da Constituição)*, Praia, GPPAICV, 2005, p. 5).

No processo constituinte de 2010, a mesma proposta foi apresentada. Mais uma vez decorria do Projeto do MPD no sentido de se acolher nova redação para o número 4 do artigo 11º assim formulada: “*O Estado de Cabo Verde pode assinar convenções internacionais com outros Estados ou organizações internacionais para garantir a soberania sobre todo o território sob sua jurisdição exclusiva e a segurança do povo cabo-verdiano*” (Grupo Parlamentar do Movimento para a Democracia, *Projecto de Lei Constitucional*, reproduzido na revista *Direito e Cidadania*, a. IX, nº 28: Especial: Revisão Constitucional, Jorge Carlos Fonseca & José Pina Delgado (orgs.), 2009, p. 236). Não haveria, é verdade, uma supressão explícita da cláusula na lei constitucional de revisão, mas, por motivos naturais, com a nova redação ele deixaria de integrar a Lei Fundamental, não subsistindo qualquer dúvida quanto a essa intencionalidade, nomeadamente porque essas medidas são justificadas recorrendo-se à seguinte argumentação: “*Faculta-se ao Estado de Cabo Verde a possibilidade de celebrar acordos de defesa e de segurança com outros Estados ou com organizações internacionais, para garantia da sua soberania e da segurança do povo cabo-verdiano. Na verdade, Cabo Verde, pela pequenez dos seus recursos, dificilmente poderá por si só, assegurar a defesa do seu território e a segurança do seu povo contra qualquer agressão externa. Se é certo que a agressão de um outro Estado contra Cabo Verde, um pequeno Estado pacífico, respeitado e útil na comunidade internacional, deve ser considerada tão longínqua que pode ser desvalorizada, nas condições que hoje prevalecem no mundo uma agressão (latu sensu) terrorista ou de organização criminosa não pode deixar de ser tida sempre em mente. E a única forma eficiente de a prevenir e – se um dia acontecer – a reprimir só é viável para o nosso país no quadro da cooperação internacional*”, e “*Suprime-se a proibição de bases militares em território nacional, que pode justificar-se no quadro desenhado no item anterior*” (Nota Justificativa).

A mesma intenção foi manifestada pelo projeto submetido individualmente pelo Deputado do MPD Humberto Cardoso, o qual também incluía proposta de nova redação do número 4 do artigo 11º com um teor segundo o qual “*O Estado de Cabo Verde, considerando as vulnerabilidades inerentes à sua condição de Estado pequeno, arquipélago e de reduzida população, pode assinar acordos com vista a garantir a sua defesa e segurança e a soberania sobre a sua zona económica exclusiva*”. Na Nota Justificativa não se arrazoia especificamente a respeito desta opção, mas provavelmente estará associada ao argumento da redefinição do conceito de segurança e defesa nacional. Tópico que merece a seguinte articulação por parte do proponente: “*Em matéria de Defesa e Segurança, a Constituição apresenta a divisão clássica entre a defesa face ao inimigo externo, a carga das Forças Armadas, e a segurança interna, entregue às polícias. No mundo pós 11 de Setembro essa diferença entre segurança e defesa desvanece-se. As ameaças actuais, na generalidade dos casos, de entidades sub-estatais no crime, no tráfico ou no terrorismo, exigem métodos de actuação policial, mesmo que, em termos operacionais, as forças tenham de mostrar*

perícia e usar táticas militares. As fragilidades de Cabo Verde têm muito a ver com a sua pequena economia, pequena população e condição de ilhas espalhadas por uma grande área do oceano. Isso implica uma grande linha de costa para controlar e uma área enorme de águas territoriais e zona económica para vigiar. Essas fragilidades tornam extremamente difícil montar uma defesa convincente contra uma ameaça externa protagonizada por um outro Estado. As Forças Armadas, tendo como seu núcleo essencial o Exército, dificilmente poderiam responder cabalmente à missão que a Constituição lhes dá. Essa é provavelmente uma das razões porque sempre os governantes se viram tentados a encontrar outras missões para as Forças Armadas, principalmente, em matéria de segurança interna. As questões que se colocam são, face à inexistência de ameaças de outros Estados e à grande dificuldade do País, pelos próprios meios, de fazer a sua defesa militar, onde investir os poucos recursos e como estruturar as forças para as ameaças reais. E nisso tem-se que considerar a natureza da cooperação possível com outros países e organizações internacionais. Porque a cooperação é parca em termos estritamente militares, mas pode ser profusa no combate ao crime e ao terrorismo. O projecto de revisão da Constituição vai no sentido de canalizar recursos e forças para as ameaças reais e actuais do País, que são de natureza criminal e transnacional. Isso envolve policiamento dos mares e costas e acção coordenada e sofisticada das forças policiais que para isso devem ser preparadas e estruturadas. Daí a proposta de criação da Guarda Costeira como força de Segurança paramilitar e de desconstitucionalização do serviço militar obrigatório”.

Por seu turno, o Projeto dos Deputados do Grupo Parlamentar do PAICV nada dizia a respeito, pois, ainda que incluísse propostas de alteração ao artigo 11, estas incluíam sobretudo em necessidades mais cosméticas de adaptação da linguagem utilizada para acomodar perspectiva de género (alteração da expressão “Direitos do Homem” para “Direitos Humanos”) ou desenvolvimentos institucionais internacionais (a substituição do nome “Organização da Unidade Africana” pelo da sua sucessora “União Africana”) e a inserção da cláusula de adesão ao Tribunal Penal Internacional. Tudo aponta para que não terá mostrado muito abertura para viabilizar tais propostas do MPD porque na sequência da sua submissão, uma comissão paritária criada pelos dois partidos para harmonizar os dois projetos não elencou qualquer proposta de alteração desse dispositivo no Memorando de Entendimento entre o MPD e o PAICV sobre Matérias Essenciais para a Segunda Revisão Ordinária da Constituição [24 de novembro de 2010] reproduzido em Mário Ramos Pereira Silva (org.), *As Constituições de Cabo Verde e Textos Históricos de Direito Constitucional Cabo-Verdiano*, 3ª ed., Praia, Edições ISCJS, 2014, pp. 497-502.

O facto é que já não constava da versão do projeto que foi efetivamente discutida. Porém, é digno de realce que o legislador constituinte de reforma entendeu por bem inserir um segmento no número 2 do artigo 11º segundo o qual “O Estado de Cabo Verde (...) participa no combate internacional contra o terrorismo e a criminalidade organizada transnacional”, cujo valor para se discutir o alcance da cláusula constitucional da proibição de instalação de bases militares em território cabo-verdiano não pode ser desmerecido. Até porque serviu de base ao desenvolvimento dos instrumentos básicos da política de segurança e de defesa como fica claro da análise do *Conceito Estratégico de Defesa e Segurança Nacional*, aprovada pela Resolução 5/2011, de 17 de janeiro, publicada pelo *Boletim Oficial de República de Cabo Verde*, I Série, nº 3, 17 de janeiro de 2011, pp. 129-140, de que se sumariza a partir de um trecho onde se pontua que “com efeito, os conflitos violentos, as ameaças terroristas, a proliferação de armas nucleares, o crescimento da comercialização ilícita de armas e drogas e problemas de saúde pública, como são os casos de novas e antigas doenças infecciosas,

representam grandes desafios para a comunidade internacional. O combate a essas ameaças carece cada vez mais de cooperação entre Estados, de políticas consensuais, de tal modo que os Estados se vêem obrigados a cooperar e a comprometer recursos, não só em relação a objectivos de segurança nacional ou regional mas também, em relação a objectivos de segurança global. A globalização do terrorismo e a emergência de actores não estatais no cenário político internacional, que chegam ao ponto de manifestar a intenção de obter armas de destruição massiva, constituem uma das principais preocupações da comunidade internacional em matéria de segurança, transformando-se numa ameaça a que nenhum país ou organização pode ficar alheio”.

14.5. Dessa evolução resulta o atual número 4º do artigo 11 da Constituição, a respeito do qual poderia haver alguma tentação a promover-se uma análise isolada. Todavia, parece-nos que pelo que se tentou destacar, ele, apesar da forma de sua construção, não deixa de fazer parte de um complexo normativo que inclui um conjunto de orientações que o Estado de Cabo Verde deve seguir na condução da sua política de segurança. E aqui não somente com uma dimensão interna, mas também externa.

14.5.1. Daí ser necessário trazer à colação, por um lado, é verdade, o princípio da coexistência pacífica, a referência à paz do número 3 do artigo 11º (“O Estado de Cabo Verde preconiza (...) a criação de uma ordem internacional (...) capaz de assegurar a paz (...)”) e na parte final do seu número 7 (“O Estado de Cabo Verde empenha-se (...) no fortalecimento das ações de cooperação a favor da (...) paz”), mas também a orientação de apoiar certas organizações como a Organização das Nações Unidas e União Africana a colaboração necessária para assegurar a paz (número 4), de apoiar todos os esforços tendentes a garantir o respeito pelos princípios previstos pela Carta das Nações Unidas (*idem*) e de apoiar o combate contra o terrorismo e a criminalidade organizada transnacional (número 2).

Ocorre que, no meu entendimento, primeiro, o conceito de coexistência pacífica é recortado no quadro de um determinado quadro de influência tunkiniana, para quem “*significava fundamentalmente que nas condições de coexistência de Estados de regime social oposto a luta inevitável entre eles não deve ter carácter bélico, mas o de competição pacífica*” (Grigori Tunkin (red.), *Direito Internacional*, Moscovo, Edições Progresso, 1986, p. 38). Materializa-se no sentido de que a despeito de qualquer motivo de afastamento ideológico com outros Estados Cabo Verde tenta, nos limites do possível, preservar um *modus vivendi* no quadro de uma relação de respeito mútuo, ainda que distante, sendo relevante para esta discussão sobretudo ao nível da possibilidade de bases militares estrangeiras em território nacional serem utilizadas sobretudo para promover atos bélicos contra outros Estados à margem dos interesses e das obrigações internacionais de Cabo Verde.

Mas, o facto é que o princípio da coexistência pacífica pelas suas características não é exatamente igual ao princípio da paz, o qual, no que releva para a boa interpretação do artigo 11º poderia ter de ser inferido, preferencialmente, ou do número 3 (“O Estado de Cabo Verde preconiza (...) a criação de uma ordem internacional justa e capaz de assegurar a paz e a amizade entre os povos”) ou do número 7 (“O Estado de Cabo Verde empenha-se (...) no fortalecimento das ações de cooperação a favor (...) do respeito pelos direitos humanos, da paz e da justiça”).

Contudo, é meu entendimento que o número 3, ainda dentro da normatividade já relativa da maior parte das cláusulas do artigo 11º, ao recorrer à expressão “Cabo Verde preconiza” na verdade integra não bem uma diretiva de política externa que determina a sua formulação e condução na atualidade, mas aquilo que se pode denominar uma visão preconizada por Cabo Verde para o futuro da ordem

internacional que projeta um conteúdo moral no sentido da sua constituição ideal. Porém, longe de ter um comando de concretização num mundo ainda imperfeito em que qualquer nação tem de ter mecanismos para confrontar-se e conviver com situações que requerem a preparação para a utilização de meios bélicos na medida em que, primeiro, a violência ainda não deixou de fazer parte das relações internacionais; segundo, quase todos os outros Estados mantêm os seus aparatos militares; e, terceiro, nem todos os litígios são, de facto, resolvidos através da utilização de meios pacíficos de solução de conflitos. Não fosse isso não se incluiria na “Constituição da Segurança”, a) um conceito de defesa nacional segundo o qual ela seria “a disposição, integração e ações coordenadas de todas as energias e forças morais da Nação, face a qualquer forma de ameaça e de agressão, tendo por finalidade garantir, de modo permanente a unidade, a soberania, a integridade territorial e a independência de Cabo Verde, a liberdade e a segurança da sua população, bem como o ordenamento constitucional democraticamente estabelecido” (artigo 246); b) não se incumbiria às Forças Armadas, “a execução da componente militar da defesa nacional” para “assegurar a defesa militar da República contra qualquer ameaça ou agressão externas” (artigo 248 (1)); c) não se permitiria a conscrição de cidadãos para servirem militarmente o país (artigo 249 (1)); d) não se previria uma causa de necessidade constitucional – o estado de sítio – que tem como primeiro pressuposto a “agressão efetiva ou iminente do território nacional por forças estrangeiras (...)” (artigo 270) e menos ainda, e) não se imporá ao indivíduo o dever fundamental de participar da defesa da pátria (artigo 85 b))

Por sua vez, um eventual princípio da paz que decorresse do número 7 do artigo 11º também teria de ser acantonado à ideia exposta pela disposição de uma cooperação em favor da paz, não se podendo extrapolar a generalizadamente para justificar por si só uma cláusula de proibição de instalação de bases militares estrangeiras em território cabo-verdiano. Até porque não há uma conexão necessária entre o acolhimento de um princípio da paz – o que, diria, a maior parte das leis fundamentais do Globo fazem – e qualquer solução de proibição de instalações militares de outras soberanias no território de um determinado país. Sendo exemplo mais claro disso o Japão que, apesar de acolher uma cláusula mais forte clara de reconhecimento do valor da paz internacional, na verdade, faz decorrer das suas consequências uma mitigação do uso de meios militares ofensivos, compensada pela adoção de políticas de defesa que envolvem a presença de forças armadas estrangeiras – neste caso dos Estados Unidos – no seu território ao abrigo de um conjunto de acordos militares.

Restaria, assim, a referência que se inseriu no número 5, nos termos da qual “O Estado de Cabo Verde presta às Organizações Internacionais, nomeadamente à Organização das Nações Unidas e à União Africana, a colaboração necessária para a resolução pacífica dos conflitos e para assegurar a paz e a justiça internacionais (...)”. Desta, no fundo, decorre a determinação essencial a fazer-se sobre o próprio sentido de um princípio da paz aplicado às relações internacionais do Estado de Cabo Verde. Trata-se de um conceito que, na medida em que é associado à ONU e à União Africana, adquire um sentido que ultrapassa a dicotomia clássica do Direito Internacional entre guerra e paz e de paz como ausência de conflito. Mas, outrossim, de paz como ausência justa de conflito. Do que decorre de que ela sendo ilícita ou injusta, por permitir a normalização de violação de normas de convivência internacional, poderá ser combatida através da força. Portanto, deste ponto de vista, parece-me que não se pode fazer depender a cláusula da proibição da instalação de bases militares estrangeiras em território nacional de um princípio da paz internacional resultante do artigo 11º da Lei Fundamental.

14.5.2. A construção constitucional está longe de se assemelhar ao protótipo de uma Constituição Pacifista, a Lei Fundamental Japonesa de 1946 que, na senda de proclamação do seu Preâmbulo, declara que “Nós, o povo japonês, desejamos a paz em todo o tempo e estamos profundamente conscientes dos altos ideais que norteiam o relacionamento humano, e todos nós temos determinado preservar nossa segurança e existência, confiando na justiça e fé das pessoas de boa vontade do mundo. Nós desejamos ocupar um lugar de honra dentro da comunidade internacional nos esforçando na preservação da paz e no banimento da tirania e escravidão, opressão e intolerância, em todo o tempo e em todo o mundo. Nós reconhecemos que todas as pessoas do mundo têm o direito a viver em paz, livres do medo e da miséria” dispondo no seu artigo 9º que “Aspirando sinceramente à paz mundial baseada na justiça e ordem, o povo japonês renuncia para sempre o uso da guerra como direito soberano da nação ou a ameaça e uso da força como meio de se resolver disputas internacionais. Com a finalidade de cumprir o objetivo do parágrafo anterior, as forças do exército, marinha e aeronáutica, como qualquer outra força potencial de guerra, jamais será mantida. O direito a beligerância do Estado não será reconhecido” (Constituição do Japão [3 de novembro de 1946], artigo 9º, disponível na página oficial da Embaixada do Japão na República Federativa do Brasil: <https://www.br.emb-japan.go.jp/cultura/constituicao.html>).

Ou de outras que, por motivos históricos também, afastam certas modalidades de utilização da força, como a da Alemanha que estipula que “atos tendentes e levados a cabo com intenção de perturbar as relações pacíficas entre as nações, especialmente a preparação para uma guerra de agressão, são inconstitucionais. Devem ser criminalizados” (artigo 26), a italiana que repudia “a guerra como instrumento de ofensa à liberdade de outro povo e como meio de solução de controvérsias internacionais” (artigo 11) ou ainda a da Costa Rica, através da postura anti-castrense acolhida pelo artigo 12 que proscree a existência das forças armadas. Até porque em todos esses casos permite-se a participação desses países em mecanismos de segurança coletiva regional.

14.6. Não havendo qualquer obrigação geral de Direito Internacional relativa à aceitação ou rejeição de bases militares estrangeiras, aplicando-se, com raras exceções, a liberdade convencional de celebrarem acordos nesse sentido com os parceiros que entenderem ou autorizarem através de outros meios, inclusive políticos, de manifestação de consentimento, necessário para se ultrapassar a soberania que o Estado gozaria no seu próprio território (vide John Woodliffe, *The Peacetime Use of Foreign Military Installations under Modern International Law*, Dordrecht/Boston/London, 1992, Capítulos 1-6).

14.6.1. Porém, essa prerrogativa reconhecida pelo Direito Internacional pode ser autolimitada por outras normas desse mesmo sistema jurídico, como por instrumentos jurídicos do próprio Estado, nomeadamente pelas suas leis fundamentais. Neste particular, as soluções são as mais diversas, desde uma maioria de sistemas constitucionais que ignoram a questão, cujo efeito é sua não-constitucionalização, outros que contém regras de autorização de entrada, permanência e/ou trânsito de forças militares estrangeiras, submetendo-as a um controlo orgânico e a um regime de *checks and balances* e ainda aqueles que regulam expressamente a instalação de bases militares estrangeiras, proibindo a sua instalação.

14.6.2. Cláusula rara, até muito recentemente, do ponto de vista comparado, é, portanto, uma simples opção que certos países fazem por diversos motivos, como são os casos da apontada Ilha de Malta (artigo 1 (3) a)), mas também dos seus confrades europeus da Lituânia (artigo 137), Moldávia (artigo 11(2)), Ucrânia (artigo 17(7)) e Austria, através da sua Lei Constitucional sobre a Neutralidade

(artigo 1(1)), bem como arguivelmente de forma implícita por outros países que acolhem princípios homólogos (*máxime* a Suíça). E outros países africanos e asiáticos, nomeadamente Angola (artigo 12(4)) e Ruanda (artigo 169), Irão (artigo 146), Camboja (artigo 53(4)), Filipinas (artigo xviii, sec. 25) e Mongólia (artigo 4(3)). E ainda Bolívia (10 (3)); Equador (artigo 5^o), Nicarágua (artigo 92(3)), e Venezuela (artigo 13 (2)) na América Latina. Portanto, como lembrou Benfeito Ramos, “A Constituição e as Bases Militares Estrangeiras na Era da ‘Modernida Líquida’”, *Expresso das Ilhas*, n. 870, 1 de agosto de 2018, p. 10, “*Cabo Verde não é o único pequeno estado insular a se acautelar de bases militares estrangeiras, nos termos da respetiva Constituição, nem tal atitude pode ser debitada, com ligeireza, a ultrapassados preconceitos de natureza ideológica*”.

14.6.3. Mas, cada um deles fá-lo em princípio no quadro de contextos próprios e respondendo também a determinados desafios estratégicos e de segurança com os quais são confrontados e, sobretudo, enquadrando tais preceitos em complexos normativos distintos em razão da presença de determinantes deontológicas próprias e de uma evolução formal e material que são decisivas para a sua interpretação. Neste sentido, os motivos que levaram à adoção de tal cláusula por exemplo por Malta (cf. Roderick Pace, “Malta. A Lilliputian State’s Struggle for Security and Peace” in: Michael J. Baun & Dan Marek (eds.), *The New Member States and the European Union: Foreign Policy and Europeanization*, London, Routledge, 2013, pp. 159-174), poderão não ser coincidentes com os que a justificaram nas Filipinas (e.g., Merlin Magallona, “A Critical Review of the Enhanced Defense Cooperation Agreement Between the Republic of the Philippines and the United States”, *Atheneo Law Review*, v. 59, 2014, pp. 453-480).

14.7. Por isso, entendo, que a cláusula da proibição da instalação de bases estrangeiras em território cabo-verdiano – que, em particular, do ponto de vista dogmático, considero não ser bem um princípio fundamental constitucional, mas antes uma garantia – decorre não tanto de um princípio da paz, mas sobretudo do princípio da independência nacional. É da necessidade de manter rumos próprios, de preservação dos seus interesses e valores num mundo em que cada unidade soberana tenta também preservar os seus, não ficando submetido às políticas e finalidades das outras, que se justifica essa garantia que proíbe a instalação de bases militares estrangeiras em território nacional. Do que decorre que qualquer interpretação que se lance sobre a natureza e a extensão da garantia em discussão deva também levar esses aspetos em consideração. Mais uma vez num sentido que afastaria a Constituição de uma sobrevalorização da paz enquanto realidade concreta da sua política externa do presente. Mas, outrossim, neste particular, dirige-se num sentido realista assente na ideia de que perante ameaças globais que põem em causa a ordem internacional no seu todo e em individualmente aos seus integrantes, inclusive a nossa República, é necessário que esta também dê o seu contributo em tais empreitadas, colaborando, na medida do possível, para a concretização de um objetivo de toda a comunidade internacional e do Estado de Cabo Verde.

Não só considerando o que já decorria da primeira versão da Constituição de colaboração com mecanismos universais e regionais de segurança que gravitam em torno da Organização das Nações Unidas e atualmente da União Africana, como o que foi aprovado – pela primeira vez pela unanimidade das forças políticas com representação na Assembleia em 2010 – a participação de Cabo Verde no combate contra o terrorismo e a criminalidade organizada transnacional, não só pelos riscos que normalmente tais grupos – já que normalmente são entidades não-estaduais – podem colocar abstrata ou concretamente à segurança nacional, mas também na medida em que são flagelos universais.

14.8. Por conseguinte, é com este enquadramento em mente que me parece que se deva promover uma aproximação hermenéutica ao número 4 do artigo 11^o da Lei Fundamental não só extraindo o seu sentido normativo a partir de si, como a partir da relação sistemática que mantém com estas outras disposições.

14.8.1. Em relação à primeira dimensão, teria, efetivamente, uma leitura menos ampla do seu alcance em razão das razões já avançadas decorrentes de uma avaliação *prima facie* do dispositivo. Ainda que parta de uma norma construída enquanto garantia de vários dos princípios elencados no número 1 da disposição e em certa medida da própria visão constitucional da ordem internacional já decorrente da interpretação do preceito em si considerado, para mim não se pode adotar uma interpretação tão compreensiva do número 4 do artigo 11 da Lei Fundamental.

14.8.2. É que o mesmo estabelece que “o Estado de Cabo Verde recusa a instalação de bases militares estrangeiras no seu território”, sendo especialmente importantes para a definição do alcance do preceito as expressões “bases”, “militares” e “estrangeiras”. As dificuldades de se definir o sentido de tais conceitos são evidentes se atentarmos às múltiplas possíveis significações dessas expressões do ponto de vista histórico e operacional (v. Robert Harvaky, *Strategic Basing and the Great Powers, 1200-2000*, London/ New York, Routledge, 2007) e jurídico (John Woodliffe, *The Peacetime Use of Foreign Military Installations under Modern International Law*, pp. 30-32), não se podendo simplesmente estabelecer uma relação de sinonímia entre presença de militares estrangeiros em território nacional e instalação de bases militares.

A – No português corrente, a expressão “base” significa, recorrendo ao *Houassis*, “*tudo o que serve de sustentáculo ou de apoio; (...)*” e, na aceção militar, “*lugar de concentração de tropas e de meios materiais para condução de operações militares*”. Naturalmente, se se optar por essa aceção mais corriqueira qualquer presença de forças armadas estrangeiras em território nacional seria passível de ser considerada como uma base militar, estendendo os seus efeitos sobre várias situações, nomeadamente as que foram mencionadas de exercício militares e operações conjuntas em espaços sob soberania ou jurisdição do Estado de Cabo Verde, escalas técnicas feitas por militares estrangeiros e muitas outras.

Mas, não pode ser assim porque o sentido de base, ainda que fluído, não pode escapar de alguma influência contextual da palavra, no sentido que é utilizado no quadro militar de sua aplicação, considerando inclusivamente o seu acolhimento pelo próprio Direito Militar ou mais amplamente pelo Direito da Segurança Internacional e Nacional. Neste sentido, o *DOD Dictionary of Military and Associated Terms*, s.l., Department of Defence, s.a., p. 25, considera que base é “1. *Um local a partir do qual operações são projetadas ou apoiadas. 2. Uma área ou localidade que contém instalações que fornecem apoio logístico ou outro (...)/1. A locality from which operations are projected or supported. 2. An area or locality containing installations which provide logistics or other support*”. A generalidade dessa fórmula mais técnica é também pouco apta a permitir a adoção de um conceito operacional de base. Daí o mesmo dicionário remeter a partir desse termo para a entrada “*Facility*”, concebida como “*um bem físico imóvel, consistindo, isolada ou conjuntamente, do seguinte: uma estrutura, um sistema de utilidades, pavimentos e terra subjacente/ a real property entity consisting of one or more of the following: a building, a structure, a utility system, pavement, and underlying land*” (Ibid., p. 83)”.

Neste último sentido, o termo base parece remeter de forma clara para uma aceção mais estática, de algo de natureza infraestrutural e que serve de suporte a determinadas atividades com existência fática tendencialmente

permanentes. Se assim for, pelo menos as que não o sejam, nomeadamente instalações temporárias, *máxime* acampamentos militares, como aqueles que foram montados aquando do exercício *Steadfast Jaguar 2006*, não estariam abrangidos pela proibição por não terem carácter permanente ou pressuporem presença duradoura de forças armadas estrangeiras em território nacional.

B – A natureza militar da base deve ser estabelecida também, referindo-se, neste caso, àquilo que respeita às forças armadas, nos termos do *Houaiss*, p. 2494. Por conseguinte, base militar seriam instalações que albergam pessoal e equipamento bélico de modo tendencialmente permanente. Do que decorre que do termo não se pode forçosamente incluir por exemplo a proibição de bases de exploração científica de qualquer natureza ou sequer bases de inteligência.

C – Por fim, não é irrelevante considerar o alcance da expressão “*estrangeiro*”, que indica simplesmente algo que é estranho, por completamente desconectado da soberania cabo-verdiana, não podendo abarcar aquilo que é “*internacional*”, o qual projeta também a soberania do Estado de Cabo Verde. Daí não se vedar, na minha opinião, eventuais instalações de entidades internacionais de que Cabo Verde seja parte dentro dos limites dos poderes soberanos que o Estado pode transferir e desde que a última palavra sobre a sua permanência ou não continue a caber ao povo cabo-verdiano. Neste sentido, na medida em que o número que sucede à garantia da proibição de instalação de bases militares estrangeiras em território nacional, o 5, dispõe que “*o Estado de Cabo Verde presta às Organizações Internacionais, nomeadamente à Organização das Nações Unidas e à União Africana, a colaboração necessária para a resolução pacífica dos conflitos internacionais e para assegurar a paz e a justiça internacionais, bem como o respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais, e apoia todos os esforços da comunidade internacional tendentes a garantir o respeito pelos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas*”.

Esta norma presente no texto constitucional desde a versão originária integra como é evidente um princípio de que Cabo Verde colabora, nos limites do possível, com tais organizações internacionais, dentre as quais – dir-se-ia principalmente – a ONU e a União Africana, para concretizar tais finalidades. Ocorre que tanto uma como a outra não adotam um conceito pacifista de paz, mas, antes um conceito militarizado de paz, na medida em que admitem que esta, pelo menos em certas situações, poderá ter de ser imposta se necessário pela força das armas, como decorre tanto da Carta das Nações Unidas, que permite que se confronte situações de agressão, rutura da paz e de ameaça à paz e segurança internacionais (artigo 39) com as medidas coercitivas militares exemplificadas pelo artigo 42, como dos instrumentos da União Africana, *máxime* o seu Ato Constitutivo (artigo 4º h), de que Cabo Verde faz parte, e o Protocolo que cria o seu Conselho de Paz e de Segurança (artigo 7º), que não vincula o nosso país. Neste sentido, quando o legislador constituinte mantém essa fórmula na nossa Lei Fundamental acolhe um conceito de paz que também se realiza pela força. Se, nesse âmbito, dirige o executor da política externa a colaborar e a apoiar tal elemento deve ser levado em conta como fazendo parte do complexo normativo e hermenêutico associada à cláusula da proibição da instalação de bases militares em território nacional.

14.8.3. Por isso, nesta parte não pude acompanhar os doutos argumentos apresentados pelo acórdão para definir não só a natureza, como também o âmbito da aplicação da cláusula da proibição de instalação de bases militares estrangeiras em território nacional, nomeadamente a sua associação ao princípio da paz e a sua aplicação generalizada a qualquer presença de contingentes militares não cabo-verdianos no espaço físico nacional.

Neste sentido, para mim, a cláusula da proibição da instalação de bases militares estrangeiras em território nacional encontra o seu fundamento de legitimação e logo base dogmática não no princípio da paz, mas sim como garantia de soberania e de independência, na medida em que visa – mesmo considerado que o Estado deva participar e prestar a sua colaboração tendente à concretização desses combates – que ele o faça mantendo o controlo sobre o seu território, afastando por isso qualquer presença permanente estrangeira de origem militar que as possa, em concreto, debilitar ou criar um quadro de dependência de agendas estrangeiras.

14.8.4. Por isso mesmo também não me parece que se deva interpretar de forma muito estrita a cláusula a este nível num sentido que, por exemplo, impedisse o acesso a eventuais bases militares cabo-verdianas (leia-se sobre as quais as autoridades nacionais exercem controlo efetivo e completo) por forças estrangeiras desde que a estadia não seja permanente e tenha como propósitos finalidades constitucional e internacionalmente legítimas, nomeadamente por se conformarem às diretrizes de política externa do artigo 11º da Constituição.

14.9. Por estas razões não pude seguir todos os pronunciamentos acolhidos pelo acórdão, ainda que tenha concordado com a decisão no sentido de que a norma desafiada não pode ser interpretada como autorizando a instalação de bases militares dos Estados Unidos em território nacional. Nesta conformidade, também votei no sentido de não se declarar a inconstitucionalidade do preceito impugnado.

14.9.1. Porque a cláusula em questão estabelece que “*2. O pessoal dos Estados Unidos tem liberdade de movimentos e de acesso e uso de meios de transporte e de instalações de armazenagem, de treino e outras, mutuamente acordados e necessários no âmbito das atividades desenvolvidas ao abrigo do presente Acordo*”, sendo parte nodal o segmento em que se dispõe que “*o pessoal dos Estados Unidos têm liberdade de (...) acesso e uso (...) de instalações de armazenagem, de treino e outras, mutuamente acordados e necessários no âmbito das atividades desenvolvidas ao abrigo do presente Acordo*”.

Mais uma vez, a imprecisão da redação poderá conferir legitimidade ao entendimento de que quando se fala na liberdade de acesso e uso de instalações militares de armazenagem, de treino e outras, poder-se-ia também depreender que estará em causa a instalação de uma base militar dos Estados Unidos em território nacional. Portanto, não desmereço as interpretações que alertam para o risco de se estar perante o que materialmente poderia encobrir uma verdadeira base militar (como a que, por exemplo, foi acolhida pelo Tenente Coronel Emanuel Brito, “SOFA: Por Detrás da Cortina”, *A Nação*, n. 570, 2 a 8 de agosto de 2018, E 6-7 e Emanuel Brito, “Uma Base Militar Americana, contornando a Constituição”, *Santiago Magazine*, 29 de junho de 2018, disponível em <https://santiagomagazine.cv/index.php/mais/ponto-de-vista/1694-uma-base-militar-americana-em-cabo-verde-contornando-a-constituicao>), sobretudo se considerarmos os objetivos estratégicos que alguns críticos atribuem ao parceiro de manter uma presença militar global (ver David Vine, *Base Nation. How the U.S. Military Bases Abroad Harm America and the World*, New York, Skyhorse, 2015, e Catherine Lutz, “U.S. Foreign Military Bases. The Edge and Essence of Empire” in: Jeff Maskovsky & Ida Susser (eds.), *Rethinking America. The Imperial Homeland in the 21st Century*, Abingdon, Routledge, 2009, pp. 15-30) e a projeção e multiplicação de novas tipologias de instalações militares pelos Estados Unidos da América (David Vine, “The Lily-Pad Strategy: How the US is Quietly Transforming its Overseas Base Empire”, *Huffington Post*, 07/06/2012, disponível em https://www.huffpost.com/entry/us-military-bases_b_1676006). Porém, permitindo tal interpretação, sobretudo na parte que remete para acordos posteriores

– não necessariamente jurídicos – aqui em razão da letra da norma poder estar simplesmente a fazer referência à utilização de instalações que sejam providenciadas pelas autoridades cabo-verdianas de forma pontual para as finalidades específicas de uma determinada atividade. E, embora isso não seja decisivo, a forma não seria a mais comum de se estabelecer o quadro jurídico de uma base militar que, pelo menos tradicionalmente, pressupõe um acordo específico ou, no mínimo, a inserção de algumas cláusulas num acordo geral de defesa (vide, por exemplo, Margarida d’Oliveira Martins, “A Base Militar Aérea das Lajes: O Regime Jurídico-Internacional” in: *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Galvão Teles*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 853-874).

14.9.2. Portanto, já do ponto de vista meramente textual, a interpretação que se pode dar à disposição seria simplesmente que as forças visitantes poderiam ter acesso a estruturas ou espaços militares cabo-verdianos que as autoridades nacionais entendessem por bem facultar para esse efeito ou, no limite, permitir que montem instalações temporárias para esse fim como aconteceu, por exemplo, no âmbito do *Steadfast Jaguar 2006*, ou possam aceder aos seus próprios meios móveis, nomeadamente navios de guerra, que atraquem nos portos nacionais.

14.9.3. Se do ponto de vista textual tal interpretação se imporia, mais ainda se reforça a atribuição de tal sentido normativo se se ativer às próprias declarações dos principais interessados e aplicadores dessas normas, nomeadamente o antigo Embaixador dos Estados Unidos no Arquipélago que rejeitou a ideia de que se pretendia estabelecer uma base militar do seu país em Cabo Verde dizendo que “*Não. Este novo Acordo do Estatuto das Forças Armadas Norte-Americanas com Cabo Verde estabelece uma base legal para a cooperação nas áreas de Defesa e Segurança e possibilita uma ampla gama de atividades relacionadas com a defesa, entre nossos dois países*” (Donald Heflin, “Sobre o Acordo do Estatuto das Forças Armadas Norte-Americanas, SOFA”, *Expresso das Ilhas Online*, 2 de julho de 2018, disponível em <https://expressodasilhas.cv/opiniao/2018/07/02/sobre-acordo-do-estatuto-das-forcas-armadas-norte-americanas-sofa/58888>), e das próprias autoridades nacionais que também nos autos e fora dos mesmos afastaram tal possibilidade, nomeadamente dizendo que “*importa, contudo, reiterar que não se pretende, com o Acordo em análise, ter uma presença permanente de um contingente militar americano no país, em jeito de base militar, porquanto a Constituição é expressa em proibi-la. Convém salientar que essa presença deverá ser temporária e estar, sempre, associada a objetivos e interesses comuns, com enfoque nacional, sub-regional, regional e internacional, materializada, conforme o próprio documento, em visitas de navios, treinamento, exercícios, atividades humanitárias e outras atividades, pl[ur]lévia, específica e mutuamente acordadas*”.

Naturalmente não só porque merecem a devida consideração, mas sobretudo porque isso tem um efeito sobre a própria interpretação a atribuir à norma convencional. A razão é que tais pronunciamentos não deixarão de ser relevantes para definir os termos do próprio tratado, como, de resto, é também acolhido pela alínea b) do número 3 do artigo 31 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados, já discutida, segundo a qual “*ter-se-á em consideração, simultaneamente com o contexto (...) toda a prática seguida posteriormente na aplicação do tratado pela qual se estabeleça o acordo das partes sobre a interpretação do tratado*”. Isso, na medida em que declarações públicas emitidas por entidades que podem representar o Estado – e dentro dos limites em que o possam fazer – são considerados como práticas do Estado para efeitos de concretização desta norma da “*convenção sobre as convenções*” adotada em Viena em 1969.

14.9.4. Não me parece que, para efeitos de determinação da intenção das partes ao adotar a norma desafiada, o

Tribunal devesse colocar a hipótese de esta norma estar a ser consagrada de má-fé, e com a cumplicidade das autoridades nacionais, para driblar e assim fraudar o sentido da cláusula constitucional de proibição de instalação de bases militares estrangeiras em território nacional. Quiçá para instalar pequenas unidades militares em território nacional de forma permanente, mas semiclandestina, aproveitando-se de ambiguidades do próprio texto convencional. Isto porque, por um lado, o Tribunal não tem em sua posse qualquer elemento que indique que tal possibilidade está sobre a mesa. E, porque, do outro, não teria qualquer efeito prático, pois nada impede que, mesmo à margem de um futuro acordo de bases, possa escrutinar, com resultados diferentes, esta mesma norma, por meio de um outro pedido de fiscalização sucessiva da constitucionalidade, caso se venha a utilizar o segmento do dispositivo ora desafiado para a instalação de unidades militares geridas, *de iure* ou de facto, por forças norte-americanas com presença tendencialmente permanente. Fazê-lo neste momento é que seria francamente precipitado.

XV. Em conclusão, por esses motivos, apesar de ter aderido à solução que consta do acórdão desta Corte e de concordar que a *ratio decidendi* que a justifica resulta do facto de a norma desafiada não permitir a instalação de bases militares em território cabo-verdiano em contravenção ao disposto no número 4 do artigo 11º da Constituição, não pude associar-me aos fundamentos dogmáticos e à interpretação que foi dada a essa disposição constitucional pelo duto acórdão.

Foi este o meu modesto entendimento sobre as intrincadas questões jurídicas levantadas pelo complexo processo que o Tribunal Constitucional teve de apreciar e decidir.

O Juiz Conselheiro, *José Pina Delgado*

Está Conforme

Secretaria do Tribunal Constitucional, aos 02 de julho de 2020. — O Secretário Judicial, *João Borges*

Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional nº 10/2020, em que são recorrentes **Kevin Jorge Monteiro Rodrigues e Leonardo Nelson Lopes da Cruz**, e entidade recorrida o **Supremo Tribunal de Justiça**.

Acórdão nº 11/2020

I - Relatório

1. **Kevin Jorge Monteiro Rodrigues e Leonardo Nelson Lopes da Cruz**, com os demais sinais de identificação nos autos, não se conformando com a decisão do Meritíssimo Juiz do Primeiro Juízo Crime do Tribunal Judicial da Comarca de São Vicente, que tinha revogado a substituição da pena de prisão pela prestação de trabalho a favor da comunidade, vieram, através do presente recurso de amparo, clamar pelos seus direitos fundamentais, alegando, em síntese, que:

1.1. Foram condenados em 2 anos de prisão, pela prática de um crime de roubo, previsto e punido nos termos do artigo 198º, nºs 1 e 2, 1.ª parte do Código Penal, pena que, entretanto, foi substituída por três meses de trabalho a favor da comunidade;

1.2. Apesar de terem sido avisados pelo Escrivão do Tribunal do referido Juízo que, posteriormente, seriam notificados do dia e local onde deveriam comparecer para prestarem serviços a favor da comunidade, nunca foram notificados. Prova disso é que “*em parte alguma dos autos do processo em tela, consta que os Requerentes foram notificados pelo Tribunal “a quo, “para comparecerem*

no dia tal, na hora tal e no local tal, para darem início a prestação dos referidos serviços a favor da comunidade a que foram condenados;”

1.3. O que resulta dos autos é o facto de o Tribunal *a quo* ter solicitado à Câmara Municipal da Ilha de São Vicente, através do ofício registado sob o nº 143/P2/19, de 14 de maio de 2019, que os admitisse como prestadores de serviço em virtude da substituição da pena de prisão de dois anos pelo trabalho a favor da comunidade;

1.4. E, no mesmo dia, a Direção de Serviços de Recursos Humanos da Câmara Municipal de São Vicente mandou informar o Tribunal que os ora recorrentes deveriam comparecer no Parque Auto da Câmara Municipal, sito na zona de Monte Sossego, no dia vinte do mês de maio do ano de dois mil e dezanove, pelas 8:00 horas, a fim de darem início ao suprarreferido serviço;

1.5. Por conseguinte, competia ao Tribunal “*a quo*,” notificar os recorrentes do dia, hora e local indicados pela referida Câmara, para que pudessem iniciar a prestação de serviço;

1.6. Ainda que tivessem sido notificados do local e data onde deveriam iniciar a prestação de serviço e não tivessem comparecido, o Tribunal não deveria revogar a pena substitutiva, sem antes procurar saber o porquê da não comparência deles, uma vez que há situações de força maior;

1.7. Por não terem sido notificados do local, da data e do horário da prestação de serviço a favor da comunidade, ficaram surpreendidos, quando, no dia 16 de dezembro de 2019, foram interpelados pelos Agentes da Esquadra da zona de Fonte Inês, Ilha de São Vicente e lhes apresentaram um mandado de detenção e condução à cadeia mandado lavrar pelo Juiz do Primeiro Juízo Crime do Tribunal Judicial da Comarca de São Vicente, a fim de cumprirem a pena privativa de dois anos de prisão, com o fundamento na alegada recusa de cumprimento da pena substitutiva de três meses de trabalho a favor da comunidade, nos termos do nº 3 do artº 71º do Código Penal;

1.8. Por isso, os recorrentes não puderam exercer o contraditório, nem sequer tiveram a possibilidade de apresentar uma reclamação ou um competente recurso ordinário impugnando a decisão desajustada do Meritíssimo Juiz do Tribuna *a quo*;

1.9. *Depois de várias semanas na cadeia, e, em um ato de desespero, endereçaram um requerimento ao juiz do Tribunal “a quo” que havia revogado a referida pena, mas, em nada resultou, ou seja, este, respondeu ao suprarreferido requerimento, dizendo que, os Requerentes foram notificados na ata de julgamento (“...”), ou seja, 1+2 é = a 5;*

1.10. *Uma vez que, “in casu,” a nossa lei adjetiva penal não permite recurso extraordinário, coube os Requerentes lançar a mão de uma providência de “habeas corpus” junto ao Superior Tribunal de Justiça;”*

1.11. *“Ora, o supra referenciado Tribunal Superior, em sete dias depois de os Requerentes darem entrada naquele Tribunal a supra providência, proferiu um acórdão, reconhecendo o erro do juiz do Tribunal “a quo,” “por ter revogado a pena de substituição sem que os Requerentes tivessem sidos notificados;”*

1.12. *“Porém, aquele Superior Tribunal, indeferiu a referida providência, por entender que, a sede própria para o escrutínio dessa ilegalidade seria o recurso ordinário;”*

1.13. Na perspetiva dos impetrantes, a revogação da substituição da pena pela prestação de trabalho a favor da comunidade sem que lhes tenha sido dada a possibilidade de exercerem o contraditório viola o disposto nos números 6 e 7 do artigo 35º da Constituição e, por conseguinte, foram violados os princípios sacrossantos plasmados na

Constituição da República de Cabo Verde, quais sejam, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da liberdade e o princípio do contraditório;

1.14. Referem-se à possibilidade de se lhes conceder uma medida provisória, invocando, para tanto, o disposto no *artigo 11º da Lei nº 109/IV/94, de 24 de outubro;*

1.15. Terminam o seu arazoado da seguinte forma:

“Nestes termos, e nos melhores de direito aplicáveis e, sempre com “copia satis litteratus tuae,” é medida de rigor o acolhimento da presente Recurso de 12 Amparo Constitucional.

Deve e se requer que, o presente recurso seja Julgado procedente, por provado e, por via disso, restituir os Requerentes à liberdade, não apenas como medida de justiça, mas, como forma de resgatar e levar novamente a “pazem” que os Requerentes merecem.

Para tanto, SE REQUER a V/Exia., que se digne ordenar a citação do Douto Magistrado do Mº. Pº para se pronunciar, querendo, seguindo-se os demais trâmites legais.”

2. Tendo em conta o disposto no nº 1 do artigo 11º da Lei do Amparo, que confere ao Presidente do Tribunal a faculdade de, independentemente dos vistos, marcar a Conferência para as vinte e quatro horas seguintes ao do recebimento da petição para nela se decidir sobre a admissibilidade do recurso e sobre as medidas provisórias a adotar, designou-se o dia 20 de março de 2020, pelos 8.30 minutos, para a realização do julgamento a que se refere o artigo 13º da Lei do Amparo.

Foram solicitados os Autos da Providência do *Habeas Corpus* nº 20/2020, os quais já se encontram apensos por linha ao presente recurso de amparo.

3. O Plenário desta Corte, por Acórdão nº 08/2020, de 20 de março, votado por unanimidade, decidiu:

“1. Ordenar que sejam notificados os recorrentes para, querendo, e no prazo de dois dias, sob pena de rejeição do recurso, aperfeiçoarem a fundamentação do recurso:

a) *Indicando, com precisão, o ato, facto ou omissão que violou os seus direitos, liberdades e garantias fundamentais;*

b) *Estabelecendo a correspondência entre as diferentes condutas, os respetivos direitos, liberdades ou garantias fundamentais que julgam terem sido violados e os amparos que entendem que lhes devem ser concedidos em relação a cada uma delas;*

c) *Expondo, resumidamente, as razões de facto e de direito que fundamentam a petição;*

d) *Formulando conclusões de acordo com o que determina a alínea e) do artigo 8º da Lei do Amparo.*

2. *Determinar que a Secretaria requisite e junte os Autos de Processo Penal Comum Ordinário registado no Tribunal Judicial da Comarca de São Vicente, sob o nº 325/2018-19.”*

4. Os Autos a que se refere o parágrafo anterior, vindos do Tribunal da Comarca de São Vicente, já se encontram apensos por linha ao presente recurso de amparo.

II - Fundamentação

1. Nos termos do nº 1 do artigo 20º 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 excecionalidade.

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 nº 3 do artº 2º da Lei do Amparo.

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

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

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

Antes de identificar e analisar os pressupostos e os requisitos do recurso de amparo e aferir se no caso vertente se verifica, importa consignar que o seu objeto não se identifica com qualquer ato de natureza legislativa ou normativa, como resulta expressamente do nº 2 do artigo 2º da Lei do Amparo.

2. Tratando-se de um recurso de amparo contra uma decisão jurisdicional, importa verificar se existe alguma razão que possa impedir a sua admissão, atento o disposto no artigo 16º da Lei do Amparo, não sem antes verificar se a peça através da qual os recorrentes se propõem corrigir o requerimento originário deu entrada na Secretaria do Tribunal Constitucional no prazo de dois dias a contar da notificação do Acórdão nº08/2020, de 20 de março, conforme dispõe o nº 1 do artigo 17º da Lei que regula o recurso de amparo.

Compulsados os autos, verifica-se que os recorrentes foram notificados do Acórdão de aperfeiçoamento, via e-mail, no dia 24.03.2020 e a peça processual em que se propõem corrigir a petição originária, também enviada por e-mail, foi registada na Secretaria do Tribunal

Constitucional, no dia 25.03.2020. Tendo sido observado o prazo previsto pelo preceito suprarreferido, nada obsta que se inicie o escrutínio sobre os pressupostos para a admissibilidade do presente recurso.

O recurso de amparo não será admitido quando:

a) *Tenha sido interposto fora do prazo;*

Nos termos do nº 1 do artigo 5º 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.*

A forma pouco clara como a petição de recurso se encontrava redigida suscitou dúvidas sobre qual teria sido a decisão objeto de impugnação.

Mostrava-se, pois, necessário obter um esclarecimento sobre se a pretensão dos recorrentes era impugnar o Acórdão nº 08/2020, de 9 de março, através do qual o Venerando Supremo Tribunal de Justiça tinha indeferido a Providência de *habeas Corpus* nº 20/2020 ou pôr em crise a decisão do Meritíssimo Juiz do Primeiro Juízo Crime do Tribunal Judicial da Comarca de São Vicente, que revogara a parte da sentença que os tinha condenado na pena de dois anos de prisão substituída pela prestação de trabalho a favor da comunidade.

Após a análise da peça processual apresentada na sequência do acórdão de aperfeiçoamento subsiste alguma incerteza sobre o objeto deste recurso, pelo que o Tribunal admite, para o efeito de apreciação, as duas hipóteses.

2.1. A primeira hipótese será avaliada a partir da seguinte interrogação:

As alegações constantes da petição originária e supostamente corrigidas permitem considerar o Acórdão nº 08/2020, de 09 de março, proferido pelo Venerando Supremo Tribunal de Justiça, como objeto deste recurso de amparo?

A resposta é negativa pelas seguintes razões:

a) Em nenhum momento se indica que o recurso foi interposto contra o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça;

b) Não se imputa ao Supremo Tribunal de Justiça qualquer conduta que possa ser considerada como violadora dos direitos, liberdades e garantias fundamentais indicados pelos recorrentes;

c) Ao longo do extenso arrazoado, os recorrentes referem-se à decisão do Supremo Tribunal de Justiça apenas duas vezes, nos parágrafos 22 e 23, simplesmente para constatar o seguinte: “ *O supra referenciado Tribunal Superior, em sete dias depois de os Requerentes darem entrada naquele Tribunal a supra providência, proferiu um acórdão, reconhecendo o erro do juiz do Tribunal “a quo,” por ter revogado a pena de substituição sem que os Requerentes tivessem sidos notificados.*

Porém, àquele Superior Tribunal, indeferiu a referida providência, por entender que, a sede própria para o escrutínio dessa ilegalidade seria o recurso ordinário (que os Requerentes viram-se negados por terem mantidos presos sem ter a comunicação com os familiares) e não a providência de “habeas corpus”

d) A mera referência ao sentido da decisão proferida pelo Venerando Supremo Tribunal de Justiça na sequência de uma Providência de *Habeas Corpus*, sem que tenham sido apresentadas razões que pudessem fundamentar uma possível inconformação com o decidido ou com a sua fundamentação, nomeadamente, por uma hipotética atribuição de sentido desconforme com a Constituição às normas do artigo 18º do Código de Processo Penal, não pode ser considerada uma impugnação que justifique a intervenção do Tribunal Constitucional por via do recurso de amparo.

e) Neste contexto é legítimo admitir que os recorrentes não quiseram impugnar o Acórdão nº 08/2020, de 09 de março, através do qual se indeferiu a Providência de Habeas Corpus nº 20/2020, que visava a sua libertação como consequência da revogação da decisão do Juiz do Primeiro Juízo Crime do Tribunal da Comarca de São Vicente.

f) Parece que após a notificação daquele aresto, aperceberam-se que ainda podiam interpor recurso de amparo do despacho que lhes fora notificado no dia 03 de março de 2020, porque em relação a essa decisão o recurso seria tempestivo, tendo aproveitado a oportunidade para impugnar a decisão que havia revogado a pena de substituição, embora dela tivessem tido conhecimento desde o dia 16 de dezembro de 2019.

3. A exposição que se segue demonstra que o presente recurso de amparo foi interposto contra as decisões do Meritíssimo Juiz do Tribunal da Comarca de São Vicente, deixando incólume o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça:

a) Tanto a petição originária como a peça supostamente corrigida reconhecem que o recurso em apreço foi interposto contra o despacho proferido pelo Juiz da Primeira Instância, quando se diz que: *“Diante desta situação, os Requerentes não tiveram outra solução, a não ser, interpor o presente Recurso de Amparo Constitucional, do despacho proferido pelo Primeiro Juízo Crime do Tribunal Judicial da Comarca da Ilha de São Vicente, datado do dia vinte e seis do mês de fevereiro do ano de dois mil e vinte, que recusou-se em reparar a violação praticada. Pelo exposto, o Tribunal “a quo” violou flagrantemente os direitos subjetivos e objetivos fundamentais dos Requerentes e os princípios sacrossantos plasmados na Constituição da República de Cabo Verde;*

b) Os recorrentes imputam diretamente ao Meritíssimo Juiz da Comarca de São Vicente a violação do direito à liberdade sobre o corpo *“ex vi”* do n.º 1 do art. 29.º da C.R.C.V.; o direito de defesa *“ex vi”* do n.º 7 do art. 35.º da C.R.C.V.; o princípio da dignidade da pessoa humana, *“ex vi”* do art. 1.º da C.R.C.V.; o princípio da liberdade *“ex vi”* do art. 15.º e o n.º 1 do art. 29.º, ambos da C.R.C.V.;

c) A razão principal da inconformação dos recorrentes e determinante para a interposição do recurso de amparo foi a revogação da pena de substituição que, do ponto de vista deles, se baseou na alegada recusa da prestação de trabalho a favor da Câmara Municipal de São Vicente, sem que tenha sido demonstrado que foram notificados para esse efeito, como se pode ler a partir do seguinte trecho da petição: *“Data máxima vénia” nos parece que, o Meritíssimo Juiz do Tribunal “a quo,” revogou a pena substitutiva sem que tivesse ocorrido o incumprimento a que refere o n.º 3 do art. 71.º do C. Penal. Assim sendo, nos parece que, a supra revogação da pena substitutiva pelo Tribunal “a quo” é ilegal.”*

d) A persistência em pedir ao Tribunal Constitucional que requisitasse os Autos de Processo Penal, sob a forma Comum Ordinária, registados sob o n.º 325/2018-19, junto do Tribunal Judicial da Comarca de São Vicente, constitui mais uma evidência de que o objeto deste recurso são as condutas do Meritíssimo Juiz daquela Comarca espelhadas nas decisões constantes desses mesmos autos.

Fica, assim, demonstrado que a impugnação que dá corpo ao presente recurso de amparo não pode ser considerada como tendo sido dirigida ao Acórdão nº 08/2020, de 09 de março, proferido pelo Venerando Supremo Tribunal de Justiça. Consequentemente, não é defensável que se possa exercer um escrutínio autónomo sobre as decisões proferidas pelo Meritíssimo Juiz do Tribunal da Comarca de São Vicente, na medida que as condutas que lhe são atribuídas e que estariam na base das alegadas violações de direitos, liberdades e garantias integram plenamente

o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, o qual não foi impugnado.

4. Uma hipotética autonomização para efeito de apreciação em sede de recurso de amparo das condutas do Juiz da Primeira Instância que se traduziram na decisão de revogar a condenação em pena de substituição de trabalho a favor da comunidade, com o fundamento na alegada recusa por parte dos ora recorrentes em cumprirem a pena substitutiva de três meses de trabalho a favor da Câmara Municipal de São Vicente, nos termos do n.º 3 do art.º 71.º do Código Penal e no despacho do mesmo Juiz que indeferiu um requerimento em que os ora impetrantes lhe pediram que revogasse a decisão suprarreferida, o qual sequer foi apreciado, por ter sido apresentado fora do prazo, confrontar-se-ia com a falta de tempestividade em relação à primeira e esgotamento das vias de recurso ordinário em relação a ambas.

Senão vejamos:

Os recorrentes tiveram conhecimento do despacho que revogou a parte da sentença que os tinha condenado na pena de prisão substituída pela prestação de trabalho a favor da comunidade desde o dia 16 de dezembro de 2019, data em que foram detidos e conduzidos à cadeia. Todavia, a petição de recurso só deu entrada na Secretaria do Tribunal Constitucional no passado dia 18 de março de 2020, ou seja, decorrido muito tempo após o prazo de vinte dias para a interposição do recurso de amparo ao abrigo do n.º 1 do artigo 5.º da Lei do Amparo. Portanto, o recurso seria considerado manifestamente intempestivo.

No que se refere à conduta que se traduziu no indeferimento do requerimento dirigido ao Meritíssimo Juiz da Comarca de São Vicente, em 24 de fevereiro de 2020, entretanto, notificado ao mandatário dos recorrentes em 03/03 de 2020, não se colocaria a questão em termos de tempestividade, mas, à semelhança da conduta mencionada no parágrafo anterior, levantar-se-ia o problema relacionado com o pressuposto esgotamento das vias de recurso ordinário, porque as duas decisões eram suscetíveis de recurso ordinário e não tinham como demonstrar que, antes da solicitação da intervenção do Tribunal Constitucional, por via do recurso de amparo, tivessem recorrido para as instâncias ordinárias competentes para apreciar e eventualmente reparar as alegadas violações de direitos, liberdades e garantias atribuídas àquele Juiz.

5. Esta Corte Constitucional tem vindo a afirmar que só pode atuar nos termos da Constituição e das leis que regulam os mecanismos de proteção de direitos fundamentais, designadamente, o recurso de amparo.

Aqueles que pretendam fazer valer os seus direitos fundamentais, mesmo nos casos em que a violação possa ser considerada ostensiva, devem utilizar os meios destinados à proteção das suas posições jusfundamentais de forma processualmente adequada. Veja-se, nesse sentido, o Acórdão nº 05/2019, de 07 de fevereiro de 2019, publicado na I Série do Boletim Oficial, nº 28, de 13 de março de 2019.

No caso em apreço falta um requisito formal básico, mas essencial, que é a impugnação da decisão do Supremo Tribunal de Justiça. Na ausência desse requisito não se pode escrutinar as condutas imputadas ao Meritíssimo Juiz do Juízo Crime do Tribunal Judicial da Comarca de São Vicente. Além disso, deparar-se-ia com a falta de tempestividade e do esgotamento das vias ordinárias do recurso.

A tempestividade e o esgotamento das vias de recurso ordinário são condições de admissão do recurso de amparo e este Tribunal tem escrutinado sequencialmente os pressupostos previstos no artigo 16.º, bastando a ausência de um para que não se admita o recurso, como no caso em apreço.

III - Medidas Provisórias

Os recorrentes solicitam que o Tribunal Constitucional adote a medida provisória nos termos do artigo 11º da Lei do Amapro.

Não sendo admissível o presente recurso de amparo pelos fundamentos acima mencionados, fica prejudicado o pedido de decretação da medida provisória, em coerência com a orientação sobre a relação de dependência que existe entre a admissibilidade do recurso de amparo e o incidente de pedido para a adoção de medidas provisórias, orientação fixada desde o Acórdão nº 08/2019, de 14 de fevereiro, publicado no Boletim Oficial, I Série, nº 28, de 14 de março de 2019, nos seguintes termos:

“Existe uma relação indissociável entre o recurso de amparo e as medidas provisórias...”

A relação de instrumentalidade entre o recurso de amparo e as medidas provisórias; o facto de as medidas provisórias serem legalmente tratadas como incidentes inerentes ao recurso pendente de decisão, a forma como o pressuposto fummus boni iuris é concebida em sede de medidas provisórias, não nos termos em que é aferido no processo civil, ou seja, de probabilidade séria de existência do direito, mas simplesmente de avaliar a sua presença à luz do juízo de viabilidade decorrente da alínea e) do artigo 16 dessa lei, e ao contrário das providências cautelares cíveis em relação às quais a lei processual civil prevê expressamente a possibilidade de se adotar medidas cautelares preventivas, ou seja, para evitar danos que possam ocorrer ainda antes da propositura da ação (Cf. o disposto no nº 1 do artigo 350º do CPC), a natureza excecional do recurso de amparo que 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, associada à excecionalidade está a denominada subsidiariedade do recurso de amparo, que espelha com clareza o facto de este não ser uma via alternativa, mas uma via sucessiva, de proteção de direitos fundamentais, terão levado o legislador a conceber as medidas provisórias apenas como incidentes lite pendente.” Vide, no mesmo sentido, o Acórdão nº 21/2018, de 16 de outubro, publicado no Boletim Oficial, I Série, nº 68, de 25 de outubro de 2018; o Acórdão nº 4/2019, de 24 de janeiro, publicado no Boletim Oficial, I Série, nº 28, de 13 de março de 2019, o Acórdão nº 22/2019, de 27 de junho, publicado no Boletim Oficial, I Série, nº 100, de 26 de setembro de 2019, Acórdão nº 40/2019, de 11 de outubro, e Acórdão nº 44/2019, de 20 de dezembro de 2019, publicados no Boletim Oficial, I Série, de 14 de janeiro de 2020.

IV – Decisão

Nestes termos, os Juízes Conselheiros do Tribunal Constitucional, reunidos em Plenário, decidem não admitir o presente recurso, não tomar conhecimento do incidente em que se pediu a decretação de medidas provisórias e ordenar que os presentes autos sejam arquivados.

Registe, notifique e publique.

Praia, 02 de abril de 2020

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

Está Conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 06 de abril de 2020. — O Secretário, *João Borges*

Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Reclamação nº 3/2019, em que é reclamante **Ana Brazão Barbosa Gocht** e entidade reclamada o **Supremo Tribunal de Justiça**.

Acórdão nº 12/2020**I – Relatório**

1. Ana Brazão Barbosa Gocht, devidamente identificada nos autos, não se conformando com o Acórdão nº 44/2019, de 20 de agosto de 2019, através do qual o Supremo Tribunal de Justiça não admitiu o recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade referente à norma do artigo 25º do Código Penal, veio, nos termos do artigo 84º, nº 1, da Lei do Tribunal Constitucional, apresentar a presente reclamação, alegando, no essencial, que:

1.1. Por não se conformar com a sentença condenatória proferida pelo Tribunal da primeira instância recorreu, sucessivamente, para o Tribunal da Relação de Sotavento e Supremo Tribunal de Justiça.

1.2. Não podendo conformar-se com a decisão do Egrégio Supremo Tribunal de Justiça que, na sequência do recurso interposto pelo Ministério Público, agravou a pena de prisão que lhe tinha sido imposta pelo Tribunal da Relação, interpôs recurso restrito à questão da inconstitucionalidade, tendo requerido ao Supremo Tribunal de Justiça que, depois de o admitir, remeta os autos ao Tribunal Constitucional para os ulteriores trâmites, reservando a requerente o seu direito de ser notificado nos termos do artigo 88º da Lei nº 26/VI/2005, de 28 de Fevereiro, para apresentar as suas alegações.

1.3. Eis o teor do requerimento de interposição de recurso da fiscalização concreta da constitucionalidade:

“1. A arguida foi condenada pelo Tribunal da primeira instância, tendo dessa condenação interposto recurso para o STJ que também conheceu o recurso do Ministério Público, dando provimento, apenas a este recurso, condenando-a numa pena ainda mais severa, de vinte e sete anos de prisão efetiva;

2. O princípio da legalidade criminal e o artigo 25º do Código Penal, Autor é antes do mais “quem executa o acto, por si mesmo, ou por intermédio de outrem, de que se serve como instrumento, ou toma parte directa na sua execução, ou ainda quem coopera na execução do facto com um acto sem o qual ele não se teria efectuado”.

3. Trata-se, portanto, de uma norma de extensão da tipicidade cujo sentido e alcance devem ser, rigorosamente, delimitados, sob pena de se antecipar, excessivamente, a tutela penal, às expensas dos direitos e liberdades individuais, situações essas que a interpretação dada pelo acórdão recorrido ao artigo 25º do CP, não acautelou;

4. A interpretação dada ao artigo 25º do CP, pelo Acórdão recorrido, no sentido de privilegiar uma cooperação causal de participação criminosa conducente a um conceito excessivamente alargado de autoria, para condenar a arguida Ana Brazão, na co-autoria do crime de homicídio, viola os princípios da presunção de inocência do arguido no artigo 35º, n.º 1 e o princípio da legalidade criminal, na dimensão de “reserva de lei formal”.

5. A determinabilidade da lei subjacente a uma norma de natureza dogmática como é o artigo 25º do CP, deve haver uma certa e determinada concepção doutrinária. A falta dessa concepção ou a sua ambiguidade excessiva, segundo o sentido e alcance interpretativo dado ao artigo 25º, pelo Acórdão recorrido prejudica em definitivo, a determinabilidade do respetivo texto legal;

6. A interpretação do artigo 25º do CP, dada pelo Acórdão recorrido para condenar a Arguida Ana Brazão como Co-autora do crime de homicídio, desvaloriza-se, destarte, o peso e significado objectivos da concreta contribuição de cada agente para a produção do resultado criminoso, chegando-se até, num determinado caso, a ignorar, por completo, essa dimensão objectiva em violação manifesta do princípio da tipicidade.

Assim, por ter legitimidade, estar em tempo e por estar esgotadas as vias de recurso, requer-se ao Supremo Tribunal de Justiça Cabo-verdiano, que seja admitido o presente requerimento de interposição do Recurso Constitucional, devendo os autos serem remetidos ao Tribunal Constitucional para os ulteriores trâmites, reservando o requerente o seu direito de ser notificado nos termos do artigo 88º da Lei nº 26/VI/2005, de 28 de fevereiro, para apresentar as suas alegações.”

1.4. Recebido o requerimento de interposição do recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade, a Veneranda Juíza Conselheira-Relatora convidou a ora reclamante para indicar a peça processual, bem como as passagens da mesma, onde teria colocado a questão da inconstitucionalidade do artigo 25º do Código Penal, atento o disposto nos artigos 82º n.º 2, e 83º, n.º 2, todos da Lei 56/VI/2005, de 28 de fevereiro.

1.5. A reclamante aceitou ao convite que lhe fora dirigido pela Veneranda Juíza Conselheira-Relatora, tendo reagido nos seguintes termos:

“A questão, ora suscitada, é clara desde sempre nos presentes autos:

Ao longo dos autos a discussão e as divergências entre a defesa e o poder judicial nas várias instâncias foi sempre centralizada, na divergência quanto ao sentido da interpretação da norma do artigo 25º do C.P. levado a cabo pelas instâncias judiciais para condenar a recorrente como co-autora do crime de homicídio. O próprio Acórdão recorrido, na pag. 14, ao citar a conclusão das alegações, als) hh) e ii) diz que o acórdão violou o artigo 35º n.º 1 da CRCV e o princípio de in dubio pro reo.

Pois, essa violação surgiu da interpretação do artigo 25º do C.P., no sentido de permitir conjeturas para condenar a recorrente, como aliás, nas alegações também ficou alegado que o Tribunal da Relação baseou em conjeturas (Cfr. als.) g), h), i), f) e aa) das alegações no recurso para STJ.

Ao longo dos recursos foram questionados sempre o sentido interpretativo elástico do artigo 25º do C.P., levado a cabo pelos tribunais, numa clara desconformidade constitucional, daí conclusão da violação das normas constitucionais referidas nos recursos e que hoje se pretende de uma forma específica clarificar no âmbito do Recurso Constitucional.

Assim, requer-se seja admitido o requerimento de interposição de Recurso Constitucional, devendo os autos serem remetidos ao Tribunal Constitucional para os ulteriores trâmites, reservando o requerente o seu direito de ser notificado nos termos do artigo 88º da Lei 56/VI/2005, de 28 de Fevereiro, para apresentar as suas alegações”.

1.6. O Supremo Tribunal de Justiça depois de ter apreciado a reação da reclamante, decidiu não admitir o recurso, com base na seguinte fundamentação:

“Da resposta da recorrente é fácil constatar que, para ela, a questão da alegada inconstitucionalidade do artigo 25º do C.P., na interpretação que lhe foi dada pelos tribunais judiciais, nomeadamente pelo Tribunal da Relação teria sido suscitada nas alíneas g), h), i), aa), hh) e ii) das conclusões do recurso interposto para o STJ.

Excluindo a alínea f), que não interessa para o caso, pois que se refere exclusivamente ao recurso interposto pelo co-arguido Carlos, vejamos então o que diz cada uma dessas alíneas invocadas pela recorrente:

“g) inexistente co-autoria da arguida Ana Brazão, [a mesma] não praticou o crime de que vem condenada, por nunca ter combinado com o co-arguido Carlos ou quem quer que seja matar seu ex-marido:

h) a Co-autoria da arguida Ana não foi provada;

i) essencial à co-autoria é, pois, a existência de um acordo, expresso ou tácito, este assente na existência da consciência e vontade de colaboração, aferidas à luz das regras da experiência comum, bem como a intervenção maior ou menor, dos participantes na fase executiva do facto, em realização de um plano comum;

aa) o Tribunal chegou a uma conclusão não fundamentada quanto à co-autoria da arguida Ana, suportando em conjecturas, ignorando provas que apontam no sentido contrário;

hh) quanto à co-autoria da arguida Ana, as provas nos presentes autos na pior das circunstâncias impunha-se o princípio in dubio pro reo, mas o acórdão recorrido violou também este princípio;

ii) o acórdão recorrido violou a presunção [da inocência] do arguido, previsto no artigo 35, n.º 1, da CRCV.” (Sic)

Do que fica exposto resulta evidente que em momento algum foi suscitada pela recorrente a questão da eventual inconstitucionalidade do artigo 25º do CP, na interpretação que lhe foi dada pelo Tribunal da Relação.

Aliás, cumpre dizer que as questões suscitadas pela recorrente não se prendem com a eventual inconstitucionalidade do artigo 25º, disposição que até tem vindo a ver o seu âmbito de aplicação ser restringido pela via interpretativa, para se evitar precisamente que nele se incluam situações que, de outro modo, se abeirariam da responsabilidade objectiva.

Exemplos dessa interpretação restritiva são o próprio aresto deste STJ, objeto de impugnação através do presente recurso de constitucionalidade, bem como do acórdão n.º 1/2007, de 8 de janeiro, nele citado (fls. 546 e 547).

A inconformação da Recorrente centrou-se exclusivamente na alegada ausência de provas para se lhe imputar a responsabilidade pelo crime de homicídio do seu ex-marido a título de co-autoria.

Por conseguinte, o que sempre esteve em discussão ao longo do processo foi a questão de suficiência ou insuficiência da prova para se sustentar a tese da co-autoria e não a eventual inconstitucionalidade do artigo 25º do CP, questão, repita-se, jamais suscitada.

E a confirmar o acerto dessa conclusão está o facto de a recorrente ter invocado a violação dos princípios in dubio pro reo e da presunção de inocência do arguido, invocação que, entretanto, foi julgada, com a devida fundamentação, improcedente.

Admitindo, porém, que teria havido violação desses princípios, ou dos direitos fundamentais deles emergentes, pelas decisões judiciais em apreço, nomeadamente por parte do Tribunal da Relação ou mesmo deste STJ, o meio de reação contra essa suposta violação não podia ser o recurso de fiscalização concreta de constitucionalidade.

Com os fundamentos acima expostos, e uma vez que a recorrente não suscitou tempestivamente a questão da constitucionalidade no processo, por forma a que a mesma pudesse ser apreciada e decidida, de modo a se abrir a via de recurso para a jurisdição constitucional, é meu parecer de, ao abrigo do disposto no artigo 83 n.º 3, da lei nº 56/IV/2005, de 28 de Fevereiro, o recurso não deve ser admitido.”

1.7. É, pois, contra essa decisão que a reclamante veio reclamar, por considerar que “a interpretação dada ao artigo 25º do CP, pelo Acórdão recorrido, no sentido de privilegiar uma cooperação causal de participação criminosa conducente a um conceito excessivamente alargado de autoria, para condenar a arguida Ana Brazão, na co-autoria do crime de homicídio, viola os princípios da presunção de inocência do arguido no artigo 35º, n.º 1 e o princípio da legalidade criminal, na dimensão de “reserva de lei formal”.

1.8. Termina a sua reclamação, pedindo ao Tribunal Constitucional que declare nulo o acórdão reclamado, por violação do artigo 35º, n.ºs 6 e 7, da CRCV, e, conseqüentemente, ordene que o requerimento de interposição do recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade seja deferido.

1.9. Após a autuação e o registo pela Secretária desta Corte Constitucional e a junção do douto parecer emitido pelo Digníssimo Procurador Geral Adjunto, que pugna pela desestimação da pretensão da reclamante, é momento de apreciar a pretensão formulada pela arguida Ana Brazão Barbosa Gocht.

II – Fundamentação

1. Nos termos do número 1 do artigo 82º da Lei do Tribunal Constitucional, o requerimento de interposição do recurso deve indicar a disposição legal ao abrigo da qual o recurso é interposto; a norma cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade se pretende que o Tribunal aprecie, seguindo-se a referência à norma ou o princípio constitucional que se considera violado, e, em se tratando de alegação de aplicação de norma inconstitucional, pela indicação da norma e a peça em que se suscitou a questão da inconstitucionalidade.

2. No uso da competência que a norma do nº 2 do artigo 83º da Lei do Tribunal Constitucional confere ao Tribunal que proferiu a decisão recorrida, a Veneranda Juíza Conselheira-Relatora convidou a ora reclamante para indicar a peça processual e as passagens onde terá suscitado a questão da inconstitucionalidade, atento o disposto nos artigos 82º, nº 2, e 83º, nº 2, todos da Lei 56/VI/2005, de 28 de fevereiro.

3. A resposta da reclamante encontra-se transcrita no parágrafo 1.5. do relatório deste acórdão.

4. O Supremo Tribunal de Justiça, depois de analisar a resposta dada pela reclamante, indeferiu o requerimento de interposição do recurso de fiscalização da constitucionalidade, por ter considerado que *“da resposta da recorrente é fácil constatar que, para ela, a questão da alegada inconstitucionalidade do artigo 25º do C.P. na interpretação que lhe foi dada pelos tribunais judiciais, nomeadamente pelo Tribunal da Relação teria sido suscitada nas alíneas g), h), i), aa), hh) e ii) das conclusões do recurso interposto para o STJ.*

[...]” que em momento algum foi suscitada pela recorrente a questão da eventual inconstitucionalidade do artigo 25º do CP, na interpretação que lhe foi dada pelo Tribunal da Relação.

[...] Com os fundamentos acima expostos, e uma vez que a recorrente não suscitou tempestivamente a questão da constitucionalidade no processo, por forma a que a mesma pudesse ser apreciada e decidida, de modo a se abrir a via de recurso para a jurisdição constitucional, é meu parecer de, ao abrigo do disposto no artigo 83 n.º 3, da lei nº 56/IV/2005, de 28 de Fevereiro, o recurso não deve ser admitido.”

5. Não é a primeira vez que este Tribunal aprecia uma reclamação contra decisões que não admitem o recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade, pelo que se pode afirmar que existe uma orientação clara sobre esta matéria, designadamente, pelos desenvolvimentos contantes dos Acórdãos nº 4/2017, de 13 de abril, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 27, de 16 de maio de 2017, nº 20/2019, de 30 de maio, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 79, de 22 de julho de 2019 e nº 35/2019, 18 de outubro de 2019, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 110, de 29 de outubro de 2019.

5.1. Nos termos do número 1 do artigo 83º da Lei do Tribunal Constitucional, compete ao tribunal que proferiu a decisão recorrida, apreciar a admissão do respetivo recurso, mediante a avaliação das condições ou pressupostos legais,

devido indeferi-lo, caso o requerimento não satisfaça os requisitos do artigo 82º da Lei do Tribunal Constitucional ou se for manifestamente infundado, conforme o nº 3 do artigo 83º do mesmo diploma legal. Considerando, porém, o disposto no nº 4 do artigo 83º da Lei do Tribunal Constitucional, nem a decisão de indeferimento de admissão do recurso, nem a de deferimento, vinculam o Tribunal Constitucional, podendo este reapreciar o preenchimento das condições de interposição do recurso restrito à questão da inconstitucionalidade.

De acordo com a jurisprudência firme desta Corte, ao apreciar uma reclamação contra o indeferimento do requerimento da interposição do recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade, o escrutínio inicia-se pela fundamentação que determinou a não admissão do recurso. Caso se conclua pela correção da decisão, o que constitui caso julgado quanto à matéria de admissibilidade, dispensa-se a avaliação das demais condições de interposição do recurso.

Assim sendo, o escrutínio sobre a pretensão da reclamante inicia-se pela avaliação da fundamentação aduzida pelo Tribunal reclamado, não sem antes esclarecer qual foi o fundamento decisivo invocado pelo Supremo Tribunal de Justiça para não admitir o recurso de constitucionalidade interposto para o Tribunal Constitucional.

Para tanto, parte-se da presunção de que, ao ter sido convidada para indicar a peça ou passagens em que deveria suscitar a questão da inconstitucionalidade da norma ou do sentido com que o artigo 25º do Código Penal foi alegadamente aplicado, havia uma dúvida sobre se a reclamante tinha ou não indicado a suprarreferida peça.

Apesar de a recorrente ter feito referência às alíneas) g), h), i), f) e aa) das alegações do recurso para Supremo Tribunal de Justiça como sendo a peça em que suscitou a questão da inconstitucionalidade do artigo 25º do C.P., o Supremo Tribunal de Justiça não terá ficado inteiramente convencido de que teria indicado a peça, tendo em conta a forma dubitativa como se referiu a ela no acórdão que não admitiu o recurso, como se pode ver pela seguinte transcrição: *“Da resposta da recorrente é fácil constatar que, para ela, a questão da alegada inconstitucionalidade do artigo 25º do C.P. na interpretação que lhe foi dada pelos tribunais judiciais, nomeadamente pelo Tribunal da Relação teria sido suscitada nas alíneas g), h), i), aa), hh) e ii) das conclusões do recurso interposto para o STJ.”* (Sublinhado nosso)

Todavia, o trecho que a seguir se transcreve permite afirmar que a questão da omissão da indicação da peça foi superada, na medida em que a decisão que não admitiu o recurso se baseou no seguinte argumento: *“Que em momento algum foi suscitada pela recorrente a questão da eventual inconstitucionalidade do artigo 25º do CP, na interpretação que lhe foi dada pelo Tribunal da Relação.*

[...] Com os fundamentos acima expostos, e uma vez que a recorrente não suscitou tempestivamente a questão da constitucionalidade no processo, por forma a que a mesma pudesse ser apreciada e decidida, de modo a se abrir a via de recurso para a jurisdição constitucional, é meu parecer de, ao abrigo do disposto no artigo 83 n.º 3, da lei nº 56/IV/2005, de 28 de Fevereiro, o recurso não deve ser admitido.”

Assim sendo, a apreciação desta reclamação se circunscreve à avaliação da verificação do pressuposto que se traduz no dever de o recorrente suscitar a questão da inconstitucionalidade de forma processualmente adequada como condição *sine qua non* para a admissibilidade do recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade quando interposto ao abrigo da norma da alínea b) do nº 1 do artigo 77º da Lei do Tribunal Constitucional.

5.2. As razões que justificam a exigência da suscitação da

questão da constitucionalidade de forma processualmente adequada correspondem aos fundamentos que estão na base da configuração da fiscalização concreta da constitucionalidade no sistema cabo-verdiano, os quais se encontram sumarizados no Acórdão nº 29/2019, de 30 de julho, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 100, de 26 de setembro de 2019.

“4.2. De acordo com o primeiro preceito legal aplicável, “Os recursos previstos nas alíneas b) e c) do nº 1 do artigo 77º só podem ser interpostos pela parte que haja suscitado a questão de inconstitucionalidade ou da ilegalidade de modo processualmente adequado perante o tribunal que proferiu a decisão recorrida, em termos de este estar obrigado a dela conhecer”, e, conforme o segundo dispositivo mencionado no parágrafo anterior, “Cabe recurso para o Tribunal Constitucional, das decisões dos tribunais que: (...) apliquem normas ou resoluções de conteúdo normativo individual e concreto cuja constitucionalidade haja sido suscitada durante o processo”. 4.2.1. O enunciado normativo contido neste preceito é característico do sistema de controlo de constitucionalidade adotado pelo legislador constitucional cabo-verdiano, na medida em que ele permite, além de impedir que o Tribunal Constitucional fique sobrelotado com processos e casos que perfeitamente poderiam ser solucionados pelos tribunais judiciais, que estes tribunais possam, de acordo com a prerrogativa e dever que têm nos termos constitucionais de não aplicarem normas contrárias à Lei Fundamental, afastar a aplicação de toda e qualquer norma que for inconstitucional. Daí a ratio desta norma que obriga que a parte que requer a inconstitucionalidade com base na alínea b) do número 1 do artigo 281 da Constituição e na alínea b), do número 1 do artigo 77 da Lei do Tribunal Constitucional tenha suscitado a inconstitucionalidade da norma durante o processo, para que, naturalmente, se dê aos tribunais judiciais a oportunidade de escrutinarem tais normas e eventualmente proceder à sua declaração de inconstitucionalidade. Por outro lado, assim fazendo, evita-se que o Tribunal Constitucional, na qualidade de instância de jurisdição especial, fique sobrecarregado com diversos casos que poderiam ser resolvidos pela jurisdição comum. 4.2.2. Mais do que isso, um terceiro objetivo está intimamente relacionado a esta norma, o de, considerando o contexto de utilização do recurso de fiscalização concreta, evitar que ele seja transformado num mero expediente dilatatório que as partes lançam mão, já no prolongamento, somente para evitarem a produção de efeitos de uma decisão judicial tirada pelos órgãos judiciais, nomeadamente de topo. Esta é a finalidade mais relevante no quadro dos elementos que integram o presente processo porque é somente neste contexto que a doutrina do dever de suscitação preventiva de questão de constitucionalidade prévia à aplicação da norma se pode colocar. 4.2.3. Da norma aplicável resultam, no fundo, quatro exigências: primeiro, que o recorrente suscite a questão na pendência do processo; segundo, que a suscite perante o tribunal recorrido; terceiro, de tal sorte que este esteja legalmente habilitado a conhecê-la, nomeadamente por manter poder jurisdicional que lhe permita apreciar e decidir a questão colocada; quarto, que o faça de modo processualmente adequado, nomeadamente no que diz respeito ao cumprimento de exigências de tempo e de forma.”

5.3. O recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade, não obstante incidir sobre decisões dos tribunais, apenas pode visar a apreciação da conformidade constitucional de normas ou interpretações normativas e não as decisões judiciais, em si mesmas consideradas, ou dos termos em que nestas haja sido levada a cabo a concreta aplicação dos preceitos de direito infraconstitucional.

Por isso, o ónus da suscitação da questão de forma processualmente adequada serve também para evitar o risco de, sob pretexto de impugnação de normas ou sentidos normativos, se transformar o Tribunal Constitucional em

mais uma instância de recurso das decisões dos tribunais ordinários.

A exigência do cumprimento desse pressuposto é justificada, por maioria de razão, num sistema como o nosso, em que, a par da fiscalização concreta da constitucionalidade, se consagrou o recurso de amparo como mecanismo privilegiado de proteção de direitos, liberdades e garantias. Esse ónus, que impende sobre o recorrente, visa afastar a veleidade de se lançar mão indistintamente dos dois mecanismos de garantia da supremacia das normas constitucionais.

É, pois, imprescindível que se cumpra essa exigência para que se possa considerar que o Tribunal *a quo*, aquele que proferiu a decisão recorrida, foi confrontada com a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, mesmo assim não decidiu ou tendo decidido o destinatário da decisão não se conformou com o sentido da decisão e se lhe abre a possibilidade de aceder à jurisdição especializada para se pronunciar definitivamente sobre a questão constitucional controvertida.

6. Em que consiste o ónus de suscitação da questão da inconstitucionalidade de forma processualmente adequada?

7. A resposta para essa questão encontra-se no Acórdão nº 29/2019, de 30 de agosto, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 100, de 26 de setembro de 2019, em que se emitiu orientações sobre a interpretação e aplicação da norma constante da alínea b) do nº 1 do artigo 77º da Lei do Tribunal Constitucional, como se pode ver pela transcrição dos seguintes trechos:

“D – Ou ainda Guilherme da Fonseca & Inês Domingos, *Breviário de Direito Processual Constitucional. Recurso de Constitucionalidade (Recurso de Constitucionalidade)*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 47-48, que destacam que “O recurso para o TC [de Portugal] pressupõe, pois, que o tribunal recorrido tenha formado sobre a norma aplicada um juízo de constitucionalidade, um juízo que constitua a ratio decidendi da decisão e não um simples obter dictum, ou um simples argumento ad ostentationem. E isso implica que a questão de constitucionalidade tenha de ser colocada em termos de aquele tribunal saber que tem essa questão para resolver – o que requer que seja colocada de forma atempada, clara e perceptível (...). É que essa exigência de a questão dever ser suscitada antes de se ter esgotado o poder jurisdicional da instância recorrida visa a obtenção de uma decisão suscetível de ser impugnada perante o TC, de forma a evitar que este, ao conhecer da questão sem a certeza de a mesma ter sido pelo menos implicitamente ponderada, se substitua à instância recorrida, desta forma ultrapassando os seus poderes de cognição e desnaturando o próprio sentido de recurso que é a reavaliação de anterior decisão. Os incidentes pós decisórios não são, em princípio, meios idóneos e atempados de levantar a questão de constitucionalidade, como não o são logicamente um requerimento autónomo apresentado após a decisão (...). Mas, se esta é a regra, ressalvados ficam, porém, os casos em que o poder jurisdicional, por força de norma processual específica, se não esgota com a prolação da decisão recorrida e ainda alguma hipótese, de todo excecional ou anómala, em que o interessado dispõe de oportunidade processual para levantar a questão de inconstitucionalidade antes de proferida a decisão, casos em que lhe deve ser reconhecido o direito ao recurso”. Exemplificando tais situações, dentre várias exceções, consideram que “Considerou ainda o TC que a questão de constitucionalidade invocada após a prolação da sentença, na reclamação de uma irregularidade processual, ainda é suscitada atempadamente (...) desde que a decisão dela seja relevante para a decisão da referida questão processual. Tratava-se, neste caso, de um ato irregularmente cometido entre a última intervenção processual do interessado e a decisão. E do qual este só viera a ter conhecimento após a sua prolação”.

Segue-se agora a reprodução da parte do suprarreferido aresto em que se apresentam as exceções à regra geral sobre a suscitação da questão da inconstitucionalidade de forma processualmente adequada:

“Sublinha Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional II: O Direito do Contencioso Constitucional*, 2. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 764, que “O Tribunal Constitucional admite uma pluralidade restrita de exceções à regra geral em epígrafe. Procura-se, deste modo, permitir uma maleabilização do regime legal vigente, de forma a evitar que a absolutização de um cânone processual impeça o recorrente de reagir contra a aplicação de normas inválidas em circunstâncias processuais ou substanciais em que lhe não teria sido possível, ou exigível, que suscitasse a mesma invalidade antes de ser proferida a decisão final. Os cenários excepcionais pela jurisprudência não têm carácter taxativo, havendo duas situações típicas, no âmbito das quais deve ser reconhecido ao interessado direito ao recurso, a saber: i) Aquelas em que o poder jurisdicional não se esgota no plano processual com a prolação da sentença recorrida; ii) Aquelas em que o interessado não dispôs manifestamente da oportunidade para suscitar a questão de validade antes de proferida a sentença. j) situações em que o poder jurisdicional do tribunal a quo se não esgota com a aprovação da sentença recorrida: nulidade do processo ou da decisão do tribunal a quo. A situação presente ocorre quando o recorrente invoca nulidades no processo-pretexo ou na decisão que se conectam directamente com uma questão de constitucionalidade. Considera a jurisprudência constitucional que, para que se verifique a situação em epígrafe, necessário se torna que: - o poder jurisdicional do tribunal a quo se não tenha esgotado, por força da aplicação de regras processuais que permitam ao mesmo tribunal pronunciar-se sobre questões de nulidade processual que tenham sido arguidas depois de proferida a decisão final; - que a questão de constitucionalidade suscitada se conecte directamente com as regras normativas susceptíveis de serem apreciadas pelo tribunal, em incidente pós- decisório e que mostre ser relevante para a respectiva resolução”.

O próprio Acórdão nº 29/2019, de 30 de agosto considerou que o caso que apreciou se enquadrava numa das exceções em que a questão da inconstitucionalidade podia ser suscitada num incidente pós-decisório, com base na seguinte fundamentação:

“[...]ressalvados ficam, porém, os casos em que o poder jurisdicional, por força de norma processual específica, se não esgota com a prolação da decisão recorrida e ainda alguma hipótese, de todo excepcional ou anómala, em que o interessado dispõe de oportunidade processual para levantar a questão de inconstitucionalidade antes de proferida a decisão, casos em que lhe deve ser reconhecido o direito ao recurso”. Exemplificando tais situações, dentre várias exceções, consideram que “Considerou ainda o TC que a questão de constitucionalidade invocada após a prolação da sentença, na reclamação de uma irregularidade processual, ainda é suscitada atempadamente (...) desde que a decisão dela seja relevante para a decisão da referida questão processual. Tratava-se, neste caso, de um ato irregularmente cometido entre a última intervenção processual do interessado e a decisão. E do qual este só viera a ter conhecimento após a sua prolação”.

[...] “Portanto, claro está que o Tribunal Constitucional reconhece que somente em situações muito excepcionais seriam admissíveis pedidos de fiscalização em situações em que o órgão judicial recorrido não tivesse a oportunidade de se pronunciar sobre a questão de constitucionalidade subjacente que determina o desfecho de um processo principal. Casos estes que deverão ser efetivamente ponderados à luz nomeadamente do princípio da justiça que imporia que um titular de um direito não se veja privado de um direito sem que dê causa a isso.

Contudo, a questão que envolve o caso concreto sequer exige que se considere a possibilidade de o órgão judicial a qual se imputa a aplicação de norma inconstitucional não ter podido conhecer dessa questão ou porque foi colocada de modo processualmente inadequado ou porque dela não podia conhecer, nomeadamente por faltar-lhe potência jurisdicional para tanto.

Em qualquer cenário que se considere a aplicação dessa norma ela terá sido colocada de forma processualmente adequada perante o Tribunal recorrido e em moldes que ele dela podia conhecer, apreciando e decidindo de modo a influir em relação à decisão recorrida. Isto porque se considerarmos, nos termos em que alega o recorrente e foi admitido pelo órgão judicial recorrido, que uma norma com o teor construído pelo primeiro foi aplicada implicitamente pelo Acórdão nº 46/2017, de 4 de julho, apesar de o recorrente não ter suscitado antecipadamente a questão de constitucionalidade para que o Tribunal pudesse apreciar e decidir, fê-lo na primeira oportunidade que teve, como reacção que dirigiu ao órgão judicial recorrido em jeito de arguição de nulidade do acórdão por aplicação dessa norma.

Esse meio de reacção está previsto, como impõe a legislação processual referente ao processo principal, no artigo 408 do Código de Processo Penal, nos termos do qual “1. Proferida a sentença, ficará esgotado o poder jurisdicional do tribunal relativamente à matéria da causa. 2. Sem prejuízo do disposto no artigo seguinte e de casos de sentença inexistente, será lícito, porém, ao tribunal, oficiosamente ou a requerimento, suprir nulidades, rectificar erros materiais ou quaisquer omissões, inexactidões ou lapsos manifestos, esclarecer dúvidas existentes na decisão e reformá-la quanto a custas”.

Fica claro que lícito é, mesmo tendo sido prolatada a decisão, ao Tribunal, dentre outras intervenções, “oficiosamente ou a requerimento”, suprir “as nulidades”. Como deflui dos autos do processo principal foi ao abrigo desta norma e dos artigos 629, 575 a 579 do CPC que o recorrente dirigiu reclamação ao órgão judicial recorrido, pedindo que se reconhecesse a nulidade do próprio Acórdão em razão de se estar perante causa de nulidade insanável reconhecida pelo artigo 151 do Código de Processo Penal, o qual se refere na alínea i) à publicidade das audiências; nestas bases, no seu douto parecer referente a esse requerimento, o Digníssimo Senhor Procurador Geral da República fez constar que “é nosso parecer que a reclamação merece provimento, e que o douto acórdão deve ser declarado nulo, e em consequência após o exame preliminar, serem os autos remetidos à Excelentíssima Juíza Conselheira Presidente para os efeitos do artigo 464º nº 1 e o julgamento o recurso ser realizado em audiência contraditória até ao proferimento do acórdão”, tendo o Egrégio Supremo Tribunal na sua douta decisão, conhecido daquele pedido, e de outros constantes da peça de reclamação, e decidido em conformidade.

O que permite aflorar duas questões decisivas. Primeiro, que legalmente o artigo 408 do Código de Processo Penal permite uma ampla possibilidade de qualquer recorrente arguir a nulidade de decisões judiciais, termo construído de modo tão amplo e sem qualquer limitação, que acreditaríamos abarcar não somente as nulidades previstas por esse instrumento de codificação, como também outras nulidades nomeadamente referentes à aplicação de norma inconstitucional no processo. O que, aliás, é solução legislativa mais do que compatível, verdadeiramente ajustada ao modelo de fiscalização da constitucionalidade pátrio, no seio do qual todos os tribunais são tribunais constitucionais, permitindo, ademais, reduzir o número de questões constitucionais que não pudessem ser colocadas aos tribunais ordinários. Foi o que aconteceu neste caso concreto, pois o recorrente arguiu perante o órgão judicial recorrido uma nulidade prevista pelo Código de Processo Penal na alínea i) do artigo 151,

conforme o qual “Constituem nulidades insanáveis, que devem ser oficiosamente declaradas em qualquer fase do procedimento, além das que como tal forem cominadas noutras disposições legais, as que constituam violação das disposições relativas a: i) publicidade da audiência”, e ainda considerou que ela violaria um conjunto de normas reconhecedoras de garantias processuais constitucionais que enumerou, por maioria de razão geradoras de nulidades impassíveis de sanção e arguíveis a todo o tempo dentro do processo.”

8. Sinteticamente, pode-se dizer que a questão da inconstitucionalidade deve ser invocada na primeira oportunidade e enquanto o tribunal mantém poderes jurisdicionais nesta matéria, ressalvando as exceções que possam traduzir-se em decisões surpresas ou que tenham aplicado normas de duvidosa constitucionalidade que, no entanto, não chegaram ao conhecimento do seu destinatário em tempo de poder arguir a inconstitucionalidade durante o processo. Admite que, nesses casos excepcionais, a questão da inconstitucionalidade possa ser suscitada de forma processualmente adequada em incidentes pós-decisórios ou mesmo no requerimento da interposição do recurso para o Tribunal Constitucional.

9. Será que no caso em apreço a questão da inconstitucionalidade do sentido com que a norma do artigo 25º do CP alegadamente aplicado no Acórdão do Tribunal da Relação de Barlavento foi suscitado em termos processualmente adequados, tendo em conta o disposto no nº 2 do artigo 76º, *in fine*, e na alínea b) do nº 1 do artigo 77º da Lei do Tribunal Constitucional?

10. A reclamante teve a oportunidade de suscitar todas as questões que quisesse, inclusive as de natureza constitucional, porquanto, participou em todos os momentos processuais, tendo recorrido de todas as decisões de mérito proferidas por todas as instâncias judiciais comuns.

Na verdade, da sentença da primeira instância que a condenou, recorreu para o Tribunal da Relação de Sotavento, tendo alegado, essencialmente, que: não praticou o crime pelo qual foi condenada, por nunca ter combinado com o coarguido Carlos ou quem quer que seja para matar o seu ex-marido; que havia insuficiência de matéria de facto porque na prova produzida e careada nos autos não existiam factos provados que sustentassem a sua coautoria; que houve erro na apreciação da prova.

No recurso que interpôs para o Egrégio Supremo Tribunal de Justiça, a recorrente repetiu quase tudo o que tinha alegado junto do Tribunal da Relação de Sotavento: que não praticou o crime de que vem condenada, por nunca ter combinado com o coarguido Carlos ou quem quer que seja para matar o seu ex-marido; que havia insuficiência de matéria de facto porque na prova produzida e careada nos autos não existiam factos provados que sustentassem a sua coautoria. Acrescentou que o acórdão recorrido se tinha limitado a dar aval à sentença do Tribunal recorrido em detrimento de uma sindicância; que “o acórdão recorrido violou o direito à presunção do arguido, previsto no artigo 35, nº 1 da CRCV” e que portanto, nesses termos, o recurso deveria ser procedente e “a decisão recorrida devia ser alterada no sentido de inexistência de coautoria da então arguida, por falta de provas e/ou à luz do princípio *in dubio pro reo*”.

Das sucessivas alegações da recorrente facilmente se conclui que gastou todas as munições contra a imputação da responsabilidade pela morte do seu ex-marido a título de co-autoria, com fundamento na insuficiência de prova para o preenchimento dos elementos constitutivos da co-autoria.

Parece, pois, evidente, que não foi suscitado qualquer incidente de inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma do artigo 25º do C.P., em nenhum dos recursos que antecederam a presente reclamação, só vindo a ser

abordada a questão da interpretação dada ao artigo 25º do Código Penal pelo Tribunal da Relação de Sotavento, alegando que o sentido adotado por este Tribunal violava os princípios do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência, no requerimento de interposição do recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade constante a fls. 564 dos autos.

11. As reações dos demais sujeitos processuais face às alegações da recorrente constituem também elementos importantes para a verificação do pressuposto em análise.

Vejamos, em primeiro lugar, qual foi a reação da assistente.

11.1. Admitido o recurso, a assistente foi notificada e pôde apresentar as suas contra-alegações constantes de fls. 469 a 479 dos autos, tendo formulado conclusões, sem que tivesse referido a eventual inconstitucionalidade do artigo 25º do CP.

Sendo, incontestavelmente, o sujeito processual com maior interesse em contradizer as alegações da recorrente, não seria razoável admitir que ela não quisesse contestar uma eventual alegação de inconstitucionalidade do artigo 25º do CP, caso tivesse sido suscitada de forma processualmente adequada, ou seja, com a clareza que permitisse a qualquer interveniente processual perceber que se pretendia questionar a constitucionalidade da norma ou do sentido com que a norma do artigo 25º do CP foi aplicada pelo Tribunal da Relação de Sotavento.

A assistente contestou a negação da co-autoria imputada à recorrente, mas não se referiu à inconstitucionalidade do artigo 25º do CP; refutou os argumentos de que houve insuficiência da matéria de factos, considerou que não se verificou nenhum erro na apreciação da prova, tendo concluindo que não houve violação do princípio *in dubio pro reo*.

11.2. Qual foi a posição do Ministério Público, o qual, através do duto parecer subscrito pelo Digníssimo Senhor Procurador-Geral da República, constante de fls. 490 a 510 dos autos, contra-alegou especificadamente todas as alegações e conclusões da recorrente?

Seria incompreensível a omissão de assunção de posição por parte do Ministério Público relativamente a uma eventual invocação da inconstitucionalidade da norma ou sentido normativo com que o artigo 25º tivesse sido aplicado, quando, enquanto titular da ação penal e fiscal da legalidade, tomou posição firme em relação a todas as alegações da recorrente, refutando-as ponto por ponto, a saber: Insuficiência de matéria de facto e erro na apreciação da prova; alegada violação do princípio constitucional da presunção da inocência; alegada inexistência da coautoria.

12. Quando se exige que a questão da inconstitucionalidade a que se refere a alínea b) do nº 1 do artigo 77º da Lei do Tribunal Constitucional seja colocada de forma processualmente adequada, visa-se, como é óbvio, dar oportunidade a todas as instâncias judiciais de se pronunciarem sobre eventuais aplicações inconstitucionais, no processo em tempo e tratando-se de processo contraditório como é, por excelência, o processo penal, que o Tribunal sobre elas se pronuncie depois de ouvir ou pelo menos de proporcionar a todos os intervenientes a possibilidade de expender as suas posições sobre a matéria constitucional controvertida, ainda que a título incidental. Admitir que a questão tenha sido colocada de forma processualmente adequada, quando, excetuando a própria reclamante, mais ninguém se apercebeu de que havia uma questão de inconstitucionalidade sobre o sentido dado à norma do artigo 25º da Lei Penal estruturante, não se compagina com o desenho constitucional do nosso sistema de controle concreto da Constitucionalidade e belisca o princípio do contraditório que enforma o incidente de controle de constitucionalidade por via de exceção.

O princípio do contraditório, neste âmbito, implica, fundamentalmente, o direito de cada sujeito processual conhecer as condutas dos demais sujeitos, assim como a faculdade de tomar posição sobre as suas pretensões e, deste modo, colocar à disposição do juiz todos os elementos pertinentes para uma boa decisão da causa.

13. Admite-se que a reclamante possa estar convencida de que invocou a inconstitucionalidade do sentido com que foi aplicado o artigo 25º do Código Penal. Na verdade, a recorrente refere-se abundantemente a esse preceito da legislação penal substantiva, mas apenas para expor a sua conceção sobre a coautoria. Todavia, ao fazê-lo não parece que estivesse a impugnar a norma do artigo 25º do Código Penal em si, ou uma norma decorrente de uma dada interpretação dela quer pelo órgão recorrido quer pelos outros tribunais que se pronunciaram sobre o caso. Ora isto não configura suscitação de constitucionalidade de uma norma que legitimaria a sua fiscalização concreta, mas sim suscitação de constitucionalidade de uma conduta suscetível de sindicância através de um outro mecanismo de proteção de direitos, liberdades e garantias. O que releva, nesta matéria, não é a convicção da recorrente, mas, sim, aquilo que, segundo a jurisprudência vinculante desta Corte, significa suscitar a questão da constitucionalidade durante o processo ou de forma processualmente adequada, como de resto ficou consignado no âmbito do Acórdão nº 29/2019, de 30 de agosto, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 100, de 26 de setembro de 2019.

14. Como já se demonstrou, a ora reclamante teve várias oportunidades de suscitar eventual questão de inconstitucionalidade da norma do artigo 25º do CP em momento anterior à prolação da decisão da entidade recorrida, uma vez que se trata de quesito que desde o início constituiu em elemento de discórdia, a qual deveria ter colocado ao Tribunal da Relação na sequência do recurso ordinário que ali intentou.

15. Veio, no entanto, suscitar a questão pela primeira vez no requerimento de interposição do recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade constante a fls. 564 dos autos.

16. Fê-lo, porém, de forma que não pode ser considerada processualmente adequada, porquanto depois do esgotamento do poder jurisdicional do Supremo Tribunal de Justiça. Por outro lado, o caso em apreço não se enquadra em nenhuma das exceções em que se admite a invocação da questão da inconstitucionalidade mesmo depois do esgotamento do poder jurisdicional, na medida em que não se tratava de decisão surpresa. Pois, o sentido atribuído à norma tardiamente impugnada corresponde ao sentido que todos os tribunais, inclusive, o Tribunal Constitucional tem vindo a atribuir a essa norma. Veja-se, nesse sentido, o *Acórdão do STJ nº 1/2007, de 8 de janeiro*, publicitado no site www.STJ.CV, e, o *Acórdão do Tribunal Constitucional nº 06/2018, de 22 de março*, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 21, de 11 de abril de 2018.

17. Portanto, não nos surpreende que o Supremo Tribunal de Justiça tenha indeferido o requerimento da interposição do recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade por ter considerado que “*uma vez que a recorrente não suscitou tempestivamente a questão da constitucionalidade no processo, por forma a que a mesma pudesse ser apreciada e decidida, de modo a se abrir a via de recurso para a jurisdição constitucional, é meu parecer de, ao abrigo do disposto no artigo 83º nº 3, da lei nº 56/IV/2005, de 28 de Fevereiro, o recurso não deve ser admitido,*” exposição que foi acolhida integralmente pelo acórdão reclamado.

18. Às razões invocadas pela reclamante e que já foram consideradas improcedentes, acresce a alegação de que o acórdão reclamado se baseou numa interpretação ilegal e inconstitucional do nº 3 do artigo 83º nº 3 da

Lei do Tribunal Constitucional, na medida em que tal interpretação bloqueia o acesso ao direito e ao recurso.

Esse argumento fica prejudicado não só pela improcedência das principais alegações constantes desta reclamação, mas também porque não se pode conhecer dessa alegada inconstitucionalidade em sede de reclamação.

Enfim, a referência à norma do nº 3 do artigo 83º da Lei do Tribunal Constitucional feita pelo acórdão reclamado não constituiu o fundamento da sua decisão, a sua *ratio decidendi*, antes representando um *obiter dictum*. Por conseguinte, não existe utilidade nem relevância em tomar conhecimento desse argumento.

19. Conclui-se que a pretensão da reclamante não merece provimento, porque não suscitou a questão da inconstitucionalidade da norma ou sentido com que o disposto no artigo 25º da C.P foi alegadamente aplicado de forma processualmente adequada, pelo que não se observou o disposto na alínea b) do nº 1 do artigo 281º da Constituição e no nº 2 do artigo 82º, no nº 3 do artigo 84, no nº 2 do artigo 76º, e na alínea a) do nº 1 do artigo 77º todos da Lei do Tribunal Constitucional.

III – Decisão

Pelo exposto, os juízes-Conselheiros do Tribunal Constitucional, através de videoconferência, decidem:

a) Julgar improcedente a reclamação, confirmando a decisão que não admitiu o recurso;

b) Condenar a reclamante em custas que se fixam em 15.000\$00 (quinze mil escudos), nos termos das disposições conjugadas dos nºs 3 e 4 do artigo 94º da Lei do Tribunal Constitucional e da alínea c) do artigo 127º do Código das Custas Judiciais.

Registe, notifique e publique.

Praia, 16 abril de 2020

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

Está Conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 20 de abril de 2020. — O Secretário, *João Borges*

Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional nº 24/2019, em que são recorrentes António Zeferino de Oliveira e Rafael Alves Lima, e entidade recorrida o Supremo Tribunal de Justiça.

Acórdão nº 13/2020

(António Zeferino de Oliveira e Rafael Alves Lima v. STJ, sobre violação do direito ao recurso e à defesa em processo penal por ausência de notificação pessoal e direta de acórdão)

I. Relatório

1. O resumo da peça impugnatória já constava do *Acórdão 37/2019, de 15 de outubro*, Rel: JCP Pinto Semedo, publicado pelo *Boletim Oficial*, I Série, n. 110, de 29 de outubro, pp. 1828-1835, que admitiu a trâmite o pedido de amparo, de modo que neste acórdão limitamos a transcrever o que consta da parte descritiva do aresto em causa:

“*1. António Zeferino de Oliveira e Rafael Alves Lima, com [...] os demais sinais de identificação nos autos, não se conformando com o Acórdão nº 48/2019, de 11 de setembro, através do qual o Egrégio Supremo Tribunal de Justiça indeferiu o seu pedido de habeas corpus nº 51/2019, vem, ao abrigo do artigo 20º, nº 1, alíneas a) e b), e nº 2 da Constituição da República de Cabo*

Verde, interpuseram] 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 nº 109/IV/94, de 24 de outubro (doravante Lei do Amparo), alegando, em síntese, que: 1.1. Foram detidos e na sequência do primeiro interrogatório foi-lhes decretada a prisão preventiva, ao abrigo da qual se encontram privados do seu direito à liberdade, desde o dia 14 de abril de 2016; 1.2. Foram julgados e condenados pela prática do crime de tráfico internacional de droga; 1.3. Não se conformando com a douta sentença, interpuseram recurso para o Tribunal da Relação de Sotavento, que confirmou a condenação através do acórdão nº 88/2017; 1.4. Desse aresto interpuseram recurso para o Supremo Tribunal de Justiça que, por via do Acórdão nº 39/2018, rejeitou as suas alegações; 1.5. Alegam que nunca foram notificados pessoalmente do Acórdão nº 39/2018, o que, em seu entender, constitui uma violação do artigo 142º nº 2 do CPP, e, por conseguinte, uma nulidade insanável, nos termos do artigo 151º al. h) do CPP; 1.6. Consideram que se encontram em situação análoga à dos coarguidos Leny Martins e Fernando Varela, os quais, encontrando-se em situação idêntica à sua, tendo interposto recurso de amparo, este foi admitido pelo Tribunal Constitucional através do acórdão 28/2019, de 16 de agosto de 2019; 1.7. O facto de não terem sido notificados pessoalmente do Acórdão nº 39/2018 e a admissão dos recursos de amparo interposto pelos coarguidos Leny Martins e Fernando Varela fez com que o referido acórdão não transitasse em julgado, pelo que se encontram em prisão preventiva por mais de 38 meses e, por isso, a única via legal que tinham à sua disposição face à prisão que entendem ter-se tornado ilegal, era a providência de habeas corpus, consagrada no artigo 36º da CRCV e 18º e seguintes, do CPP; 1.8. Assim, tendo em conta o acima referido, a 6 de setembro de 2019, requereram habeas corpus junto [ao] Supremo Tribunal de Justiça, que o indeferiu, essencialmente, com base no fundamento de que não ficou provado que os recorrentes estavam em regime de prisão preventiva e consequentemente não havia também razões que justificavam a providência requerida; 1.10. Inconformados com os fundamentos apresentados pelo Egrégio Supremo Tribunal de Justiça para indeferir o seu pedido, recorreram para o Tribunal Constitucional para pedir o restabelecimento dos direitos, liberdades e garantias, nomeadamente, o direito ao contraditório, à liberdade e à presunção da inocência, consagrados nos artigos 29º, 30º, 31º nº 4 e 35º n.ºs 1 e 6, todos da CRCV. Pedem, para o que interessa em sede de mérito, que “sejam restabelecidos os direitos, liberdades e garantias fundamentais violados (Contraditório, liberdade e presunção de inocência)”.

2. Depois de admitido por aquela decisão de 15 de outubro destaca-se a seguinte tramitação:

2.1. Foi distribuído no mesmo dia ao JC Pina Delgado que assumiu a função de relator do processo;

2.2. A 18 de outubro este despachou no sentido de se notificar a entidade recorrida e subsequentemente o Ministério Público;

2.3. A primeira optou por nada dizer e a segunda entidade acabou por devolver o processo ao Tribunal Constitucional sem oferecer promoção no dia 28 de novembro de 2019;

2.4. A 20 de abril de 2020, nos termos conjugados do artigo 21 da *Lei do Amparo e do Habeas Data* e dos números 1 dos artigos 6º e 7º da *Lei que Estabelece Medidas Excepcionais e Temporárias para fazer face à Situação Epidemiológica Causada pelo Coronavírus e pela Doença COVID 19*, o Juiz-Relator depositou projeto de acórdão por via eletrónica e pediu a inclusão do processo na pauta de julgamentos desta Corte, decorrendo disso despacho do Presidente, também comunicado eletronicamente, marcando sessão a realizar no dia 23 de abril por videoconferência.

2.5. No dia marcado realizou-se por esta via sessão de apresentação dos votos que contou com a presença dos juizes do Tribunal Constitucional, do Secretário da Corte, do mandatário dos recorrentes e de um colaborador do Tribunal. O Ministério Público, não obstante ter sido notificado, optou por não comparecer, e o público, apesar da divulgação feita através da página do Tribunal, não se inscreveu para ter acesso.

2.5.1. Depois das palavras de enquadramento do Presidente, o Relator do processo apresentou um resumo do seu projeto de acórdão e votou;

2.5.2. Em seguida o JC Aristides R. Lima votou com o relator, tendo na ocasião questionado sobre a necessidade do alerta de eventual inconstitucionalidade incluído no projeto de Acórdão;

2.5.3. Na sequência votou o JCP no mesmo sentido, destacando o facto de o desfecho deste pedido praticamente já estar traçado, considerando-se o que já havia sido decidido no acórdão de admissibilidade 37/2019 e no Acórdão 50/2019.

2.6. Depois de feito o apuramento e anunciado o resultado o Presidente pôs termo à sessão, ficando incumbido o Relator de apresentar a versão final do projeto de acórdão aos outros juizes para efeitos de arbitragem e definição dos seus termos finais, cujo resultado se elenca abaixo.

II. Fundamentação

1. Conforme se pode extrair da sua peça petítória, o fundamento do pedido dos recorrentes resulta de uma conjugação complexa de argumentos que podem ser sumarizados da seguinte forma: tendo co-arguidos duas pessoas – os Senhores Leny Martins e Fernando Varela – que beneficiaram de medida provisória de soltura determinada por este Tribunal por não terem sido pessoalmente notificados de decisão condenatória entendem que o tribunal recorrido deveria ter deferido o seu pedido de *habeas corpus*. Como dizem, por estarem em situação análoga à dos seus co-arguidos. Ao não fazê-lo, na sua opinião, violaram o seu direito ao contraditório, à liberdade e à presunção da inocência.

Portanto, o fundamento deste pedido radica no entendimento de que o órgão recorrido deveria, com base no acórdão de admissibilidade do Tribunal Constitucional de nº 24/2019, de 4 de julho, *Leny Martins e Fernando Varela v. STJ, decisão de admissibilidade e adoção de medida provisória*, Rel: JCP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 100, 26 de setembro de 2019, pp. 1580-1585, ter concedido *habeas corpus*, pois, na sequência de pedido de amparo interposto por co-arguidos no mesmo processo, a decisão condenatória não tinha transitado em julgado, o que significa que estariam ainda em prisão preventiva. Destarte, seria aplicável o limite constitucional de trinta e seis meses de subsistência deste estatuto, e, consequentemente, estariam mantidos em prisão fora dos prazos legais.

O Tribunal recorrido assim não entendeu. Além das dúvidas em relação à idoneidade do meio de reação que atribuem a uma tese peregrina – argumento que optam por não desenvolver –, arrazoam que: primeiro, a ausência de prova de não-notificação, que, nos termos da interpretação esposada, caberia a quem alega; segundo, ao facto de perante essa hipótese não terem reagido a tempo contra o que seria uma omissão da secretaria; terceiro que, mesmo na hipótese de tal se poder dar por provado, a correta interpretação do direito aplicável, de modo algum determinaria o deferimento do *habeas corpus*. Isso porque o regime jurídico só menciona a obrigação de notificação pessoal de sentenças e não de acórdãos, opção que se justifica pelo facto de, como regra,

o Supremo Tribunal de Justiça somente julgar em matéria de direito e não de facto, entendimento acolhido pelos nossos tribunais e, segundo ressalta, pela jurisprudência e doutrina portuguesas.

“*Em resumo*” diz o douto acórdão impugnado, que “*mesmo quando se conceda, algo que não se deve, que está provado que os ora requerentes não foram notificados pessoalmente do acórdão 39/2018, mas somente através dos seus mandatários, e, ainda, que tal tem sucedido por o STJ ter entendimento restritivo da citada norma do nº 2 do artº 142º do C.P.P., diferenciando o acórdão do STJ dos demais atos decisórios dos Juízes, ainda assim, a notificação feita aos arguidos, ora requerentes, no dia 12 de Outubro de 2018, mesmo que unicamente aos seus mandatários (algo que não está provado – diga-se uma vez mais), fez iniciar o decurso do prazo para trânsito em julgado do respetivo acórdão, e não vislumbramos a ocorrência de um qualquer fato interruptivo ou suspensivo desse mesmo prazo. Ademais não se perceberia muito bem que o STJ mandasse baixar um recurso antes do trânsito em julgado do acórdão proferido, como no presente caso. Não fosse de entender assim, ou seja, fosse de entender que o artº 142º/2 deva ser entendido para abarcar situações como a do presente habeas corpus, e se nenhum dos arguidos em cumprimento de pena de prisão efetiva, na sequência de decisões condenatórias proferidas em acórdãos desta instância, então teríamos de estar preparados para a soltura quase que generalizada de presos, se os mesmos, por regra não vêm sendo notificados pessoalmente, nos termos do entendimento dos ora requerentes. Assim, e porque não está provado que os ora requerentes estão em situação de presos preventivos e nem se mostra decorrido o tempo de prisão em que forma condenados (+ de 8 anos) o pedido deve improceder], nos termos da d) do artº nº 20 nº 4”.*

2. Para responder às questões jurídicas relevantes, o acórdão promoverá:

2.1. Primeiro, uma discussão abstrata a respeito da exigência constitucional de que um arguido tome conhecimento de uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça que lhe diz respeito nos casos em que ainda é possível reagir processualmente;

2.2. Segundo, a apreciação concreta da questão de fundo de se saber se tal entendimento de alguma forma poderia beneficiar os dois recorrentes, o que passará pela determinação de ainda estarem abrangidos pelo estatuto de arguido no momento em que interposeram este recurso especial;

2.3. Complementarmente, se se mostra justificado encaminhar os autos ao Ministério Público para que o Procurador-Geral da República possa eventualmente suscitar a fiscalização concreta e abstrata da constitucionalidade de norma hipotética aplicada pelo tribunal recorrido.

3. Ainda em jeito de enquadramento, é de se reter que este recurso é apreciado e decidido pelo Tribunal num momento em que diversas decisões já foram adotadas e que se entrecruzam com maior ou menor intensidade com os elementos constitutivos do presente pedido e dos seus fundamentos. Portanto, é absolutamente necessário trazer à colação arestos desta corte constitucional que, cada qual ao seu modo, podem ter relevância para a boa decisão deste pedido. Alguns, considerados de forma ampla, poderiam servir para sustentar as pretensões dos recorrentes, pois, em parte, convergem com a ideia de que não há trânsito em julgado quando se interpõe um recurso de amparo.

3.1. Assim, é relevante o entendimento que o Tribunal foi construindo a respeito das situações em que um arguido mantém o estatuto de preso preventivo, as quais dependem sobretudo da manutenção da sua inconformação em relação a eventuais decisões desfavoráveis dos órgãos judiciais,

manifestando-o de forma consistente e tempestiva através da interposição de recursos de qualquer espécie perante os órgãos competentes.

3.1.1. Assim, ficou assentado com a decisão *Alexandre Borges* em que o Tribunal expressou entendimento segundo o qual “*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, 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*”, concluindo o segmento considerando que “*O entendimento deste Tribunal é que sim pelas mesmas razões já consideradas para responder a questão tratada no segmento anterior, ou seja, 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 determinam*” (3.3.5). Complementando com posições relativas à possibilidade de constituição de casos julgados parciais, sublinhando, no essencial, que “*O que autoriza a conclusão de que o pressuposto de base do caso julgado parcial não é a falta de interposição de recurso por parte do recorrente relativamente a determinado facto, mas sim a falta da sua interposição em relação a este mesmo facto por parte de todos os intervenientes processuais com legitimidade para tal, o que engloba não só o recorrente como o Ministério Público e o assistente, sobretudo o primeiro, especialmente relevante para a presente situação. Portanto, só se forma o caso julgado parcial quando o interessado se conformar com uma parte da decisão e concomitantemente sobre ela não incidir nenhum recurso ou o ocorrer da procedência de outros recursos dos quais não se possam extrair consequências legalmente impostas relativamente a toda a decisão recorrida*” (3.4.4), pressuposto a partir do qual fundamentou e concluiu que “*Por tudo o que fica exposto, não parece nesta situação concreta [que] a tese do caso julgado parcial se mostre compatível com o princípio da presunção de inocência do arguido. Pois, não se pode considerar que uma parte da sentença transitou em julgado quando a conduta do arguido esteja ainda a ser reapreciada pelo tribunal de recurso. Considerar que a tese do caso julgado parcial não pode prosperar nestes autos significa que até ao trânsito [em] julgado do aresto deste Tribunal, o arguido encontra-se em regime de prisão preventiva” e que “*Sendo assim, na pendência do recurso, não houve trânsito em julgado da sentença. Logo, o limite máximo da manutenção do arguido em prisão preventiva no momento em que este recurso foi interposto já tinha sido ultrapassado, originando a violação do direito e justificando, naquele momento específico, a sua colocação em liberdade, e determina[n]do no momento atual que o Tribunal Constitucional ordene a sua soltura imediata como amparo mais adequado*”.*

3.1.2. Ademais, o Tribunal já havia decretado medida provisória com elementos parcialmente similares à presente situação, quando conheceu o pedido formulado pelo Senhor Judy Ike Hills, no sentido que lhe fosse devolvida a sua liberdade sobre o corpo, pois se encontrava em prisão preventiva há mais de trinta e seis meses. O Tribunal nesta situação havia considerado com base no precedente *Alexandre Borges v. STJ* que, em princípio, o recurso de amparo impediria o trânsito em julgado

da decisão da última instância judicial e que, portanto, havendo impugnação por meio de amparo constitucional e enquanto não houvesse uma decisão sobre o mérito da causa que pusesse fim à demanda, a posição do recorrente não poderia deixar de ser de preso preventivo (v. *Acórdão nº 9/2019, de 28 de fevereiro, Judy Ike Hills v. STJ, decisão de admissibilidade e adoção de medida provisória*, Rel: JCP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 29, 24 de março de 2019, pp. 511-518).

3.1.3. Doutrina que voltou a acolher e a desenvolver na decisão de mérito *Ayo Obire v. STJ*, em que considerou, de forma clara que “3.5.4. No caso concreto do precedente *Alexandre Borges*, estava-se perante um caso em que se impugnava interpretação de órgão judicial recorrido, segundo a qual, sendo, na sua opinião, o recurso de amparo em recurso extraordinário, ele não obstará o trânsito em julgado da decisão recorrida. O Tribunal rejeitou essa tese, considerando que ela lesava o próprio direito subjetivo ao amparo do recorrente, esvaziando a eficácia de uma possível decisão estimatória, sobretudo que visava a proteção de garantia associada ao direito à liberdade sobre o corpo. Evidentemente, este segmento decisório não se aplica ao caso presente que envolve o pedido do Senhor Ayo Abel Obire, designadamente porque este não interpôs qualquer recurso de amparo em relação à sua condenação, até porque sequer recorreu da sentença de primeira instância. Logo, o seu direito subjetivo ao amparo nunca seria atingido por tal decisão, nem tão-pouco a sua garantia à presunção de inocência, haja em vista que a sua culpa foi determinada de modo irrecorrível, já que tendo conhecimento da sentença da primeira instância a ela se conformou. O que pretende é, outrossim, beneficiar-se de recurso de amparo interposto por um coarguido em processo penal. Sendo assim, as únicas orientações que poderiam ser arroladas para aplicação no seu caso teriam a ver com a questão do caso julgado parcial, base de fundamentação utilizada pelo órgão recorrido naquela ocasião para rejeitar a tutela de direito alegadamente violado. Isso porque esta Corte considerou por meio desse acórdão que não se constituiria caso julgado parcial quando tenha havido um recurso que permitisse ao órgão ad quem decidir a favor do recorrente ainda que o mesmo não tenha recorrido, limitando claramente o precedente ao caso concreto e adotando uma perspectiva de avaliação dessas situações caso a caso. Naquela situação, tratava-se de um recurso ordinário interposto pelo Ministério Público a questionar uma decisão de absolver o arguido de um crime e de concomitantemente requerer o aumento da pena aplicada por outro, o qual, dentro dos poderes de cognição do tribunal superior abriria a possibilidade de se reavaliar a própria condenação. Situação que não é igual à que se tem em mãos, pois, sendo certo que houve recurso ordinário interposto por um coarguido que foi julgado improcedente, a decisão que poderia beneficiar o recorrente nos autos foi adotada no quadro de um pedido de amparo, um recurso personalíssimo, pois acoplado a um direito subjetivo fundamental que foi utilizado pelo Senhor *Judy Ike Hills*, mas que o recorrente até recentemente manteve-se completamente alheio, deixando precocemente precluir a possibilidade de o usar na medida em que prescindiu até de pedir reparação pelas vias ordinárias através dos recursos disponíveis. Do que decorre que neste momento o Tribunal Constitucional não determinou uma reapreciação da conduta do Senhor Ayo Abel Obire na sequência do *Acórdão 27/2018, de 20 de dezembro*, Rel: *JC Pina Delgado*, mas simplesmente das circunstâncias probatórias que levaram à condenação do coarguido Senhor *Judy Ike Hills*. Perante tais dados, ainda que o tivesse feito um coarguido seu, por meio de recurso ordinário e de um recurso constitucional de natureza pessoalíssima como o amparo, muito dificilmente o Tribunal poderia considerar algum efeito possível sobre o seu estatuto processual e a rejeição do argumento de que se constitui em tais situações, por oposição àquelas em que de forma

*persistente e tempestiva, portanto sem hiatos e de acordo com os prazos processuais aplicáveis, um coarguido vai mostrando a sua insatisfação ora pela incorreta avaliação dos factos e do direito, ora por deficiente calibração da interpretação face a normas constitucionais, um caso julgado parcial. Este, independentemente, solidifica uma decisão judicial e, por mais questionável que ela possa ser, a sua adequação cede perante a segurança jurídica que decorre da sua não contestação. 3.5.5. Sendo assim, nesta perspetiva, o Tribunal Constitucional não teria margem para considerar que a decisão condenatória de primeira instância que um recorrente nestes autos, então arguido, optou por não reagir, não tenha transitado em julgado e que não se tenha determinado de forma definitiva a sua culpa. E assim operando, ao nível processual penal, uma mudança significativa de estatuto de arguido e de preso preventivo, ao qual se aplica o limite temporal previsto pelo número 4 do artigo 31, para condenado em situação de cumprimento de pena. 3.6. Portanto, reconhecendo tal dispositivo uma garantia fundamental construída enquanto regra constitucional, a sua aplicação primária determinaria, no fundo, uma operação de subsunção destinada a verificar se a hipótese em análise – a situação do Senhor Ayo Abel Obire – estaria abrangida pela norma, o que aconteceria se ele, primeiro, fosse um preso preventivo e, segundo, se estivesse cerceado da sua liberdade ambulatoria há mais de trinta e seis meses. Efetivamente, a sua capacidade de movimentar o seu corpo está limitada, neste momento há mais de trinta e seis meses. Ocorre, porém, que não o está por ser preso preventivo. Outrossim, em razão de sentença condenatória que por não ter recorrido transitou em julgado e que, depois disso, deixou de ser atacável diretamente por meio de recurso ordinário ou por recurso especial, nomeadamente constitucional, mas só e eventualmente por outras vias. Colocando-se a si próprio numa posição passiva perante o processo, correu o risco de depender da avaliação que o Tribunal fizesse da bondade de inconformação alheia ou de poder invocar alguma situação especial que por hipótese lhe permita agir. Isso, pelo menos até à data de interposição do recurso de amparo não pode ser imputado ao órgão judicial recorrido e por isso o Tribunal Constitucional não pode determinar que o acórdão impugnado violou os direitos do recorrente desse modo” (*Acórdão nº 27/2019, 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. 3.5.4.).*

3.1.4. Por último e, com maior peso para a situação concreta, o Tribunal já havia ordenado a decretação de medida provisória em recurso de amparo requerido pelos coarguidos nos mesmos autos que os ora recorrentes, *Leny Martins* e *Fernando Varela*, com fundamentos aparentemente similares, tendo considerado que razões ponderosas, especialmente os dois precedentes referidos, ditariam a sua libertação imediata. Isso, na medida em que o Tribunal assumiu que “a conduta que se traduziu na alegada omissão de notificação pessoal dos recorrentes e que tem uma forte probabilidade de vir a ser considerada como violadora do direito ao contraditório expressamente invocado pelos recorrentes e eventualmente de outros direitos fundamentais, nomeadamente, o direito ao recurso de amparo, não pode ser dissociada da alegada violação do direito a não ser mantido em prisão preventiva além dos trinta e seis meses, na medida em que a parte do acórdão nº 39/2018 que havia sido impugnada está lógica, natural e funcionalmente ligada ao direito com base no qual se requereu a presente providência. Tendo o primeiro pedido impugnatório incidido sobre a própria conduta que conduziu à privação da liberdade, a sua impugnação através do recurso de amparo obsta que a decisão recorrida nesta parte adquira qualquer definitividade, impedindo efeitos sobre o estatuto jurídico-

processual dos recorrentes” (Acórdão nº 28/2019, de 16 de agosto, *Leny Martins e Fernando Varela v. STJ*, decisão de admissibilidade e adoção de medida provisória, Rel: JCP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 100, 26 de setembro de 2019, pp. 1609-1618).

3.2. Entretanto, sobre a questão de fundo o Tribunal veio tomar posição por meio de outro aresto, o Acórdão nº 50/2019, 27 de dezembro, *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, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 14, 4 de fevereiro de 2020, pp. 337-347, para. 2.2.2, considerando num longo arrazoado que nos permitimos reproduzir que “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 coação 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 aflorado 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 de 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 faltar-

lhe-ia 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 conduzisse 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, vendo, portanto, essa sua posição jurídica completamente esvaziada”

Daí ter concluído, neste particular, que “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”, e, com base nessa premissa, considerado que “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”.

Contudo, por outro lado, o Tribunal esclareceu que “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 conjecturar, 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”.

3.3. Tendo o Tribunal lavrado entendimentos muito claros sobre a matéria, muitos dos quais assumindo o papel de razão de decidir, é fundamental, até para manter-se coerente com a sua trajetória decisória, considerá-los atendendo ao seu próprio alcance e na medida em que estiverem em causa pedidos com objeto substancialmente idêntico. Assim, evitando uma jurisprudência desviante que corresse o risco de a um tempo descon siderar o princípio da proteção da confiança, promover a insegurança jurídica e eventualmente levar o Tribunal a conduzir-se em desconformidade com o valor do tratamento igualitário ou, no limite, a violar o direito a não se ser discriminado.

O que é decisivo no principal precedente é o facto de, apesar de não terem sido notificados, os recorrentes tomarem conhecimento de que decisão foi prolatada quanto foram notificados conjuntamente com os outros coarguidos das contas referentes às custas. Entre eles estavam os Senhores Leny Tavares e Fernando Varela e os dois recorrentes nestes autos, Senhores António Zeferino Oliveira e Rafael Alves Lima. Estes, todavia, não fizeram qualquer menção a que tivessem tomado as devidas diligências para obter o teor do acórdão e assim poderem em querendo reclamar ou recorrer. Se o fizeram não anexaram nem o seu pedido, nem a certidão judicial e tão-pouco eventual resposta negativa por parte do órgão recorrido. A Corte Constitucional também não conseguiu descortinar nos autos qualquer elemento que pudesse permitir tal conclusão.

Por isso, já na decisão de admissibilidade em que o Tribunal também se pronunciou a respeito de pedido de decretação de medida provisória, após análise necessariamente perfunctória, concluiu-se que “a partir do momento em que tiveram conhecimento ou, pelo menos, presumiram que o Supremo Tribunal de Justiça já tinha decidido desfavoravelmente o seu recurso, reagiram no sentido e com o intuito de evitar que a decisão transitasse em julgado. Qual foi a atitude dos ora recorrentes face a alegada omissão de notificação do Acórdão nº 39/2018? Compulsados os autos, verifica-se que a fls. 1845 a 1850 do volume VI do recurso crime comum nº 03/2018, constam documentos segundo os quais os ora recorrentes foram notificados para, querendo, examinarem, a conta efetuada nos Autos do Recurso Crime nº 03/2018, em que o recorrido é o Tribunal da Relação de Sotavento e, no prazo legal, impugnarem a quantia de 11.950\$00. Não se compreende que tendo sido notificados para examinarem as custas processuais relativas ao recurso que interpuseram, não se tenham diligenciado no sentido de tomarem conhecimento do Acórdão. Pois, não se elabora conta sem que a decisão a que se reporta tenha sido proferida. Significa que, pelo menos, indiretamente, através da notificação da conta, querendo, podiam pedir que fossem notificados e caso se mantivesse a alegada omissão de notificação podiam, inclusive, interpor diretamente um recurso de amparo, como fizeram os seus coarguidos Leny Martins e Fernando Varela (...) No caso em apreço, tendo tomado conhecimento da conta elaborada na sequência do acórdão que negou provimento ao recurso, querendo, podiam, perfeitamente, exigir que fossem notificados pessoalmente, e caso não tivessem sido, podiam lançar mão do recurso de amparo, diretamente, sem que fosse necessário deixar passar tanto tempo para depois do pedido e indeferimento da Providência de Habeas Corpus virem apresentar o presente recurso de amparo, com pedido de decretação de medida provisória. Logo após terem tomado conhecimento da prolação do acórdão através da notificação da conta, deviam ter reclamado da omissão de notificação pessoal e caso o não tivessem sido notificados, poderiam interpor recurso com fundamento na omissão de notificação pessoal. Ao deixarem passar todo esse tempo sem impugnar o Acórdão nº 39/2019, muito provavelmente esse aresto terá transitado em julgado e provavelmente, quando requereram a Providência de Habeas Corpus e o subsequente recurso de amparo, já não estavam em regime de prisão preventiva”. Daí, o Tribunal

ter concluído que *“Pelo exposto, não se pode considerar que há forte probabilidade de o Acórdão nº 48/2019, de 11 de setembro ter violado o direito ao contraditório, à liberdade sobre o corpo e à presunção de inocência por alegada interpretação e aplicação da regra prevista no nº 2 do artigo 142º do Código de Processo Penal”*.

4. Analisando-se o primeiro segmento do mapa decisório apresentado, portanto de se saber se em abstrato é exigência constitucional que um arguido seja informado da prolação de uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça em relação a si em situações em que ainda pode reagir processualmente,

4.1. Desde já, em função desse mesmo entendimento jurisprudencial construído a partir do acórdão de admissibilidade 37/2019, de 15 de outubro, Rel: JCP Pinto Semedo, e do Acórdão 50/2019, de 27 de dezembro, Rel: JC Pina Delgado, que se retroalimentam para firmar doutrina acolhida de forma pormenorizada em relação a um tribunal da relação que também é aplicável ao Supremo Tribunal de Justiça, a Corte Constitucional não pode endossar o entendimento do órgão judicial recorrido de que o ónus da prova de não-notificação caberia ao próprio recorrente. Longe disso, porque impor ao arguido – que supostamente não foi notificado – que faça prova desse facto negativo, numa circunstância em que o dever de praticar o ato comunicacional é do poder público que mantém no seu seio todos os elementos probatórios necessários é muito dificilmente sustentável do ponto de vista legal como, no limite, é até inconstitucional. E não é porque o processo baixou a outro tribunal que esse dever se aligeira, designadamente porque há mecanismos de cooperação institucional que podem ser utilizados para esse fim.

4.2. Os parâmetros em causa nesta situação não são os direitos genéricos que recorrentes sistematicamente têm dirigido a esta Corte sem cuidar de ajustar às situações concretas de “contraditório, liberdade e presunção da inocências”, mas sim o direito ao recurso e o direito à defesa do arguido em processo penal, ambos reconhecidos pelo número 7 do artigo 35 da Constituição que na parte relevante dispõe que o *“direito de (...) defesa em processo criminal (...) bem como o direito de recurso, são invioláveis e serão assegurados a todos os arguidos”*.

Para o que interessa ainda recortar no que à definição de parâmetros diz respeito, é entendimento deste Tribunal que apesar de não se conseguir inferir, no sentido estrito, um direito fundamental à notificação – usando a palavra no sentido normalmente usado em direito processual – desses direitos decorre posição jurídica fundamental de uma pessoa sujeita a um estatuto especial – o arguido – receber comunicações informativas do poder público, neste caso judicial, de atos que potencialmente afetem os seus direitos, liberdades e garantias e que permitem que possa utilizar mecanismos processuais penais colocados pelo sistema jurídico à sua disposição para defenderem os seus direitos, liberdades e garantias, como é o caso. Por conseguinte, a posição jurídica que pode sustentar as pretensões que os recorrentes reivindicam nos presentes autos de processo não derivam de um putativo direito abstrato à informação – sobre o qual o Tribunal não sente a necessidade de se pronunciar – mas somente daquela que, primeiro, provenha de um órgão judicial, portanto seja oficial; segundo, diga respeito a ato que os afete; terceiro, seja pressuposto de utilização de meios de reação processual.

Partindo-se do princípio de que do ponto de vista constitucional dos direitos ao recurso e à defesa o que emerge é uma posição jurídica fundamental do arguido receber comunicação de ato processual que incide diretamente sobre si, dela decorre um dever de o poder público assegurar que ele toma efetivamente conhecimento de tais decisões. O modo como se o faz em concreto fica

a critério do legislador quando define o direito ordinário aplicável através do regime de comunicação de decisões judiciais que desenha. A este Tribunal parece que a melhor interpretação da legislação ordinária é que assim o fez, até porque, em princípio, é o único mecanismo que ele não só assegura que se transmite a comunicação, como também que o seu destinatário e titular do direito – o arguido – a recebe.

4.3. Mas, naturalmente, o problema que temos em mãos não tem necessariamente que ver com a intenção do legislador ao definir o regime jurídico infraconstitucional. Mas, antes, o de saber se dentro da discricionariedade interpretativa que a norma faculta, a orientação concreta que o órgão judicial recorrido chegou – independentemente de ser este o sentido normativo que decorre do preceito interpretado – viola ou não as normas constitucionais subjacentes à regra jurídica que serve como razão de decidir.

4.3.1. Portanto, deste ponto de vista, o que releva para este Tribunal e que recai debaixo da sua jurisdição – constitucional por excelência – é se a interpretação concreta lançada pelo órgão judicial recorrido logra acomodar as exigências dos dois parâmetros constitucionais indicados, isto é, de haver um ato de comunicação, independentemente da sua forma, que parte do Tribunal e a sua receção por um destinatário, neste caso o arguido. Naturalmente, reitera-se que a melhor forma de garantir que isso aconteça é através da interpretação que infere da norma legal um dever de notificação, portanto de uma comunicação direta entre o órgão judicial e o arguido. Contudo, por hipótese, poderia ser aceitável do ponto de vista constitucional a ideia de que se notificando o mandatário este transmitirá a informação ao seu constituinte ou até acolher a ideia de que se presume que quem mantém o mesmo advogado é informado de uma decisão do Tribunal; ou até que poderá ter efeito similar a notificação das contas referentes às custas ou até a inação do arguido perante um decurso excessivo de tempo sem receber notificação do tribunal a respeito da decisão do seu recurso. Mas, qualquer dessas alternativas interpretativas sendo toleráveis em si, não deixam de comportar os seus ónus para o próprio Tribunal os quais não podem ser transferidos aos arguidos. Nomeadamente de lhe caber provar que o arguido recebeu a comunicação e de estabelecer o *dies a quo* de qualquer prazo no dia em que ela se efetiva, absorvendo, assim, os efeitos da sua inação. Nesta conformidade, a ele se impõe inserir no processo elementos que atestam de alguma forma a efetivação da comunicação e começar a contar os prazos de reação somente a partir desse momento.

O que não pode acontecer é estabelecer-se, por meio de interpretação um sistema em que a comunicação de atos processuais gravosos é feita exclusivamente por meio de mandatário, fiando-se no profissionalismo deste para os transmitir aos seus constituintes e no quadro de um esquema de garantias de eficácia baseado em sanções disciplinares corporativas e civis.

Outrossim, ao mesmo tempo que este Tribunal entende que a melhor interpretação legal da disposição é a de que se exige notificação a arguidos de acórdãos de tribunais superiores, incluindo do Supremo Tribunal de Justiça, admite que a questão tem dimensões ordinárias, salvaguardando-se o poder de os tribunais judiciais fixarem-nos soberanamente. Todavia, mesmo quando isso aconteça, do ponto de vista dos direitos, liberdades e garantias, o poder público não se pode exonerar de garantir que de forma direta ou indireta o arguido tenha a informação ou deva, na sequência da prática de um outro ato, saber que essa decisão já tenha sido prolatada, podendo desencadear as diligências necessárias a obtê-la em seguida. Disso podem até decorrer presunções constitucionalmente compatíveis, como as já arroladas de tomada de conhecimento da prolação de uma decisão com as consequências advenientes. Já não é aceitável a ideia

de que seria compatível com os direitos elencados a mera notificação do mandatário sem que se tente assegurar que o próprio titular dele tenha conhecimento.

4.3.2. Dito isto, e desde que ressalvados os efeitos em termos de ónus de prova e de regime de prazos, o Tribunal Constitucional não consegue endossar a interpretação feita pelo Egrégio Pretório *a quo* do número 2 do artigo 142 do Código de Processo Penal, pelo menos na perspetiva de os seus deveres se extinguirem com a notificação ao mandatário do arguido independente deste ter ou não ter transmitido a comunicação ao arguido. O órgão judicial *a quo* sustenta textualmente que tem uma interpretação restritiva do artigo, pois, na medida em que o legislador ao usar a expressão “*sentença*” estaria a excluir os acórdãos, pelo menos os do Supremo Tribunal de Justiça, pela fundada razão deste ser um órgão judicial que decide somente sobre o direito. Através do Acórdão 50/2019, de 27 de dezembro, 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*, Rel: JC Pina Delgado, o Tribunal já se tinha confrontado materialmente com esta situação e considerou que não haveria qualquer razão para diferenciar, nesta matéria, uma sentença de um acórdão, com a consequência constitucional específica de que se dispensaria a necessidade de se comunicar a decisão potencialmente afetante do direito, liberdade e garantia ao próprio titular de uma posição jurídica passível de afetação.

A única distinção radicaria no facto de aquela decisão ter como elemento fáctico uma decisão de um tribunal de relação e este caso somos confrontados com uma decisão do próprio Supremo Tribunal de Justiça, o órgão de topo da estrutura dos tribunais judiciais. Apesar de o Tribunal ter acolhido um pronunciamento vasto que abrangeria qualquer tribunal judicial, não estando este entendimento relacionado à causa de pedir ou sequer ao pedido, já que estes estavam diretamente associados à ausência de notificação de uma decisão do Tribunal da Relação e não ao órgão superior recorrido.

A especialidade desta última Cúria radicaria, na opinião acolhida pelo aresto recorrido, não só no argumento mais simples de que a presença dos arguidos nas audiências que se realizam no Supremo Tribunal de Justiça é dispensada pela lei, e porque, como sublinha, “*em regra*”, “*não julga matéria de facto, que é da competência exclusiva dos tribunais da relação*”, mas sobretudo da ligação tecnicamente elaborada que o acórdão recorrido estabelece entre essas premissas e o facto de que “*nada justificaria a notificação pessoal de quem nada pode solicitar numa instância que somente debruça sobre matéria de direito, senão através do seu defensor, quando é certo que os ora requerentes não podem suscitar em requerimento pessoal qualquer questão de direito*”.

O Tribunal Constitucional, enquanto tal, não tem nada a dizer em relação a esse argumento, válido como construção jurídica. Porém, remetendo ao Acórdão 50/2019, 27 de dezembro, 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*, Rel: JC Pina Delgado, reiteraria que o que está em causa do ponto de vista constitucional – o único que interessa ao presente órgão – não é se os recorrentes podiam suscitar questões de direito através de requerimentos pessoais pré ou pós-decisórios ao Supremo Tribunal de Justiça. Antes de saber se, havendo ainda mecanismos de reação ao seu dispor, deveriam ser informados da decisão para que possam autonomamente decidir o percurso processual a seguir. Podendo se conformar com a decisão é verdade, mas também com abertura para optarem por arguir nulidades do acórdão através de reclamação ou até eventualmente interpor qualquer recurso especial, nomeadamente um recurso de fiscalização concreta ou um recurso de amparo. Naturalmente, nos casos em que há imposição legal fá-lo-ão necessariamente através de mandatário devidamente

constituído; quando puderem optar, poderão fazê-lo desta forma ou até através de punho próprio como acontece com o recurso de amparo.

O que não pode acontecer, do ponto de vista constitucional, é sonegar-se a informação ao principal interessado, sobre o qual recairão os efeitos de uma decisão negativa em sede criminal que interfere diretamente sobre um dos seus direitos mais básicos, a liberdade sobre o corpo, que a própria Lei Fundamental classifica de inviolável, sem que ele tome conhecimento, colocando a sua sorte nas mãos de um advogado que, por diversos motivos, poderá escolher, à margem de qualquer concertação com o titular do direito ao recurso, não utilizar os mecanismos processuais disponíveis. Outrossim, do ponto de vista desse direito, liberdade e garantia e do direito de defesa do arguido é exigência constitucional que o arguido seja informado de tal decisão e de forma autónoma participe das decisões fundamentais processuais que ainda se possa tomar, nomeadamente, havendo divergência quanto à condução da defesa, de substituir o seu mandatário por quem se conforme ao que ele pretenda fazer.

4.3.3. Entende-se naturalmente as preocupações do órgão recorrido no que diz respeito à interpretação das normas do Código de Processo Penal e de encontrar nomeadamente razões para impedir que a técnica de interpretação literal utilizada para extrair o sentido da palavra “*sentença*” do número 2 do artigo 142 não contagie igualmente uma possível interpretação literal da mesma palavra aplicável também aos acórdãos dos tribunais coletivos, pois, neste caso, entende que “*não se pode destacar a circunstância de as decisões proferidas pelo tribunal coletivo, [serem] ainda tratadas como sentença que é lida publicamente na sala de audiência, nos termos do nº 3, e essa leitura equivalerá à sua notificação aos sujeitos processuais presentes na audiência, ou que, como tal, devam ser considerados, com subsequente depósito na Secretaria, nos termos dos nºs 4 e 5 todos do artº 401º do CPP. Quer isso significar que a decisão definitiva do tribunal coletivo é ainda uma sentença, com alguma especialidade, é certo, em relação à sentença do juiz singular, mas uma sentença. Já acórdãos, sob propriedade, são as decisões proferidas pelos tribunais superiores, designadamente, dos Tribunais da Relação e do STJ. E tal entendimento vem concretizado no artigo 468º, determinando que deliberação e votação seguem as disposições aplicáveis em julgamento no tribunal coletivo*”. Também aqui o Tribunal Constitucional não teria qualquer reticência em acolher esta tese, até porque também já havia considerado, através do Acórdão 50/2019, de 27 de dezembro, Rel: JC Pina Delgado, que seria absurdo qualquer entendimento de que por ser um acórdão, a decisão do tribunal coletivo não teria de ser notificada.

O problema aqui tem que ver com a relutância em estender estes entendimentos às decisões do Supremo Tribunal de Justiça. E é aqui é que não se consegue sufragar a conclusão que o aresto impugnado acolhe. Pois o que este importante percurso por outras normas aplicáveis do Código de Processo Penal mostra é que: primeiro, o legislador ordinário entendeu, ao concretizar especificamente as normas constitucionais conexas já citadas que, independentemente da forma da decisão, o recorrente, seja por estar presente na audiência de julgamento onde é lida a sentença, como acontece com qualquer decisão de primeira instância, seja ela singular ou coletiva, seja por via de qualquer outra forma de comunicação, tenha dela conhecimento; segundo, que, por este motivo, havia outras alternativas hermenêuticas que o aplicador da norma, neste caso o Egrégio Supremo Tribunal de Justiça, poderia ter seguido, como fez, e muito bem, em relação à expressão “*sentença*” quando aplicada aos tribunais coletivos de 1ª instância, os quais não deixam também de prolatar “*acórdãos*”.

A questão é que pelas próprias palavras do órgão recorrido, e ancorando-se na sua própria tradição e,

segundo argumenta, na jurisprudência dos tribunais portugueses, nesta matéria adota um entendimento restritivo do número 2 do artigo 142 e, arguivelmente, das demais normas arroladas. Legítimo que se acolha tal interpretação, nas partes em que a definição desse sentido não tenha lastro constitucional. Todavia, como o Tribunal Constitucional já assentou várias vezes, é obrigação de qualquer órgão judicial de aplicação do direito, desde que tenha espaço hermenêutico, interpretar as normas legais conexas com direitos, liberdades e garantias, adotando os sentidos que os protegem de forma mais intensa. Aqui, o que tivemos foi precisamente o contrário, pois o órgão *a quo* optou por acolher expressamente um sentido restritivo da expressão normativa em causa, o que poderia levar à vulneração dos direitos ao recurso e à defesa.

E mesmo não sendo legítimo num sistema jurídico de base constitucional fixar cânones de interpretação de normas de direitos, liberdades e garantias em função de técnicas previstas pelo Código Civil, haja em vista a imposição constitucional supramencionada, o facto é que mesmo a aplicação do artigo 11º deste instrumento codificador de origem portuguesa na medida em que admite “*interpretação extensiva*”, decorrente, para usar as palavras de um dos seus principais comentadores, da “*necessidade de estender as palavras da lei, reconhecendo que elas atraíram o pensamento do legislador que, ao formular a norma, disse menos do que efetivamente pretendia dizer*” (Pires de Lima & Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, v. 1, p. 60), conduziria ao mesmo sentido normativo, ou seja, de que se podia amplificar o alcance da norma neste caso.

4.3.4. Por conseguinte, o próprio Supremo Tribunal de Justiça é destinatário da obrigação decorrente do direito à defesa e ao recurso do arguido em processo penal a comunicar ao arguido decisões que afetem os seus direitos, liberdades e garantias e tinha espaço hermenêutico para se conduzir neste sentido. Não o fez, preferindo adotar uma interpretação mais restritiva que que esta Corte Constitucional parece ser contrária ao texto constitucional, levando-nos a reafirmar, com os *Acórdãos 37/2019, de 15 de outubro*, Rel: JCP Pinto Semedo, e com o *Acórdão 50/2019, de 27 de dezembro*, Rel: JC Pina Delgado, que, do ponto de vista constitucional de proteção das garantias do arguido ao recurso e à defesa, decorre exigência de ele tomar conhecimento de que uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça que lhe diz respeito foi prolatada nas situações em que ainda existam meios de tutela passíveis de serem utilizados para preservar as posições jurídicas de que é titular.

5. Ocorre, porém, que, em concreto, esta não é uma questão abstrata de determinação de qual sentido normativo seria mais ajustado a esses direitos, liberdades e garantias. Outrossim, estando, do ponto de vista desta Corte Constitucional, a questão estabilizada neste momento, o problema é saber se os recorrentes nos autos, os Senhores António Zeferino de Oliveira e Rafael Alves Lima, mantinham essa posição jurídica fundamental no momento em que ocorreu a putativa violação.

5.1. A mesma, por motivos evidentes, depende de uma qualidade que nem todos os titulares abstratos têm, a de no momento em que ocorre o ato supostamente vulnerador do poder público, estarem sujeitos ao estatuto processual penal de arguidos, o qual, como se sabe tem um início, que depende de constituição como tal nos termos do artigo 76 do CPP, e um fim, no momento em que uma decisão prolatada também por um poder judicial se torna definitiva para quem estiver nessa posição ou porque dela já não cabe qualquer meio de reação ordinário, equiparado ou ainda especial ou porque havendo ele não é exercido dentro dos prazos previstos pela Lei.

Isso pode ocorrer nomeadamente porque uma pessoa ainda com estatuto de arguida, tendo sido informada de

decisão com tal teor, conforma-se, dada a inexistência de qualquer recurso ou opta por não a atacar. Neste caso, não existem dúvidas que ainda havia possibilidades de reação. Se eram viáveis ou não o Tribunal não se pronuncia. Portanto, a questão a saber é se efetivamente o recorrente dela tomou conhecimento, podendo, a partir disso, desencadear os mecanismos necessários para proteger os seus direitos, liberdades e garantias.

5.2. O Tribunal Constitucional pode estabelecer com base nos elementos constantes dos autos e por aplicação do ónus de prova que cabe ao órgão judicial recorrido que os recorrentes não foram notificados da decisão condenatória. Logo, a questão a saber é se de algum modo tomaram conhecimento da existência do acórdão, de tal sorte a poderem promover as diligências necessárias a solicitarem junto ao órgão judicial decisório o seu teor, como, de resto, fizeram os seus coarguidos.

5.2.1. Compulsados os autos verifica-se que, conforme decisão de 13 de novembro de 2017 de ff. 1643-1671 verso do volume VI dos Autos do Processo Principal, o Tribunal da Relação negou provimento a recurso de decisão criminal condenatória interposto pelos Senhores António Zeferino de Oliveira, Rafael Alves Lima, Leny Tavares Martins, Pavel Kontradiev, Francisco Lopes Tavares e Fernando Varela. Dessa decisão estes arguidos recorreram, representados por advogados comuns ou por mandatários diferentes. Se até aqui nada de fundamental se identifica para efeitos estritos do presente recurso, a relevância dos atos comunicacionais posteriores ao *Acórdão STJ 39/2018, de 12 de outubro*, ff. 1786-1812 do Volume VI dos Autos do Processo Principal é decisiva.

Notando-se que a Veneranda Juíza Relatora determinou por meio de despacho de f. 1815 datado desse mesmo dia que os recorrentes “*nas pessoas dos seus mandatários*” fossem notificados do supramencionado aresto. O mesmo foi cumprido no mesmo dia e modo determinado pela Ilustre Relatora – isto é, “*na pessoa dos seus mandatários*” – quanto aos atuais recorrentes e aos arguidos Leny Martins e Fernando Varela, ato devidamente atestado não só pela informação dos servidores da justiça envolvidos, como pela aposição de assinatura dos causídicos que consta de f. 1815 v. do mesmo volume dos autos do processo principal. Não deixa de ser relevante que um dos coarguidos, Fernando Varela, através de requerimento assinado pelo seu mandatário e autuado a f. 1820, reclamou de ter sido notificado através de mandatário incorreto, dado que o que tinha procuração nos autos e recebeu a comunicação já não exercia sequer a profissão de advogado.

5.2.2. A partir desse ponto, as reações dos coarguidos foram distintas, tendo um deles, o Sr. Francisco Lopes Tavares Vieira Moreira, em seguida, interposto um recurso de fiscalização concreta que consta das ff. 1822 e 1823. Logo a seguir, por meio de despachos de f. 1845 e 1854, a Juíza Relatora determinou que os recorrentes, neste caso pessoalmente e por meio dos seus mandatários, fossem notificados das contas efetuadas, mormente as que constam das ff. 1839 e 1840 referentes aos dois recorrentes e aos coarguidos Leny Tavares e Fernando Varela. A certidão de f. 1850 de 12 de fevereiro de 2019, e 1854 v. que não foram postas em causa nos presentes autos atesta, através da assinatura dos mesmos, que os quatro foram notificados pessoalmente dessa decisão e do seu teor, o mesmo ocorrendo com os seus mandatários.

A partir desse momento, os dois coarguidos, Leny Tavares e Fernando Varela, tomando conhecimento de que, por motivos evidentes – pois só assim receberiam uma notificação relativa às contas efetuadas – já tinha sido decidido o seu recurso, empreenderam as diligências necessárias a receberem o acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal de Justiça. Através de Pedido de Notificação de f. 71 de 1 de abril de 2019, constantes dos Autos de Recurso de Amparo nº 14/2019 requereram que fossem

notificados, considerando-se o que se consegue extrair do segmento dos autos segundo o qual eles “*uma vez notificados para procederem ao pagamento da quantia de 11.950\$00, referente às custas do processo, vêm requerer a Vossa Excelência informação sobre o estado do processo, ou seja, se já houve decisão final ou não, uma vez que até à presente data os mesmos não foram notificados de nenhum despacho proferido nos autos, razão pela qual requerem também, nos termos dos artigos 141º nº 5, todos do CPP, havendo acórdão a notificação dos mesmos, uma vez que os arguidos são parte interessad[a] no processo, e, têm todo interesse em saber em primeira mão de qualquer decisão do processo que lhes [...] respeitam*”.

Se uma reação desta natureza cerca de 45 dias depois de arguidos terem tomado conhecimento de que fora proferida decisão a respeito do seu recurso ainda mantém intacto esse estatuto, não passando ao de condenado, é uma questão que o Tribunal teve de se pronunciar em sede de pedido de decretação de medida provisória, atestando a forte probabilidade, mas ainda não decidiu de forma definitiva. A verdade é que, para o que interessa, a situação presente é muito menos evidente, posto que os Senhores Leny e Fernando Varela, além de terem tentado infrutiferamente, perante a interpretação do órgão recorrido, a sua notificação pessoal, interpuseram, logo a seguir, um recurso de amparo, demonstrando claramente a sua inconformação em relação à aplicação de normas com conexão constitucional pelo tribunal *a quo*.

5.2.3. Os recorrentes nestes autos, como já se tinha estabelecido através do acórdão de admissibilidade (de número 37/2019, de 15 de outubro, Rel: JCP Pinto Semedo), também foram notificados da conta que foi efetuada para efeitos de eventual impugnação – o que pressupõe um acórdão. Portanto, os juízes desta Corte não podem chegar a outra conclusão a não ser que pelo menos no dia 12 de fevereiro de 2019 já tinham tido conhecimento de que o seu recurso já tinha sido decidido.

Nesta conformidade, uma coisa seria sustentar que não haveria trânsito em julgado pelo facto de um recorrente não ter agido processualmente por não ter tido conhecimento de uma decisão, de tal maneira que o seu recurso ordinário, equiparado ou especial impedisse a produção de tal efeito; outra coisa é chegar-se à conclusão de que em situações em que os recorrentes tomam conhecimento de uma decisão, ainda que não seja por meio de notificação da mesma, e optam, estrategicamente ou não, por se manter passivos em relação à mesma, o mesmo efeito se produziria. Se perante tais informações, só depois de algum tempo, por qualquer motivo, resolvem suscitar a questão, não podem pretender que consumada uma alteração de estatuto ainda preservam os direitos que ao mesmo estão intimamente associados. Deixando de ser arguidos em razão do trânsito em julgado decorrente da sua conformação já não o podem recuperar. E, sendo assim, também não as posições jurídicas conexas à condição de arguido, a menos que também sejam um direito de uma pessoa sujeita a sanção criminal, um condenado em cumprimento de pena. Portanto, em tais cenários, o que acontece é que as pessoas já não são titulares de uma posição jurídica fundamental à defesa e ao recurso em relação ao processo condenatório pela razão lógica de que já não são arguidos, mas condenados em situação de cumprimento de pena legitimamente imposta pelo Estado.

5.4. Por conseguinte, os Senhores António Zeferino de Oliveira e Rafael Alves Lima ao terem tomado conhecimento da conta referente às custas processuais do recurso que interpuseram junto ao Supremo Tribunal de Justiça e permanecido inertes, não solicitando que fossem notificados pessoalmente e, dependendo do desfecho desse pedido, recorrendo aos mecanismos de reação processuais ordinários ou especiais previstos e que cobrem qualquer tipo de conduta do tribunal que não os notificou, ocasionaram a preclusão do seu direito ao recurso e, logo, a constituição

de um caso julgado parcial em relação a si. E, por se tratar de um recurso pessoalíssimo, do facto de coarguidos no mesmo processo terem atuados em moldes a impedir a constituição de coisa julgada para si não opera qualquer extensão necessária para beneficiar os ora recorrentes.

Se no quadro de um juízo de admissibilidade, o Tribunal não excluiu completamente a possibilidade de haver algum mérito no pedido de amparo que os recorrentes colocaram, com mais tempo de reflexão, mas ainda perante os mesmos dados que foram identificados nessa decisão, não se consegue acolher entendimento de que o amparo mereça ser estimado.

Não há, pois, qualquer margem para se conceder o amparo suplicado, pois, sendo discutível do ponto de vista da interpretação do direito ordinário, que o Supremo Tribunal de Justiça não tenha um dever de notificar pessoalmente um arguido das suas decisões, pois a sua liberdade hermenêutica permitia-lhe encontrar uma solução que melhor acolhesse o efeito expansivo dos direitos, liberdades e garantias em causa, garantindo uma comunicação efetiva, porque consumada, com o arguido. Ao fazê-lo nos moldes em que o fez, acolheu uma interpretação incompatível com as posições jurídicas emanantes desses direitos. Porém, não se pode dizer que com isto violaram qualquer direito de titularidade dos recorrentes nos autos. Isso, pela singela razão de que estes, deixado de ser arguidos, mas condenados em cumprimento de pena, em razão da sua própria conduta processual já não usufruíam das posições jurídicas que a Constituição garante aos arguidos, as quais se delimitam pelo trânsito em julgado de uma decisão a eles concernente.

6. Este quadro permite, todavia, promover uma discussão complementar que se relaciona a necessidade de se utilizar a possibilidade prevista pelo número 3 do artigo 25 da Lei do Amparo e do Habeas Data construído em termos segundo os quais “*se o Tribunal reconhecer que o ato ou omissão objeto de recurso de amparo foram praticados por determinação ou em cumprimento de uma norma jurídica ou de uma resolução de conteúdo normativo individual e concreto inconstitucional ou ilegal, deverá no acórdão ordenar a remessa do processo para o Procurador-Geral da República para a fiscalização sucessiva e concreta da constitucionalidade da referida norma ou resolução*”.

6.1. Possibilidade a que o Tribunal recorreu várias vezes, tanto nos casos em que desestima o pedido de amparo, quando parece ser mandatário, como nos casos nos quais o concede, mas entende haver interesse público no expurgo da norma do ordenamento jurídico, bastando que se atente aos seguintes arestos desta Corte: Acórdão nº 10/2018, de 3 de maio, *Joaquim Wenceslau v. STJ*, Rel: JP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 35, 6 de junho de 2018, pp. 869-884, para. 3. 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. 6. Acórdão nº 24/2018, de 13 de novembro, *Alexandre Borges v. STJ*, Rel: JC José Pina Delgado, *Boletim Oficial*, I Série, nº 88, 28 de dezembro de 2018, pp. 1824-1835/para. 5.1. e Acórdão nº 27/2018, de 20 de dezembro, *Judy Ike Hills v. STJ*, Rel: JC José Pina Delgado, *Boletim Oficial*, I Série, nº 11, 31 de janeiro de 2019, pp. 146-178/para. 10; Acórdão nº 30/2019, de 30 de agosto, *AGAM v. PGR*, Rel: JC José Pina Delgado, *Boletim Oficial*, I Série, nº 110, 29 de outubro de 2019, pp. 1766-1789/para. 6.9).

6.2. Neste caso concreto, é muito provável que a norma que o Tribunal aplicou na exata aceção interpretativa de que a notificação de acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, mesmo existindo ainda mecanismos de reação processuais disponíveis, pode ser feita exclusivamente ao mandatário do arguido, sem que este tenha de receber essa informação para que possa autonomamente decidir a respeito da sua utilização, padeça de vício de

inconstitucionalidade por ser incompatível aos direitos ao recurso e à defesa garantidos ao arguido pela Lei Fundamental da República.

Isto porque, nomeadamente em razão dos argumentos já avançados pelo *Acórdão 50/2019, de 27 de dezembro, 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*, Rel: JC Pina Delgado, “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”.

6.3. Contudo, esta é uma situação diferente das anteriores, posto que o facto é que neste caso concreto tal razão de decidir não se mostra objetivamente necessária para sustentar uma decisão de indeferimento de pedido de *habeas corpus*. Designadamente porque, como já se decidiu, no momento em que os recorrentes a colocaram eles já haviam – por inércia própria – deixado de beneficiar do estatuto de arguido e dos direitos, liberdades e garantias que lhe são próprios. Nesta conformidade, o Tribunal não pode utilizar a possibilidade de uma remessa formal ao Ministério Público a que se refere o número 3 do artigo 25 da *Lei do Amparo e do Habeas Data*, reconhecendo, porém, o interesse geral em se promover a fiscalização abstrata sucessiva por quem para tal tenha legitimidade.

III. Decisão

Pelo exposto, os Juizes do Tribunal Constitucional, reunidos em Plenário, decidem que o Tribunal recorrido ao considerar que os recorrentes não estavam a ser mantidos em prisão fora dos prazos legais não violou as garantias à defesa e ao recurso, porque no momento em que requereram soltura imediata, por via do pedido de *habeas corpus*, a parte da decisão condenatória que lhes dizia respeito já tinha constituído caso julgado.

Registe, notifique e publique.

Praia, 23 de abril de 2020

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

Está Conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 05 de maio de 2020. — O Secretário, *João Borges*

Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional nº 28/2019, em que é recorrente Eder Yanick Carvalho e recorrido o Tribunal da Relação de Sotavento.

Acórdão nº 15/2020

(*Eder Yanick Carvalho v. TRS*, sobre violação das garantias a se ser julgado no mais curto espaço de tempo compatível com as garantias de defesa, ao recurso e ao processo justo e equitativo)

I. Relatório

O relatório desses autos já se encontra em larga medida recortado pelo Acórdão que admitiu este recurso de nº 45/2019, de 27 de dezembro, *Eder Yanick v. TRS*, Rel: JCP

Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 6, 14 de janeiro de 2020, pp. 155-159, pelo que se reitera o que naquela decisão se descreveu, acrescentando-se em seguida a tramitação subsequente.

1. Assim nos termos recortados:

“1. Eder Yanick Carvalho, “mcp Yanick”, com os demais sinais de identificação nos autos, não se conformando com o acórdão nº 98/2019, de 3 de outubro, do Tribunal da Relação de Sotavento, que desatendeu a [pedido de] “reclamação” [anteriormente apresentada] vem, ao abrigo do artigo 20º, nº 1, alíneas a) e b) e nº 2 da Constituição da República de Cabo Verde, interpor recurso de amparo do despacho judicial do Tribunal da Relação de Sotavento, proferido a 14 de outubro de 2019 (cfr. fls. 31 verso dos presentes autos), que não admitiu o recurso ordinário para o Supremo Tribunal de Justiça, contra o acórdão nº 98/2019 do Tribunal da Relação de Sotavento, alegando, em síntese, que: 1.1. “O recorrente encontra-se detido e privado de liberdade, desde o dia 19 de julho de 2017. 1.2. O mesmo foi acusado, julgado e condenado na pena de 19 anos de prisão, pela prática de um crime de Homicídio agravado, p.p. pelas disposições combinadas nos artigos 122º e 123º al. b) do CP e um crime de armas, p.p. pelo artigo 90º alínea d) da Lei nº 31/VIII/2013, de 22 de maio. 1.3. (...) não se conformando com a dita sentença, dela interpôs recurso para o Tribunal da Relação de Sotavento, isto no dia 23 de julho de 2018, sem (...) juntar as respectivas motivações do recurso. 1.4. Mas (...), o mandatário do recorrente antes de interpor o recurso para o referido tribunal, requereu junto da secretaria do Tribunal Judicial da Comarca de Santa Cruz, ora verbalmente, outrora por escrito[,] por várias vezes[,] cópia da acta do julgamento, bem como a consulta do processo, mas sem efeito. 1.5. Por[é]m, depois de (...) mais de três meses da data de interposição de recurso, (...) o mandatário do recorrente foi notificado do despacho de admissão e de subida do recurso para o Tribunal da Relação de Sotavento, isto, conforme o despacho datado de 20 de novembro de 2018. 1.6. (...) o recorrente requereu novamente o deferimento dos pedidos de cópias da acta de julgamento, bem como a faculdade de consultar o processo, mas sem efeito. 1.7. Na medida em que, conforme o despacho proferido pelo Tribunal Judicial da Comarca de Santa Cruz, os autos subiram para o Tribunal da Relação de Sotavento no dia 26 de novembro de 2018. 1.8. Obstruído o acesso à cópia da acta do julgamento e ao processo, “o mandatário do recorrente não tinha como apresentar a motivação/alegações, e em consequência o seu recurso não tinha como ser admitido, (conforme o acórdão nº 132/2018, proferido pelo tribunal recorrido”. 1.9. O recorrente, inconformado com o referido acórdão, reclamou deste no prazo legal. 1.10. Não tendo o recorrente sido julgado no mais curto prazo possível, já que alega se encontrar em prisão preventiva, requereu, a 11 de setembro de 2019, a reparação da violação do disposto nos artigos 22º e 35º, nº 1, da Constituição. 1.11. “(...) o tribunal recorrido veio, no dia 03 de outubro de 2019, decidir o pedido de reparação, bem como a reclamação, conforme o acórdão que ora se impugna, tendo o mandatário do recorrente sido notificado no dia 04 de outubro de 2019. 1.12. E durante todo esse percurso, a reclamação ainda não tinha sido decidida[,], uma vez que segundo informação constante nos autos do processo junto do STJ e TC, a reclamação não se encontrava no processo principal, ou seja, a secretaria do tribunal recorrido tinha recebido a reclamação, mas[,] no entanto[,] não juntou no processo e tão pouco abriu conclusão ao relator para os devidos efeitos legais. 1.13. Não temos dúvidas de que o despacho proferido pelo Tribunal Judicial da Comarca de Santa Cruz, admitindo o recurso do recorrente sem a respectiva motivação não é susceptível de reclamação. 1.14. Assim, como e muito bem o tribunal recorrido esclareceu o referido facto, deveria dizer também que o recorrente reagiu, alegando, que o processo não deveria subir para o tribunal recorrido, uma vez que

existia requerimento de pedido de cópia de acta, ainda por decidir, e consequentemente o recorrente apresentar a sua motivação. 1.15. *Em na página 9 do acórdão que ora impugna desenvolve ainda a tese de que o meio adequado para reagir ao acórdão não era reclamação, mas sim recurso.* 1.16. *Assim sendo, a tese do tribunal recorrido não poderia nunca prosperar, uma vez que, caso o meio que o recorrente socorreu para fazer valer o seu direito, não fosse mais adequado[o] para reagir ao acórdão de não admissão do recurso, por falta de motivação, o tribunal recorrido tinha o dever de decidir a reclamação dentro do prazo que a lei lhe exige, nos casos de aclaração do acórdão e também dos arguidos presos.* 1.17. *Mas mais, o recorrente depois de ter sido notificado do acórdão que ora se impugna, dela interpôs o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, que não foi admitido com o seguinte fundamento “Salvo o devido respeito por opinião em contrário, entende-se que o acórdão que desatendeu à “reclamação apresentada” não conhece a final do objecto do processo pelo que não admite recurso para o supremo”, (doc. nº 4 e 5).* 1.18. *A interpretação levado ao cabo pelo tribunal recorrido está em desconformidade com a constituição, uma vez que a interpretação e integração das lacunas, tem que ser em conformidade com a constituição e não ao contrário, sob pena de violar normas fundamentais e constitucionalmente salvaguardado ao recorrente.* 1.19. *Contudo, não tendo sido admitido o recurso ordinário, depois de ter esgotado todas as vias ordinárias, não resta outra alternativa ao recorrente se não socorrer ao presente recurso de amparo constitucional, para suplicar a reparação dos direitos fundamentais violado pelo tribunal recorrido.* 1.20. *Não resta margem para qualquer dúvida de que o indeferimento da reclamação, com os fundamentos constantes no acórdão nº 98/2019, que ora se impugna, viola os direitos de liberdades e garantias fundamentais, “presunção de inocência, contraditório, processo justo e equitativo e direito de ser julgado no mais curto prazo possível”.* 1.39. *Termina o seu arrazoado formulando os seguintes pedidos: “- Ser admitido, por ser legalmente admissível, nos termos do artº 20º, nº 1 e 2, da Constituição da República de Cabo Verde; - Ser julgado procedente e, consequentemente, revogado o acórdão nº 98/2019, datado de 03/10/19, do Tribunal da Relação de Sotavento, com as legais consequências; - Restabelecer os direitos, liberdades e garantias fundamentais violados, (Presunção da Inocência e contraditório, direito de a um processo justo e equitativo e de ser julgado no mais curto prazo possível); - Ser oficiado ao Tribunal da Relação de Sotavento, para juntar aos presentes autos a certidão de todo o processo de recurso nº 204/2018”.*

2. Cumprindo o estabelecido no artigo 12º da Lei do Amparo, foram os autos com vista ao Ministério Público para emitir o parecer sobre a admissibilidade do recurso. Sua Excelência o Senhor Procurador-Geral da República emitiu o duto parecer constante de fls. 34 a 37 dos presentes autos, tendo pugnado pela admissão do presente recurso restrito ao direito ao contraditório e a um processo justo e equitativo.

3. Por meio do aresto citado foi admitido a trâmite por este Tribunal, tendo por sorteio cabido a relatoria ao JC Pina Delgado.

3.1. Nos termos do artigo 18 da Lei do Amparo e do *Habeas Data* a entidade recorrida foi notificada para, querendo, responder às questões suscitadas pelo recorrente, tendo a Veneranda Juíza-Desembargadora, Rosa Martins Vicente, apresentado a resposta da seguinte forma “*Liminarmente, há que acentuar como bem refere o Ac nº 45/19, de 27 de dezembro de 2019 do TC, que o recurso de amparo interposto tem como objecto o despacho judicial do Tribunal da Relação de Sotavento, proferido a 14 de outubro de 2019 (cfr. Fls. 31 verso dos presentes autos), que não admitiu o recurso ordinário para o Supremo Tribunal de Justiça, contra o acórdão nº*

98/2019 do Tribunal da Relação de Sotavento. Estamos, pois, em sede de um recurso de amparo de uma decisão singular da relatora datada de 14.10.2019 - despacho de não admissão de recurso ordinário para o Supremo Tribunal de Justiça, relativo ao Acórdão nº 98/19, de 3 de outubro. Nesse despacho considerou a relatora que essa decisão que desatendeu a “reclamação” apresentad[a] contra o Acórdão 132/18, de 20 de dezembro, atenta a sua natureza, conteúdo e âmbito, bem como o seu enquadramento processual não é susceptível de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, por se incluir na previsão da al. j) do nº 1 do art. 437º do CPP, com redacção dada pela Lei nº 112/VIII/2016, de 1 de março, segundo o qual não é admissível recurso de acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações que não conheçam a final, do objecto do processo. Trata-se de uma decisão, proferida depois da decisão final, que não pôs termo à causa, nem conheceu do seu mérito e, nessa medida irrecorrível. Inconformado, o arguido interpôs directamente recurso de amparo desse despacho de rejeição de recurso, sem apresentar reclamação para o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça. E, considerou o Tribunal Constitucional ser possível, nesta situação, impugnar através de recurso [de amparo] a decisão singular aí proferida. Note-se que o arguido – não recorreu do Acórdão 132/18, de 20 de dezembro - no qual se decidiu não tomar conhecimento do recurso por falta de fundamentação. – não reclamou do Acórdão 132/18, de 20 de dezembro, nos termos e para os efeitos do disposto no art. 455º do CPP [...]. Pelo que se mostra deslocado a alegação da inconstitucionalidade na interpretação do art. 455º do CPP (vid. ponto r. das conclusões do presente recurso de amparo), pois como já se referiu em nenhum momento o recorrente reclamou nos termos e para os efeitos do art. 455º do CPP. Mais, analisando a argumentação produzida pelo Recorrente, passível de interesse para a problemática solvenda, reafirma-se o seguinte. Efectivamente, após ter sido notificado do Acórdão 132/18, de 20 de dezembro, o arguido apresentou uma “reclamação” pedindo que se julgue a mesma procedente e em consequência se reenvie o processo à Procedência ordenando-se que o tribunal recorrido faculte cópia da acta de julgamento solicitado pelo recorrente para que possa, em tempo, apresentar a sua motivação de recurso. [...] Porém, como se decidiu no Acórdão 98/19, de 3 de outubro, que aqui se reitera: – A intervenção processual do arguido – apresentar “reclamação” do Acórdão 132/18, de 20 de dezembro com o argumento de que não lhe foi concedido tempestivamente os meios necessários para apresentar a motivação do recurso, não foi a adequada. – Entende-se que a admissão do recurso da sentença da 1ª instância só poderia ter por base um eventual justo impedimento fundado no facto de não ter sido concedido ao recorrente cópia da acta de julgamento. Não tendo o advogado do recorrente suscitado essa irregularidade na 1ª instância requerendo que o prazo de interposição do recurso contasse apenas quando lhe fosse facultada a acta – facultando ao tribunal recorrido a possibilidade de sobre ela se pronunciar – e, nem sequer a tendo suscitado no requerimento de interposição do recurso, abrindo discussão sobre essa questão na 2ª instância – estava-lhe vedado debatê-lo após ter sido notificado do acórdão a rejeitar o recurso. Dito de outro modo, o advogado tinha que dar conta da situação de justo impedimento que impossibilitava a motivação do recurso apresentado. Não estava, portanto, dispensado de alegar o justo impedimento, pelo menos, no momento em que apresentou o requerimento de interposição de recurso. A intempestividade da alegação do justo impedimento obsta naturalmente a que dele se conheça, não tendo cabimento, neste contexto, o alegado pedido de que se ordene que o processo regresse ao tribunal da 1.ª instância para que se lhe entregue a acta e assim proferir alegações. O arguido perdeu a oportunidade para nesses dois momentos processuais adequados, invocar esse vício, considerando que a sua alegação posterior – após ter sido notificado de Acórdão do Tribunal da Relação de Sotavento nº

132/18, de 20 de dezembro é totalmente extemporâneo. Sendo assim, como é, só da falta da diligência (ou do seu mandatário, dizemo-lo com todo o respeito devido) se pode queixar. Ora, como se acentuou em cima a dita “reclamação” do Acórdão nº 132/18 de 20 de dezembro não se destina a induzir o tribunal a proferir nova decisão sobre o recurso apresentado; pelo que, essa “reclamação” não pode constituir mecanismo processual para o arguido procurar de forma invia induzir o tribunal a proferir nova decisão sobre o recurso interposto. Conclui-se, pois que a decisão constante do Acórdão 98/18, de 3 de outubro que limitou-se a desatender à “reclamação” não é recorrível para o Supremo Tribunal de Justiça. Considera-se que, neste momento, se deverá ter por transitado em julgado a sentença condenatória da 1ª instância, datada de 13 de julho de 2018.”

4. De igual modo o Ministério Público ofereceu o seu parecer final sobre o fundo da questão considerando que “5. Ora, é do acórdão nº 98/2019 de 3 de outubro de 2019 do Tribunal da Relação de Sotavento que o arguido recorre pedindo amparo constitucional registado sob o nº 28/2019. 6. O recorrente, entretanto, não reclamou para o Presidente do STJ contra o despacho que não admitiu o recurso que interpôs por não se conformar com o acórdão nº 98/2019 do Tribunal da Relação de Sotavento, apesar de ser legalmente possível nos termos da lei do processo (cfr. Artigo 455 nº 1 do Código de Processo Penal), sendo certo que à luz [...] do direito aplicável, uma tal reclamação, sendo possível, dificilmente poderia ser atendida, pelos mesmos fundamentos com que foi rejeitado o recurso. 7. Deve-se ter presente que o recorrente já havia apresentado um recurso de amparo constitucional nº 15/2019, entretanto não admitido, contra o acórdão do STJ que não atendeu seu pedido de habeas corpus. [...] 8. Os fundamentos do indeferimento do pedido de habeas corpus são os mesmos do indeferimento no pedido no acórdão nº 98/2019, isto é, que o recorrente não é um preso preventivo, mas um condenado em cumprimento de pena. 9. De igual modo, os fundamentos da não admissão do recurso de amparo nº 15/2019 parecem aplicáveis ao pedido de amparo constitucional que agora se suscita, isto é, não esgotamento de todas as vias de recurso ordinário permitidas por lei, conforme previsto n[º] artigo 3º, nº1 alínea[s] a) e c) da Lei do Amparo. Entretanto, 10. Ainda que se considere estarem preenchidos todos os pressupostos de admissibilidade e se proceda à apreciação do mérito do recurso de amparo, não parece que tenha ocorrido no acórdão nº 98/2019 do Tribunal da Relação de Sotavento, nem a violação do princípio da presunção de inocência e nem do contraditório, e muito menos a violação do direito do arguido [a] um processo justo e equitativo e de ser julgado no mais curto prazo possível, contrariamente ao que alega no seu requerimento de amparo constitucional. 11. Com efeito, no acórdão objecto do recurso, se aprecia o requerimento de reclamação recebido a 11-09-2019 (constante a fls. 13 a 16 dos autos), e nele o coletivo de juizes desembargadores se limita a decidir sobre a reclamação e o pedido, e no essencial se declara que o reclamante estava já em cumprimento de pena de prisão, porque o recurso que interpôs da sentença não foi admitido por falta de fundamentação e, consequentemente, o seu pedido de libertação por excesso de prazo de prisão preventiva não é atendido; 12. Nesse mesmo acórdão se discorre sobre o incidente relativo à reclamação feita no dia 23-1-2019 e que só foi apresentado para apreciação do juiz a 24-06-2019, e também não deferimento, porquanto nessa data o processo principal já tinha sido devolvido à procedência em razão da rejeição do recurso; esse acórdão se pronuncia pela não interferência dessa reclamação com o curso do tempo do trânsito em julgado da decisão condenatória, especialmente considerando o teor da “reclamação”, que consistia em pedir que “se reenvie o processo à procedência ordenando-se ao tribunal recorrido [que] faculte cópia da acta de julgamento solicitado pelo recorrente para que possa, em tempo, apresentar a sua

motivação de recurso”. (cfr. Fls. 21) 13. Os termos do artigo 488º do Código de Processo Penal sustentam com clareza a posição defendida no acórdão 98/2019, pelo que não podia o recorrente pretender obter a suspensão da decisão condenatória, por via da reclamação de um acórdão do tribunal da 2ª instância que não admitiu o recurso da sentença condenatória em 1ª instância. [...] 15. Assim, só por via de recurso e não por reclamação seria possível a suspensão da decisão condenatória e, conseqüentemente, a não alteração da situação processual do recorrente (situação de preso preventivo e não de condenado em cumprimento de pena de prisão). 16. Por outro lado, tendo o recorrente estado presente e, devidamente assistido por advogado constituído, em todas as sessões de audiência de discussão e julgamento e na leitura da sentença (ver actas constante dos autos em apenso), não há quaisquer indícios de violação nem do princípio da presunção da inocência e do contraditório, e muito] menos do direito a um processo justo e equitativo e de ser julgado no mais curto prazo possível; 17. Aliás, o recorrente apenas invoca a falta de acesso às actas e consulta do processo após a leitura da sentença. 18. Assim, porque a falta de acesso aos autos para fazer a motivação do recurso só foi alegada na 2ª instância e intempestivamente, porque só através de reclamação e após rejeição do recurso, nenhuma violação de direitos, liberdades e garantias fundamentais do recorrente pode ser imputado à decisão proferida no acórdão nº 98/2019 do [T]ribunal da Relação de Sotavento. Do exposto, somos de parecer que o recurso de amparo constitucional requerido não merece provimento, porquanto nenhum direito, liberdade ou garantia fundamental do recorrente foi violado no acórdão nº 98/2019 do Tribunal da Relação de Sotavento, e nem se mostram necessárias quaisquer medidas relativas ao exercício de direitos, liberdades ou garantias fundamentais com conexão aos fundamentos e termos do presente recurso de amparo”.

5. Dando seguimento à tramitação o processo regressou ao Tribunal Constitucional, destacando-se que:

5.1. A 27 de abril de 2020, o Juiz-Relator depositou projeto de acórdão por via eletrónica e pediu a inclusão do processo na pauta de julgamentos desta Corte.

5.2. Por meio de despacho eletrónico datado de 28 de abril marcou-se sessão para 30 do mesmo mês com o intuito de se apreciar o pedido de amparo, comparecendo à mesma os juizes do Tribunal Constitucional, o Secretário da Corte, o mandatário do recorrente e dois colaboradores deste órgão judicial. O Ministério Público, apesar de ter sido notificado, por motivos de agenda, optou por não comparecer, e o público, apesar da divulgação feita através da página do Tribunal, não se inscreveu para ter acesso.

5.2.1. Depois de aberta a sessão pelo Presidente, o Relator apresentou um resumo do projeto de acórdão.

5.2.2. Em seguida, tomou a palavra o JC Aristides R. Lima que teceu algumas considerações a respeito do teste aplicado pelo tribunal à luz da estrutura de escrutínios desenvolvidos por tribunais internacionais e de doutrina, chamando a atenção para a dificuldade de se concretizar o alcance da garantia em causa, para a importância de, no espaço de tempo considerado, terem também ocorrido férias judiciais e para as cautelas que se devem ter para evitar a adoção de uma perspectiva mais objetivista da atributibilidade de condutas de secretarias judiciais aos tribunais. Não se opôs, todavia, à adoção do projeto de acórdão, nomeadamente em razão de ter considerado que o amparo proposto era adequado a remediar a situação gerada; sobre a segunda questão entendeu que, de modo algum, se configurou situação de justo impedimento que pudesse beneficiar o arguido e ora recorrente.

5.2.3. Por sua vez, o JCP Pinto Semedo fez uma incursão sobre vários aspetos relacionados ao pedido de amparo, reiterando a importância de o Tribunal continuar a seguir a sua metodologia e as orientações acolhidas em processos

anteriores substancialmente iguais, neste caso ao *Acórdão 8/2018 (Arlindo Teixeira v. STJ)*, em que esta Corte em diálogo com desenvolvimentos externos, mas considerando as próprias particularidades do direito cabo-verdiano, desenvolveu um teste que aplicado a este caso somente poderia permitir conclusão de que houve violação da garantia fundamental em causa, a qual, no seu entender, somente poderia ser atribuída ao órgão judicial recorrido. Em relação à segunda questão, interrogou se realmente deveria ser resolvida com base no direito ao recurso ou se, ao invés, ao direito à tutela jurisdicional efetiva, mas chegou à conclusão de que independentemente disso a situação concreta nunca poderia ser reconduzida a um justo impedimento.

5.2.4. Seguiram-se alguns esclarecimentos dados pelo Relator e posições a respeito do grau de vinculatividade de decisões anteriores do Tribunal.

5.2.5. Depois de feito o apuramento e anunciado o resultado o Presidente pôs termo à sessão, ficando incumbido o Relator de apresentar a versão final do projeto de acórdão aos outros juizes para efeitos de arbitragem e definição dos seus termos finais.

II. Fundamentação

1. Perante estes dados, quatro são as questões a responder:

1.1. Duas prévias, nomeadamente de se saber se:

1.1.1. O ato impugnado é o despacho da relatora do processo datado de 14 de outubro de 2019 ou o *Acórdão TRS 98/2019*, de 3 de outubro;

1.1.2. A resposta assinada pela Ilustre Relatora do processo é admissível, enquanto manifestação do TRS.

1.2. Duas questões de fundo, especificamente de se saber se:

1.2.1. O tempo que o órgão judicial recorrido tomou para decidir a reclamação violou o direito do recorrente a um julgamento no mais curto espaço de tempo compatível com as garantias de defesa;

1.2.2. A entidade recorrida ao desatender a sua reclamação, acolhendo entendimento de que o recorrente ao não apresentar a motivação do recurso no prazo estipulado, sem que tenha dirigido qualquer justificação que pudesse ser enquadrada como um justo impedimento, fez precluir a possibilidade de o fazer posteriormente violou o seu direito ao recurso e, assim, à garantia à tutela jurisdicional efetiva.

2. Por conseguinte, antes de se adentrar no conhecimento do fundo da questão que ora se encontra *sub judice* na Corte Constitucional, parece que duas questões prévias merecem ser apreciadas. Uma suscitada pela entidade recorrida, na sua resposta, por meio de despacho da Veneranda Juíza-Desembargadora Relatora, relacionada ao objeto do presente recurso constitucional. Isso na medida em que, conforme conclui, o recorrente estaria a recorrer de despacho da Relatora do processo principal que seguiu os seus trâmites no Tribunal da Relação de Sotavento – que não admitiu o recurso ordinário por ele interposto contra o *Acórdão nº 98/19*, de 3 de outubro – e não desta decisão; outra relacionada à própria resposta que não é da entidade recorrida em si, mas de uma de suas integrantes, a honorável magistrada signatária.

2.1. Em relação à primeira questão prévia associada dir-se-ia que a Veneranda Juíza-Desembargadora parece fundamentar essa ideia com base em passagem do *Acórdão nº 45/2019*, de 27 de dezembro, desta Corte Constitucional que teria transmitido a ideia de que o recorrente estaria a impugnar o despacho e não o *Acórdão nº 98/19*, de 3 de março e nesta medida foi admitido.

Com efeito resulta do primeiro parágrafo do *Acórdão* do Tribunal Constitucional referido assertiva no sentido de

que “1. Eder Yanick Carvalho, [...] não se conformando com o acórdão nº 98/2019, de 3 de outubro, do Tribunal da Relação de Sotavento, que desatendeu a [pedido de] “reclama[çã]o [anteriormente apresentada] vem, ao abrigo do artigo 20º, nº 1, alíneas a) e b) e nº 2 da Constituição da República de Cabo Verde, interpor recurso de amparo do despacho judicial do Tribunal da Relação de Sotavento, proferido a 14 de outubro de 2019 (cfr. fls. 31 verso dos presentes autos), que não admitiu o recurso ordinário para o Supremo Tribunal de Justiça, contra o acórdão nº 98/2019 do Tribunal da Relação de Sotavento”.

2.1.1. Entretanto, embora a afirmação conste do supramencionado trecho, não parece que fosse esse o sentido adotado por esta Corte. Trata-se, simplesmente, de uma tentativa de contextualização do percurso da inconformação do recorrente, até porque integrado em período envolto por uma referência inicial a uma “*não conformação com o Acórdão 98/2019*”. De facto, o recorrente em momento algum parece impugnar o despacho que indeferiu o seu recurso para a Suprema Corte de Justiça, ao que parece tendo ficado conformado com a decisão da Juíza Relatora que aquela decisão era impassível de recurso para esse órgão. Acresce que todas as condutas impugnadas foram ao que parece compreendidas pela entidade recorrida, por meio do *Acórdão nº 98/19*, de 3 de março, portanto, considerando-se que é essa decisão que o recorrente impugna. Nesta conformidade, o próprio Tribunal Constitucional já tinha acolhido entendimento de que a interpretação promovida pela Relatora do processo principal, no sentido de que o *Acórdão nº 98/19*, de 3 de março, era irrecorrível para o Supremo Tribunal de Justiça, é correta do ponto de vista legal e, com base nisto, concluiu que o pressuposto de esgotamento das vias ordinárias de recurso estava preenchido, pelo que admitiu o recurso.

E foi isso que foi observando ao longo do texto, pois se se notar no ponto 2 da fundamentação diz-se que se trata “*de um recurso de amparo contra uma decisão do Tribunal da Relação de Sotavento*”, na alínea b) que, “*compulsados os autos verifica-se que o recorrente atribui ao Tribunal da Relação a responsabilidade pela violação dos direitos fundamentais que indicou. A conduta impugnada traduziu-se no indeferimento da reclamação e do pedido de libertação imediata da reclamante, ora recorrente, com base, essencialmente, nos seguintes fundamentos recortados do acórdão impugnado*”, e, na alínea d), que “*compulsados os autos, verifica-se que o recorrente pediu ao Tribunal da Relação de Sotavento a reparação da violação dos seus direitos à presunção da inocência e ao contraditório, direito a um processo justo e equitativo e de ser julgado no mais curto espaço de tempo, reparação recusada por aquele Tribunal de Segunda Instância, através do acórdão 98/2019, contra o qual o recorrente interpôs recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, que não foi admitido pelos motivos que se transcrevem, (...)*”.

2.1.2. Ainda assim, a haver qualquer dúvida quanto ao trecho concreto, o Tribunal Constitucional clarifica que no *Acórdão nº 45/2019*, de 27 de dezembro, quando disse que 1. Eder Yanick Carvalho, [...] não se conformando com o acórdão nº 98/2019, de 3 de outubro, do Tribunal da Relação de Sotavento, que desatendeu a [pedido de] “reclama[çã]o [anteriormente apresentada] vem, ao abrigo do artigo 20º, nº 1, alíneas a) e b) e nº 2 da Constituição da República de Cabo Verde, interpor recurso de amparo do despacho judicial do Tribunal da Relação de Sotavento, proferido a 14 de outubro de 2019 (cfr. fls. 31 verso dos presentes autos), que não admitiu o recurso ordinário para o Supremo Tribunal de Justiça, contra o acórdão nº 98/2019 do Tribunal da Relação de Sotavento” pretendia, como se depreende da construção do arrazoado, dizer que Eder Yanick Carvalho, [...] não se conformando com a decisão do Tribunal da Relação de Sotavento, que desatendeu o [pedido de] “reclama[çã]o [anteriormente

apresentado] vem, ao abrigo do artigo 20º, nº 1, alíneas a) e b) e nº 2 da Constituição da República de Cabo Verde, interpor recurso de amparo contra essa decisão, por meio de impugnação de condutas empreendidas por meio dela”.

2.1.3. Neste sentido seguiu a resposta depois de ter colocado a questão inicial a respeito do ato efetivamente impugnado, extraíndo e respondendo às condutas desafiadas que somente poderiam ter sido empreendidas pelo Tribunal da Relação através do Acórdão 98/2019 e não pela decisão monocrática de 14 de outubro em que, quando muito, imputar-se-ia violação do direito ao recurso por interpretação inconstitucional lançada sobre o artigo 437 do Código de Processo Civil para não se admitir a reclamação dirigida ao Supremo Tribunal de Justiça e não as condutas de se “desatender” a reclamação em putativa violação do mesmo direito ao recurso, mas por se ter interpretado num certo sentido as regras sobre não admissão de recursos por ausência de apresentação de motivação, mesmo nos casos em que o recorrente não tenha tido acesso à ata de julgamento, desde que ele não tenha alegado a tempo a questão de justo impedimento, conforme o que foi admitido a trâmite por este Tribunal.

2.2. Em relação ao último item decisório preliminar indaga-se se se deve admitir a resposta como sendo da própria entidade recorrida – o Tribunal da Relação de Sotavento – quando, na verdade, terá sido elaborada e encaminhada à Corte Constitucional pela Juíza-Desembargadora Relatora quando a Lei de Amparo e do *Habeas Data* remete textualmente no número 2 do seu artigo 18 a resposta da “entidade recorrida”. Portanto, o que se pretende saber é se tendo sido impugnadas condutas constantes de uma decisão de um órgão judicial colegial seria, nos termos da disposição citada, aceitável uma resposta subscrita por um dos seus membros, o Relator.

Apesar de não ser a mesma coisa, este Tribunal entende que é de se responder positivamente à questão, designadamente por não haver qualquer resposta proveniente do Tribunal enquanto entidade coletiva. E também na medida em que a notificação concedendo a oportunidade legal de se responder foi dirigida à Egrégia Relação, depois de transitar pelos circuitos internos de entrada e distribuída à Ilustre Relatora. Tendo sido, na sequência, expedida, com a posição referida, pelos mesmos canais até chegar ao Tribunal Constitucional, pode considerar-se que se trata de manifestação que expõe a posição do órgão judicial recorrido em relação às condutas impugnadas a ele atribuídas. Acresce que o conteúdo da mesma projeta as teses acolhidas pelo acórdão recorrido e que se impugna por meio de pedido de amparo, de sorte que não há, nos segmentos recobertos, qualquer novidade argumentativa, mas a reprodução de argumentos colegialmente adotados. Por estes motivos e perante esses circunstancialismos parece a este Tribunal que se deve admitir e aceitar essa resposta.

2.3. Ultrapassada esta questão prévia, nada obsta a que o Tribunal Constitucional conheça do mérito da questão decidindo sobre a sua procedência ou improcedência.

Nesse aspeto, recortando desde logo que o recorrente parece impugnar duas condutas, ou pelo menos dois tipos de condutas, que, por sua vez, podem desdobrar-se em várias outras. A primeira relaciona-se ao facto de o órgão recorrido ter decidido a reclamação que lhe havia sido dirigida pelo recorrente após um longo atraso. Trata-se da única conduta passível de ainda ser imputada ao órgão recorrido e que se relaciona com o direito invocado como parâmetro e admitido a trâmite pelo Acórdão 45/2019, de 2 de dezembro. Por conseguinte, consistiria, apesar da sua natureza mista, em conduta predominantemente omissiva e que teria violado alguns direitos, liberdades e garantias que, na racionalização que se pode fazer da generalidade da apresentação feita, como seriam o direito a um processo justo e equitativo e o direito a um

juízo no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa. A segunda incide sobre a própria decisão da reclamação apresentada, sendo esta uma conduta ativa, que o recorrente entende violar certas posições jurídicas fundamentais de sua titularidade que arrola como sendo os direitos à presunção da inocência, ao contraditório e a um processo justo e equitativo.

3. Concentrando-nos por ora na primeira conduta, é importante partir da consideração de que o recorrente, socorrendo-se das disposições normativas constitucionais constantes dos artigos 22 e 35, ao que tudo indica o número 1, alega, na sua peça de interposição de recurso, que o seu direito a um julgamento no mais curto prazo possível foi violado pelo órgão recorrido. Contudo, em mais do que uma decisão, esta Corte já asseverou que, quando se trata de processo penal, a norma aplicável é a que consta da última disposição referida – redigida em termos segundo os quais “Todo o arguido [deve] ser julgado no mais curto espaço de tempo compatível com as garantias de defesa” – uma vez que consagra comando legal muito mais garantístico do que o primeiro.

Assim como havia ficado assentado na decisão que ainda constitui o *leading case* (Acórdão nº 8/2018, de 25 abril, *Arlindo Teixeira v. STJ*, sobre o direito de o arguido ser julgado no mais curto espaço de tempo, o direito à liberdade sobre o corpo, a garantia de presunção da inocência, a garantia da subsidiariedade da prisão preventiva e o direito à legítima defesa, Rel: JC José Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 88, 28 de dezembro de 2018, pp. 11-21/para. 5.3.1.) nesta seara, “5.3.1. Neste sentido, impunha-se a este Tribunal verificar se não haveria uma outra garantia processual penal, especialmente concebida para garantir a celeridade das decisões quando tal bem jurídico – o da liberdade sobre o corpo – estiver em causa. E há: o direito do arguido ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa que emerge da parte final do número 1 do artigo 35. A sua ligação com o artigo 22 é evidente e isto não está em causa, mas trata-se de regra particular formulada especialmente para tratar da matéria que nos ocupa quando esteja em causa processo penal e por isso mais rígida no que diz respeito aos feixes obrigacionais que envia às entidades que representam o Estado no domínio jurisdicional, os tribunais. Também não deixando de estar associada à filosofia do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, que, n[a] alínea c[)] do número 3 do seu artigo 14º prevê que “Qualquer pessoa acusada de uma infracção penal terá direito, em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias: (...) a ser julgada sem demora excessiva”, embora o artigo 35 (1) seja ainda mais apertado. Designadamente – e tal não é desprovido de significação do ponto de vista da construção jurídica –, porque o legislador optou por associá-la diretamente ao princípio/garantia da presunção da inocência, pedra de toque do Estado de Direito. Como salienta Jorge Carlos Fonseca, “A presunção de inocência do arguido encabeça, assim, uma sequência de outros artigos que, de uma forma ou de outra, traduzem seus corolários ou exigências, vista ela como o mais emblemático e fundamental dos princípios porque deve reger-se um processo penal de um Estado de Direito. Como o centro da constituição do processo penal cabo-verdiano” (“O Novo Direito Processual Penal de Cabo Verde. Dados de um percurso. Estrutura e Princípios Fundamentais” in: Augusto Silva Dias & Jorge Carlos Fonseca (Coord.), *Direito Processual Penal de Cabo Verde. Sumários do Curso de Pós-Graduação sobre o Novo Processo Penal de Cabo Verde, Lisboa/Praia, ICJ-FDUL/ISCJS, 2009, pp.121-122*). O que significa que, no fundo, o tempo do processo penal acarreta sempre um ónus e logo afeta a posição jurídica do arguido no que diz respeito à imagem de culpa que se vai consolidando à medida que Cronos implacavelmente se vai assenhorando da situação. E também porque, sendo o arguido presumido inocente, a afetação potencial ao seu direito se incrementa a cada

momento da manutenção desse estado sem prova definitiva de culpa, podendo atingir o seu núcleo essencial. E ainda pelo potencial que tem para gerar a suspeição de que, amiúde, tal medida é encarada como uma autêntica antecipação da pena. Neste sentido, como assevera Jorge Carlos Fonseca (*Ibid.*, p. 79), “a presunção da inocência vem expressamente ligada a garantia de o arguido ser julgado no mais curto espaço de tempo compatível com a defesa, um dos seus muito[s] corolários, (...). Aliás, um corolário que se pode caracterizar como sendo a particularização – no domínio processual penal – de um direito a decisão em tempo razoável (...). O princípio da presunção da inocência estaria esvaziado do seu conteúdo útil, se a demora processual se tornar irrazoável (os processos monstruosos), nomeadamente pela via de prolongamento do estado de suspeição e das eventuais medidas de coação aplicadas ao arguido”. O único limite que parte do próprio artigo, neste caso originariamente, tem a ver com as próprias garantias de defesa do arguido, que não devem ser atingidas pela celeridade. Diz-nos o autor material do Código de Processo Penal que “deve-se falar em aceleração processual possível (também a simplificação), no sentido exato de compatível com as garantias de defesa do arguido e com as condições para justa decisão da causa, sem pôr em causa, pois, com eventuais critérios de acritica aceitação de mecanismos e modelos de aceleração processual, a própria legitimação da intervenção penal” (Jorge Carlos Fonseca, *op. cit.*, p. 80). Claro está que, além disso, são de considerar outros princípios constitucionais que podem levar à desaceleração da decisão judicial, como o dever que os juízes têm de decidir em consciência e, sobretudo, de fundamentar as decisões, e que, em casos concretos, de especial complexidade ou com certas particularidades, pode levar à alguma diminuição justificável da rapidez decisional. Tendo este direito específico sido previsto pela Lei Fundamental da República e contendo fórmula mais stringente para o poder público, o Tribunal fica obrigado, independentemente da qualificação jurisdicional feita pelo próprio recorrente, a conduzir o escrutínio com recurso a este parâmetro. Isto porque o legislador construiu, de forma compatível à Constituição, o sistema de tal sorte a que a finalidade material do amparo se sobreponha à forma, não se tratando de mero processo para a proteção de um qualquer interesse legítimo inter partes, mas de direitos fundamentais, e dentre eles os mais relevantes para o legislador constituinte, que lhes reservou um regime especial, os chamados direitos, liberdades e garantias. Por isso, como já se adiantou, a Lei do Recurso de Amparo e do Habeas Data de 1994, integra preceito que permite ampla margem de atuação ao Tribunal Constitucional, pois autoriza que decida com “fundamento diverso do invocado pelo recorrente e outorg[ue] amparo distinto daquele que foi requerido” (artigo 24). Neste sentido, o único elemento da peça impugnatória trazida ao nosso conhecimento que vincula o Tribunal é o que explicita a conduta omissiva ou a conduta comissiva potencialmente lesiva de direito, liberdade ou garantia que concretamente deve ser aferida, daí as exigências de “precisão” na indicação de “ato, facto ou omissão que, na opinião do recorrente, violou os seus direitos, liberdades ou garantias fundamentais” que decorre do seu artigo 8º, alínea b). Por conseguinte, este Tribunal conduzirá o presente escrutínio não com base nesse fundamento que o recorrente alega, mas, antes, recorrendo ao direito especial exposto no dispositivo que arrola as garantias processuais penais a que se alude.

5.3.2. É precisamente por este motivo que faz toda a diferença o Tribunal abordar a questão recorrendo ao número 1 do artigo 35 em detrimento de o fazer ancorando-se no número 1 do artigo 22. Pois aquele, em razão do bem jurídico que visa proteger mais diretamente – a liberdade – é mais estrito do que este em que está em jogo, é certo, uma garantia importante que tem, em última instância, a ver com o direito a obter justiça, mas não tão incisivo e recortado para o caso concreto, como o de garantir a preservação da liberdade ambulatoria da pessoa. E tal

diferença se revela em três sentidos mais importantes: A – Primeiro, relacionando-se a orientações hermenêuticas mais densas, que se projetam com muito maior vigor, como a necessidade de se considerar o célebre *in dubio pro libertate* e a imposição de interpretações restritivas para a sua concretização. B – Segundo, porque neste caso, de forma clara, a avaliação da dilação judicial não fica limitada à duração do processo no seu todo até ao momento em que se constata do ponto de vista de um titular do direito a excessiva dilação, mas também abarca a dos atos encadeados na cadeia de instrução, julgamento e recurso individualmente considerados. Como, para concretizar e densificar o sistema constitucional, o legislador, por meio da lei processual penal, deve fixar prazos para cada um dos atos que compõe o iter relevante, a baliza já está estabelecida e deve ser concretizada ao nível da aplicação. Assim sendo, independentemente de outras consequências legais no sentido estrito, do ponto de vista constitucional, o decurso desse prazo já enseja sindicabilidade à luz do presente direito fundamental, embora não determine necessariamente a sua vulneração. C – Terceiro, mesmo que o teste a desenhar seja na sua estrutura similar ao que poderia ser construído para se apurar violação do direito à decisão em prazo razoável, a intensidade da celeridade que impõe é sempre maior, o que até é representado pela diferença de grau entre as expressões “decisão em tempo razoável”, mais flexível, e “decisão no mais curto espaço de tempo”, consideravelmente mais estrito”.

Por conseguinte, no concernente ao conteúdo do direito e à razão de se recorrer ao mesmo em detrimento de posição jurídica semelhante desenhado pelo Legislador Constituinte no artigo 22, nenhuma outra consideração, além das que já estão plasmadas no trecho apresentado do acórdão condutor, se mostra necessária.

3.1. Assim, o próximo passo seria o de se avaliar se o direito foi violado no caso concreto agora em análise. Para tal é mister que se recupere o recorte do teste que o Tribunal naquela mesma decisão aplicou para se avaliar a violação do direito.

A este respeito considerou-se que “5.3.3. Com tal enquadramento em mente, seria necessário desenhar o teste para se fazer a avaliação, podendo o Tribunal, nesta matéria, inspirar-se em desenvolvimentos ocorridos em outras instâncias, nomeadamente em órgãos judiciais internacionais, como: A – o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, expressos no teste triplo de verificação da complexidade do processo, aferição da conduta dos requerentes e avaliação do comportamento das autoridades consignado, por exemplo, no *Arrêt Pélissier et Sassi c. France* (Requête nº 25444/94), Grande Chambre, 25 Mars 1999, reproduzido no *Reports of Judgements and Decisions of the European Court on Human Rights/Recueil des Arrêts et Decisions de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, Strasbourg, ECHR/CEDH, 1999, II, pp. 279-345, 334-335, e na decisão *Pedersen and Baadsgaard v. Denmark* (Application nº. 49017/99), reproduzida no *Reports of Judgements and Decisions of the European Court on Human Rights/Recueil des Arrêts et Decisions de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, Strasbourg, ECHR/CEDH, 2004, XI, pp. 105-194. B – o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, que, por meio do Acórdão tirado no caso *Alex Thomas v. Tanzania* (Application nº 005/2013), disponível em http://www.african-court.org/en/images/Cases/Judgment/Application_005-2013-Alex_Thomas_v._United_Republic_of_Tanzania_Judgment.pdf?4ea03332baad719f3a6b2ef8c979f25c=b9bc5af3bf5ba5d0254c5f27daeba70b, acolheu o teste do Tribunal de Estrasburgo (para. 104) e concluiu que “The applicant’s case was not a complex one, the Applicant made several attempts to obtain the relevant records of proceedings but the judicial authorities unduly delayed in providing him with these records/o processo do recorrente não era complexo, tendo o mesmo feito

diversas tentativas para obter a cópia dos autos, mas as autoridades judiciais atrasaram indevidamente em dar-lhe o acesso requerido” (para. 109). Ou ainda estrangeiras como: C – o Tribunal Constitucional de Espanha através de decisões tiradas em sede de recurso de amparo em que se discutiu possível violação a esse tipo de direito: Sentencia de 14 de julio de 1981, publicada no Boletín Oficial del Estado [BOE], n. 172, Sup., 20 de julio de 1981, pp. 10-12; Sentencia nº 36/1984, de 14 de marzo, publicada no BOE, n. 80, Sup. 3 de abril de 1984, pp. 21-23; Sentencia 5/1985, de 23 de enero, publicada no BOE, n. 37, Sup. 12 de febrero de 1985, pp. 11-16; Sentencia 255/1988, de 21 de diciembre, publicada no BOE, n. 19, Sup., 23 de enero de 1989, Sentencia 81/1989, de 8 de mayo, publicada no BOE, n. 140, Sup., 13 de mayo de 1989, pp. 4-6; Sentencia 381/1993, de 20 de diciembre, publicada no BOE, n. 23, Sup., 27 de enero de 1994, pp. 20-24. D - a Supreme Court dos Estados Unidos por meios dos leading cases *Barker v. Wingo*, *Warden*, reproduzido no US Reports, v. 407, 1971, pp. 514-538, com a sua identificação de certos fatores ponderáveis como a duração do atraso, as razões apresentadas pelo órgão judicial pelo atraso, a responsabilidade do próprio recorrente e o prejuízo que lhe é causado pelo mesmo, e *Strunk aka Wagner v. United States*, reproduzido no US Reports, v. 412, 1972, pp. 434-440, com a densificação dos tipos de amparo ajustados à violação de tal direito. Contudo, tais fórmulas devem ser abordadas com o devido distanciamento e contextualização sócio-normativa porque as internacionais, maxime as do Tribunal de Estrasburgo, são concebidas para contextos de responsabilidade civil do Estado, visando a obtenção de compensação financeira por excessiva dilação de decisões dos seus tribunais internos e não tanto para se atingir o objetivo que esta Corte pretende, o de restituição de direitos às pessoas quando houver excessivo atraso na concretização da prestação jurisdicional. 5.3.4. As orientações gerais de um possível teste já constavam do próprio acórdão que admitiu este recurso, o Acórdão 13/2017, de 20 de julho, Rel: JP Pinto Semedo, II, e) p. 1029, nomeadamente destacando-se os seguintes elementos “os prazos estabelecidos para a decisão dos pedidos formulados em processo penal, a natureza e a complexidade dos pedidos e dos processos, a conduta processual do recorrente e de outros intervenientes processuais e a justificação sobre a observância dos prazos que o órgão recorrido entenda por bem colocar à consideração do Tribunal Constitucional”. Como tem acontecido em outras ocasiões, a definição geral de critérios, depois de enunciados com propósitos específicos e limitados em acórdãos de admissão – cujo objetivo não é o desenvolvimento de testes, mas simplesmente ponderar a respeito dos elementos necessários a aferir da cognoscibilidade de recurso de amparo - devem ser densificados mais especificadamente através dos acórdãos de mérito. Estes, pela natureza da matéria que, em última instância, remete a uma norma constitucional relativamente indeterminada, devem ser formulados com a necessária flexibilidade, pragmatismo e essencialmente recortados com a finalidade de se apurar, caso a caso, situações de atraso que, pela[s] suas circunstâncias intrínsecas, se tornam injustificáveis perante o direito de o arguido ser julgado no mais curto espaço de tempo. A – O primeiro critério que pode fazer parte de tal teste tem a ver com as características do processo, nomeadamente a sua complexidade, que pode incluir a consideração de elementos como o tipo de crime em causa, o número de crimes em julgamento, o número de arguidos e demais intervenientes processuais, a facilidade para apuramento dos factos e a sua dimensão quantitativa, dificuldade para a obtenção de provas pela necessidade de utilização de meios tecnológicos e científicos, peritagem ou de se recorrer a cooperação judiciária internacional ou até interna; com a sua natureza, sendo definido o tipo de processo, especificamente se a própria lei determina que seja priorizado e que em relação a ele se imprima uma especial celeridade; e, por fim, com o tipo de decisão que exige, haja em vista a existência ou ausência de prática

consolidada nesta matéria assente em precedentes do Tribunal, a exigência de investigação mais aprofundada, a necessidade de se recorrer a elementos diferentes para a formação da convicção judicial, etc. B - Segundo, teria a ver com verificação do comportamento do recorrente que pode, em qualquer processo, e à margem da atuação do próprio tribunal, levar ao atraso na concretização na prestação jurisdicional em causa, através da suscitação de incidentes pré e pós-decisórios vários ou requerimentos outros, da forma como as peças processuais são apresentadas, relacionando-se à sua precisão e extensão, ponderando-se negativamente o que seja desnecessário para se prestar uma defesa efetiva ao arguido. C – Terceiro, as características e atuação dos órgãos judiciais decisores, tendo em conta o seu nível de especialidade, nomeadamente se a questão será decidida por um órgão que funciona em secção especializada em razão da matéria e com juízes que rotineiramente lidam com processos com características similares, bem assim como a sua abordagem ao processo, nomeadamente em relação à manutenção de atividade processual consistente, à não demora excessiva na prática de atos processuais ou a prática de atos inúteis ou desnecessários. D – Quarto, a urgência na resolução do processo, onde se pode ponderar fatores diversificados: prioritariamente, a situação processual do arguido, nomeadamente apurando-se o direito atingido pela medida de coação concreta aplicada, eventuais prazos previstos pela lei para a sua subsistência, a sua idade, o seu estado de saúde. E – Note-se que, sem embargo desses elementos estarem presentes numa dada situação, nomeadamente a necessidade de uma decisão rápida, o Tribunal Constitucional não exclui que circunstâncias especiais que tenham a ver com as vicissitudes da vida judiciária possam ser atendíveis para justificar algum atraso decisório: uma avalanche intensa de processos, uma diminuição drástica do número de magistrados, bem como uma hipotética e manifesta insuficiência de recursos humanos e materiais para fazer face às demandas de um certo tribunal. Portanto, havendo elementos nesse sentido, podem ser ponderadas igualmente, sobretudo ao nível da identificação do amparo mais adequado a conceder por esta Corte”. Apesar de não se estar perante uma conduta omissiva pura, decorrente de ausência de decisão, mas da verificação de um atraso em relação à prolação de uma decisão que já ocorreu – ainda que passível de amparo específico – entende-se que o teste desenvolvido para aquelas situações pode ser aproveitado neste tipo de inquérito também.

3.2. O órgão judicial recorrido não se fez valer da sua resposta para apresentar algum elemento que justificasse o seu atraso e que pudesse ser ponderado por este Tribunal, de modo que a operação de balanceamento descrita pelo Acórdão 8/2018, de 25 de abril, Rel: JC Pina Delgado, far-se-á somente com recurso a elementos passíveis de serem extraídos dos autos.

3.2.1. Em relação às características do processo não parece que justifique o tempo de prolação da decisão. Isso na medida em que o processo não foi em momento algum declarado de especial complexidade; e, no geral, nem sequer apresentando características objetivas de complexidade, tendo um só arguido que terá eventualmente praticado dois crimes – um homicídio agravado e um crime de armas – com várias testemunhas, algumas das quais oculares, pois conforme os autos terão presenciado o incidente. Além disso, a questão processual que interessa – de circunstâncias de rejeição de recurso em contexto de não submissão atempada de motivação a ele atinentes, ainda que em suposta situação de justo impedimento – não teria um grau de dificuldade bastante para legitimar o hiato entre a reclamação e a decisão concreta.

3.2.2. O comportamento do recorrente também não parece ter contribuído para o atraso do desfecho do processo. Notificado que foi da rejeição do recurso, apresentou uma

reclamação contra essa decisão no dia seguinte, ou seja, no dia 23 de janeiro de 2019. Vindo a entidade recorrida a decidir somente no dia 3 de outubro do mesmo ano, após um pedido do recorrente de 11 de setembro.

3.2.3. No que diz respeito ao quesito das características e atuação do órgão judicial decisor, poderia atribuir-se um peso importante para o facto de ser constituído por três magistrados. Conforme estatísticas processuais recentes, no período relevante de 2018-2019, verificou-se que “*Durante o ano judicial 2018/2019 deram entrada no Tribunal da Relação de Sotavento, 430 (quatrocentos e trinta) processos, dos quais 258 (duzentos e cinquenta e oito) são de natureza civil e 172 (cento e setenta e dois) de natureza criminal, que se vieram juntar aos 360 transitados do ano judicial findo. Desse total de 430 (quatrocentos e trinta) processos, foram julgados um total de 297 (duzentos e noventa e sete), 296 (duzentos e noventa e seis julgados e 1(um) remetido*” (Relatório sobre a Situação da Justiça 2018-2019, Praia, CSMJ, 2019, p. 110). Portanto, trata-se de um volume processual alto para o contexto nacional, especialmente considerando o número de magistrados-desembargadores. Por outro lado, não se pode, como é natural, dizer que se trata de um tribunal especializado somente em matéria penal, mas o peso desse aspeto seria inexistente ou, pelo menos, muito reduzido, já que o Pretório em causa se envolve ordinariamente em lides criminais enquanto segunda instância, como, de resto, também atesta o documento supramencionado, que indica que “*na área criminal entraram 172 (cento e setenta e dois) processos somados aos 150 (cento e cinquenta) transitado do ano anterior perfaz um total de 322 (trezentos e vinte e dois), foram julgados 139 (cento e trinta e nove), transitando para o ano próximo 183 (cento e oitenta e três)*” (Ibid., p. 111).

3.2.4. Quarto, trata-se de questão que deve ser analisada com a máxima brevidade possível, não só por causa da natureza do tipo de crime praticado, mas também porque o recorrente estava cerceado de sua liberdade sobre o corpo, que é um dos direitos mais essenciais da pessoa humana.

3.2.5. E quinto, não parece que situações outras numeradas no ponto E, nomeadamente de ocorrência de alguma situação anormal ou excecional, se tenham verificado a ponto de legitimar o atraso de nove meses da entidade recorrida para decidir a reclamação apresentada pelo recorrente.

Atendendo que na própria decisão recorrida diz-se que “*apesar dessa ‘reclamação’ ter sido recebida na secretaria do [T]ribunal da [R]elação de [Sotavento] no dia 23 de janeiro de 2019 facto é que a mesma não foi junta nos autos não tendo o processo sido concluso a Juíza-Desembargadora. É de salientar que apesar da alegada ‘omissão de pronúncia’ sobre a reclamação – devido a circunstância supra – o recorrente nada requereu nesta instância[,] tendo antes optado por acionar a providência de Habeas Corpus junto do Supremo Tribunal de Justiça e posterior recurso de amparo junto do Tribunal Constitucional. E, foi na sequência do pedido de Habeas Corpus e subsequente recurso de amparo que a Reclamação foi encontrada na pasta de duplicados de peças crimes (...)*”.

A única razão que talvez tenha levado o órgão recorrido a demorar tanto tempo para decidir a questão tem que ver com o facto de que, não obstante o recorrente ter apresentado a reclamação, esta não foi pensada ao processo, ao que tudo indica pela sua secretaria, pelo que não tendo tido acesso à mesma não tinha como proferir decisão a respeito. Portanto, aparentemente, não fosse este facto, intui-se da argumentação do tribunal recorrido que teriam apreciado e decidido a questão muito antes.

3.2.6. Parece é argumentar que tal atraso decorreria de uma omissão da secretaria que não poderia ser atribuída ao órgão judicial recorrido e este é provavelmente o ponto

nodal a ser resolvido. Para este Tribunal, uma coisa é certa: o atraso não é imputável ao recorrente. Neste caso, sempre seria uma conduta de um poder público. A resposta do órgão judicial recorrido e os autos apontam para uma falha da Secretaria do Tribunal da Relação de Sotavento na preparação da tramitação do processo. Naturalmente, esta não respondeu porque não tem autonomia para tanto e não pode figurar no polo passivo de um processo de amparo. É sintomático que do ponto de vista do artigo 3º da Lei do Amparo e do *Habeas Data*, segundo o qual “*a violação por órgão judicial de direitos, liberdades e garantias constitucionalmente reconhecidos, só pode ser objeto de recurso se for praticada em processo que corra os seus termos nos tribunais: (...)*”. Neste sentido, uma omissão da Secretaria do Tribunal da Relação de Sotavento da qual decorre um atraso decisório não pode deixar de ser imputado a este órgão. Assim, sendo atribuível ao órgão o fator determinante do atraso é de sua responsabilidade e, por esta forma, a violação ao direito do recorrente a ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.

3.2.7. Todavia, atestando-se a vulneração desse direito concreto por essa conduta mista, predominantemente omissiva, isto é, de um atraso em relação à tomada de uma decisão e não de uma inação em relação à mesma e que, portanto, se exaure quando o ato é praticado, ainda que com atraso, o Tribunal entende que o único amparo que se pode conceder neste particular é o reconhecimento da violação. Sendo este o amparo possível e suficiente nesta ocasião, dependerá da lei e do recorrente a utilização desse pronunciamento para os fins que entender adequados. O que dessa determinação não pode decorrer é a sua libertação imediata como pretende, a menos que também se dê por provada a lesão subsequente que alega e que se analisará de seguida.

3.3. Quanto à eventual violação do direito a um processo justo e equitativo invocada pelo recorrente, ela se verifica indiretamente, pois o direito a ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa, umbilicalmente ligado ao direito a ser julgado em prazo razoável, é uma das suas decorrências mais diretas que, por sua vez, resulta do direito de acesso aos tribunais ou, se se quiser, ao direito à proteção judiciária. Sendo assim, em princípio qualquer violação de uma garantia intra-processual acaba por projetar efeitos lesivos sobre a garantia a um processo justo e equitativo.

A correlação entre esses direitos/princípios já havia sido aflorada pelo Tribunal na decisão *INPS v. STJ* “*3.1.2. Por sua vez, o princípio do acesso aos tribunais previsto pelo artigo 22 (1) da Constituição configura-se como uma diretriz geral enviada aos poderes públicos, para criar mecanismos legais que permitam no geral às pessoas terem acesso à Justiça, no sentido mais amplo da palavra, que abarca naturalmente o dever de criação de instituições cujo objeto é fazer a justiça no caso concreto, principalmente as judiciárias, os tribunais, de reconhecimento do patrocínio judiciário, a promoção da criação de sistemas de apoio financeiro do Estado para as pessoas poderem obter prestações jurisdicionais caso não tenham recursos e tenham direitos e interesses a proteger, a mecanismos processuais que asseguram um processo equitativo, com tutela jurisdicional efetiva e decisão em tempo célere, além de esquemas que permitem às pessoas acederem a informação jurídica, projetando-se em seguida tais incumbência sobre o poder executivo e igualmente sobre o poder judicial. Além dessa dimensão principiológica, que, por definição, é objetiva, a mesma disposição reconhece direito subjetivos a qualquer pessoa para poder aceder aos tribunais, os órgãos judiciários típicos do sistema jurídico cabo-verdiano, para a defesa dos seus direitos e interesses legítimos. O direito de acesso aos tribunais exige dos poderes públicos a adoção de um conjunto de condições que o propiciem, nomeadamente, desde logo, a existência*

jurídica e física dessas estruturas, a sua organização, o estabelecimento de regras de processo, a criação de carreiras de profissionais que administram a justiça ou com ela colaboram, nomeadamente juizes, procuradores, advogados e oficiais de justiça, desdobrando-se em vários direitos que se vão concatenando em momento complementares para consubstanciar precisamente esse direito. É verdade que só produzem o seu resultado se integrados uns com os outros, mas ainda assim autónomos o suficiente para se conseguir identificar no seu seio direitos subjetivos ao patrocínio judiciário, se necessário com financiamento público, a aceder a órgãos judiciários independentes, os tribunais, a um processo equitativo e a obter de uma decisão em prazo razoável. Isso, sem considerar aqui, pela natureza deste processo, aqueles que resultam das garantias processuais penais e por extensão a outros processos de natureza sancionatória.”

4. Em relação ao segundo quesito decisório substantivo é de se começar o inquérito de violação de direito, liberdade ou garantia pelo estabelecimento do parâmetro de escrutínio. A razão para tal etapa inicial prende-se ao facto de não parecer que a conduta de indeferir a reclamação que o recorrente apresentou tenha violado pelo menos diretamente, com exceção talvez do direito ao contraditório, os direitos que ele lista, designadamente a presunção de inocência e o direito a um processo justo e equitativo.

Precisamente porque, com o indeferimento da reclamação pelo Tribunal da Relação de Sotavento, o recorrente viu-se impossibilitado de recorrer da decisão da primeira instância que o condenou numa pena de 19 anos de prisão, pois a questão ficou definitivamente resolvida nesta instância judicial, confirmando a decisão anteriormente tomada de rejeição de recurso interposto por ele por falta de apresentação de fundamentação. Por conseguinte, parece a este Tribunal que o direito possivelmente violado, pelo menos primariamente, é o próprio direito ao recurso. Sendo assim, dada à ligação umbilical e sobreposição relativa entre as garantias processuais, quaisquer efeitos sobre os direitos elencados, aos quais se pode somar o direito de defesa, são meramente consequentes. Destarte, o escrutínio deve orientar-se no sentido da avaliação de possível violação ilegítima de posição jurídica de se ter uma reação processual conhecida efetivamente no mérito.

Ajuste perfeitamente válido e legítimo, considerando que o Tribunal Constitucional, estando vinculando às condutas impugnadas, e logo só podendo escrutinar as que tenham sido contestadas pelos recorrentes, já não fica adstrito pelos parâmetros indicados e pedidos de amparo que lhe são dirigidos por força do disposto no número 1 do artigo 24 da Lei do Amparo e do *Habeas Data*, cuja a estipulação afirma que “1. O Tribunal pode decidir com fundamento diverso do invocado pelo recorrente e outorgar amparo distinto daquele que foi requerido”.

4.1. Corrigido o parâmetro de aferição, o escrutínio do indeferimento da reclamação, segunda conduta impugnada pelo recorrente, passaria pela análise, conforme foi recortado acima, de possível violação do direito ao recurso, cujos elementos o Tribunal começou a desenvolver recentemente em algumas de suas decisões, estendendo-o a outros processos sancionatórios, mormente o disciplinar e o contraordenacional.

Neste quadro dogmático-normativo, o direito ao recurso é uma garantia fundamental destinada especialmente – mas não exclusivamente, na medida em que outros intervenientes processuais poderão dela se beneficiar também – ao arguido que visa assegurar que a sua causa seja devidamente reanalisada por outro tribunal hierarquicamente superior. Encontra-se umbilicalmente ligado às garantias de defesa em processo penal e, por esta via, ao direito de acesso aos tribunais, que tem como corolário a possibilidade do arguido – ou qualquer

pessoa a quem é reconhecida legitimidade – confrontado com uma decisão de um tribunal que lhe é desfavorável, impugná-la perante um tribunal hierarquicamente superior com vista ao reexame dessa questão para que se possa colmatar eventuais erros cometidos pelas instâncias inferiores. O direito ao recurso constitui uma garantia fundamental porque além de permitir que a questão seja analisada por juiz diferente daquele que a conheceu em primeira instância, geralmente a causa recorrida vai ser avaliada por um tribunal colegial, em princípio com juizes mais experimentados na vida judiciária e que, portanto, transmitem maior certeza e segurança jurídicas com as suas decisões, após aturada ponderação de todos os elementos processualmente relevantes.

Pelo que se trata de direito essencial que não pode ser menosprezado em nenhum Estado de Direito Democrático. E é consubstanciando essa ideia que o legislador constitucional cabo-verdiano consagrou no número 7 do artigo 35 da Constituição formulação de acordo com a qual “Os direitos de audiência e de defesa em processo criminal ou em qualquer processo sancionatório, incluindo o direito de acesso às provas da acusação, as garantias contra actos ou omissões processuais que afetem os seus direitos, liberdades e garantias, bem como o direito de recurso, são invioláveis e serão assegurados a todo o arguido”.

4.2. Contudo, como aflorado e já concretizado em decisão deste Tribunal, este direito, embora extremamente importante para a configuração do direito processual penal cabo-verdiano, não é ilimitado, podendo ser afetado, através de exigência de verificação de certos pressupostos e requisitos para o seu exercício, ligados nomeadamente, à legitimidade, competência, tempestividade, pagamento de valores monetários, patrocínio judiciário, matéria, exigência de apresentação de fundamentação, etc. Foi o que se consagrou no caso *Edílio Ribeiro v. STJ, decidido pelo Acórdão nº 20/2019, sobre indeferimento de recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade por intempestividade*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 79, 22 de julho de 2019, pp. 1214-1223, para. 2.5.5., “Embora o direito ao recurso deve ser garantido em todo e qualquer tipo de processo sancionatório, não significa este facto que deva ser considerado ilimitado e infinito, impassível de qualquer limitação. Esta desde que se respeite as condições previstas nos números 4 e 5 do artigo 17 da Lei Fundamental é sempre legítima e muitas vezes indispensável para a prossecução de certos interesses públicos também de grande importância”.

No caso concreto, o recurso apresentado pelo recorrente foi rejeitado pela entidade recorrida, posição que foi confirmada quando este órgão decidiu a reclamação que o mesmo apresentou contra o aresto pelo facto de que ele, ao interpor o recurso contra a decisão da primeira instância que lhe condenou na pena de 19 anos de prisão, não apresentou a respetiva motivação, fundamentando o seu recurso com as razões que entendesse adequadas.

Ora, trata-se de exigência de extrema importância prevista pelo número 3 do artigo 451 que afirma que “O requerimento de interposição de recurso será fundamentado, sob pena de rejeição”, pois o tribunal recursal não terá como apreciar o recurso nem identificar e escrutinar as questões que se quer que se analise sem que as suas razões lhes sejam apresentadas.

Pelo que a regra é que todo e qualquer recurso sem fundamentação deve ser rejeitado, conforme estipula o comando legal citado e reiteram o artigo 454 ao prever a não admissão do recurso pelo órgão recorrido, estipulando que “O recurso apenas será rejeitado no tribunal da decisão recorrida quando esta for irrecorrível, falte a fundamentação, for interposto fora de tempo, ou, ainda, em caso de ilegitimidade do recorrente” e o número 1 do artigo 462 quando afirma que “O recurso será rejeitado sempre que faltar a fundamentação ou for manifesta a

imprudência daquele”, limitação perfeitamente válida e legítima do ponto vista constitucional, pelos fundamentos referenciados.

Da análise dos autos verifica-se que, assim como também foi concluído pela entidade recorrida, embora o tribunal da primeira instância tenha admitido o recurso, o recorrente não apresentou a respetiva fundamentação. Assim, não fosse outro aspeto invocado pelo recorrente, justificando que não apresentou a motivação do recurso em razão de justo impedimento, na medida em que não teve acesso a cópia de ata de julgamento que tinha solicitado, não se afiguraria necessário prosseguir o presente escrutínio sobre violação do direito ao recurso, uma vez que o seu não exercício, resulta de uma sua limitação constitucionalmente legítima.

4.3. Todavia, se a falta de fundamentação se dever à impossibilidade de acesso a elementos importantes e necessários para que se possa argumentar e contraditar os fundamentos utilizados para uma eventual condenação, nomeadamente o não acesso à decisão condenatória, a elementos de prova utilizados, à ata de julgamento, etc., ela não pode ser em princípio motivo de rejeição do recurso, porque não se pode fundamentar o recurso sem acesso a esses elementos.

É o que estipula o número 1 do artigo 139 do CPP ao permitir que se pratique atos processuais fora do prazo legal em caso fortuito ou de força maior. É esta a configuração da disposição legal: “1. Os atos processuais só poderão ser praticados fora dos prazos estabelecidos por lei, por despacho da autoridade referida no artigo antecedente, a requerimento do interessado e ouvidos os outros sujeitos processuais a quem o caso respeitar, desde que se prove caso fortuito ou de força maior”

O legislador utilizou duas expressões muito antigas, mas cujos conceitos nunca foram pacíficos. A ideia de diferenciação básica é a de que a *vis maior* estaria relacionada a circunstâncias naturais previsíveis ou não, mas inevitáveis, no sentido de incontroláveis, enquanto que o *casus fortuitus* a situações humanas imprevisíveis que obstem à prática de determinado ato ou ao cumprimento de certa obrigação.

Nem o Código de Processo Penal nem os Códigos Civil e de Processo Civil definem esses conceitos. Seja como for, ao se verificarem, colocam o sujeito processual numa situação de impossibilidade de prática de determinado ato por conta de evento, natural ou humano, que não lhe é imputável. Assim, o conceito aproximar-se-ia da ideia de justo impedimento definido nesses exatos termos pelo Código de Processo Civil no número 1 do seu artigo 139 quando afirma que “*Considera-se justo impedimento o evento não imputável à parte nem aos seus representantes ou mandatários, que obste à prática atempada do acto*”.

Assim, situações de justo impedimento seriam perfeitamente reconduzíveis aos conceitos de força maior e caso fortuito, pois sempre seriam situações humanas ou naturais que impossibilitam a prática atempada de ato não atribuível aos sujeitos processuais ou a seus representantes.

Neste caso, essas situações teriam que ver com o não acesso à ata de julgamento, circunstância humana imputável ao Tribunal da Comarca de Santa Cruz que não facultou cópia deste documento dentro do prazo legal para efeitos de apresentação da fundamentação do recurso, mesmo tendo o recorrente requerido esse documento.

Portanto, a situação concreta que constitui um justo impedimento não poderia deixar de ser enquadrada em situação de caso fortuito e, portanto, legitimaria a que o ato fosse praticado fora do prazo estabelecido pela lei.

4.4. Entretanto, não foi o facto de o órgão judicial recorrido ter considerado que não se tratava de caso fortuito ou de justo impedimento que o levou a rejeitar o recurso e a

indeferir a reclamação que o recorrente dirigiu contra o acórdão de indeferimento. Foi, outrossim, a circunstância de o recorrente, não ter alegado ao interpor o recurso – ou até antes perante o tribunal da primeira instância – que estava impedido de apresentar a fundamentação por não ter tido acesso à ata de julgamento. Isso, porque, para a entidade recorrida, o deveria ter feito com a peça da interposição do recurso. Assim sendo, já não seria possível fazê-lo na fase pós-decisória, com a submissão da reclamação.

Nas palavras da entidade recorrida: “*Compulsado os autos verificamos que o arguido interpôs recurso (fls. 166) dizendo a final que “em cumprimento do disposto no art. 451º, nº 3 do citado Diploma legal, o recorrente apresenta a sua respectiva motivação”, sem ter invocado o justo impedimento aquando dessa interpretação. Ora, o recorrente, apesar de não lhe ter sido fornecida a acta, não arguiu qualquer vício, nulidade relativa ou irregularidade processual, nem no decurso do prazo de recurso nem em sede de requerimento de interposição do recurso, limitando-se a fazê-lo depois de ter sido notificado do Acórdão que rejeitou o recurso e em sede de “reclamação”! Mais, verificamos que em 26.11.2018, depois de ter sido notificado da remessa dos autos ao Tribunal da Relação de Sotavento, apresentou um requerimento na secretaria do tribunal recorrido pedindo o deferimento do pedido de passagem de cópia da acta de julgamento e a consulta do processo. Tal requerimento foi indeferido com fundamento em que o processo já não se encontrava naquele tribunal. Apesar disso, o arguido ora reclamante nada requereu ao Tribunal da Relação de Sotavento. Só mais tarde, já neste tribunal, depois de ter sido notificado do Acórdão que rejeitou o recurso por falta de motivação o arguido veio reclamar do acórdão alegando esse vício. Liminarmente, e como, de seguida, procuraremos explicitar melhor, entendemos que a intervenção processual do arguido – apresentar reclamação do acórdão a pedir que reenvie o processo à procedência, ordenando que o tribunal recorrido faculte cópia de acta de julgamento solicitado pelo recorrente, para que o mesmo possa em tempo apresentar a sua motivação ao recurso, não foi adequada. Isto porque, uma vez notificado da sentença, pretendendo recorrer e não lhe tendo sido concedido, tempestivamente, os meios necessários para recorrer, ou seja[,] a cópia da acta e da sentença, o arguido sempre teria de, perante o Juiz do processo (Santa Cruz) arguir esse vício – o que não fez! Mais, porque o arguido descortinou essa falha quando o processo estava ainda no tribunal recorrido, seria sempre essa instância a competente para conhecer da questão sendo certo que o conhecimento dessa mesma questão por esta instância superior somente seria deferido, se aquela instância a quo tivesse pronunciado sobre tal invalidade suscitada e somente em reacção a este pronunciamento é que podia haver impugnação, mediante competente recurso interposto pelo arguido. [...]. Pelo que a reclamação sempre seria de indeferir porque os fundamentos alegados pelo reclamante e inclusive o pedido formulado estão manifestamente fora das situações em que está prevista a possibilidade de reclamação de acórdão. Mais, no caso dos autos, a admissão do recurso só podia ter por base um eventual “justo impedimento” fundado no facto de não ter sido concedido ao recorrente a cópia da acta de julgamento. Porém, esse fundamento invocado (eventual justo impedimento) deveria ter sido alegado no tribunal recorrido ou, pelo menos, aquando da interposição do recurso – o que não foi feito! Ora, não tendo o recorrente suscitado essa irregularidade na 1.ª instância, facultando ao tribunal recorrido possibilidade de sobre ela se pronunciar e, nem sequer a tendo suscitado no requerimento de interposição do recurso abrindo discussão sobre o mesmo na 2ª instância, estava-lhe vedado debatê-la após ter sido notificado do acórdão a rejeitar o recurso, muito menos através de uma “reclamação”. Dito de outro modo, o arguido/ora reclamante não estava dispensado*

de alegar o justo impedimento no preciso momento em que apresentou o requerimento de interposição de recurso. Assim, nesse requerimento ao invés de afirmar que “... apresenta a respectiva motivação” devia ter dito que não apresentou a sua motivação, justificando o porquê! Mais, a[] quando da notificação da subida do processo ao Tribunal da Relação de Sotavento poderia ainda suscitar tal irregularidade – o que não fez! A intempestividade da alegação do justo impedimento obsta naturalmente a que dele se conheça, não tendo cabimento, neste contexto, o alegado pedido de que se ordene que o processo regresse ao tribunal de 1.ª instância para que se lhe entreguem as acta[s] e assim proferir as alegações.”

A resposta legal para esta questão deve decorrer do número 2 do artigo 139, construído em termos segundo os quais “O requerimento referido no número antecedente é apresentado no prazo de cinco dias, contado da cessação do facto constitutivo ou de força maior”. Portanto, aplicando este dispositivo legal à situação concreta, pode parecer à primeira vista que o recorrente ainda estaria impedido de exercer o seu direito ao recurso na sua totalidade, apresentando a respetiva motivação, pois até à presente data ainda não se lhe facultou a cópia da referida ata, pelo que teria cinco dias após a cessação do impedimento para apresentar o requerimento pedindo que o ato fosse praticado fora do prazo legal.

Mas a questão nem tem muito a ver com o prazo para a apresentação do requerimento em que se pede que se aceite que o ato seja praticado para além do prazo previsto pela lei, mas com o momento de invocação da situação de caso fortuito ou de força maior ou do justo impedimento.

Precisamente porque se em algumas situações o arguido ou qualquer outro sujeito processual se encontrar absolutamente impedido de praticar o ato, nem sequer tendo a possibilidade de alertar o órgão no qual deverá praticar o ato de que o não fez em razão do obstáculo mencionado, noutras situações, ainda dentro do prazo o arguido pode perfeitamente invocar o facto e informar à entidade perante a qual deve praticar o ato que o não fez por se encontrar justificadamente impedido.

Parece ser esta a questão essencial que o órgão recorrido trás à colação, porque no seu entender o recorrente teve a possibilidade e a disponibilidade de invocar o justo impedimento, neste caso enquadrado perfeitamente como casus fortuitus, perante o tribunal de instância ainda dentro do prazo, invocando, portanto, que não praticou o ato – apresentação da fundamentação do recurso – dentro do prazo, porque requereu e não lhe foi facultada cópia da ata do julgamento.

Além disso, o órgão recorrido arrazoa que o Senhor Éder Yanick até teve oportunidade de o fazer perante si quando lhe dirigiu a peça de interposição do recurso, pois como afirma em sua resposta “*Não tendo o advogado do recorrente suscitado essa irregularidade na 1.ª instância requerendo que o prazo de interposição do recurso contasse apenas quando lhe fosse facultado a acta – facultando ao tribunal recorrido a possibilidade de sobre ela se pronunciar – e, nem sequer a tendo suscitado no requerimento de interposição do recurso, abrindo discussão sobre essa questão na 2.ª instância – estava-lhe vedado debatê-lo após ter sido notificado do acórdão a rejeitar o recurso. Dito de outro modo, o advogado tinha que dar conta da situação de justo impedimento que impossibilitava a motivação do recurso apresentado. Não estava, portanto, dispensado de alegar o justo impedimento, pelo menos, no momento em que apresentou o requerimento de interposição de recurso*”

4.5. Parece a este Tribunal que esta fundamentação do órgão *a quo* é correta, pois se é verdade que o recorrente tinha até cinco dias após a cessação da situação de justo impedimento para requerer a prática do ato fora do prazo legal, não é menos representativo da realidade que ele teve

a possibilidade de invocar a situação que lhe obstaculizava a apresentação da motivação do recurso antes do *dies ad quem* do prazo para a submissão da fundamentação do recurso. Na verdade, poderia tê-lo feito antes em requerimento dirigido à Primeira Instância, dando-lhe conta da situação de justo impedimento, até para que o mesmo lhe facultasse a ata e assim fizesse cessar esse estado, ou, posteriormente, na peça de interposição de recurso para o Tribunal da Relação de Sotavento, ao invés de apenas dizer que apresentaria a motivação, até transmitindo a ideia de não haver qualquer tipo de obstáculo neste particular.

Assim, tendo claras possibilidades de invocar essa situação antes, quer perante o tribunal da Primeira Instância, quer perante o da Segunda Instância, não parece a este Tribunal que, de facto, a suscitação do justo impedimento perante o Tribunal da Primeira Instância após a subida do recurso e perante a Segunda Instância na reclamação contra o acórdão de rejeição do recurso, tenha sido de facto adequada; pelo contrário, foi extemporânea.

Destarte, não se vê como é que assiste razão ao recorrente, pelo simples motivo de não se poder atribuir uma violação à garantia ao recurso ao órgão judicial recorrido, pois quando este decidiu não tinha a informação sobre possível justo impedimento de que veio a valer-se o recorrente em sede de reclamação e, neste momento, já sequer tinha poderes para analisar *ex novo* a questão. Por conseguinte, a impugnação da segunda conduta não procede e deve ser desestimada por este Tribunal.

III. Decisão

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

a) O Tribunal recorrido, ao decidir em nove meses e sem qualquer justificação, a reclamação que lhe foi dirigida pelo recorrente violou a garantia do recorrente a um julgamento criminal no mais curto espaço de tempo compatível com as garantias de defesa, declaração esta que se considera adequada para se remediar a vulneração do direito;

b) O Tribunal recorrido ao rejeitar o recurso de sentença condenatória interposto pelo recorrente, com base na manifesta ausência de fundamentação e de invocação tempestiva do justo impedimento, não violou a garantia ao recurso do recorrente ou, conseqüentemente, o seu direito à tutela jurisdicional efetiva.

Registe, notifique e publique.

Praia, 30 de abril de 2020

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

Está Conforme

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

Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional nº 16/2019, em que são recorrentes **Rui Filipe Alves e Flávio Augusto Alves**, e recorrido o **Supremo Tribunal de Justiça**.

Acórdão nº 17/2020

Acórdão nos Autos de Recurso de Amparo Constitucional nº 16/2019, em que são recorrentes **Rui Filipe Alves e Flávio Augusto Alves** e recorrido o **Supremo Tribunal de Justiça**

I. Relatório

1. Rui Filipe Alves e Flávio Augusto Alves, com os demais sinais de identificação nos autos, inconformados com o Acórdão nº 34/2019, de 17 de julho de 2019, proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça, que negou provimento ao recurso interposto da decisão do Tribunal da Relação de Sotavento que havia confirmado a sua condenação, em cúmulo jurídico, na pena única de 18 e 7 anos e 6 meses de prisão, respetivamente, decretada pelo 2º Juízo Crime do Tribunal da Comarca da Praia, vieram, nos termos das disposições conjugadas do artigo 20º, nº 1, da Constituição e dos artigos 3º, nº 1, alínea a), e 5º, nº 1, da Lei nº 109/IV/94, de 24 de outubro (doravante Lei do Amparo), interpor recurso de amparo constitucional.

Na sua petição de recurso de amparo constitucional, os recorrentes apresentaram os seguintes argumentos não reproduzidos literalmente:

1.1. *Os Actos, factos ou omissões que violaram os direitos liberdades e garantias dos arguidos são essencialmente os direitos processuais, nomeadamente: (1) o direito à presunção da inocência dos arguidos, na veste do princípio do in dubio pro reo, (2) o direito a um devido processo legal, (3) o princípio da igualdade de tratamento, da interpretação e da justiça, (4) o direito da audiência, (5) o princípio do contraditório e seu exercício, (6) o princípio nullum crimen sine lege, (7), o direito à defesa dos arguidos, o direito à dignidade da pessoa humana e o direito de acesso à justiça,*

1.2. *Porque os factos não ficaram bem esclarecidos é de convocar o princípio do “in dubio pro reo”, fundado no princípio da presunção, até ao trânsito em julgado do ACÓRDÃO, uma vez que estas provas revelam-se particularmente frágeis e descabidas, e não mereceram a atenção e reparo do Supremo Tribunal de Justiça (...), tendo inclusivamente, os ora recorrentes alegado, que à semelhança das co-arguidas M. e M., também foram alvos de ameaças, para praticarem os factos dos quais vêm acusados, julgados e condenados, e que infelizmente mereceram a confirmação dos Venerandos Juizes Conselheiros, sem tecer quaisquer considerações relativamente às alegações dos recorrentes de que também foram alvos de ameaças por parte desses perfis falsos, obrigando-lhes a praticar sexo com as ofendidas dos autos.*

1.3. *Com efeito, o referido ACÓRDÃO, em vários pontos, ataca, de forma inesperada, e antijurídica, os Direitos fundamentais deles arguidos, pondo em causa, numa medida francamente intolerável, as suas Dignidade Humana e a própria presunção de inocência, prevista no art. 35º/1 da Constituição vigente.*

1.4. (...) *o ACÓRDÃO, objecto deste Recurso, violou, em vários momentos, a presunção de inocência dos arguidos, razão pela qual a sua inconstitucionalidade é patente e a sua nulidade irreversível;*

1.5. *A análise sumária e apressada empreendida pelo Supremo Tribunal de Justiça, que nem se deu ao trabalho de esmiuçar argumentos, relativamente ao recurso de revista apresentada pelos recorrentes não passa, com o devido respeito, de uma narrativa construída a partir de impressões superficiais, subjectivas, ligeiras e acrílicas, hauridas, numa exegese assaz apressada, de uma “emoção à flor da pele”, sem qualquer sustentáculo factual, nem consistência jurídico-científica, tampouco, actuando este Tribunal à moda dir-se-ia, da ultrapassada escola do “direito livre”, com a arbitrariedade inerente (...). Aliás, limitou-se a remeter os seus argumentos do Tribunal de Relação de Sotavento conforme consta das páginas 16 a 20 do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça.*

1.6. *A defesa dos recorrentes requereu em 08 de Janeiro de 2018 cópias das páginas do processo, por forma a organizar convenientemente a defesa dos arguidos.*

1.7. *Tal requerimento, foi parcialmente deferido, com o seguinte DESPACHO: “Rui Filipe Alves e Flávio Augusto*

Alves arguidos nos presentes autos, requereram cópias dos autos do processo ordinário nº 197/2017.

Defere-se o pedido formulado à excepção das páginas que demonstram imagens e fotografias das ofendidas, porquanto diz respeito à intimidade da vida privada das mesmas” (sic).

1.8. *Tais documentos constituíam o cerne das provas que iam ser levadas ao crivo do julgamento, logo no dia 15 de Janeiro, pelo que, era necessário serem examinados de forma minuciosa pelos mandatários dos recorrentes, e conseqüente impugnação dos mesmos, dada à impossibilidade de consultá-los na secretária deste juízo.*

1.9. *Este atropelo, impossibilitou a defesa dos arguidos de apresentar contestação nos referidos autos e contrariar aquelas provas (imagens e fotografias das ofendidas).*

1.10. *Além disso, o tribunal não deu o Ministério??? o direito a oportunidade de se pronunciar, violando por via disso o princípio do contraditório, mesmo assim o Supremo Tribunal de Justiça, não coibiu de pronunciar sobre o sucedido, e deu-se ao luxo de dizer que: “os recorrentes não interpuseram recurso dessa decisão, que por isso passou a ser caso julgado, não podendo mais ser objecto de discussão nos presentes autos” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 34/2019, página 18).*

1.11. *Ao contrário do que alega o tribunal recorrido, os recorrentes interpuseram recurso dessa decisão para o Tribunal de Relação de Sotavento, onde obteve (sic!) a seguinte decisão relativamente a esse facto: digamos que o tribunal ponderou e sopesou os dois direitos em causa e decidiu não sacrificar o núcleo essencial do primeiro (intimidade da vida privada das ofendidas) – Cfr. Acórdão do Tribunal de Relação nº 08/2019, página 55.*

1.12. *Portanto essa é uma das decisões das quais os recorrentes inconformados, recorreram para o Supremo Tribunal de Justiça, por entenderem que a intimidade da vida privada das ofendidas devia sim ser sacrificada em relação ao direito à defesa dos arguidos, por várias razões, a começar pelo garantia do dever de segredo de justiça, por parte dos Advogados, pelo núcleo essencial do princípio da verdade material, pelo direito à defesa dos mesmos, etc., Esse direito merece o amparo do Tribunal Constitucional. Outrossim, a recolha de prova em suporte electrónico aqui em Cabo Verde, deixa muito a desejar, pois não sabemos de que forma foram recolhidas, quando foram e onde, e muito menos por quem foram recolhidas.*

1.13. *O Despacho supra transcrito, viola flagrantemente o princípio do direito de defesa e acesso às provas da acusação, ao abrigo do artigo 35º nº 07 da Constituição da República de Cabo Verde.*

1.14. *Assim sendo, devem os Egrégios Juizes Conselheiros do Tribunal Constitucional declarar nulo o DESPACHO supra mencionado por inconstitucional.*

1.15. *Os arguidos Rui e Flávio foram também ameaçados, à semelhança das arguidas M. e M., mas o estranho é que não foram atendidos os depoimentos daqueles, no sentido da sua absolvição. Tais alegações foram ao crivo do Tribunal de Julgamento – 3º Juízo Crime, Tribunal de Relação de Sotavento, e em última instância ao Supremo Tribunal de Justiça, mas nem sequer pronunciaram sobre este facto. É que na verdade à semelhança das arguidas M. e M., os arguidos, ora recorrentes também foram ameaçados, por perfis falsos. É incompreensível a razão que levaram (sic!) os Juizes destas instâncias a confirmarem sucessivamente a decisão do tribunal a quo, sem no mínimo tecer uma explicação plausível sobre esses factos.*

1.16. *As razões que nortearam a absolvição das co-arguidas M. e M. deveriam também ser as mesmas para a absolvição dos arguidos Rui e Flávio, mas por razão de sexo, aquelas ficaram beneficiadas relativamente aos*

recorrentes. É que a M. e a M., bem como os recorrentes Rui e Flávio, recebiam ameaças mesmo no momento em que estiveram juntos. Mas quem administravam (sic!) esses perfis? Igualmente, consta dos Autos, que a M. e a M. angariavam os clientes e levavam para fazer sexo com o Rui e Flávio e igualmente com estranhos, e que inclusive elas as arguidas costumavam esbofetear e ameaçar as ofendidas dos Autos, para aceitarem os seus pedidos. Só porque disseram que elas foram ameaçadas a fazer isso, ficaram absolvidos. O mesmo argumento não serviu aos arguidos Rui e Flávio. Por que razão?

1.17. Sem mais delongas, por todo o exposto, e em todos esses casos a violação do princípio do “in dubio pro reo”, verificou, na medida em que há uma enorme dúvida, relativamente aos crimes, que impunha TAMBÉM a absolvição dos arguidos em relação a estes crimes uma vez que não estavam a praticá-los de forma consciente, livre e deliberadamente.

1.18. Ora, sabe-se que, por um lado, os factos imputados aos arguidos, revestem de uma gravidade ímpar e agitam gravemente a sua honra, a sua dignidade e que ao sustentar-se esta decisão baseada numa prova duvidosa, prova electrónica e por meio de perfis falsos, sem se apurar quem os administravam, destruir-se-á a própria expectativa e os alicerces de vida que, os arguidos durante anos palmilharam. Por outro lado é incomportável que se dê como provados os depoimentos das testemunhas/ofendidas em relação aos factos a que vêm acusado, tendo em conta que os arguidos negaram tê-los praticado de forma livre consciente e deliberada. Pois, REPETE-SE, os mesmos foram ameaçados também por pessoas desconhecidas (perfis falsos) à semelhança das arguidas.

1.19. De harmonia com o disposto no artigo 403º, nº 2 do Código de Processo Penal, “Ao relatório segue-se a fundamentação, que consta da enumeração dos factos provados e não provados, bem como de uma exposição tanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que servira para formar a convicção do tribunal.”

1.20. O ACÓRDÃO recorrido limitou-se a enumerar os meios de provas utilizados, sem explicar o processo de convicção do tribunal, sem examinar criticamente a prova produzida, em sede da audiência de discussão e julgamento. É de realçar que as provas (vídeos e imagens) foram superficialmente exibidas, à pressa e sem som. Nas imagens do vídeo, o arguido Rui apareceu pela única (sic!) onde aparentava-se a chorar, enquanto a suposta ofendida encontra-se a sorrir;

1.21. Dentre dezenas de imagens, nenhuma delas revelaram (sic!) que as ofendidas estavam a ser obrigadas a praticar actos sexuais, sem consentimento, uma vez que estavam a comportar-se com a maior naturalidade e passividade.

1.22. Não ficou provado que os perfis falsos eram utilizados pelos arguidos Rui e Flávio. É sabido que existem piratarías no uso da rede social facebook, pelos quais foram também ameaçados.

1.23. O Tribunal ficou com tamanhas dúvidas relativamente às ameaças contra o Rui e o Flávio: Foram ameaçados ou não? Porque o Tribunal considerou que as arguidas M. e a M. foram ameaçadas e os recorrentes não?

1.24. As qualificações jurídicas, subsumíveis aos factos supra, não fazem muito sentido, pois, não se coadunam com os factos constantes dos Autos. O colectivo dos Juizes do Tribunal “a quo” incorreu num erro na apreciação dos pressupostos de facto para a decisão. Pois a conduta dos arguidos relativamente aos crimes de agressão sexual, e agressão sexual com penetração, por meio de ameaça, violência, coacção, etc., por via de sistema informático

(Facebook-Messenger), relativas ao domínio de cibercrime, são atípicos e violadoras do princípio do “nullum crimen sine lege”. Aliás, só a partir do dia 20 de abril de 2017 é que tais factos, passaram a ser criminalizados, pois já estão tipificados na Lei nº 8/IX/2017 de 20 de março, relativas ao domínio do cibercrime e da recolha de provas em suporte electrónico, mas não se aplica aos factos cometidos antes da entrada em vigor da referida lei. Assim sendo, os factos constantes da acusação, objecto do processo, pela sua natureza e “modus operandi” (ameaças através da rede social facebook) não são susceptíveis de configurar crimes sexuais dos quais foram condenados, e confirmada sucessivamente pelo Tribunal de Relação de Sotavento e agora pelo Supremo Tribunal de Justiça, realizado por meio de violência, coacção, ameaça, fraude, colocação deliberada da vítima em situação de inconsciência ou impossibilidade de resistir ou de aproveitamento dessa mesma situação, tudo através da internet (facebook), sem que tenha havido uma norma adjectiva, ou seja a lei de cibercrime que os materializam, razão pelo qual não há crime sem lei (lei de cibercrime).

1.25. (...) a recolha de material e de provas que alegadamente existiam nos aparelhos e equipamentos, pertencentes aos familiares do Rui e Flávio, foram recolhidos pelos métodos e meios proibidos de obtenção de prova, tendo em conta que esses aparelhos e equipamentos foram visualizados antes da sua apresentação nas Autoridades Judiciárias competentes, o que é nulo ao abrigo do artigo 35º nº 8 da Constituição da República de Cabo Verde, conjugado com o artigo 178º nº 1 e 2/c, que é uma nulidade insanável nos termos do 151º/º e do CPP, pois na Policia Judiciária, os arguidos foram prometidos para revelar os códigos dos telemóveis, bem como dos computadores, sob a condição de deixarem-lhe ir embora.

1.26. O requerimento a pedir a prova pericial foi indeferido, sem qualquer fundamento plausível.

1.27. O Supremo Tribunal de Justiça não andou bem, ao confirmar a decisão de indeferimento de uma prova tão importante como esta, pelo que deve considerar nulo o despacho que indefere o requerimento constantes dos autos.

1.28. O arguido, ora recorrente, é portador de doença crónica grave, o que implica estar sempre acompanhado do médico. Em Cabo Verde, como é sabido, os estabelecimentos prisionais/penitenciários, não possuem condições materiais e humanos, dignos e apropriados para estes tipos de reclusos, que sempre requerem cuidados especiais e urgentes. Veja que mesmo no dia em que ocorreu a audiência de discussão e julgamento o arguido estava quase a desmaiar.

1.29. Não existe Hospitais prisionais, para receber os reclusos, portadores de doenças graves, daí que há uma enorme dificuldade na execução da referida pena de prisão.

1.30. Ora, ao abrigo do disposto no artigo 59º do CP: “O tribunal poderá sempre decidir colocar em regime de liberdade condicional os condenados que, na altura em que tiverem cumprido metade de pena, tenham já completado a idade de setenta anos, ou que estejam afectados por doença grave e incurável, devidamente comprovada por entidade médico”.

1.31. Ora, no caso do arguido, ora recorrente FLÁVIO, padece de uma doença grave no crânio, pois, possui um quisto aracnídeo, precisando-se, assim de ir constantemente ao médico.

1.32. Assim entendemos que a execução efectiva de pena, deve por imperativo legal e constitucional, ser suspensa e/ou substituída por uma outra que a coadune e que vai de encontro com os fins da pena, sem prejuízo de por em causa a salvaguarda dos seus direitos fundamentais supra expostas, ou simplesmente não manter a pena de prisão.»

1.33. Os arguidos terminaram a sua petição formulando os seguintes pedidos:

“Por todo o exposto e sem mais delongas, sempre com o mui douto suprimento de Vossas Excelências, e em conformidade com a Lei aplicável e a Constituição da República, norma superior e vinculante, deve o Tribunal Constitucional, guardião das liberdades, considerar nulo o citado Acórdão nº 34/19, proferido nos Autos de Recurso Crime nº 05/2019 em que são recorrentes, Rui Filipe Alves e Flávio Alves e Recorrido o Supremo Tribunal de Justiça, por violação do (1) direito à presunção da inocência dos arguidos, na veste do princípio do *in dubio pro reo*, (2) o direito a um devido processo legal, (3) o princípio da igualdade de tratamento, da interpretação e da justiça, (4) o direito da audiência, (5) o princípio do contraditório e seu exercício, (6) o princípio do *nullum crimen sine lege*, (7) o direito da defesa dos arguidos, (8) o direito à dignidade da pessoa humana, e (9) os direitos fundamentais do acesso à justiça, dos arguidos, ora recorrentes estando assim recheado de vícios e contradições jurídicas insanáveis, e manifesta inconstitucionalidade, como já se provou abundantemente, determinando, pois, em coerência, a imediata absolvição do arguido, como manda, aliás, o mais elementar princípio da Justiça, concedendo definitivamente amparo constitucional aos arguidos, ora recorrentes.”

2. Cumprindo o estabelecido no artigo 12º da Lei do Amparo, foram os autos com vista inicial 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. 264 a 265 dos presentes autos, tendo feito eloquentes considerações e, em síntese, formulado as seguintes conclusões:

“(…) Decorre da norma do artigo 8º da Lei nº 109/IV/94, de 24 de outubro – Lei do amparo, que o recorrente deve indicar com clareza não só os direitos, liberdades e garantias que julga terem sido violadas, com expressa menção das normas e princípios jurídico-constitucionais que entende terem sido violados, expondo resumidamente razões de facto e de direito que fundamentam a petição, formulando conclusões e, terminando, com um pedido de amparo constitucional na qual indica o amparo que entende dever ser-lhe concedido.

Não obstante a extensão da petição, facilmente se alcança que, não se trata de uma petição modelar, e que a referida exigência legal não se encontra satisfeita pelos recorrentes.

O mesmo se deve dizer da exigência que decorre da alínea c) do nº 1 do artigo 3º “A violação tenha sido expressa e formalmente invocada no processo logo que o ofendido dela tenha tido conhecimento e que tenha requerido a sua reparação”.

Trata-se de pressuposto importante, inobstante, tem sido, olímpicamente, olvidado.

Destarte, ressalvadas as observações acima mencionadas, não se verifica qualquer motivo impeditivo de admissibilidade do presente recurso de amparo.”

3. O Plenário desta Corte Constitucional, por Acórdão nº 32/2019, de 10 de outubro, votado por unanimidade, ordenou que os recorrentes fossem notificados para, querendo, e no prazo de dois dias, sob pena de rejeição do recurso:

a) Indicar com precisão as condutas que emergem do acórdão recorrido e que impugnem junto a esta Corte;

b) Estabelecer a correspondência entre as diferentes condutas, os respetivos direitos, liberdades ou garantias fundamentais que julgam terem sido violados e os amparos que entendem que lhes devem ser concedidos em relação a cada uma delas;

c) Expor resumidamente as razões de facto e de direito que fundamentam a petição;

d) Formular conclusões de acordo com o que determina a alínea e) do nº do artigo 8º da Lei do Amparo.

4. Conforme o termo de notificação constante a fls. 282 dos autos, os recorrentes foram notificados desse Acórdão no dia 16 de outubro de 2019, tendo, no dia 18 do mesmo mês e ano, apresentado a peça processual junta de fls. 283 a 307, que será apreciada mais adiante.

5. Sujeito a julgamento de admissibilidade, o Recurso de Amparo foi admitido através do Acórdão nº 42/2019, de 19 de dezembro, publicado no *Boletim Oficial* nº 6, I Série, de 14 de janeiro de 2020, tendo o Tribunal determinado que o recurso é restrito ao direito à presunção da inocência do arguido, ao princípio da igualdade de tratamento, na dimensão da proibição de discriminação em razão do sexo e ao princípio da legalidade penal ou *nullum crimen sine lege*.

6. Atribuído o processo, por sorteio, ao JC Relator Aristides R. Lima, este, por despacho de 02 de janeiro de 2020, notificou a entidade requerida para responder, querendo, nos termos do nº 2 do artigo 18º da LRAHD, tendo, entretanto, esta alta entidade optado por não se pronunciar.

7. A 21 de maio de 2020 seguiram os autos com vista final ao Ministério Público. A 25 do mesmo mês, Sua Excelência o Procurador-Geral da República emitiu douto Parecer no qual conclui, em substância, o seguinte:

a) Não se vislumbra que tenha sido violado o princípio da presunção da inocência;

b) Não existem quaisquer indícios de violação do princípio da igualdade de tratamento na dimensão de discriminação em razão do sexo;

c) Não subsistem quaisquer sinais de violação do princípio da legalidade penal.

II. Fundamentação

1. Apresentados os argumentos dos recorrentes cumpre passar à apreciação das questões colocadas, movendo-se as mesmas no âmbito daquilo que foi globalmente recortado pelo Tribunal como objeto do escrutínio. Efetivamente, o Tribunal, como se viu anteriormente, admitiu o recurso de amparo constitucional restrito às alegadas violações do direito à presunção da inocência do arguido, ao princípio da igualdade e ao princípio da legalidade penal. Sendo assim, as questões a serem escrutinadas são as seguintes:

A. Será que o Supremo Tribunal de Justiça ao confirmar o Acórdão do Tribunal de Relação de Sotavento, violou o princípio da presunção da inocência na dimensão do *in dubio pro reo*, quando os recorrentes, por via de recurso, alegadamente suscitaram a questão de que durante a fase de produção de provas na audiência de discussão e julgamento os factos não ficaram bem esclarecidos e houve uma grande dúvida, relativamente à imputação subjetiva dos factos» por que afinal foram condenados?

B. Será que o Supremo Tribunal de Justiça ao não considerar as alegações dos arguidos no sentido de terem sido alvos de ameaças tal como as ofendidas, M. e M., violou o direito a não ser discriminado em virtude do sexo, quando confirmou a decisão do Tribunal de Relação que deu razão ao Acórdão da 1ª instância que absolveu as ofendidas e condenou os arguidos recorrentes?

C. Será que o Supremo Tribunal de Justiça violou as garantias constitucionais da legalidade penal e da legalidade processual ao sufragar a utilização de meios de obtenção de provas regulados por lei posterior?

1.1. Os recorrentes pretendem de facto que o Supremo Tribunal de Justiça ao confirmar o Acórdão do Tribunal de Relação, violou o princípio da presunção da inocência na dimensão do *in dubio pro reo*, quando eles, por via de recurso, alegadamente suscitaram a questão de que «durante a fase de produção de provas na audiência de discussão e julgamento os factos não ficaram bem

esclarecidos e houve uma grande dúvida, relativamente à imputação subjectiva dos factos» por que afinal foram condenados.

1.2. Recorda-se que os recorrentes foram condenados em virtude da prática de vários crimes de agressão sexual com penetração continuada, previstos e punidos no artigo 143º, em conjugação com o artigo 34º do CP, de crimes de coacção (nº 1 do artigo 137º do CP), bem como de crimes de gravações, fotografias e filmes ilícitos (nº 2 do artigo 184º do CP). Considerando que os argumentos dos recorrentes no sentido da dúvida quanto à prática dos crimes parecem reportar-se essencialmente ao crime de agressão sexual com penetração, impõe-se considerar o conceito legal de agressão sexual, por um lado, e, por outro, a forma como o legislador recortou o tipo de crime referenciado. Com efeito, o Código Penal vigente engloba os crimes sexuais no capítulo IV do Título I, relativo a crimes contra pessoas. Neste capítulo, o legislador começa por definir ato sexual, agressão sexual e penetração sexual, para depois definir os tipos de agressão sexual (artigo 142º) e agressão sexual com penetração (143º). Por agressão sexual entende o legislador do Código Penal o seguinte: «Todo o ato sexual realizado por meio de violência, coacção, ameaça, fraude, colocação deliberada da vítima em situação de inconsciência ou impossibilidade de resistir ou de aproveitamento dessa mesma situação». Quando ao tipo constitutivo do crime de agressão sexual com penetração, ele é definido pelo legislador literalmente da seguinte forma: «1. *Quem, pelos meios de agressão sexual, efetuar penetração sexual noutra pessoa, ou ainda, pelos mesmos meios, a strangeranger a sofrer penetração por terceiro, será punido com pena de prisão de 4 a 10 anos. Se a vítima for menor de 14 anos, a pena será de prisão de 6 a 14 anos*».

1.3. Para por em causa a imputação subjectiva que lhes foi feita dos factos objetivos eles utilizam vários argumentos: em primeiro lugar, o argumento da *fragilidade das provas*, em segundo lugar, o argumento da *dúvida relativamente aos crimes*, em terceiro lugar, a ideia de um alegado *desconhecimento sobre quem estaria por detrás dos perfis falsos* utilizados na internet (Facebook e Messenger) para ameaçar as ofendidas, finalmente o argumento de que o Supremo Tribunal de Justiça não teria tomado em consideração o facto de eles terem sido também ameaçados para a prática dos crimes dados como provados.

1.3.1. Assim, no que diz respeito à alegada *fragilidade da prova*, os recorrentes afirmam que «as provas revelam-se frágeis e descabidas...». Também, segundo eles, as imagens «não revelaram que as ofendidas estavam a ser obrigadas a praticar atos sexuais, sem consentimento, uma vez que estavam a comportar-se com a maior naturalidade e passividade». Para eles, «não ficou provado que os perfis falsos eram utilizados pelos arguidos Rui e Flávio». Ora, deste modo, nota-se que pretendiam negar a verificação dos pressupostos da coacção e da ameaça deles sobre as ofendidas.

1.3.2. Quanto à alegada *dúvida*, os recorrentes, reclamando para si a sujeição a uma espécie de força irresistível, isto é a uma ameaça, sustentam literalmente que «há uma enorme dúvida, relativamente aos crimes, que impunha **TAMBÉM** a absolvição dos arguidos em relação a estes crimes, uma vez que não estavam a praticá-los de forma consciente, livre e deliberadamente». Aqui eles reconhecem a prática dos factos, mas negam tê-los praticado de forma consciente e livre.

1.3.3. Seguidamente, os recorrentes criticam a atitude do tribunal em dar crédito às declarações das ofendidas sobre os factos, dizendo que «Por outro lado, é incomportável que se dê como provados os depoimentos das testemunhas/ofendidas em relação aos factostendo em conta que os arguidos negaram tê-los praticado de forma livre consciente e deliberada. Pois ...os mesmos foram ameaçados também

por pessoas desconhecidas (perfis falsos) à semelhança das arguidas».

1.3.4. Finalmente, os recorrentes argumentam que não obstante as provas terem sido «frágeis e descabidas», elas não mereceram a atenção e o reparo do Supremo Tribunal de Justiça (cfr. ponto I/3 da petição do RA).

1.4. Será que terá havido uma dúvida em relação à culpabilidade dos réus para se puder falar em violação do princípio do *in dubio pro reo* e, por conseguinte, do princípio da presunção da inocência?

1.5. Antes de analisarmos diretamente a questão, faz sentido reproduzir quer a perspetiva do Supremo Tribunal de Justiça, quer a do Ministério Público, enquanto titular da ação penal e defensor da legalidade democrática, mas também dos direitos dos cidadãos. Confrontada com a questão da alegada dúvida sobre a culpabilidade dos condenados na primeira instância, quando consideraram no recurso para o STJ que a prova contida nos autos e produzida em sede de audiência de discussão e julgamento era manifestamente insuficiente para que o tribunal pudesse extrair as conclusões sobre a matéria de facto que efectivamente tirou, essa Suprema Corte chamou a atenção para a circunstância de os recorrentes estarem «a confundir a insuficiência de prova para a decisão de facto tomada, que releva da livre apreciação da prova, e por isso está subtraída aos poderes de cognição do STJ, enquanto questão de facto, com a insuficiência da matéria de facto provada para a decisão de direito proferida e que integra o vício previsto no artigo 442º, nº 2, alínea a) que, para além do mais, deve resultar do texto da decisão recorrida, o que no caso não ocorre, porquanto é manifesto que os factos provados autorizam a solução de direito encontrada».

1.6. No seu douto Parecer, emitido após a vista final, Sua Excelência o Senhor Procurador-Geral da República sustentou o seguinte: «Tendo os arguidos sido acusados, submetidos a julgamento e condenados em primeira instância com o cumprimento de todo o rito imposto pelo processo penal em vigor, nomeadamente a devida salvaguarda do direito de audiência e contraditório e recurso, não se vislumbra de que forma tenha sido ofendido o princípio de presunção de inocência dos mesmos. Aliás, os recorrentes não lograram indicar os fundamentos da violação do princípio da presunção de inocência nem relativamente à decisão da primeira instância, nem da confirmação da condenação em segunda instância, e muito menos na decisão do recurso de revista (do STJ), que é objeto do presente recurso de amparo constitucional. Aliás, não é conjecturável que uma decisão de recurso de revista, exclusivamente sobre a matéria de direito e restrita ao objeto suscitado, possa ofender a presunção de inocência que reporta, primacialmente, ao julgamento da matéria de facto».

1.7. Vistas estas posições, importa agora considerar o que vem a ser a presunção da inocência enquanto direito fundamental e qual a sua relação com o princípio *in dubio pro reo*. Este Tribunal debruçou-se com frequência sobre esta garantia constitucional, designadamente nos Acórdãos nºs 29/2017, de 5 de setembro (Ovidio de Pina v. STJ); 6/2018, de 22 de março (Adilson Danielson v. STJ); 13/2018, de 7 de junho (Manuel Fonseca v. STJ); 20/2018, de 16 de outubro (Uchechukwu Vitus Ezeonwu e Chijioké Duru v. STJ). No Acórdão nº 29/2017, de 5 de setembro, esta Corte tinha assinalado que a presunção da inocência é uma «garantia do direito à liberdade que emerge da dignidade da pessoa humana», tendo de seguida realçado os seus aspetos constitutivos: «a) a presunção da inocência exige que a prova de culpabilidade de um indivíduo seja feita por quem acusa e pelo tribunal; b) Havendo dúvida razoável sobre quaisquer factos relativos à infracção cuja existência se procura verificar ou à responsabilidade que se pretende apurar, ela será resolvida a favor do arguido;

c) o processo deve ser conduzido de modo a se obter uma decisão final no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa». No mesmo Acórdão aludido acima se afirmou que esse princípio opera a sua eficácia num duplo plano. Em primeiro lugar, ao incidir nos atos extra-processuais, constituindo o direito a receber a consideração e o tratamento de não autor ou participante em feitos de caráter delitual; em segundo lugar, ao projetar a sua virtualidade, fundamentalmente, no âmbito processual com influxo decisivo no regime jurídico da prova⁶⁰. Em relação a este último aspeto, o jurista espanhol, Joan Picó I Junoy considera que «Deste ponto de vista, o direito à presunção da inocência significa que toda a condenação deve ser precedida sempre de uma atividade probatória, impedindo a condenação sem prova», devendo as provas ser também legítimas do ponto de vista constitucional⁶¹.

No plano processual, o princípio da presunção da inocência começa com a abertura do processo de instrução logo a partir do momento em que se confirme a suspeita sobre uma determinada pessoa e cessa quando se tenha provado a sua culpabilidade, desde que a decisão tenha transitado em julgado. Assim, essa presunção da inocência aplica-se igualmente na fase de recurso, mesmo quando tenha havido na primeira instância uma decisão condenatória⁶².

1.8. O princípio *in dubio pro reo* é considerado uma dimensão do princípio da presunção da inocência. Na sua dimensão subjetiva é uma garantia da liberdade, enquanto na sua veste objetiva ele corresponde a uma obrigação dirigida ao juiz para este se pronunciar favoravelmente ao réu, quando não tiver certeza sobre os factos decisivos para a solução de uma causa⁶³. Por aí se vê que o princípio *in dubio pro reo* pertence ao momento da *valoração da prova*, isto é aplica-se quando, havendo prova, subsiste, todavia, uma dúvida racional sobre a verificação dos elementos objetivos e subjetivos que integram um determinado tipo constitutivo de crime⁶⁴.

1.9. No Acórdão nº 6/2018, de 22 de março (*Adilson Danielson v. STJ*) a Corte Constitucional elaborou com detalhe sobre o princípio, tendo assentado referências importantes não só quanto ao conteúdo do princípio da presunção da inocência na sua dimensão do *in dubio pro reo*, mas também no que diz respeito à sua sindicabilidade pela jurisdição constitucional. “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”. No que diz respeito à base do escrutínio, no Acórdão nº 13/2018, de 7 de junho (*Manuel Fonseca v. STJ*) remeteu-se para o aresto *Adilson Danielson v. STJ*, anteriormente citado, no qual se adotou o entendimento de que “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 recortados 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 justificam 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 imediato 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. E 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 222º da Lei Fundamental” (...).

Portanto, tendo - se assentado tal interpretação, esta Corte, seguindo o mesmo entendimento firmado, reiterou que “Em tal contexto, cabe ao Tribunal Constitucional fazer avaliação tendente a concessão de amparo por violação de direito, liberdade e garantia. Contudo deve, por um lado, ficar claro, até pela prosidade do direito em que se ancora em parte o pedido, que não cabe a esta Corte servir de órgão recursal das decisões tomadas pelos órgãos judiciais, nomeadamente pelo Supremo Tribunal de Justiça, em matéria de aplicação do direito ordinário que não tenha qualquer conexão diretamente constitucional, nem se presta a ou pode fazer a revista plena no que diz respeito à apreciação das provas que serve de mote a este recurso. Portanto, se a abordagem de um órgão superior da justiça comum se destina a indagar e responder se perante os factos apurados e provados e o direito aplicável foi tomada a melhor decisão, a esta Corte só se permite,

⁶⁰ Nesse sentido, **Joan Picó I Junoy**: *Las garantías Constitucionales del Proceso*, Barcelona, 1997, p. 155, citado por **Magaly Perretti Parada**: *El Derecho a la Defensa. Derechos Humanos Y Defensa. Visión Constitucional y Procesal*, Caracas, 2004, p. 51.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Para uma perspectiva europeia, cfr. **Anna Wanitschek**: *Die Grundrechtecharta der Europäischen Union im Straferfahren*, Wiesbaden 2018, p. 16 e seg.

⁶³ Neste sentido, **J.J. Gomes Canotilho / Vital Moreira**: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª edição, Coimbra, 2007, p. 519.

⁶⁴ Cfr. **Magaly Perretti Parada**, *ob. cit.*, p. 53.

de modo limitado e numa dimensão negativa, verificar se nesse processo chegou-se a decisão que não se pode justificar à luz do in dubio pro reo.

1.10. O princípio da presunção da inocência está previsto no nº 1 do artigo 35º da Constituição, que dispõe o seguinte: «*Todo o arguido presume-se inocente até ao trânsito em julgado da sentença condenatória, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.*» Este mesmo princípio, na perspetiva jus-internacional, foi acolhido também pelo ordenamento jurídico pátrio, a partir da vinculação internacional de Cabo Verde ao Pacto sobre os Direitos Cíveis e Políticos das Nações Unidas e à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Com efeito, o primeiro destes instrumentos jurídico-internacionais dispõe no seu nº 1 do artigo 11º, que «*toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.*» Já a Carta Africana determina na sua alínea b) do nº 1 do artigo 7º que «*toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja apreciada. Esse direito compreende o direito de presunção da inocência até que a sua culpabilidade seja estabelecida por um tribunal competente.*»

1.11. A questão que agora se coloca é se existiu e persistiu alguma dúvida racional sobre a verificação dos elementos objetivos e subjetivos que levaram o Tribunal de instância a condenar os arguidos nos crimes de agressão sexual com penetração continuada, de coação e de crimes de gravações, fotografias e filmes ilícitos.

1.12. Ora, consultando o Acórdão do segundo Juízo Crime pode-se concluir que o Tribunal se baseou numa análise rigorosa sustentada no trabalho prévio de instrução e na produção de provas em sede da audiência de discussão e julgamento, em que participaram os arguidos e seus defensores, para determinar o preenchimento dos pressupostos objetivos e subjetivos dos crimes por que os arguidos foram condenados. Assim, ao dar como assentes os factos, o Tribunal sustentou nos pontos 147 e 148 o seguinte:

- Os arguidos exerciam sobre as suas vítimas uma ação violenta, intimidatória e constrangedora, visando obter vantagens em dinheiro e favores sexuais»;

- «Agiram os arguidos Rui e Flávio de forma livre, deliberada e consciente, bem sabendo que as suas condutas eram proibidas e punidas pelo direito».

Depois de proceder a uma análise quanto ao preenchimento dos pressupostos objetivos e subjetivos do crime de agressão sexual com penetração no Acórdão, a páginas 741 dos autos, o coletivo do Tribunal de instância assentou o seguinte: «*...podemos concluir que os arguidos cometeram um crime de agressão sexual com penetração. Olhando para os factos dados como provados nos números cinco a cento e quarenta e quatro somos levados a extrair tal conclusão. Pois, o arguido Rui, através de perfis falsos, aliciava as ofendidas, para de seguida as ameaçar, obrigando-as a enviar fotografias nuas de corpo, para de seguida manterem relações sexuais de cópula completa. Outrossim, o arguido Flávio, apesar de não ter criado nenhum perfil falso, todavia manteve relação sexual de cópula vaginal e oral com as ofendidas.*»

Mais adiante, o Tribunal, olhando para o «tipo subjetivo», pontualizou que «os arguidos atuaram com dolo direto, pois dos factos dados como provados pode-se extrair que agiram com o único e exclusivo propósito de manter relações sexuais com as ofendidas» (fls. 742 dos autos). Da mesma forma, o Tribunal de 1ª instância conclui pela existência dos crimes de coação e de crimes de gravações, fotografias e filmes ilícitos e pela sua imputação subjetiva aos arguidos (fls. 745 e 746).

Face a esta evidência não parecem muito consistentes os argumentos antes referidos de fragilidade das provas, nem tampouco a suscitação da ideia de que no Acórdão haveria uma dúvida a pairar em relação à verificação dos pressupostos objetivos e subjetivos dos crimes por que os ora recorrentes de amparo constitucional foram condenados, designadamente os crimes de agressão sexual com penetração continuada, de coação e de crimes de gravações, fotografias e filmes ilícitos. Também parece cair por terra a ideia de um alegado *desconhecimento sobre quem estaria por detrás dos perfis falsos* utilizados na internet (Facebook e Messenger) para ameaçar as ofendidas, não obstante o Tribunal ter considerado como não provado que «os co-arguidos ... recorreram ao mesmo esquema ardiloso que consistiu «na criação de contas/perfis fictícios na rede social Facebook com o propósito da prática de fazer as ofendidas, devidamente identificadas, prostituírem em troca de dinheiro e favores sexuais» (fls. 721 dos autos).

Finalmente, o argumento de que o Supremo Tribunal de Justiça não teria tomado em consideração o facto de eles terem sido também ameaçados para a prática dos crimes dados como provados também não colhe, a partir do momento em que se deu por provada a coação dos arguidos sobre as ofendidas.

1.13. Os recorrentes sustentam que «por os factos não «ficarem bem esclarecidos, é de convocar o princípio *in dubio pro reo*, uma vez que as provas se revelam particularmente frágeis e descabidas, concluindo daí que deviam ser absolvidos com base neste princípio. Ora, acabámos de ver que o Tribunal de instância pelos dados constantes dos autos não parece ter tido qualquer dúvida quanto aos factos dados por provados, nem tampouco quanto à sua valoração jurídica. Assim, como não se está perante qualquer dúvida do Tribunal, não faz sentido falar-se aqui em violação do princípio *in dubio pro reo*.

1.14. De resto, sobre isso elaborou doutamente o Supremo Tribunal de Justiça ao afastar-se de uma obrigação de se pronunciar sobre a matéria tendo em conta a repartição de competências entre ele, enquanto tribunal de revista, e os tribunais de 1ª instância e de Relação que julgaram em matéria de facto e de direito, como lhes é próprio. Segundo o STJ, ao invocarem o princípio *in dubio pro reo*, os recorrentes pretendem que o Supremo se pronuncie sobre a matéria de facto, pois como se sabe, o princípio *in dubio pro reo* releva da prova dos factos imputados ao arguido, na linha, aliás, do que se referiu acima quando se situou esse princípio-garantia como pertencendo, processualmente, «ao momento de valoração probatória». Entende, e bem, esta instância que, neste caso concreto, não estaria obrigada a escrutinar a matéria de facto. No entanto, o STJ não contesta a possibilidade teórica de, na linha de modernas correntes de pensamento jurídico, e diga-se de passagem, também daquilo que vem defendendo esta Corte Constitucional, sindicar a aplicação do princípio pelas instâncias. Mas, esta prestigiada Corte Suprema do País entende, mirando o caso concreto, que seria «necessário que tal resulte do texto da decisão recorrida, à semelhança dos vícios do art. 442º do CPP, que o Tribunal recorrido... , tendo ficado na dúvida sobre a prova de determinado facto, ainda assim decidiu em sentido desfavorável ao arguido, o que, no caso em análise, não ocorreu».

1.15. Além disso, de um ponto de vista objetivo, uma análise externa permitiria, nos termos do controlo lasso negativo usado por este Tribunal, concluir que é inequívoco que a decisão que foi adotada quanto à determinação da culpa dos recorrentes se afigura perfeitamente passível de ser justificada, não se podendo inferir quaisquer elementos que a tornassem objetivamente arbitrária, irracional, ilógica ou contraditória. Registam-se nos autos mais de dezena de declarações e depoimentos em sentido estruturalmente similar não só de coarguidas e de ofendidas, mas também de terceiros.

1.16. Por tudo isso, entende o Tribunal Constitucional que não houve qualquer violação do princípio da presunção da inocência na sua dimensão do *in dubio pro reo*.

2. A segunda questão tem a ver com o seguinte: Será que o distinto Supremo Tribunal de Justiça ao não considerar as alegações dos arguidos no sentido de terem sido alvos de ameaças tal como as ofendidas, M. e M. violou a garantia da não discriminação em virtude do sexo, quando, por via de recurso de revista, deu razão ao Acórdão do Tribunal de Relação que confirmou a decisão da 1ª instância que absolveu as ofendidas e condenou os arguidos recorrentes?

2.1. Como vem referenciado no Relatório do Acórdão nº 42/2019, na petição de Recurso de Amparo constitucional, os recorrentes sustentaram perante o Tribunal Constitucional que «as razões que nortearam a *absolvição das co-arguidas M. e M.*, *deveriam também ser as mesmas para a absolvição dos arguidos Rui e Flávio, mas por razão de sexo, aquelas ficaram beneficiadas relativamente aos recorrentes. É que a M. e a M., bem como os recorrentes, Rui e Flávio, recebiam ameaças mesmo no momento em que estiveram juntos. Mas quem administrava esses perfis? Igualmente consta dos autos, que a M. e a M. angariavam os clientes e levavam para fazer sexo com o Rui e Flávio e igualmente com estranhos, e que inclusive elas as arguidas costumavam esbofetear e ameaçar as ofendidas dos Autos, para aceitarem os seus pedidos. Só porque disseram que elas foram ameaçadas a fazer isso, ficaram absolvidas. O mesmo argumento não serviu aos arguidos Rui e Flávio. Por que razão?».*

2.2. Nota-se que desta argumentação prevista na petição do Recurso de Amparo Constitucional e reproduzida no Relatório do Acórdão de Admissibilidade, pode-se eventualmente retirar uma alusão a um tratamento desigual do Tribunal ao absolver as ofendidas por todos os crimes por que vinham acusadas e condenar os recorrentes, embora na perspetiva dos recorrentes também eles tivessem sido ameaçados.

2.3. No recurso do Acórdão da Relação para o STJ, eles também fazem referência por várias vezes à questão da ameaça sem que tivessem contudo articulado que se tratava de uma discriminação em razão do sexo. Na pág. 6 do seu articulado argumentam que «os arguidos Rui e Flávio foram também ameaçados, à semelhança das arguidas M. e M., mas não foram atendidos os depoimentos daqueles, no sentido da sua absolvição». Em sede das conclusões repetem o mesmo argumento de que, tal como as ofendidas, foram alvos de ameaças para praticarem os factos de que vinham acusados. Mas, aqui não se referiram a uma pretensa discriminação em razão do sexo.

2.4. Colocado perante a questão da violação do princípio da igualdade o Supremo Tribunal de Justiça, este não se pronunciou sobre o assunto diretamente. Todavia, quando se discutia o enquadramento jurídico dos factos, esta suprema instância judicial entendeu pontualizar o seguinte: «Também não restam dúvidas de que as vítimas praticaram relações sexuais com os arguidos por terem sido ameaçadas pelos mesmos, através dos perfis falsos que criaram para o efeito». Tal significa que o Supremo Tribunal de Justiça considerou que estava fora de questão que as ofendidas, M. e M. foram destinatárias das ameaças dos arguidos Rui Filipe Alves e Flávio Augusto Alves.

2.5. Por seu lado, Sua Excelência o Procurador-Geral da República entendeu que não parece que sobram «quaisquer indícios de que a diferença no sentido da decisão em relação às co-arguidas tanja, de algum modo sequer, uma discriminação em razão do sexo», violando destarte o princípio da igualdade previsto na Constituição. Isto, pelas seguintes razões que indica:

a) Da leitura da decisão condenatória em 1ª instância, se constata que os arguidos foram condenados em alguns

crimes e absolvidos em outros;

b) Os fundamentos de facto da condenação dos arguidos e da sua absolvição não podiam ser, como aliás não foram, objeto do recurso de revista;

c) A alegação em recurso de amparo de que duas das recorrentes foram absolvidas, por alegarem que foram ameaçadas, enquanto os recorrentes foram condenados, não parece fazer muito sentido, seja porque os recorrentes foram absolvidos de alguns crimes, seja porque não identificam a identidade do objeto concreto de comparação da situação dos mesmos com a das co-arguidas absolvidas, seja ainda porque tal questão de alegada violação do princípio da igualdade, sequer consta do objeto do recurso de revista, que fixa o âmbito material do recurso de amparo».

2.6. Será que houve um tratamento desigual e por isso a violação do princípio da igualdade e do direito à não discriminação em razão do sexo? Antes de se responder a esta questão, convém lembrar a importância que a Constituição da República confere ao princípio da igualdade, tal qual foi, de resto tratado pelo Acórdão nº 7/2016, de 28 de Abril. Com efeito, nesse importante aresto do Tribunal Constitucional sublinhou-se o relevo multidimensional deste princípio como *princípio fundamental da República*, previsto em sede da I parte da Constituição, como *princípio geral do sistema de direitos fundamentais* e ainda como *princípio que se relaciona estreitamente com o princípio da dignidade da pessoa humana*. A dimensão do princípio da igualdade como princípio fundamental vem logo expressa no nº 2 do artigo 1º da Constituição, quando ele estatui que «a República de Cabo Verde reconhece a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de origem social ou situação económica, raça, sexo, religião, convicções políticas ou ideológicas e condição social». O lugar central da igualdade como princípio do sistema de direitos fundamentais encontra-se plasmado no artigo 24º, inserto no título I (Princípios gerais) da Parte II da Constituição (Direitos e Deveres Fundamentais), que diz o seguinte: «todos os cidadãos têm igual dignidade social e são iguais perante a lei, ninguém podendo ser privilegiado, beneficiado ou prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de raça, sexo, ascendência, língua, origem, religião, condições sociais e económicas ou convicções políticas ou ideológicas». Como se pode ver, a primeira parte deste preceito, vinca a ligação entre o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º da Constituição, e o princípio da igualdade, na linha do artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem. O direito à igualdade foi também recebido na ordem jurídica cabo-verdiana através da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Artigos 2º e 3º). O artigo 2º dispõe que «toda a pessoa tem direito ao gozo dos direitos e liberdades reconhecidos e garantidos na presente Carta, sem nenhuma distinção, nomeadamente de raça, de etnia, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação».

2.7. O princípio da igualdade pode ser visto numa dimensão subjetiva ou objetiva. Na perspetiva subjetiva ele serve de fundamento a direitos fundamentais subjetivos, podendo estes serem direitos de defesa ou direitos de prestação. No sentido objetivo trata-se de uma imposição dirigida ao poder público, obrigando-o a tratar igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual⁶⁵.

2.8. Outro aspeto importante a ressaltar aqui, e que é relevante para este caso concreto, é que o princípio da igualdade não apenas vincula o legislador, mas também a Administração e os órgãos do Poder Judicial nas suas decisões. No caso em apreço trata-se de uma questão que se

⁶⁵ Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho, in Patrícia Jerónimo/Rui Garrido/Maria Ascensão do Vale Pereira (coords.): *Comentário Lusófono à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*, artigo 2º, p. 42.

coloca a nível de uma decisão judicial e não do legislador. Como se sabe, a dogmática do princípio da igualdade tem-se desenvolvido, no plano público, mais em torno das vulnerações ao princípio decorrentes da atividade do legislador democrático e da Administração, do que da atividade dos tribunais, enquanto «least dangerous branch of government», para utilizarmos a linguagem de Alexander Hamilton no *Federalist Paper* nº 78⁶⁶.

2.9. A Constituição cabo-verdiana estabelece no artigo 24º não apenas o princípio geral da igualdade (« todos os cidadãos são iguais perante a lei»), mas também o princípio especial da igualdade entre o homem e a mulher ao especificar que não se pode privilegiar, beneficiar, prejudicar, privar ninguém de qualquer direito ou isentá-lo de qualquer dever por causa do seu sexo. Ora, os recorrentes pretendem que o Supremo Tribunal de Justiça tê-los-á discriminado em virtude do sexo, violando o princípio especial da igualdade perante a lei entre o homem e a mulher. Pode parecer um preciosismo, mas importa também esclarecer o que vem a ser o sexo enquanto um dos «factores proibitivos» ou «suspeitos» da discriminação. Ora, quando se proíbe a discriminação em razão do sexo, está-se a referir à qualidade de uma pessoa como homem ou mulher, sendo que, tradicionalmente, a diferenciação, neste caso, se faz segundo as características sexuais físicas das pessoas. Todavia, nos tempos que correm este tipo de diferenciação é suscetível de ser visto como uma simplificação inadmissível ou pelo menos discutível em face das formas de intersexualidade somática que a Ciência tem constatado e que podem confrontar as pessoas com situações de mudança de sexo⁶⁷, como aquelas que levaram à ideia de um terceiro género que não seria nem homem nem mulher⁶⁸, sendo que este Tribunal estará aberto a considerar estes desenvolvimentos no quadro da evolução da sua jurisprudência.

2.10. Na dogmática jurídico-constitucional o princípio da igualdade e da não discriminação surge como postulando a proibição do arbítrio. Segundo esta fórmula o princípio da igualdade estará violado quando não for possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento desigual feitos pela lei. Paralelamente, também se recorre à chamada «nova fórmula», segundo a qual se considera violado o enunciado da igualdade quando «um grupo de destinatários da norma é tratado de forma diferente, embora entre eles não existam diferenças de tal modo e peso que elas possam justificar um tratamento desigual».⁶⁹

2.11. Este Tribunal Constitucional já abordou a questão do princípio da igualdade e do direito a não ser discriminado em diversas situações e diversos tipos de processos, designadamente no Parecer nº 1/2017, de 2 de maio, e nos seguintes Acórdãos: nº 7 / 2016, de 28 de abril (proferido em Processo de Fiscalização Abstrata Sucessiva da Constitucionalidade nº 8/2015, referente a impedimento de magistrado judicial aceder ao cargo de Vice-Presidente do CSMJ); Acórdão nº 24/2016, de 20 de outubro (proferido nos autos de Fiscalização

Abstrata Sucessiva da Constitucionalidade, concernente à constitucionalidade de norma revogatória da Lei de Aprovação do Estatuto dos Magistrados do Ministério Público); Acórdão nº 7/2018, de 5 de abril (proferido nos autos de recurso contencioso de ato administrativo praticado pela Comissão Nacional das Eleições). Neste último aresto, este Tribunal remeteu para a discussão feita no âmbito do Acórdão nº 7/2016, de 28 de abril, em que, sem negar o recurso ao exame sobre a existência ou não do arbítrio, firmou entendimento significativo quanto ao escrutínio do princípio da igualdade e do direito à não discriminação, previstos na Constituição da República. Então, o Tribunal dividiu as modalidades de diferenciações possíveis a serem escrutinadas nas seguintes categorias: a) «discriminações suspeitas»; b) «diferenciações quase-suspeitas»; c) «diferenciações ordinárias»; e d) «diferenciações simples» que não se reportam a discriminações, postulando escrutínios diferenciados respetivamente: «escrutínio estrito», «escrutínio de intensidade média», «escrutínio de nível médio baixo» e finalmente um «juízo de mera razoabilidade e de racionalidade meio-fim». Dito isto, faz sentido reproduzir literalmente a linha de argumentação então seguida: « Para as [diferenciações] que contemplarem discriminações suspeitas, as previstas pelo artigo 24º ou estruturalmente equivalentes, que dizem respeito a características não voluntárias e imutáveis da pessoa ou que se associam ontologicamente ao seu ser em razão de opção legítima, um escrutínio estrito, em que a inconstitucionalidade é presumida, o que somente pode ser ilidido por uma justificação tão forte do poder legislativo democrático que o Tribunal considere tratar-se de medida inevitável para a realização de um interesse público supremo ou a única forma de preservar direitos individuais dos próprios afetados. 2.12.2 As diferenciações quase-suspeitas, baseadas em características transitórias, mas de carácter identitário ou que tenham a ver com o livre desenvolvimento da sua personalidade, que vão sendo assumidas por um ser humano, em que a inconstitucionalidade é presumida, porém cujo tratamento diferenciado exige o contrapeso de interesses públicos fortes, mas menos perentórios do que os supremos como justificação ou a existência de outros direitos de menor importância, requerem a aplicação de um escrutínio de intensidade média, o suficiente para avaliar, além da natureza da diferenciação, o grau do interesse público justificante que foi apresentado pelo Estado. 2.12.3. Diferenciações ordinárias para contornar direitos ligados à igualdade, que acontecem com alguma frequência na vida social e económica e, que, destarte, exigem simplesmente a apresentação e a certificação pelo Tribunal de uma razão não arbitrária para o tratamento diferenciado, assente não em interesse público supremo ou forte, mas simplesmente relevante, e/ou na preservação de qualquer direito fundamental. Exige, pois, um escrutínio de nível médio-baixo. 2.12.4. Por fim, diferenciações simples, não relacionadas a discriminações, mas de tratamento diferenciado pela lei, (...) de mero efeito irradiador do princípio da igualdade pelo sistema, bastando justificação sobre a finalidade da medida, promovendo-se juízo de mera razoabilidade e de racionalidade meio-fim, com notória deferência à legítima vontade de conformação do que for feito pelo legislador democrático e cabendo a quem desafia a sua constitucionalidade demonstrar que a medida não é razoável ou que aquele propósito não é legítimo por inexistência de interesse público simples identificável. Ficaria, para estas situações, reservado um escrutínio de nível básico e fraco”.

2.12. Será que quando o STJ não considerou as alegadas ameaças de que os recorrentes se diziam alvo, cometeu uma violação da igualdade em razão do sexo? A verdade é que não nos parece fazer sentido a alegação de que houve discriminação em razão do sexo, pois aqui o que releva não é tanto o facto de, de um lado, termos homens e do outro mulheres, que são iguais perante a lei, mas sim o

⁶⁶ Sobre a designação cfr. *Alexander Bickel: The Least Dangerous Branch*, Yale University, 2ª edição, 1986.

⁶⁷ Sobre este aspeto, cfr. *Klaus Stern: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band IV/2 (*Die einzelnen Grundrechte*), Munique, 2011, p. 1629. Segundo este reputadíssimo constitucionalista germânico o § 1º do nº3 do artigo 3º da Constituição alemã deve ser extensivo «a formas somáticas de intersexualidade». Ora, este preceito citado dispõe que «Ninguém pode ser prejudicado ou beneficiado em razão do sexo, da ascendência, da raça, da língua, do lugar de nascimento ou proveniência, da crença, das concepções religiosas ou políticas».

⁶⁸ A propósito do Acórdão do TCFA, 1 BvR2019/16, de 10 de Outubro de 2017, que, perante preceito semelhante ao do artigo 24º da Constituição cabo-verdiana, determina que o princípio da igualdade, previsto no primeiro § do nº 3 do artigo 3º da *Grundgesetz* «protege também pessoas que de forma duradoura não se enquadram quer no sexo masculino, quer no sexo feminino face a discriminações em razão do seu sexo»

⁶⁹ Sobre a nova fórmula, cfr. *Joachim Englisch*, in *Stern/Becker (Orgs.) Grundrechte-Kommentar*, art. 3, nota de margem 11.

facto de no mesmo processo se encontrarem pessoas que foram acusados de diversos crimes. Com efeito, de um lado, temos os dois recorrentes que foram acusados de um leque muito mais amplo de crimes entre os quais crimes de agressão sexual com penetração continuada, crimes de coação, bem como crimes de gravações, fotografias e filmes ilícitos, e que foram confirmados pelo Tribunal de Relação de Santiago e pelo Supremo Tribunal de Justiça, por via de recurso, e do outro lado, as ofendidas M. e M. que foram acusadas de alguns crimes em co-autoria com os 2 recorrentes, designadamente, os crimes de associação criminosa, lenocínio, tortura, gravações, fotografias e filmes ilícitos, ameaça, coação e chantagem, tendo as ofendidas sido absolvidas destes crimes. Ao mesmo tempo, o arguido Rui Alves foi absolvido de três crimes de agressão sexual, de doze crimes de ameaça, do crime de associação criminosa, do crime de chantagem, de dez crimes de coação e do crime de lenocínio e o arguido *Flávio Alves* foi absolvido de sete crimes de ameaça, do crime de associação criminosa, de seis crimes de coação, de cinco crimes de gravação, sete crimes de chantagem e do crime de lenocínio (fls. 118). Portanto, há aqui situações bem distintas.

2.13. O Tribunal não atuou tendo em conta a circunstância de uns serem mulheres e outros homens, mas sim pelo facto de uns, os recorrentes, terem cometido crimes, dados como provados e outros não o terem feito, nem revelou qualquer ânimo de os discriminar por esse motivo. Assim, o 2º Juízo Crime do Tribunal de Comarca da Praia considerou que os crimes de agressão sexual com penetração continuada de que os arguidos vêm acusados «foram praticados através de ameaças e coação, que constituem meios para a prática de tais crimes». Isto significa que se deu por provada a ameaça realizada pelos recorrentes Rui Alves e Flávio Alves sobre as diversas vítimas dos vários crimes de agressão sexual com penetração continuada que eles cometeram. Já no que diz respeito à questão de os mesmos terem sido ameaçados tal questão não foi aparentemente provada no processo, em que, segundo consta dos autos, utilizaram a estratégia do silêncio, o que de resto até é legítimo, dado que a nossa Constituição permite também o direito à não auto-incriminação ou o direito ao silêncio. Não obstante isso, e sem prejuízo da titularidade da ação penal pelo Ministério Público, seria sempre possível uma intervenção processual para apresentar as provas das tais ameaças sofridas. Por outro lado, as arguidas M. e M. foram absolvidas porque não se verificaram os factos típicos dos crimes de lenocínio, associação criminosa, tortura, chantagem e ameaça, e porque, no caso do crime de gravações, fotografias e filmes ilícitos, como reconhece o 2º Juízo Crime do Tribunal de Comarca da Praia, não praticaram os atos de livre e espontânea vontade, por se encontrarem sob ameaça dos recorrentes. Assim, as arguidas foram absolvidas não porque se tratava de mulheres, mas sim porque, nalguns casos, não se deram por provados os factos crimes de que vinham acusadas e porque, no caso dos crimes de gravações, fotografias e filmes ilícitos faltou um elemento subjetivo, como se disse. Assim, não parece que se esteja perante um caso de tratamento desigual ou discriminação em razão do sexo, tanto mais que os arguidos não fizeram um esforço argumentativo sério para tentar demonstrar que foram tratados de uma determinada forma em virtude do sexo. O Tribunal da 1ª instância, cuja decisão foi confirmada pela Relação e pelo STJ, limitou-se a obedecer ao Tatprinzip, segundo o qual as medidas de responsabilidade jurídico-penal estão sempre ligadas a um acto ilícito de uma determinada pessoa previsto na lei. Face a situações diferentes resultaram consequências jurídico-penais diferentes.

2.14. Portanto, não estamos face a uma igualdade de situações perante a qual o Tribunal deveria ter absolvido os arguidos e ora recorrentes de amparo.

2.15. Não há aqui nenhuma diferenciação arbitrária

pois é evidente que as situações são distintas, estando os tribunais obrigados a decidir em função dos factos que se dêem por provados ou não.

2.16. Concluindo, para esta Corte Constitucional não se verifica, pois, qualquer violação da garantia de não discriminação em razão do sexo.

3. A última questão que nos interessa é a de saber se o Supremo Tribunal de Justiça violou as garantias constitucionais da legalidade penal e da legalidade processual penal ao sufragar a utilização de meios de obtenção de provas regulados por lei posterior?

3.1 Impõe-se, de entrada, lembrar que os arguidos, e atuais recorrentes, foram condenados na primeira instância por crimes de agressão sexual com penetração continuada, crimes de coação, bem como crimes de gravações, fotografias e filmes ilícitos, e que estes crimes foram confirmados pelo Tribunal de Relação de Sotavento e pelo Supremo Tribunal de Justiça, por via de recurso. Os recorrentes, no entanto, aparentemente, só contestam as qualificações jurídicas dos factos como agressão sexual com penetração continuada. Numa peça que não brilha muito pela clareza sustentam o seguinte:

«As qualificações jurídicas, subsumíveis aos factos supra, não fazem muito sentido, pois não se coadunam com os factos constantes dos Autos. O coletivo dos Juízes do Tribunal «a quo» incorreu num erro na apreciação dos pressupostos de facto para a decisão. *Pois a conduta dos arguidos relativamente aos crimes de agressão sexual, e agressão sexual com penetração, por meio de ameaça, violência e coação, etc. por via de sistema informático (Facebook, Messenger), relativas ao domínio do cibercrime, são atípicas e violadoras do princípio do «nullum crimen sine lege».* Aliás, só a partir do dia 20 de abril de 2017 é que tais factos passaram a ser criminalizados, pois já estão tipificados na Lei nº 8/IX/2017, de 20 de março, relativa ao domínio do cibercrime e da recolha de provas em suporte electrónico, mas não se aplica aos factos cometidos antes da entrada em vigor da referida lei». Assim sendo, os factos constantes da acusação, objeto do processo, pela sua natureza e «modus operandi» (ameaças através da rede social facebook) não são susceptíveis de configurar crimes sexuais dos quais (sic!) foram condenados, e confirmada (sic!) sucessivamente pelo Tribunal de Relação de Sotavento e agora pelo Supremo Tribunal de Justiça, realizado (sic!) por meio de violência, coação, ameaça, fraude, colocação deliberada da vítima em situação de inconsciência ou impossibilidade de resistir ou de aproveitamento dessa mesma situação, tudo através da internet (facebook), sem que tenha havido uma norma adjetiva, ou seja a lei de cibercrime que os materializam, razão pela qual não há crime sem lei (lei de cibercrime)».

Lendo esta peça, pode-se colher que os recorrentes entendem que os factos constantes da acusação não são susceptíveis de integrar os crimes pelos quais foram condenados e que ameaças efetivadas através da rede social «facebook» não estão previstas na lei como crime, uma vez que a lei que definiu o regime do cibercrime, isto é, a Lei nº 8/IX/2017, de 20 de março, apenas entrou em vigor em 20 de abril de 2017, quando os factos já tinham sido praticados. Por outras palavras, consideram os arguidos que eles não devem ser punidos porque os factos apenas passaram a ser criminalizados depois da entrada em vigor da citada lei. Sendo assim, estar-se-ia perante uma situação de violação do princípio da legalidade, pois não haveria lei para regular os factos tal qual recortados na acusação.

3.2. Confrontado com esta argumentação dos recorrentes, o Egrégio Supremo Tribunal de Justiça considerou, e bem, que a Lei nº 8/IX/2017, de 20 de março, relativa ao cibercrime, que basicamente regula os crimes cometidos com recurso a meios informáticos, não é aqui aplicável,

dado que os arguidos foram julgados por crimes de agressão sexual previstos e punidos «pelos respetivos dispositivos do Código Penal vigentes à data do seu cometimento e que continuam em vigor». Na opinião da Suprema Corte, o que aconteceu é que «as ameaças foram levadas a cabo através da criação de perfis falsos no facebook, sendo certo que a lei não estabelece o modo ou as vias de se concretizar a ameaça ou o constrangimento que determina a vítima à prática do ato sexual, e como bem decidiu a Relação, o facebook e o Messenger foram tão somente os veículos ou os instrumentos utilizados pelos arguidos para ameaçarem e constrangerem as vítimas.» A Suprema Corte considerou ainda que «não restam dúvidas de que as vítimas praticaram relações sexuais com os arguidos por terem sido ameaçadas pelos mesmos, através dos perfis falsos que criaram para o efeito». Assim, considerando a matéria de facto dada por provada, o Supremo Tribunal de Justiça concluiu que «é manifesto que ela integra os crimes de agressão sexual, tal como foram caracterizados pelas instâncias.»

3.3. Também Sua Excelência o Senhor Procurador-Geral da República entendeu no seu douto Parecer que a lei do cibercrime não teve aplicação na decisão condenatória e conclui que não se registou qualquer violação do princípio da legalidade penal.

3.4. Aqui chegados impõe-se interrogar brevemente sobre o conceito de legalidade e o sentido do princípio da legalidade penal, para depois, então, se responder à pergunta colocada. O princípio da legalidade é um princípio do Estado de Direito democrático que vem consagrado na Constituição da República, designadamente no nº 2 do artigo 3º. Ele significa, antes de mais, a prevalência da lei e a reserva da lei. *Prevalência da lei* significa que a lei aprovada pelo legislador democrático, com ressalva do valor específico das normas e princípios do direito internacional geral ou comum e do direito internacional convencional validamente aprovados ou ratificados, nos termos do nº 4 do artigo 12º da Constituição, prevalece sobre todos os atos que não tenham valor constitucional, designadamente sobre os regulamentos e atos administrativos. *Reserva da lei* quer dizer que as ingerências na liberdade e ou na propriedade dos cidadãos só podem acontecer se houver uma lei que permita tal ingerência. O princípio da legalidade penal, por seu turno, é, a nível processual, um princípio específico que postula «a submissão à lei dos termos, formas e atos do processo penal».⁷⁰ Tal princípio encontra-se previsto num conjunto de preceitos da Constituição da República e também na lei penal ordinária. Desde logo, no nº2 do artigo 30º da Carta Magna da República que estatui que «Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de atos puníveis por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança prevista na lei». Na mesma linha, o artigo 32º da Constituição reporta-se ao princípio da legalidade penal, ao prever a proibição da aplicação retroativa da lei penal desfavorável e a não a aplicação de penas ou medidas de segurança que não estejam previstas em lei anterior. Finalmente, no nº 1 do artigo 210º da CRCV se afirma que a justiça «é administrada... em conformidade com as normas de competência e de processo legalmente estabelecidas». Já a nível da lei penal ordinária impõe-se considerar como expressões do princípio da legalidade penal quer o artigo 1º do CP, quer o artigo 2º do CPP. Assim, o artigo 1º do CP dispõe, designadamente o seguinte: «1. Nenhum facto, consista em ação ou omissão, pode considerar-se crime, sem que uma lei anterior o qualifique como tal» 2...; 3. As penas e as medidas de segurança são determinadas pela lei vigente ao tempo da prática do facto ou da verificação dos

pressupostos de que dependem». Por seu lado, o artigo 2º do CPP estabelece que «nenhuma sanção criminal poderá ser aplicada, sem haver um processo em que se prove a existência da infracção e a responsabilidade criminal do acusado, em conformidade com as regras definidas no presente Código ou outras leis de processo penal e em virtude de decisão proferida por um juiz competente».

3.5. O Tribunal Constitucional no âmbito do Parecer nº 2/2020, de 19 de fevereiro, reafirmou a sua posição quanto ao princípio da legalidade nos seguintes termos:

«...A legalidade criminal é uma das garantias fundamentais mais importantes da liberdade sobre o corpo – muitas vezes reconhecida por esta Corte como uma das mais elementares liberdades individuais – e ao mesmo tempo um dos princípios nucleares da Constituição Penal, encontrando na Lei Fundamental natural presença no artigo 32º que, por meio dos seus números 2, 3 e 4 reza que “é proibida a aplicação retroativa da lei penal, exceto se a lei posterior for de conteúdo mais favorável ao arguido”; “é proibida a aplicação de medidas de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior”; “Não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam previamente cominadas em lei anterior”.

... Precisamente porque se a punição de comportamentos criminosos que, de facto, não podem deixar de ser perseguidos em qualquer comunidade política em que o Estado tenha o dever de manter a ordem e segurança e que procura proteger bens jurídicos individuais essenciais dos indivíduos e da própria colectividade [é legítima], tal só pode acontecer quando há um ato jurídico-público de incriminação de uma certa conduta e a previsão de cominação de uma determinada pena que sejam comunicados de forma inteligível aos destinatários das normas. Por conseguinte, qualquer preterição desse dever que se impõe ao Estado atenta contra esse princípio-garantia de extrema importância em qualquer Estado de Direito Democrático, além de ser um meio potencial – tal como muitas vezes já aconteceu na história da humanidade – para se cometer arbitrariedades e injustiças insuportáveis contra o indivíduo e os seus direitos, por meio de uso abusivo do poder punitivo do Estado.

.... Embora o princípio não seja apanágio exclusivo do direito criminal, tem aqui e nos outros direitos sancionatórios, nomeadamente o direito da ordenação social e o direito tributário, significado especial e exigências mais intensas, neste último caso até em razão da imposição constitucional decorrente do número 6 do artigo 93º segundo o qual “a lei fiscal não tem efeitos retroativos, salvo se tiver conteúdo mais favorável ao arguido”.

Exatamente porque, no Direito Penal, o princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, como um dos corolários mais importantes do princípio do *rule of law*, desenvolvido pelo iluminismo criminal e por liberais penais, visa precisamente evitar essas situações de arbitrariedades e violações injustas das liberdades individuais, atuando como um fator limitador do *ius puniendi* do Estado.

Essas questões já tinham sido em certa medida reconhecidas pelo Tribunal, por meio do Acórdão nº 13/2016, de 7 de julho, Fiscalização Sucessiva da Constitucionalidade de certas normas do Código Eleitoral, Boletim Oficial I Série, nº 43, 27 de julho 2016, pp. 1421.1479, quando considerou que “existe uma exigência constitucional de legalidade, sobretudo ao nível do direito penal substantivo. Exigindo-se que as condições para a incriminação de condutas e para aplicação de consequências jurídico-penais (penas e medidas de segurança) estejam especificamente determinadas em leis anteriores à prática do facto. E ainda que, por um lado, o devido processo legal esteja outrossim especificado em lei com vista a eventual julgamento e condenação em virtude da prática do comportamento tipificado em lei penal, e, do outro, determina-se a obrigatoriedade de os órgãos

⁷⁰ Neste sentido, Jorge Carlos Fonseca, *O Novo Direito Processual Penal de Cabo Verde. Dados de um Percorso*, in Augusto Silva Dias / Jorge Carlos Fonseca: *O novo Direito Processual Penal de Cabo Verde, Dados de um Percorso*, Coimbra 2009, p. 87.

competentes promoverem e perseguirem criminalmente qualquer indivíduo quando as condições necessárias para o efeito estiverem preenchidas.

...Essas duas vertentes do princípio da legalidade criminal, ainda que possam ter certos aspetos em comum, não têm a mesma intensidade, sendo muito mais forte e exigente a nível do direito penal material e mais flexível no que diz respeito ao processo criminal.

Até porque têm configurações bastante diferentes, pois que enquanto, na vertente material, o nullum crimen, nulla poena sine lege impõe que os crimes e as penas estejam fixados em leis anteriores para que possa eventualmente haver julgamento e condenação de qualquer pessoa, a legalidade em processo criminal, além desta dimensão de anterioridade legal, está também voltada para a obrigação que essencialmente o Ministério Público tem de investigar qualquer conduta que chega ao seu conhecimento e que possa constituir um delito e promover criminalmente contra o seu autor, concretamente acusando-o, caso se conclua que todas as condições processuais e materiais para a prosequção criminal estejam preenchidas.

.... Efetivamente, o princípio da legalidade no direito penal material tem contornos próprios e específicos, tornando-o uma das características mais peculiares desse ramo de direito que o demarca de outras ciências jurídicas.

Isso devido às exigências especiais que assume nesta esfera no sentido de impedir arbitrariedades do poder público, mormente o legislativo e o judicial, proibindo situações como a de punir indivíduos por condutas praticadas não tipificadas em leis penais como comportamentos criminosos ou então só tipificadas em momento posterior à prática; de aplicar qualquer sanção a indivíduos com base em práticas costumeiras que, embora até possam ser consideradas no geral fontes de direito, no direito criminal não podem, com raras exceções – nomeadamente no nosso caso as que decorram da norma inserta no número 7 do artigo 32º, de acordo com o qual “o disposto no número 2 não impede a punição, nos limites da lei interna, por ação ou omissão que, no momento da sua prática, seja considerada criminosa segundo os princípios e normas do Direito Internacional geral ou comum” – ser acolhidas, precisamente em razão daquilo que é considerado o seu maior pecado: a sua ampla indeterminabilidade; de se recorrer a casos análogos para punir determinada pessoa por facto não tipificado em lei penal; e, por último, evitar a eventualidade de se punir os indivíduos com base em leis criminais incertas e indeterminadas, facultando ao julgador enorme discricionariedade na aplicação da sanção jurídica.

.... Assim, aferindo o conteúdo do princípio primeiramente haveria uma exigência de lege scripta, no sentido de que não pode haver punição por qualquer conduta praticada se a conduta e a sua consequência jurídico-penal não estiverem descritas em lei.

E, a menos que haja autorização legislativa concedida ao Governo, só lei da Assembleia Nacional pode qualificar tais condutas como comportamentos criminosos, afastando assim a possibilidade de outros atos normativos – aqui em sentido amplo – tipificarem crimes e penas.

Além disso, o subprincípio do nullum crimen, nulla poena sine lege scripta afastaria, com a ressalva feita, a possibilidade de punição com base em eventuais práticas costumeiras, pois as possíveis normas daí advinentes não seriam precisas o suficiente para proteger a liberdade individual das pessoas, pelo que seria uma decorrência necessária do princípio do Estado de Direito, insito ao número 1 do artigo 1 e no número 1 ao artigo 2 da Constituição.

....O segundo subprincípio inserto no conteúdo do princípio da legalidade é o do nullum crimen, nulla poena

sine lege praevia. Para que o indivíduo possa ser julgado e condenado pela prática de determinada conduta, os elementos dessa conduta e os pressupostos e requisitos da punição têm que estar devidamente descritos numa lei em vigor em momento anterior à sua prática. É uma das principais exigências do princípio da legalidade em direito criminal e uma das razões de sua existência, precisamente para se proibir punições de comportamentos não tipificados, simplesmente porque o soberano assim o deseja. E se se permitisse, mesmo que se aceite que não se deve punir comportamentos não tipificados, que uma lei que tipifica ex novo uma conduta ou simplesmente agrave a pena cominada, possa ser aplicada a factos praticados antes de sua entrada em vigor, aquela exigência ficaria completamente esvaziada e desprovida de qualquer sentido. Portanto, esta é a regra da proibição de punição por via de leis ex post facto.

.... Portanto, da essência desse subprincípio decorrem três orientações de extrema importância.

A – Primeiro, a ideia da anterioridade da lei penal em relação ao facto. Assim, se no momento em que a pessoa adotou determinada conduta, por mais grave que esta conduta possa parecer do ponto de vista social, se não estiver tipificada em lei anterior, a ela não poderá ser aplicada qualquer sanção jurídico-criminal.

B – Segundo, a exigência da lei prévia determina a irretroatividade da lei penal, pois, regra geral, a lei penal não se aplica a factos passados. Se através de uma norma jurídico-penal se criminalizar determinada conduta ou simplesmente agravar as condições da sua punibilidade, não será possível a sua aplicação retroativa.

Mas, de outra parte, precisamente porque não viola em circunstância alguma o princípio do Estado de Direito, até pelo contrário por ser uma sua exigência, na medida em que primária pela proteção dos direitos individuais, em relação a uma norma jurídica que operasse uma descriminalização ou atenuasse as condições de punibilidade de uma certa conduta, teria que haver necessariamente a possibilidade de aplicação retroativa da lei penal posterior mais benéfica, pelo que a irretroatividade penal abrange apenas leis penais menos favoráveis ao agente. Esta é a terceira exigência do nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, pois que não faria sentido punir uma pessoa nos termos da lei anterior se o próprio legislador, legitimado pelo princípio democrático, entender que determinada conduta deve ser descriminalizada ou então que as condições de sua punibilidade merecem ser suavizadas.

Estes corolários já tinham sido considerados no Acórdão nº 13/2018, de 7 de junho, Manuel Fonseca v. STJ, Rel. JC Pina Delgado, sobre violação da garantia de presunção da inocência na sua dimensão de in dubio pro reo e da garantia contra a retroatividade da lei penal prejudicial ao arguido, publicado no Boletim Oficial, I Série, nº 49, 20 de julho de 2018, pp. 1277-1285, para. 5.3. “O direito invocado é suscetível de amparo. A sua previsão é clara na Constituição, constando, como indicado, do número 2 do seu artigo 32, redigido em termos segundo os quais “é proibida a aplicação retroativa da lei penal, exceto se a lei posterior for de conteúdo mais favorável ao arguido”. Além de se integrar no Capítulo I do Título II da Parte II da Constituição, portanto no segmento reservado aos direitos, liberdades e garantias individuais, poucos direitos subjetivos são tão centrais ao modelo de Estado que foi adotado pela Constituição quanto a garantia que veda a aplicação de norma penal retroativa em prejuízo do arguido. Menos clara, todavia, é a existência de posição jurídica subjetiva fundamental com caráter de direito, liberdade e garantia – com dimensão positiva – de se beneficiar de aplicação retroativa de lei penal mais favorável. A posição do Tribunal é que, embora não se esteja perante bases de proteção com o mesmo estatuto e grau de salvaguarda, o facto é que também

se pode considerar que, não obstante a redação, há uma subjetivação em forma de direito a beneficiar-se de lei penal mais favorável, ainda que, por motivos naturais, esta esteja sujeita a algumas limitações. Aliás, também o número 1 do artigo 2º do Código Penal dispõe que “sempre que as disposições penais vigentes ao tempo da prática do facto forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, aplicar-se-á o regime que concretamente for mais favorável ao agente”. Em acórdão recente o Tribunal já tinha dado a entender a adoção dessa orientação ao considerar que “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” (Acórdão nº 10/2018, de 3 de maio, Rel: JP Pinto Semedo, publicado no Boletim Oficial, I Série, nº 35, 6 de junho, pp. 869-884, 1.8.)”.

*C – Um terceiro corolário do princípio da legalidade criminal seria a imposição de *lege stricta* – *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*. O legislador ao qualificar determinada conduta como crime deve precisar e especificar pormenorizadamente quais os comportamentos que pretende incriminar e os termos da aplicação de penas e medidas de segurança. Em princípio, o legislador não se esquece de incriminar comportamentos, daí muitos dizerem que em direito penal não existem lacunas.*

Entretanto, não é que as lacunas não existam em Direito Penal, pois na verdade elas podem ser encontradas em qualquer ramo do Direito. O que o princípio dita é que a manifestarem-se na esfera jurídica aqui em discussão, elas não podem em caso algum ser preenchidas ou integradas em malam partem. Daí a exigência da proibição da analogia ou mesmo de interpretações extensivas no direito criminal. Contudo, só a analogia ou a interpretação extensiva que for prejudicial ao agente que adotou determinado comportamento é que é proibida, sendo perfeitamente aceite o recurso a casos análogos em bonam partem.

*D – A quarta e última dimensão do conteúdo do princípio da legalidade, a exigência de *lege certa*, ou princípio de determinabilidade e de taxatividade da lei criminal, já foi alvo de análise por parte do Tribunal Constitucional, por meio do seu Acórdão nº 13/2016, de 7 de julho, Relator: JC José Pina Delgado, para. 2.9, já citado.”*

3.6. Compulsando os autos pode-se, em primeiro lugar, notar que a condenação em primeira instância se verificou com base no enquadramento dos factos nos tipos constitutivos previstos nos artigos 143º, em conjugação com o artigo 34º do CP (crime de agressão com penetração continuada), no nº 1 do artigo 137º do CP (crimes de coacção) e no nº 2 do artigo 184º do CP (crimes de gravações, fotografias e filmes ilícitos). Este enquadramento foi confirmado pelo Tribunal de Relação e pelo Supremo Tribunal de Justiça, não havendo nada a apontar a este respeito. Em segundo lugar, foram provadas a ameaça e coacção através das redes sociais, mas tal não significa a aplicação da lei sobre cibercrimes, nem tampouco a sua aplicação retroativa que seria inconstitucional por violação do disposto no nº 2 do artigo 32º da Magna Carta da República. Convém referir, de resto, que a lei do cibercrime não regula os crimes por que os arguidos foram condenados. Pelo contrário, ela regula outras categorias de crimes, designadamente os crimes de falsidade informática (artigo 3º), dano relativo a programas ou outros dados informáticos (artigo 4º), sabotagem informática (artigo 5º), acesso ilícito (artigo 6º), interceção ilícita (artigo 7º), utilização indevida de dispositivos (artigo 8º), pornografia infantil (artigo 9º) e pornografia de vingança (artigo 10º).

Como bem disse, o Supremo Tribunal de Justiça, concordando com o Tribunal de Relação de Sotavento, as redes sociais foram apenas os veículos ou os instrumentos utilizados pelos arguidos para proferirem as ameaças e constrangerem as vítimas.

Conclui-se, pois que nenhuma dessas disposições citadas foi violada, pelo que não se verificou qualquer vulneração do princípio da legalidade penal, designadamente do princípio *nullum crimen sine lege*.

Tampouco, em relação à legalidade processual penal, além do grau de limitação a condutas do poder público que impõe ser notoriamente menor, o facto é que não se estava, na maior dos casos, em cenário de recolha de provas eletrónicas no sentido estrito da palavra, mas de objetos ligados a prática criminosa cuja base jurídica já está desde há muito estabelecida pelo Código de Processo Penal. Por conseguinte, não se pode falar em definição *ex post factum* de provas utilizadas pelo tribunal para condenar os recorrentes.

Assim, o Tribunal não vê qualquer razão para atender aos pedidos de declaração de nulidade do Acórdão nº 34/19 do Supremo Tribunal de Justiça e de determinação da absolução dos recorrentes.

III. Decisão

Pelo exposto, os Juizes do Tribunal Constitucional, reunidos em Plenário, decidem que o Supremo Tribunal de Justiça ao confirmar, através do Acórdão nº 34/2019, a decisão do Tribunal de Relação de Sotavento que havia confirmado a condenação dos recorrentes em primeira instância:

a) Não violou o princípio constitucional da presunção da inocência na dimensão do *in dubio pro reo* ao não acolher o entendimento daqueles de que durante a fase de produção de provas os factos não ficaram bem esclarecidos e ter-se-á gerado dúvida quanto à imputação subjetiva dos mesmos;

b) Não violou a garantia da não discriminação em virtude do sexo ao não acolher o entendimento daqueles de que consideraram as alegações das coarguidas M. e M. e não as suas quanto a terem sido coagidos;

c) Não violou o princípio da legalidade, nas suas dimensões de garantia de anterioridade e de garantia da proibição de retroatividade da lei penal desfavorável (*nullum crimen sine lege*) ao não adotar a tese por eles esposada de que se havia aplicado lei posterior para qualificar juridicamente os factos e para estabelecer o regime processual de provas utilizadas para os condenar;

d) Por conseguinte, é improcedente o pedido de declaração de nulidade do Acórdão nº 34/19 do Supremo Tribunal de Justiça.

Registe, notifique e publique.

Praia, 02 de junho de 2020

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

Está Conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 06 de junho de 2020. — O Secretário, *João Borges*

Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional nº 13/2020, em que são recorrentes Kevin Jorge Monteiro Rodrigues e Leonardo Nelson Lopes da Cruz e recorrido o Supremo Tribunal de Justiça.

Acórdão nº 18/2020

I - Relatório

1. Kevin Jorge Monteiro Rodrigues e Leonardo Nelson Lopes da Cruz, com os demais sinais de identificação nos autos, não se conformando com o Acórdão nº 08/2020, de 09 de março, através do qual o Venerando Supremo Tribunal de Justiça indeferiu a Providência de Habeas Corpus nº 20/2020, vêm, nos termos do artigo 20º da Constituição da República de Cabo Verde (CRCV), interpor recurso de amparo e requerer a adoção de medida provisória, alegando, em síntese, que:

1.1. Foram condenados em 2 anos de prisão, pela prática de um crime de roubo, previsto e punido nos termos do artigo 198º, nºs 1 e 2, 1.ª parte do Código Penal, pena que, entretanto, foi substituída por três meses de trabalho a favor da comunidade;

1.2. Apesar de terem sido avisados pelo Escrivão do Primeiro Juízo Crime do Tribunal Judicial da Comarca de São Vicente que, posteriormente, seriam notificados do dia e local onde deveriam comparecer para prestarem serviços a favor da comunidade, nunca foram notificados. Prova disso é que *“em parte alguma dos autos do processo em tela, consta que os Requerentes foram notificados pelo Tribunal “a quo”, “para comparecerem no dia tal, na hora tal e no local tal, para darem início a prestação dos referidos serviços a favor da comunidade a que foram condenados;”*

1.3. O que resulta dos autos é o facto de o Tribunal *a quo* ter solicitado à Câmara Municipal da Ilha de São Vicente, através do ofício registado sob o nº 143/P2/19, de 14 de maio de 2019, que os admitisse como prestadores de serviço em virtude da substituição da pena de prisão de dois anos pelo trabalho a favor da comunidade;

1.4. E, no mesmo dia, a Direção de Serviços de Recursos Humanos da Câmara Municipal de São Vicente mandou informar o Tribunal que os ora recorrentes deveriam comparecer no Parque Auto da Câmara Municipal, sito na zona de Monte Sossego, no dia vinte do mês de maio do ano de dois mil e dezanove, pelas 8:00 horas, a fim de darem início ao suprarreferido serviço;

1.5. Por conseguinte, competia ao Tribunal *“a quo,”* notificar os recorrentes do dia, hora e local indicados pela referida Câmara, para que pudessem iniciar a prestação de serviço;

1.6. Ainda que tivessem sido notificados do local e data onde deveriam iniciar a prestação de serviço e não tivessem comparecido, o Tribunal não deveria revogar a pena substitutiva, sem antes procurar saber o porquê da não comparência deles, uma vez que há situações de força maior;

1.7. Por não terem sido notificados do local, da data e do horário da prestação de serviço a favor da comunidade, ficaram surpreendidos, quando, no dia 16 de dezembro de 2019, foram interpelados pelos Agentes da Esquadra da zona de Fonte Inês, Ilha de São Vicente e os quais apresentaram-lhes um mandado de detenção e condução à cadeia mandado lavrar pelo Juiz do Primeiro Juízo Crime do Tribunal Judicial da Comarca de São Vicente, a fim de cumprirem a pena privativa de dois anos de prisão, com fundamento na alegada recusa de cumprimento da pena substitutiva de trabalho a favor da comunidade, nos termos do nº 3 do artº 71º do Código Penal;

1.8. Por isso, os recorrentes não puderam exercer o contraditório, nem sequer tiveram a possibilidade de apresentar uma reclamação ou um competente recurso ordinário impugnando a decisão desajustada do Meritíssimo Juiz do Tribunal *a quo*;

1.9. *Depois de várias semanas na cadeia, e, em um ato de desespero, endereçaram um requerimento ao Juiz do Tribunal “a quo” “que havia revogado a referida pena, mas, em nada resultou, ou seja, este, respondeu ao*

suprarreferido requerimento, dizendo que, os Requerentes foram notificados na ata de julgamento (“...”), ou seja, $1+2 = a 5$;

1.10. *Uma vez que, “in casu, “a nossa lei adjetiva penal não permite recurso extraordinário, coube os Requerentes lançar a mão de uma providência de “habeas corpus” junto ao Superior Tribunal de Justiça;”*

1.11. *“Ora, o supra referenciado Tribunal Superior, em sete dias depois de os Requerentes darem entrada naquele Tribunal a supra providência, proferiu um acórdão, reconhecendo o erro do juiz do Tribunal “a quo”, “por ter revogado a pena de substituição sem que os Requerentes tivessem sido notificados;”*

1.12. *“Porém, aquele Superior Tribunal, indeferiu a referida providência, por entender que, a sede própria para o escrutínio dessa ilegalidade seria o recurso ordinário;”*

1.13. *“Nos parece que, com a supra referenciada decisão, o supra Egrégio Superior Tribunal de Justiça, não teve em devida conta, que os requerentes não recorrerem as vias ordinárias porque foram-lhes privados de o fazer dentro do prazo exigido por lei.”*

1.14. *“Aquele Superior Tribunal de Justiça ao reconhecer, ainda que de forma indireta, o erro do Tribunal “a quo”, na aferição do quadro factual ou dos requisitos legais que o habilitasse a proceder à revogação em causa, deveria deferir a providência de “habeas Corpus” ora em dela. Não o tendo feito, os Requerentes continuaram com os seus direitos fundamentais sendo violados por uma decisão desnecessária, desproporcional, desadequada e de todo ilegal.”*

1.15. Mais articulam, questionando:

“(…) Venerandos Juízes Conselheiros desta Corte Constitucional, será que é justo Vossas Excelências, indeferirem este recurso, com base na al. d) do nº 1 do art. 16º da lei nº 109/IV/94, de 24 de outubro, em uma hipótese de, não se considerar que a via judicial tenha sido esgotada, porque os Requerentes não interuseram o recurso ordinário dentro do tempo permitido por lei? Quando viram-se privados de o fazer por não conseguirem a tempo e hora comunicarem com os seus parentes ou mesmo representantes legais, por um claro abuso de direito por parte do Tribunal “a quo!?”

1.16. Na perspetiva dos impetrantes, a revogação da substituição da pena pela prestação de trabalho a favor da comunidade sem que lhes tenha sido dada a possibilidade de exercerem o contraditório viola o disposto nos números 6 e 7 do artigo 35º da Constituição e, por conseguinte, foram violados os princípios sacrosantos plasmados na Constituição da República de Cabo Verde, quais sejam, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da liberdade e o princípio do contraditório;

1.17. Requerem, ainda, que o Tribunal Constitucional adote medida provisória que se traduza na sua soltura imediata, tendo invocado o disposto no artigo 11º da Lei nº 109/IV/94, de 24 de outubro (doravante Lei do Amapro);

1.18. Terminam o seu arrazoado da seguinte forma:

“Nestes termos, e nos melhores de direito aplicáveis e, sempre com “copia satis litteratus tuae,” é medida de rigor o acolhimento da presente Recurso de Amparo Constitucional.

Deve e se requer que, o presente recurso seja Julgado procedente, por provado e, por via disso, restituir os Requerentes à liberdade, não apenas como medida de justiça, mas, como forma de resgatar e levar novamente a “pazem” que os Requerentes merecem.

Para tanto, SE REQUER a V/Exia., que se digne ordenar a citação do Douto Magistrado do Mº. Pº para

se pronunciar, querendo, seguindo-se os demais trâmites legais.”

2. Cumprindo o estabelecido no artigo 12º da Lei do Amparo, foram os autos com vista ao Ministério Público para emitir o parecer sobre a admissibilidade do recurso, tendo-o feito, essencialmente, nos seguintes termos:

“(…) Assim e porque a petição se mostra suficientemente fundamentada e não há registo de que tenha sido rejeitado, por decisão transitada em julgado, um recurso com objecto substancialmente igual, sem prejuízo de melhor certificação da tempestividade do recurso, parecem estar preenchidos os demais pressupostos para admissibilidade do recurso de amparo constitucional apresentado.

Do exposto, com ressalva para inexistência de elementos sobre a devida observância do prazo legal previsto no nº 1 do artigo 5º da lei do amparo, somos de parecer que o recurso de amparo constitucional está em condições de ser admitido.”

3. Através do Acórdão nº 16/2020, de 21 de maio, os Juízes Conselheiros do Tribunal Constitucional, reunidos em Plenário, decidiram ordenar que fossem notificados os recorrentes para, querendo, e, nos prazos legais, sob pena de rejeição do recurso, aperfeiçoarem a fundamentação do recurso, esclarecendo em que medida a interpretação dos normativos que regulam a providência extraordinária de proteção da liberdade sobre o corpo feita pelo Supremo Tribunal de Justiça terá violado os seus direitos, liberdades e garantias.

4. Tendo sido notificados, através do correio eletrónico, no dia 29 de maio de 2020, em 03 de junho do mesmo ano responderam, pela mesma via, enviando a peça de aperfeiçoamento que será apreciada mais adiante.

5. É, pois, chegado o momento de apreciar e decidir da admissibilidade do recurso nos termos do artigo 13º da Lei do Amparo.

II – Fundamentação

1. Nos termos do nº 1 do artigo 20º da CRCV, 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 só pode ser interposto contra atos 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 excecionalidade.

O caráter 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 nº 3 do artº 2º da Lei do Amparo.

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

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

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

Antes de identificar e analisar os pressupostos e os requisitos do recurso de amparo e aferir se no caso vertente se verificam, importa consignar que o seu objeto não se identifica com qualquer ato de natureza legislativa ou normativa, como resulta expressamente do nº 2 do artigo 2º da Lei do Amparo.

1.2. Tratando-se de um recurso de amparo contra uma conduta imputada ao Supremo Tribunal de Justiça, importa verificar se existe alguma razão que possa impedir a sua admissão, atento o disposto no artigo 16º da Lei do Amparo.

Com efeito, conforme o disposto no nº 1 do artigo 16º da Lei do Amparo, o recurso não será admitido quando:

a) Tenha sido interposto fora do prazo

“O recurso de amparo é interposto no prazo de vinte dias contados da data da notificação da decisão, sempre que a questão seja suscitada em processo que corre termos nos tribunais”, atento o disposto no artigo 5º da Lei do Amparo.

Para efeitos de contagem do prazo para a interposição do presente recurso, considerou-se que os recorrentes foram notificados do acórdão recorrido no dia 10 de março de 2020, data em que, segundo a certidão de notificação constante dos autos, o seu mandatário foi notificado do acórdão que indeferiu o pedido de *habeas corpus*.

Tendo a petição de recurso sido apresentada na Secretaria desta Corte a 07 de abril de 2020, considera-se que o recurso foi tempestivamente interposto, atento o disposto no nº 2 do artigo 3º, e no nº 1 do artigo 5º da Lei do Amparo, conjugado com o disposto no nº 2 do artigo 137º do CPC, aplicável *ex vi* do artigo 1º da Lei do Amparo.

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

i. Nos termos dos números 1 e 2 do artigo 7º 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*”.

Considera-se, pois, preenchido o requisito previsto no artigo 7º supracitado.

ii. Ao abrigo do disposto no nº 1 do artigo 8º da Lei do Amparo, o recorrente deverá na petição de recurso:

a) *Identificar a entidade, o funcionário ou agente autor do acto ou da omissão referidos no nº 1 do artigo 2º e artigo 3º, 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.*

Através do Acórdão nº 16/2020, o Tribunal Constitucional concedera aos recorrentes a possibilidade de, em querendo, e nos prazos legais, sob pena de rejeição do recurso, aperfeiçoarem a fundamentação do recurso, esclarecendo em que medida a interpretação dos normativos que regulam a providência extraordinária de proteção da liberdade sobre o corpo feita pelo Supremo Tribunal de Justiça terá violado os seus direitos, liberdades e garantias.

Tendo sido notificados desse aresto, por correio eletrónico, no dia 29 de maio de 2020, a peça, através da qual se propuseram esclarecer determinados aspetos da fundamentação do recurso, deu entrada na Secretaria do Tribunal Constitucional, pela mesma via, no dia 03 de junho do mesmo ano, pelo que se considera que responderam no prazo estabelecido pelo nº 1 do artigo 17º da Lei do Amparo, atento o disposto no nº 2 do artigo 137º do CPC, aplicável *ex vi* do artigo 1º da Lei do Amparo.

O esforço no sentido de esclarecerem alguns aspetos que se apresentavam pouco claros, nomeadamente devido à forma pouco precisa como se encontrava redigida a petição, especialmente a sua fundamentação, traduziu-se no aditamento dos artigos 37º a 41º, os quais, apesar de substancialmente similares aos articulados 32º a 37º da petição inicial, quando interpretados em conjugação com determinados segmentos da petição de recurso, permitem inferir que os recorrentes atribuem ao Supremo Tribunal de Justiça a responsabilidade pela violação do direito à liberdade sobre o corpo *ex vi* do nº 1 do artigo 29º da CRCV; o princípio da dignidade da pessoa humana *ex vi* do artigo 1º da CRCV e o princípio da liberdade *ex vi* do artigo 15º e nº 1 do artigo 29º, todos da CRCV, ao adotar a conduta que se traduziu na recusa da devolução da sua liberdade sobre o corpo, depois de terem sido detidos e conduzidos à cadeia civil de São Vicente, na sequência de um mandado de detenção e consequente condução, por alegadamente não terem dado cumprimento à pena substitutiva de trabalho a favor da comunidade em que foram condenados, sem que tivessem sido notificados das condições de cumprimento dessa pena, nomeadamente o local, a data e o horário da prestação de serviço a favor da comunidade e por terem sido detidos e conduzidos

para cumprimento da pena principal de prisão, mas também porque não lhes foram permitido o exercício do direito de defesa, em violação ao direito ao contraditório, naquilo que seria uma oportunidade para contestarem os fundamentos apresentados pelo tribunal de instância, o que, do ponto de vista deles, não deixa de consubstanciar uma prisão ilegal.

Segundo os mesmos impetrantes, o Supremo Tribunal de Justiça, depois de ter admitido, ainda que de forma indireta, o erro cometido pelo primeiro Juízo Criminal do Tribunal da Comarca de São Vicente, tendo a possibilidade de corrigir o erro, através do deferimento do seu pedido de *habeas corpus*, não o fez, preferindo adotar uma interpretação de cariz formal legalista do disposto na alínea c) do artigo 18 do CPP em detrimento de uma interpretação mais substantiva e conforme com a Constituição.

Mais alegam que “*o Estado tem o direito de retirar a liberdade dos cidadãos, mas tem o dever de tirá-lo de forma justa e tratá-los com dignidade;*

Que Cabo Verde é um Estado de Direito Democrático, onde o ordenamento jurídico está norteado por princípios fundamentais, e as meras formalidades das leis ordinárias não devem sobrepor aos princípios constitucionalmente previstos; que a Constituição de Cabo Verde, fortemente influenciada pelo texto Constitucional Português, consagrou no seu artigo 18º de forma inequívoca, que, os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam todas as entidades públicas e privadas, pela sua superioridade em detrimento as demais leis positivas ordinárias.

Que o Egrégio Supremo Tribunal de Justiça não decidiu de forma mais justa, dada a violação grosseira dos direitos fundamentais dos ora requerentes pelo Tribunal Judicial da Comarca das Ilhas de São Vicente, primeiro Juízo Crime, ao ter revogado a pena de substituição sem os ter ouvido;

Assim, e tendo em conta o direito em causa, o Egrégio Tribunal Superior de Justiça, deveria basear a sua decisão no princípio da necessidade, da adequação e da proporcionalidade; não tendo procedido assim, os requerentes continuam com os seus direitos fundamentais sendo violados por uma decisão desnecessária, desproporcional e de todo ilegal.”

A fundamentação deste recurso, mesmo depois do seu aperfeiçoamento, apresenta-se extensa, e, aqui e acolá, nem sempre devidamente concatenada, o que não impede de se reconhecer que indicaram *as* condutas que, na opinião deles, violaram os seus direitos, liberdades ou garantias fundamentais, tendo também Indicado com clareza os direitos, liberdades e garantias fundamentais que julgam terem sido violados, com a expressa menção das normas ou princípios jurídico-constitucionais que entendem terem sido violados.

Formularam conclusões e requereram que lhes seja concedido o amparo constitucional que se traduza na restituição da sua liberdade sobre o corpo.

Os requisitos previstos pelo artigo 8º 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 respeita os requisitos estabelecidos na Lei do Amparo.

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

Adotando o conceito de legitimidade ativa recortado pelo nº 1 do artigo 25º do Código de Processo Civil, conjugado com o disposto no nº 1 do artigo 4º da Lei de Amparo, segundo o qual “*tem legitimidade quem tiver interesse directo em demandar*”, não se pode negar aos recorrentes a legitimidade para interpirem recurso de

amparo contra uma decisão que alegadamente violou os seus direitos à liberdade sobre o corpo, direito à dignidade da pessoa humana, à defesa, ao contraditório e à garantia de *habeas corpus*.

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 6º 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.”

Na verdade, esta Corte Constitucional, através do Acórdão nº 11/2017, de 22 de junho, publicado na I Série-nº 42, do *Boletim Oficial*, de 21 de julho de 2017, considerou que o disposto na alínea c) do artigo 3º 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 3º da Lei do Amparo, enquanto pressuposto de admissibilidade associado ao esgotamento das vias de recurso ordinário, sendo disso exemplo o Acórdão nº 13/2017, de 20 de julho, publicado na I Série, nº 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.

O Tribunal Constitucional tem reafirmado, em sucessivos arrestos, que *“O esgotamento das vias de recurso ordinário como condição sine qua non para admissibilidade do recurso de amparo não é uma fórmula vazia ou uma mera formalidade. Trata-se de uma exigência com efeito real sobre o sistema de proteção de direitos fundamentais. Portanto, antes de se recorrer para o Tribunal Constitucional, existem outros órgãos competentes para apreciar e eventualmente conceder a devida proteção aos titulares desses direitos.”*

A verificação do esgotamento prévio das vias de recurso ordinário previstas na lei do processo não se basta com a interposição de qualquer recurso. Pelo contrário, pressupõe que o interessado faça uso das vias de impugnação legais de forma que todos os órgãos competentes possam pronunciar-se sobre as condutas alegadamente lesivas de posições jurídicas subjetivas fundamentais antes que se franqueiem as portas do Tribunal Constitucional. Como é evidente, visa-se com esse procedimento evitar a subversão do sistema de proteção de direitos fundamentais desenhado pelo legislador constitucional.

Compulsados os Autos da Providência do *Habeas Corpus* nº 20/2020, verifica-se que os requerentes invocaram

expressamente o disposto no artigo 36º da Constituição e na alínea c) do artigo 18º do Código de Processo Penal como base para o pedido de concessão de liberdade, alegando que se encontram presos ilegalmente, porquanto o mandado de detenção emitido pelo Primeiro Juízo Criminal da Comarca de São Vicente, tendo-se baseado na falsa suposição de que teriam recusado prestar serviço a favor da Câmara Municipal de São Vicente, viola os seus direitos fundamentais plasmados na Constituição da República de Cabo Verde, quais sejam, o direito à liberdade sobre o corpo, o direito à dignidade da pessoa humana, os direitos de defesa e do contraditório.

Da análise do pedido dirigido ao Supremo Tribunal de Justiça através do *Habeas Corpus* e do Acórdão que o indeferiu, o qual se baseou no entendimento de que *“mesmo que tivesse ocorrido incumprimento a que se refere o artigo 71º, nº 3 do CP, a sede própria para o escrutínio dessa eventual ilegalidade é o recurso ordinário e não a providência de Habeas Corpus”*, constata-se que os recorrentes pediram a reparação da alegada violação dos seus direitos fundamentais, designadamente, o seu direito à liberdade sobre o corpo, argumentando que estariam em prisão ilegal, porque foram presos e conduzidos à cadeia, onde se encontram a cumprir uma pena de prisão efetiva na sequência da revogação da pena substitutiva de trabalho a favor da comunidade, sem que a condição de incumprimento se tenha verificado.

Considerando que o pedido deles foi indeferido por um acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça, decisão insuscetível de recurso ordinário, não há como não se dar por verificado o esgotamento de todas as vias de recurso ordinário.

Nestes Autos, o pressuposto esgotamento das vias ordinárias de recurso foi escrutinado e deu-se por verificado, como tem sido jurisprudência firme desta Corte em relação ao indeferimento de pedidos de *habeas corpus* apresentados contra a privação de liberdade decretada por tribunais de primeira instância, como se pode comprovar pela leitura dos seguintes arestos votados por unanimidade, no que concerne, especificamente, à presente condição de admissibilidade: Recursos de Amparo Constitucional nº 5/2018, admitido pelo Acórdão nº 26/2018, de 20 de dezembro, publicado na I Série, nº 88, Suplemento, do *Boletim Oficial* de 28 de dezembro de 2018; nº 6/2019, admitido pelo Acórdão 13/2019, de 8 de março, publicado na I Série, nº 46, do *Boletim Oficial* de 24 de abril de 2019; nº 12/2019, admitido pelo Acórdão 23/2019, de 27 de junho, publicado na I Série, nº 79, do *Boletim Oficial* de 22 de julho de 2019; nº 21/2019, admitido pelo Acórdão 33/2019, de 27 de junho, publicado na I Série, nº 110, do *Boletim Oficial* de 29 de outubro de 2019; nº 25/2019, admitido pelo Acórdão nº 34/2019, de 15 de outubro, publicado na I Série, nº 110, do *Boletim Oficial* de 29 de outubro de 2019; nº 23/2019, admitido pelo Acórdão nº 36/2019, de 15 de outubro, publicado na I Série, nº 110, do *Boletim Oficial* de 29 de outubro de 2019; nº 32/2019, admitido pelo Acórdão nº 02/2020, de 7 de fevereiro, publicado na I Série, nº 25, do *Boletim Oficial* de 3 de março de 2020; nº 3/2020, admitido pelo Acórdão nº 03/2020, de 14 de fevereiro, publicado na I Série, nº 25, do *Boletim Oficial* de 3 de março de 2020; nº 5/2020, admitido pelo Acórdão nº 05/2020, de 06 de março, disponível no site do Tribunal Constitucional: www.tribunalconstitucional.cv, enquanto aguarda a publicação no *Boletim Oficial* e nº 8/2020, admitido pelo Acórdão nº 09/2020, de 20 de março, que também está pendente de publicação no *Jornal Oficial*.

De acordo com os elementos constantes dos Autos e com aplicação rigorosa da nossa jurisprudência, conclui-se que se verifica o esgotamento de todos os meios legais de defesa dos direitos, liberdades e garantias e todas as vias de recurso ordinário estabelecidos pela respetiva

lei do processo, atento o disposto na alínea c) do nº 1 do artigo 3º e 6º da Lei do Amparo.

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

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

Os recorrentes alegam que foram violados os seus direitos à liberdade sobre o corpo, à dignidade da pessoa humana, ao contraditório, à defesa e da garantia ao *habeas corpus*.

A fundamentabilidade desses direitos parece clara. Desde logo pela sua inserção sistemática na Lei Magna na Parte II, Título II sobre “Direitos, Liberdade, Garantias” e Capítulo I sobre Direitos, Liberdades e Garantias Individuais, aos quais se aplicam os princípios enunciados no Título I.

No que concerne à garantia ao *habeas corpus*, ainda não é líquido que seja um direito subjetivo suscetível de proteção por via do recurso de amparo, pelo que, à semelhança do que se observou no âmbito do Recurso de Amparo Constitucional nº 10/2019, o qual fora admitido pelo Acórdão nº 17/2019, de 04 de abril, a natureza desse direito fundamental será decidida no mérito.

Portanto, ainda não se pode afirmar, com grau de certeza que se exige para a formação da convicção do Tribunal que manifestamente não foram violados os direitos acima identificados.

No que concerne à certeza quanto à inviabilidade de concessão do amparo requerido, ainda é relativamente cedo para se fazer um juízo de certeza quanto à manifesta inexistência desse requisito.

Pelo exposto e na esteira da jurisprudência constante desta corte, a decisão definitiva sobre este requisito será tomada na fase seguinte em que se aprecia o mérito do recurso.

Relativamente à dignidade da pessoa humana invocada como fundamento autónomo para a concessão do amparo, o Tribunal Constitucional, através do Acórdão nº 29/2017, de 28 de dezembro, votado por maioria, considerou que “no âmbito da dogmática jurídico-constitucional em Cabo Verde, não se pode de maneira alguma ignorar um dado fundamental. É que no ordenamento jurídico do país, a natureza da dignidade da pessoa humana como direito subjetivo é vinculada expressamente na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de que Cabo Verde é parte. Na verdade, este importante instrumento regional de proteção de direitos humanos considera, no seu artigo 5º, a dignidade da pessoa humana como direito. [...]. Por outro lado, não se pode esquecer a cláusula aberta dos direitos, liberdades e garantias prevista no nº 1 do artigo 17º da CRCV que dispõe o seguinte: «As leis ou convenções internacionais poderão consagrar direitos, liberdades e garantias não previstos na Constituição.»

Na declaração de voto de vencido que se encontra junto ao aresto a que se refere o parágrafo anterior, sobre a mesma matéria, o seu autor expressou o seguinte entendimento:

“Na esmagadora maioria destes casos, haveria sempre um direito, liberdade e garantia a proteger a posição jurídica em questão, seja a garantia contra a tortura ou as abragentes garantias contra qualquer tratamento desumano ou degradante, que, por si só, abarcaria um espectro de situações passíveis de atingir a dignidade

da pessoa humana, como ainda, em outras, o direito à liberdade, que seguramente recobriria casos de escravatura ou situações análogos à mesma, do direito a não se ser discriminado, o direito à privacidade e mesmo o direito à honra e certas garantias de processo penal.

1.5.3. Mas, admite-se que a dinâmica da vida seja tão intensa que, em abstrato, poderá haver situações em que não se consegue cobrir nem por meio dos preceitos de direitos, liberdades e garantias do catálogo, já, no geral, construídos como princípios e logo suscetíveis de abarcar situações distintas e imprevistas, nem por via daqueles que podem ser recebidas por meio da cláusula de abertura. Nomeadamente, os desenvolvimentos tecnológicos, por exemplo nas áreas da informática, da genética ou da biotecnologia, têm propiciado situações que potencialmente podem ter impactos consideráveis sobre a dignidade da pessoa humana num sentido que eventualmente as normas catalogadas de proteção de direitos e as demais passíveis de serem protegidas meio de recurso de amparo não conseguem cobrir.

1.5.4. Quando houver tais lacunas, eu seria o primeiro, até atendendo ao programa constitucional de se ter uma proteção sem hiatos, não só na perspetiva formal-processual, mas também material, a advogar o recurso a posição jurídica resultante do direito à dignidade da pessoa humana reconhecido pelo artigo 5º da Carta Africana.

1.6. Sempre nessa perspetiva de instrumentalidade que deve presidir à ligação entre o tribunal e o princípio da dignidade da pessoa humana. Este, enquanto norma constitucional deve ser levado a sério e, como se sublinha neste acórdão e em outros arestos constitucionais (Acórdão nº 7/2016, de 28 de abril, Rel: JC Piña Delgado, 2.3), não ser tratado como uma fórmula vazia. É é precisamente para se evitar que tal efeito se produza que, no meu entender, se deve evitar utilizações meramente retóricas da dignidade da pessoa humana, que trazem no seu bojo o perigo de uma vulgarização no mau sentido e, assim, ao seu esvaziamento, pois se tudo viola a dignidade da pessoa humana nada viola a dignidade da pessoa humana.

[...]

1.7. Portanto, é por isso que manifestei dúvidas em relação ao escrutínio que foi promovido em relação a possível violação do direito à dignidade da pessoa humana. Não me parece que tendo sido alegada violação do direito à presunção da inocência fosse necessário fazer essa incursão.

1.7.1. O que é inegável é que o princípio da dignidade da pessoa humana se subjetiva quando se projeta e se incorpora em vários direitos, dentre os quais diversas garantias penais, precisamente porque, em última instância, se o Estado priva uma pessoa da sua liberdade sem que seja provada a sua culpa está literalmente a instrumentalizar a pessoa, a tratá-la como uma coisa, como um ser que não possui um valor intrínseco e que, como tal, pode servir como meio para que ele atinja outros objetivos, por exemplo, dar resposta a exigências punitivas ou moralistas da sociedade, garantir ou sensação de segurança pública, privando uma pessoa arbitrariamente da sua liberdade natural. Esta associação é também feita pelo penalista cabo-verdiano Jorge Carlos Fonseca, “Termos de referência para a elaboração de um Código Penal de Cabo Verde”, RPCC, n. 5, 1995, pp. 23-45), quando ressalta que são valores fundamentais do sistema criminal pátrio “a dignificação a pessoa humana e o afastamento de qualquer ideia de sua instrumentalização para a realização de fins outros que não o livre desenvolvimento da personalidade ética do indivíduo” (p. 29).

1.7.2. Portanto, havendo um outro direito, liberdade e garantia hábil para se conduzir o escrutínio, seria de

se afastar qualquer apuração de violação do direito à dignidade da pessoa humana, pois não me parece que isso seria autorizado pela fórmula constitucional da dignidade da pessoa humana ou sequer pelo dispositivo citado da Carta Africana por não se acomodar, neste caso, às condições de receção do artigo 17, número 1, da Constituição.

1.8. Respetivamente, porque parece-me que, no geral, o recurso de amparo não é via adequada para se questionar violação do princípio da dignidade da pessoa humana, precisamente porque é meu entendimento que não há, de forma líquida, um direito à dignidade da pessoa humana passível de subjetivação enquanto tal, decorrente do catálogo constitucional.

Esse direito, a existir, decorre da incorporação de direito, liberdade e garantia previsto pela Carta Africana, mas, pelo motivos invocados, só seria possível o seu acolhimento de modo muito limitado, ou seja, apenas para os casos em que as normas do catálogo não previssem a posição jurídica em questão.”

Já o Acórdão nº 42/2019, de 19 de dezembro, votado por unanimidade, publicado na I Série do *Boletim Oficial*, nº 6, de 14 de janeiro de 2020, ao pronunciar-se sobre a mesma matéria, asseverou que “a dignidade da pessoa humana tal como é proclamada nos termos do nº 1 do artigo 1º da Lei Fundamental deve ser considerado um princípio objetivo do sistema, apenas aceitando o recurso a ele como fundamento para o recurso de amparo, quando não houvesse qualquer direito amparável que protegesse a situação pretendida.”

Recentemente o mesmo entendimento foi adotado, por unanimidade, pelo Acórdão nº 9/2020, 20 de março de 2020, pendente de publicação no *Boletim Oficial*, razão pela qual a jurisprudência contida nesses arestos se deve considerar firme.

Não há dúvida que a situação que os recorrentes pretendem ver tutelada com fundamento na dignidade da pessoa humana se reconduz à alegada violação do direito à liberdade sobre o corpo. Está claro que essa situação pode ser protegida por via de um amparo que seja considerado adequado para preservar ou restabelecer o direito à liberdade sobre o corpo.

Assim sendo, não se mostra necessário invocar a dignidade da pessoa humana como fundamento do pedido formulado no presente recurso de amparo.

Pelo exposto, é de se excluir o escrutínio relativamente a esse direito, ficando o objeto do presente recurso restrito à alegada violação do direito à liberdade sobre o corpo, à defesa e ao contraditório e a garantia ao *habeas corpus*.

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

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

Pelo exposto, conclui-se que não se verifica nenhum motivo que pudesse justificar a inadmissibilidade deste recurso, ainda que restrito à alegada violação do direito à liberdade sobre o corpo, o direito de defesa e o direito ao contraditório e a garantia ao *habeas corpus*.

III – Medidas Provisórias

1. Os recorrentes referem-se à possibilidade de o Tribunal Constitucional adotar medidas provisórias que venham acautelar um dano maior, fazendo-se o uso do previsto no artigo 11º da Lei do Amparo, o que poderia suscitar a questão de saber se realmente pretendem que se adotem medidas provisórias. Porém, o facto de não terem formulado um pedido direto não impede ao Tribunal de apreciar e decidir se no caso em apreço se justifica ou não adotar

tais medidas, já que o pode fazer oficiosamente, desde que esteja na posse de todos os elementos pertinentes para avaliar os respetivos pressupostos.

2. Conforme jurisprudência firme desta Corte, designadamente, o Acórdão nº 1/2019, de 10 de janeiro, publicado no *Boletim Oficial* nº, I Série, nº 11, de 31 de janeiro e o Acórdão nº 6/2019, de 8 de fevereiro, são os seguintes os pressupostos para que se possa adotar as medidas provisórias no âmbito do Recurso de Amparo:

2.1. Competência: considerando o disposto nas disposições conjugadas do artigo 134º da Lei de Organização do Tribunal e do nº 1 dos artigos 11º e 14º da Lei do Amparo, ao estipularem que os pedidos de decretação de medidas provisórias são decididos pelo Tribunal Constitucional, não se suscita qualquer dúvida quanto à competência desta Corte para conhecer e decidir sobre esse incidente.

2.2. Legitimidade: não há dúvida de que ninguém mais do que um recorrente em amparo por alegada violação de direito, liberdade e garantia tem interesse em agir, tendo a lei estendido a legitimidade para esse efeito ao Ministério Público, além de o próprio Tribunal o poder decretar oficiosamente.

2.3. Tempestividade: esse pressuposto está relacionado com o momento desde quando e até quando se pode solicitar a adoção urgente de uma medida provisória no âmbito de um recurso de amparo. A solução afigura-se nos simples, porquanto, nos termos do artigo 11º, nº 1, da Lei do Amparo, o pedido pode ser formulado na mesma peça da interposição do recurso e até ao despacho que designa o dia para o julgamento, conforme o nº 2 do artigo 15º do referido diploma legal. No caso vertente, tendo o pedido para a adoção urgente de medida provisória sido apresentado ao mesmo tempo e na mesma peça em que se requereu o amparo, é cristalino que não se suscita qualquer questão atinente à tempestividade.

3. O *periculum in mora* previsto na alínea a) do nº 1 dos artigos 11º e 14º, ao qual se tem acrescentado a versão limitada do *fumus boni juris* constitui mais um pressuposto a se ter em conta na apreciação do incidente em apreço.

3.1. Esse pressuposto que decorre da alínea a) do artigo 11º, reconhece uma das bases clássicas de decretação de medidas provisórias, o chamado *periculum in mora*, que se verifica quando fundamentadamente a demora da decisão final possa provocar prejuízo irreparável ou de difícil reparação ou a própria inutilidade do amparo requerido. Note-se que para o legislador, o instituto, em sede de amparo pelo menos, não se associa exclusivamente à preservação da utilidade e eficácia da decisão judicial (“a própria inutilidade do amparo requerido”), mas igualmente ao efeito de irreparabilidade ou de difícil reparação que se gera sobre o direito afetado (“prejuízo irreparável ou de difícil reparação para o recorrente”), o que resulta claro da utilização da palavra “ou” para conectar um e o outro.

3.2. O outro pressuposto previsto na alínea b) do artigo 11º - *razões ponderosas justificarem a necessidade da imediata adoção de medidas provisórias julgadas necessárias para a conservação dos direitos, liberdades ou garantias violados ou para o restabelecimento do seu exercício até ao julgamento do recurso* - concede ao Tribunal uma grande discricionariedade decisória e isso permite reduzir a amplitude da aparente automaticidade que decorreria da verificação do pressuposto previsto na alínea a) do artigo 11º da Lei do Amparo.

Todavia, essa discricionariedade é ela também condicionada por uma série de fatores que devem ser criteriosamente analisados e aplicados em cada caso.

A par dos critérios já estabelecidos no Acórdão nº 4/2018, de 13 de março (Atlantic v. PGR), publicado na I Série do *Boletim Oficial* nº 21, de 11 de abril de 2018, importa recuperar outros que foram aplicados

no Acórdão nº 1/2019, de 10 de janeiro, publicado na I Série do *Boletim Oficial* nº 21, de 31 de janeiro de 2019, nomeadamente, *a identificação e valoração do direito em espécie afetado, a determinação da forte probabilidade de ele ter sido violado no caso concreto, nomeadamente em razão da existência de precedentes do Tribunal que sejam aplicáveis à situação e que permitam antecipar (embora não assegurar) de alguma forma o desfecho do pedido de amparo; expetativa temporal em relação à decisão de mérito; os efeitos negativos sobre interesses públicos que no caso sejam prevalentes e de direitos de terceiros; as circunstâncias pessoais do requerente, nomeadamente familiares e profissionais e o impacto imediato da conduta lesiva sobre o direito.*”

3.3. Assim, na situação em apreço, existem certas circunstâncias que não devem ser ignoradas, desde logo a própria natureza do direito em causa, a liberdade sobre o corpo, que é direito que nos termos da Lei Fundamental merece posição sistemática e proteção especiais, por ser um dos direitos mais inerentes à pessoa humana.

Representando essa ideia a sua associação à palavra inviolabilidade que aparece no número 1 do artigo 29º da Lei Básica, referência simbólica da importância que lhe atribuiu o legislador constituinte no quadro do nosso Estado de Direito Democrático, ainda que disso não retire um efeito de ilimitabilidade; nas presentes circunstâncias significa que já se está perante uma razão que pende favoravelmente para favorecer a adoção da medida provisória requerida.

“*Acresce que o Tribunal já havia decidido decretar medida provisória, num caso (Atlantic v. PGR) em que se absteve de fazer uma análise mais aprofundada para a verificação da probabilidade de existência do direito, contentando-se com a sua viabilidade e, em que estava em presença um direito, liberdade e garantia (direito à propriedade privada e algumas liberdades associadas), importante, mas muito menos essencial do que a liberdade sobre o corpo.*”

3.4. Além disso, a forte probabilidade da existência do direito é uma outra circunstância que deve ser considerada.

É certo que o 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.

Ao iniciar a avaliação dessa circunstância, o Tribunal afirma que o quadro factual que conduziu à situação dos ora recorrentes é, materialmente equivalente àquele que esteve na base do Recurso de Amparo Constitucional nº 5/2020, em que é recorrente Manuel Joaquim Pires Gonçalves Monteiro e entidade recorrida o Supremo Tribunal de Justiça, admitido através do Acórdão nº 05/2020, de 06 março, publicado no B.O...no âmbito qual foi decretada a medida provisória que se traduziu na soltura do recorrente para evitar um dano que seria consequência da privação da liberdade por alegada falta de pagamento de uma indemnização sem que o interessado tenha sido notificado da decisão que ordenara a sua prisão e sem que tenha tido a possibilidade de exercer o contraditório, designadamente para explicar porque é que não tinha pago o montante que estava em causa, com base na seguinte fundamentação:

“*O recorrente fundamenta o pedido de decretação da medida provisória, alegando que a sua colocação em liberdade e a revogação do despacho que ordenou a sua prisão não prejudicam a faculdade “de o Juiz mandar estabelecer o contraditório, ouvindo-o, pois na verdade continua incumprida a Sentença na parte em que pretende o ressarcimento do assistente.*”

Ouvido o Requerente, poderá então o Mmo. Juiz prendê-

lo de novo, agora por razão enquadrada nos preceitos pertinentes do Código Penal, ou então tomar uma das medidas alternativas que nesses preceitos se encontram previstas, cabendo, nesse caso, recurso ordinário da decisão.”

Relevantes para a apreciação do pedido em análise são também as seguintes alegações do recorrente:

(...)

Nem sequer o detido é apresentado a juiz para perguntas. Passa pela secretaria para pagar e daí é conduzido à Cadeia Central.

Ora, o detido (o ora Requerente) não estava preso e não fora preso agora por causa da sentença que ordenara a suspensão da execução da pena de prisão, mas, repita-se mais uma vez, por causa do despacho de revogação que, não sendo de mero expediente, tinha de lhe ser notificado para ele poder reagir.

E sendo uma prisão por razão nova e diferente da sentença, o Requerente não podia deixar de ser ouvido sobre as razões da prisão, a saber as razões porque não pagou.”

Ao aferir da forte probabilidade de os direitos invocados terem sido violados pelas condutas imputadas aos órgãos judiciais que intervieram neste processo não se pode prescindir de uma análise, ainda que sumária, do procedimento adotado, principalmente no que diz respeito à alegada omissão de notificação da revogação da suspensão da execução da pena, o que foi decisivo para a privação da sua liberdade, antes de lhe ser dada a oportunidade de reagir através de meio processualmente adequado contra aquele despacho judicial.

Uma das razões da inconformação do recorrente tem que ver com a alegação de que não foi notificado do despacho que revogou a suspensão da execução da pena e que terá recebido apenas o mandado de detenção e condução à cadeia.

O caso em apreço apresenta uma grande similitude com o recurso de amparo nº 21/2019 (Luís Gomes Firmino versus Supremo Tribunal de Justiça), no que se refere à condução à cadeia para o cumprimento de uma pena de prisão sem que o arguido tenha sido notificado do Acórdão do Tribunal da Relação de Barlavento que havia confirmado a condenação decretada por um tribunal da primeira instância.

Ao decidir sobre o pedido de decretação de medidas provisórias, o Tribunal Constitucional, através do Acórdão nº 33/2019, de 10 de outubro, publicado na I Série do Boletim Oficial nº 110, de 29 de outubro de 2019, concedeu ao recorrente a medida provisória requerida, tendo ordenado a sua colocação em liberdade enquanto aguardava a decisão no mérito, com base na seguinte fundamentação:

“Para que a notificação enquanto garantia do direito ao recurso previsto nos termos do nº 7 do artigo 35º da Lei fundamental seja conforme com as diretrizes que emanam dessa norma é necessário que o arguido tenha ciência dos atos a que se refere o nº 2 do artigo 142º 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 142º

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 nº 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 nº 2 do artigo 142º do Código de Processo Penal cuja violação é cominada com a nulidade insanável nos termos da alínea h) do artigo 151º da Lei Processual Penal. Aliás, como o recente Acórdão nº 28/2019, de 16 de agosto, publicado na I Série do Boletim Oficial nº 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.”

No Acórdão nº 50/2019, de 27 de dezembro, publicado na I Série do Boletim Oficial nº 14, de 4 de fevereiro de 2020, que decidiu no mérito o recurso de amparo constitucional nº 21/2019, o Tribunal confirmou a orientação que havia emitido quando decretara a medida provisória, nos seguintes termos:

“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.

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.

2.2.4. 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.

(...)

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.

(...)

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.

(...)

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 cativo, 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 coacção 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.”

Sendo o caso em exame, no essencial, similar ao tratado nos acórdãos suprarreferidos, não se pode deixar de se lhe aplicar as orientações deles constantes, designadamente pelo facto de os recorrentes terem sido presos sem que a decisão que deu origem à emissão do mandado de detenção e condução à cadeia lhes ter sido notificado, tendo-lhes sido negada a oportunidade de, ainda em liberdade, reagirem processualmente contra aquela decisão.

Pois, não consta dos autos que o órgão judicial de primeira instância tenha definido preliminarmente as condições e os termos de execução da pena ou as tenha notificado posteriormente aos recorrentes.

Na verdade, a conduta do primeiro Juízo Criminal do Tribunal da Comarca de São Vicente, confirmada pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, que se traduziu na revogação da pena substitutiva alegadamente por incumprimento do dever de prestação de serviço a favor da Câmara Municipal de São Vicente, sem que tenham sido definidas preliminarmente as condições e os termos de execução da pena ou se tenha dado a oportunidade para os recorrentes reagirem processualmente, não pode ser considerado incumprimento, pelo que a conclusão lógica é que a lei não permite a prisão nestas circunstâncias.

Portanto, existe aparência muito forte de que os arguidos foram presos por razão que a lei não permite, posto que privados da sua liberdade por despacho desprovido de qualquer fundamentação ancorada no nº 3 do artigo 71º do Código Penal.

Pelo exposto, há forte probabilidade de a conduta adotada pelo Juiz do Primeiro Juízo Crime do Tribunal Judicial da Comarca de São Vicente e pelo Supremo Tribunal de Justiça, através do Acórdão nº 8/2020, de 9 de março, que indeferiu a providência de *habeas corpus* nº 20/2020 terem violado a garantia constitucional de os recorrentes saberem com clareza do comportamento devido para poderem conformar a sua conduta e de serem notificados para que pudessem, ainda em liberdade, exercer o *direito de defesa e do contraditório*.

3.5. O Tribunal tem vindo a considerar que, apesar da notória intenção do legislador constituinte e ordinário em imprimir uma especial celeridade à tramitação do recurso de amparo, que se traduz no dever de o recurso de amparo ser requerido em simples petição, o seu processamento ser baseado no princípio da sumariedade, a realidade tem demonstrado que nem sempre tem sido possível decidir as questões de fundo num prazo tão célere.

Portanto, o risco de, em certos casos, a demora na obtenção de uma decisão final poder comportar prejuízo irreparável ou de difícil reparação ou a própria inutilidade do amparo é real, como de resto, o próprio Tribunal o reconheceu, por exemplo, no âmbito do Acórdão nº 1/2019, de 10 de janeiro, suprarreferido. Pelo que se compreende o receio de que a demora na conclusão do processo possa agravar o prejuízo que terá que suportar e isso não pode deixar de constituir mais uma razão ponderosa para que seja deferido o pedido.

3.6. Não parece que existam óbices e grandes riscos para

o interesse público se for decretada a medida provisória requerida. Desde logo porque os recorrentes aguardaram em liberdade que o processo corresse seus termos até ao momento em que foram presos para cumprir a pena. Poderão ficar sujeitos a uma medida de coação que se mostre adequada ao estatuto do arguido enquanto se tramita o presente recurso de amparo.

4. Nestes termos, consideram-se, pois, verificados o *periculum in mora* e as razões ponderosas que justificam **a adoção da medida provisória requerida.**

IV - Decisão

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

a) Admitir o presente recurso de amparo relativamente a alegada violação do direito à liberdade sobre o corpo, ao contraditório, à defesa e da garantia ao *habeas corpus* pelo órgão recorrido quando se recusou a conceder o pedido de soltura solicitado em situação em que os recorrentes terão sido conduzidos à prisão sem antes lhes ter sido concedida oportunidade de reagir através de meio processualmente adequado contra o despacho judicial que determinou a sua condução à cadeia e sem que se definisse previamente os parâmetros da execução da pena de substituição;

b) Deferir o presente pedido de decretação de medida provisória;

c) Determinar que o tribunal recorrido promova a soltura imediata dos recorrentes, deferindo ao órgão competente a adoção de medidas de coação não privativas de liberdade que julgue adequadas pelo período necessário a que o amparo seja apreciado no mérito.

Registe, notifique e publique.

Praia, 12 de junho 2020

João Pinto Semedo (Relator), Aristides R. Lima,

(Voto em anexo), José Pina Delgado

Está Conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 17 de junho de 2020. — O Secretário, *João Borges*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Declaração de voto (vencido) do Juiz Conselheiro Aristides R. Lima

1. Não pude acompanhar a decisão de admissão do recurso de amparo porque me pareceu que, não obstante a referência formal dos recorrentes de amparo ao Acórdão do STJ nº 08/2020, a violação do direito alegado não decorre diretamente da omissão do Egrégio Supremo Tribunal de Justiça, STJ, mas sim do ato do Juiz de Comarca do Tribunal de S. Vicente que determinou a aplicação da pena principal, originalmente decretada, de privação de liberdade, quando, em seu entender, os recorrentes não terão comparecido para o cumprimento da pena substitutiva de trabalho a favor da comunidade. Ora, o nº 1 do artigo 3º da Lei do Amparo (LRAHD) estabelece que «a violação por órgão judicial de direitos, liberdades e garantias fundamentais constitucionalmente reconhecidos, só pode ser objeto de recurso de amparo se for praticada em processo que corra seus termos pelos tribunais quando ... b) a violação do direito, liberdade ou garantia constitucionalmente reconhecido *resulte direta,*

imediate e necessariamente de ato ou omissão imputável ao órgão judicial...».

Como decorre dos autos, em relação ao ato praticado pelo juiz comarção, determinando a execução da pena originária de prisão, os recorrentes poderiam ter recorrido para o Tribunal de Relação de Barlavento no prazo de dez dias nos termos do artigo 452º em conjugação com os artigos 436º e 437º do Código de Processo Penal. Ora, eles não o fizeram, não tendo, por isso, esgotado as vias ordinárias de recurso que teriam. Deste modo, privaram ao Tribunal de Relação de Barlavento da oportunidade de se debruçar sobre o assunto e de oferecer eventualmente a tutela jusfundamental enriquecida com uma visão específica e própria do juiz ordinário que, pela sua proximidade ao caso concreto, tem um valor próprio muito significativo e relevante para o órgão especial da Justiça Constitucional que é o Tribunal Constitucional.

2. Por outro lado, independentemente da minha posição quanto à admissão à sindicância de mérito do Recurso de Amparo Constitucional, afigura-se-me que no caso concreto o Tribunal Constitucional devia tomar à partida como parâmetros de controlo a considerar, não só o direito à liberdade, consagrado no artigo 30º da Constituição, mas também o *direito* (!) à dignidade da pessoa humana. A meu ver, este direito decorre da conjugação do artigo 1º com o artigo 24º da Constituição e ainda com o artigo 5º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Com efeito, o artigo 1º da Constituição determina que Cabo Verde é uma República que «garante o respeito pela dignidade da pessoa humana, enquanto o artigo 24º, retomando uma formulação próxima do disposto na Declaração Universal dos Direitos do Homem (Preâmbulo e artigo 1º)⁷¹, estipula que « todos os cidadãos têm igual dignidade social e são iguais perante a lei...». Como se sabe, o nº 1 do artigo 17º da Constituição admite a consagração por convenções internacionais de direitos liberdades e garantias *não previstos* expressamente na Constituição. Nesta base, mesmo quando se seja, legitimamente, renitente ou céptico em relação a uma construção dogmática que reconheça a existência na Constituição da República de um direito à dignidade da pessoa humana a partir de uma leitura que conjugue o § 10º do preâmbulo⁷², o artigo 1º e o artigo 24º da Magna Carta da República, não se pode olvidar que o artigo 5º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos traz, através da porta do nº 1 do artigo 17º da Constituição, para o ordenamento jurídico-constitucional cabo-verdiano um direito à dignidade humana ao estatuir que «todo o indivíduo tem direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana⁷³.

3. É facto que os recorrentes invocaram a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, do mesmo

⁷¹ Num dos considerandos dos preâmbulo, a DUDH estatui como uma das motivações da proclamação da Declaração o « reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo», enquanto no seu artigo 1º determina que « todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos».

⁷² O legislador constituinte estabeleceu no 10º § do texto preambular que «o presente texto da Constituição consagra um Estado de Direito Democrático com um vasto catálogo de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, *a concepção da dignidade da pessoa humana como valor absoluto e sobrepondo-se ao próprio Estado*».

⁷³ Sobre o direito à dignidade humana e o valor da dignidade da pessoa humana no plano internacional, Cfr. *Patrícia Jerónimo/Rui Garrido /Maria Assunção do Vale Pereira* (org.) : *Comentário Lusófono à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*, Minho 2018, p. 79. *Na anotação ao artigo 5º, Benedita Mac Corrie, depois de reconhecer que o artigo 5º consagra o direito à dignidade da pessoa humana diz o seguinte* : « A dignidade da pessoa humana é o valor central no qual se funda o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o que se pode verificar, desde logo, pela sua invocação nos preâmbulos da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como nos preâmbulos de várias Convenções celebradas no seio da Organização das Nações Unidas».

passo que o direito à liberdade. Sem confundir, de modo algum, princípio fundamental, previsto no artigo 1º, com o direito subjetivo à dignidade da pessoa humana, creio que o Tribunal poderia escrutinar no caso concreto não só se a conduta do órgão judicial atacada violou o direito à liberdade, mas também, e sobretudo, se violou o direito à dignidade humana dos recorrentes no processo.

4. Em meu entender, em termos de dogmática jurídica, está-se perante uma questão de concurso de direitos para a qual existem algumas regras já trabalhadas pela doutrina e pela jurisprudência. Enquanto problema de concurso de direitos, trata-se de saber qual, de entre vários direitos liberdades e garantias que à primeira impressão são pertinentes é decisivo para a resolução do caso ou então se se está perante uma situação em que ambos os direitos entram em linha de conta.

5. Normalmente, se uma conduta cair no âmbito de proteção de dois direitos de liberdade entre os quais existe uma relação de especialidade, a sua proteção determina-se exclusivamente de acordo com o direito fundamental especial; Por outro lado, se uma conduta cair ao mesmo tempo nos âmbitos de proteção de dois direitos de liberdade, entre os quais não se verifica qualquer relação de especialidade (o chamado concurso ideal), a proteção da conduta determina-se em conformidade com ambos os direitos fundamentais.

Aqui chegados, importa esclarecer que a especialidade de uma norma em relação a outra pode ser lógica ou normativa. Ela é lógica quando: «uma norma satisfaz todos os elementos da previsão de outra norma e suplementarmente pelo *menos um outro elemento da previsão*»⁷⁴. Ela é normativa «quando se verifica *apenas uma sobreposição incompleta mas em que uma das normas revela mais forte relação material com o caso em apreço*»⁷⁵.

6. No caso vertente parece-nos até que o direito à dignidade da pessoa humana no processo surge até de forma mais apelativa do que o direito à liberdade, já que se pode argumentar, como de resto se fez em sede judicial, que os indivíduos foram presos legitimamente porque tinham sido anteriormente (e – diríamos - mediante o devido processo) condenados a penas de prisão. Claro que este argumento não consegue abafar o facto de que a determinação da aplicação da pena principal aplicada pelo meritíssimo Juiz da Comarca de S. Vicente, aparentemente, baseou-se em pressupostos falsos e numa decisão em que os destinatários das medidas não foram ouvidos para apresentarem ao tribunal a sua versão dos factos e se defenderem de um volte-face que iria alterar radicalmente o seu estatuto. Com efeito, os recorrentes foram condenados a 3 de abril de 2019; foram avisados pelo escrivão de que seriam notificados quanto ao dia e local para iniciarem o seu trabalho a favor da comunidade como substituição da pena principal de prisão; *por ofício de 14 de maio*, o Tribunal a quo pediu à Câmara Municipal de S. Vicente que os admitisse como prestadores de serviço a favor da comunidade; a Câmara respondeu no mesmo dia, informando que os recorrentes deviam comparecer logo a 20 de maio para trabalhar no Parque Auto de Monte Sossego; no dia 16 de dezembro de 2019 foram conduzidos à prisão sem que tenham sido ouvidos pelo Tribunal de Comarca. Ora, essa conduta de órgão judicial pode indiciar uma violação do direito à dignidade da pessoa humana.

7. Como se sabe, uma das fórmulas utilizadas para se avaliar se a dignidade humana de um sujeito foi posta em causa é a chamada «fórmula do objeto», que significa

⁷⁴ Neste sentido, cfr. Bodo Pieroth/ Bernhard Schlink : *Direitos Fundamentais, Direito Estadual II*, Lisboa, 2008, p. 98.

⁷⁵ *Ibidem*.

basicamente transformar o cidadão em simples objeto. Assim, na aceção do constitucionalista germânico Günther Dürig, a dignidade da pessoa humana é violada não só quando uma pessoa é utilizada como simples meio (proibição da instrumentalização), mas também quando ela é «degradada em grandeza fungível», desprezada na sua particularidade individual, considerada simplesmente como mera coisa.

Aqui, haveria que syndicar não só se os recorrentes não foram tratados como puro objeto no processo ou, numa perspectiva contrária, na ótica do sujeito, se a pretensão de valor e respeito que é inerente à pessoa humana não foi violada ao mesmo tempo.

Cidade da Praia, 17 de junho de 2020

O Juiz Conselheiro, *Aristides R. Lima*

Está Conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 17 de junho de 2020. — O Secretário, *João Borges*

Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional nº 31/2019, em que é recorrente **Paulo Alexandre Monteiro Ramos Andrade** e entidade recorrida o **Supremo Tribunal de Justiça**.

Acórdão nº 19/2020

(Paulo Alexandre Monteiro Ramos Andrade v. STJ, sobre garantia a não se ser mantido em prisão preventiva fora dos prazos legais)

I. Relatório

1. Como tem sido prática consistente deste Tribunal, no que concerne ao relatório reitera-se o que já havia ficado assente no Acórdão nº 1/2020, de 31 de janeiro, Rel. JCP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 25, 3 de março de 2020, pp. 610-615, que admitiu este recurso, acrescentando-se a tramitação subsequente: “1. *Paulo Alexandre Monteiro Ramos Andrade*, com os demais sinais de identificação nos autos, não se conformando com o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 63/2019, de 18 de outubro de 2019, [que] indeferiu a providência de habeas corpus nº 65/2019, veio, nos termos do artigo 20º, nº 1, alíneas a) e b), e nº 2, da Constituição da República, interpor o presente recurso de amparo constitucional e, ao mesmo tempo, requerer que seja adotada medida provisória, com base nos artigos 11º e 14º, todos da Lei nº 109/IV/94, de 24 de outubro (Lei do Amparo), alegando, no essencial, o seguinte: 1.1. O recorrente foi detido e privado de liberdade desde o dia 06 de outubro de 2017. 1.2. Foi julgado e condenado pelo 3º Juízo Crime do Tribunal Judicial da Comarca da Praia, na pena de 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de prisão, pela prática, como autor material, de um crime de tráfico de estupefacientes, p. e p. pelos artigos 3º nº 1 da Lei nº 78/93, de 12 de julho, conjugado com os artigos 45º nº 3, 47º, 51º e 83º todos do Código Penal (CP). 1.3. A sentença que o condenou foi lida no dia 09, mas depositada na Secretaria no dia seguinte e disponibilizada aos mandatários do recorrente apenas no dia 11 de julho de 2018; 1.4. Não se conformando com a decisão condenatória, a 23 de julho do mesmo ano, interpôs recurso para o Tribunal da Relação de Sotavento; 1.5. Ao tomar conhecimento do despacho que não admitiu o recurso, mostrou a sua inconformação, alegando que a cópia da sentença só lhe foi disponibilizada no dia 11 de julho de 2018, porquanto, segundo a secretaria do 3º

Juízo Crime do Tribunal Judicial da Comarca da Praia, a máquina fotocopadora encontrava-se avariada, tendo, na ocasião, pedido a aclaração/retificação da sentença; 1.6. Em resposta ao pedido de aclaração da sentença, o Meritíssimo Juiz proferiu um despacho informando-lhe que já não tinha competência jurisdicional para efetuar qualquer reparo ou retificação da sentença, ou alterar a sua decisão de não admissão de recurso; 1.7. A 30 de outubro de 2018, esse mesmo juiz acabou por retificar a sentença proferida a 9 de julho de 2018, tendo a mesma sido notificada, no mesmo dia e ano, apenas ao mandatário do recorrente; 1.8. Após a retificação da sentença, os autos subiram para o Tribunal da Relação de Sotavento, para apreciação da reclamação de não admissão do recurso, tendo este Tribunal da Segunda Instância confirmado a decisão que não admitiu o recurso; 1.9. Depois de ter constituído um novo mandatário, este, a 4 de setembro de 2019, solicitou ao Meritíssimo Juiz do 3º Juízo Crime do Tribunal Judicial [...] que o seu constituinte, ora recorrente, fosse direta e pessoalmente notificado do referido despacho (artigos 140º, 141º nº 5 e 142º nº 2, todos do CPP), como forma de reparação do seu direito de ser notificado; 1.10. No dia 03 de outubro de 2019, o ora recorrente requereu ao Meritíssimo Juiz do 3º Juízo Crime do Tribunal da Comarca da Praia a reparação e restabelecimento do seu direito à liberdade, pedido esse que foi indeferido, com o seguinte fundamento: “estando esgotado o poder jurisdicional, mantemos a sentença; escusado será dizer ao requerente que o tribunal a quo não tem poder de, hoje, contrariando o seu veredito, decidir colocar quem quer que seja em liberdade;” 1.11. Não se conformando com esta decisão, e por entender que, de acordo com o disposto nos artigos 141º nº 5 e 142º nº 2 do CPP, o prazo para interpor recurso para o Tribunal da Relação de Sotavento começaria a contar a partir da data da notificação sobre a retificação da sentença, recorreu deste despacho para o Tribunal da Relação de Sotavento; 1.12. Tendo o recurso para o Tribunal da Relação de Sotavento sido admitido com efeito suspensivo, entende o recorrente que a atribuição de efeito suspensivo a esse recurso implica também a suspensão do trânsito em julgado da sentença que o havia condenado e, conseqüentemente, a sua situação é ainda de preso em regime de prisão preventiva. 1.13. Por conseguinte, estando determinado no artigo 279º do CPP os prazos de duração máxima para a prisão preventiva, entende o recorrente que por estar há mais de 24 meses privado de liberdade, sem que tenha havido condenação tanto na primeira como na segunda instância, a sua prisão tornou-se ilegal; 1.14. Assim, requereu novamente a reparação dos seus direitos fundamentais, através da providência de habeas corpus, prevista nos artigos 36º da CRCV e 18º e ss do CPP, que, entretanto, foi indeferida pelo Egrégio Supremo Tribunal de Justiça com base nos seguintes fundamentos: “O habeas corpus é uma providência que se dirige à reparação imediata de situações de flagrante e patente ilegalidade da prisão, o que no caso não ocorre, sendo o fundamento invocado manifestamente improcedente, já que a sentença transitou em julgado”. 1.15. Não se conformando com essa decisão, interpôs este recurso de amparo, por via do qual alega que o acórdão recorrido viola o seu direito à liberdade (artigos 29º, 30º e 31º da CRCV), à presunção de inocência (artº 35º nº 1 da CRCV), e o direito a um processo justo e equitativo (artº 22º da CRCV); 1.16. Conclui o seu arrazoado, formulando os seguintes pedidos: a) Que seja admitido o pedido, por ser legalmente admissível; b) Que seja aplicada a medida provisória e em consequência seja restituída a liberdade ao recorrente; c) Que seja julgado procedente e, conseqüentemente, seja revogado o acórdão nº 63/2019, de 18/10/2019, do STJ, com as legais conseqüências; d) Que sejam restabelecidos os direitos, liberdades e garantias fundamentais violados (liberdade, presunção de inocência, direito a um processo justo e equitativo)”.

2. Tendo o pedido sido admitido no dia 16 de março de

2020, o processo foi de seguida à entidade recorrida para obtenção de resposta, caso ela assim o quisesse, tendo, entretanto, optado por nada dizer dentro do prazo que legalmente dispunha para se pronunciar.

2.1. Na ausência de resposta da entidade recorrida, os autos foram no dia 24 do mesmo mês e ano ao Ministério Público para a vista final sobre o mérito da questão, tendo esta entidade por meio do parecer que juntou aos autos no dia 30 do mesmo mês oferecido importantes elementos de ponderação a esta Corte Constitucional.

2.1.1. Através da promoção suprarreferida, esta entidade, que já havia opinado pela inadmissibilidade do pedido de amparo constitucional – porque do seu ponto de vista manifestamente não estava em causa qualquer violação de direito, liberdade e garantia da titularidade do recorrente – reiterou que a conduta impugnada pelo recorrente no sentido de que o recurso interposto e admitido do despacho rectificativo da sentença, ao contrário do que entende o recorrente, não tem o efeito de suspender o trânsito em julgado da decisão condenatória.

2.1.2. No entanto, ponderou ter havido no âmbito do processo em causa possível violação dos direitos de defesa e ao recurso do recorrente, no que concerne ao *dies a quo* da contagem do prazo de dez dias para a interposição do recurso ordinário. Na perspetiva de se saber se se contaria da data da leitura da sentença, do seu depósito na secretaria ou da sua disponibilização aos interessados pela secretaria do tribunal. Isto porque, do seu ponto de vista, só da data da efetiva disponibilidade da sentença ao arguido é que se pode dar início à fixação temporal daquele prazo sob pena de desconsideração do seu direito ao recurso.

Nas suas palavras relativamente ao primeiro ponto concluiu que “i. A argumentação do recorrente de que o recurso do despacho de rectificação da sentença determinou a suspensão do processo parece contraditória com a sequência de factos que ele mesmo relatou. ii. Com efeito, no seu requerimento o recorrente relatou que “depois da rectificação os autos subiram para o Tribunal da Relação de Sotavento, para apreciação da reclamação de não admissão do recurso ordinário interposto, que foi confirmado, e os autos baixaram novamente para o tribunal recorrido”. iii. Se assim é, o recorrente teria de admitir que com a confirmação da decisão de indeferimento de recurso ordinário, a decisão condenatória transitou em julgado, por força do disposto no artigo 586º do Código de Processo Civil, aplicado por força do disposto no artigo 26º do CPP. iv. Assim, a notificação do despacho de rectificação da sentença no quantum da pena de prisão ao arguido e o recurso subsequente, assim como a admissão, com efeito suspensivo, [do recurso] do despacho que indeferiu a pretensão do arguido, não podem ter, nos termos da lei, o efeito de fazer renascer, “tal como fénix”, o “iter” do processo decisório e vaporizar uma decisão condenatória da qual não parecia possível qualquer recurso ordinário ou reclamação”. Concluir, em decorrência, que “a. O recurso de um despacho rectificativo da sentença não tem por efeito suspender o processo. b. Não tendo ocorrido a suspensão do processo, a decisão condenatória transitou em julgado. c. Os fundamentos de recurso apresentados pelo recorrente não parecem sustentar a pretensão que apresentou ao tribunal”.

E em relação ao segundo quesito argumentou que “v. Dada a aparente inviabilidade da argumentação/fundamentação apresentada pelo recorrente e porque o recurso de amparo foi admitido “restrito à liberdade sobre o corpo e à presunção da inocência” os fundamentos para a decisão do presente [processo?] terão de ser diversos dos apresentados pelo recorrente; vi. Na verdade, a questão que parece ser relevante em termos de protecção do direito

fundamental de acesso à justiça, na sua vertente de direito a defesa, incluindo, o direito de recurso, nos termos do artigo 22º nº 3 e 35º nº 7 da Constituição, parece prender-se com a questão da interpretação do artigo 452º nº 1 conjugado com o artigo 401º nº 4 e 5 todos do Código de [Processo] Penal, relativa à contagem do prazo de interposição de recurso, tendo em conta os seguintes termos/data: leitura da sentença, depósito da sentença, disponibilidade de cópia/certidão da sentença aos interessados em recorrer. vii. Se assim for, as questões de liberdade sobre o corpo e presunção da inocência só poderiam ser abrangidas reflexamente à questão do respeito ou não do direito de recurso, com a não admissão do recurso que o recorrente apresentou no dia 23-7-2018, quando o mesmo alega que só no dia 11-7-2018 é que lhe foi dado acesso à sentença que havia sido lida no dia 9-7-2018. viii. Entretanto, o incidente relativo à data da disponibilidade da sentença, não parece ter sido considerad[o]e apreciad[o] em devido tempo, quiçá em razão da forma como foi apresentada! ix. Com efeito, considerando o regime de contagem de prazos previstos no artigo 136º do CPP, nomeadamente os seus números 3 e 5, a questão jurídica de charneira parece ser a de saber se houve o devido respeito pelo direito de recurso, considerando a forma como foi feita a contagem do prazo de dez dias para a apresentação do recurso, isto é, se aquele prazo, no caso concreto, corria desde o dia 10-7-2018 ou a partir do dia 11-7-2018. x. Objectivamente, afigura-se que só com a efectiva disponibilidade na secretaria de cópia de sentença escrita e devidamente assinada é que se pode, validamente, contar o prazo de recurso, sob pena de indevido encurtamento/encolhimento do direito de defesa pela efectiva redução do prazo legal para a preparação e oferecimento do recurso”, pelo que concluiu neste particular que “d. A efectiva disponibilidade da decisão judicial na secretaria para consulta do[s] legítimos interessados é que deve ser o termo inicial de contagem de prazo para apresentar [o] recurso.”

Seguindo essas argumentações terminou o seu arrazoado do modo seguinte: “a) o recurso de amparo constitucional foi admitido, mas os seus fundamentos (de facto e de direito) deverão ser diversos daqueles que o recorrente entendeu apresentar. b) Nada há a promover sobre a medida provisória. c) Deve o Tribunal Constitucional pronunciar-se foi devidamente respeitado o direito de recurso, com a interpretação dada, no caso concreto, artigo 452º nº 1 conjugado com o artigo 401º nº 4 e 5 todos do Código [de Processo] Penal, e da decisão extrair todas as consequências legais e processuais”.

3. Depois da receção da promoção que o Ministério Público entendeu por bem ofertar ao Tribunal é de se registar a seguinte evolução processual:

3.1. A 5 de maio de 2020, nos termos conjugados do artigo 21 da *Lei do Amparo e do Habeas Data* e dos números 1 dos artigos 6º e 7º da *Lei que Estabelece Medidas Excepcionais e Temporárias para fazer face à Situação Epidemiológica Causada pelo Coronavírus e pela Doença COVID 19*, o Juiz-Relator depositou projeto de acórdão por via eletrónica e pediu a inclusão do processo na pauta de julgamentos desta Corte, decorrendo disso despacho do Presidente, também comunicado eletronicamente, marcando sessão para no dia 8 de maio por videoconferência.

3.2. A mesma realizou-se na data marcada contando com a presença dos Juizes Conselheiros, do Secretário da Corte, do mandatário do recorrente e um colaborador deste órgão judicial. O Ministério Público, apesar de ter sido notificado, invocando motivos de agenda, optou por não comparecer, e, apesar da divulgação feita através da página do Tribunal, ninguém do público se inscreveu para ter acesso.

3.2.1. Depois de aberta a sessão pelo Presidente, o

Relator apresentou um resumo do projeto de acórdão.

3.2.2. Em seguida, tomou a palavra o Venerando JC Aristides R. Lima, que discorreu a respeito do seu entendimento de que, ao contrário do que certas passagens do projeto de acórdão dariam a entender, a mera interposição de recurso de amparo não obsta ao trânsito em julgado de decisão judicial, gerando um efeito suspensivo. Seria mero reconhecimento pretoriano sem que a lei – nomeadamente o CPC – o determinasse claramente, no seu entendimento. Não obstante esta consideração, votou com o relator quanto à proposta de solução.

3.2.3. De sua parte o JCP Pinto Semedo concordou com o encaminhamento promovido pelo relator, sobretudo no segmento em que se pretende declarar que o STJ não violou os direitos invocados pelo recorrente. Todavia, considerou pertinente questionar a existência real da questão prévia suscitada, nomeadamente em razão de entendimentos que o Tribunal já havia acolhido em decisões, e da pertinência de se a deixar enquanto item da parte decisória.

4. O JC Relator registou as posições já defendidas antes pelos juízes e quanto à necessidade de manutenção da questão prévia, esclareceu que, do ponto de vista metodológico, havia que se distinguir entre o projeto de acórdão – no âmbito do qual, um relator não pode deixar de suscitar qualquer problema que obste a prossecução do processo e que deva ser resolvida pelo tribunal, trazendo, concomitantemente, soluções que propõe para cada uma delas – e a versão final do aresto, a qual dependerá da decisão do coletivo a respeito das mesmas e da maioria que se formar. Isso, sobretudo, porque a decisão citada (*Acórdão nº 11/2017, de 22 de junho, Maria de Lurdes v. STJ*, sobre violação do direito de constituir família por não reconhecimento de união de facto, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 42, 21 de julho, pp. 933-950 e na Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional de Cabo Verde, Vol. III, Praia, INCV, 2018 (2017), pp. 423-477) não cobria explicitamente o conteúdo da questão levantada pelo Ministério Público, cabendo ao Tribunal revisitar, atendendo às particularidades da presente situação, a parte final do artigo 20º da Lei do Recurso de Amparo e do *Habeas Data*.

5. Depois de comentários conclusivos e considerando os debates e arbitragem subsequente, a versão foi finalizada pelo relator, com o seguinte conteúdo.

II. Fundamentação

1. Antes de se passar à apreciação do ato alegadamente lesivo de direito, liberdade e garantia invocadas, lembrar-se-ia que, na peça de interposição do presente recurso de amparo, o recorrente impugna conduta empreendida pelo Supremo Tribunal de Justiça que diz ter violado posições jurídicas fundamentais de sua titularidade, as quais decorreriam dos seus direitos à liberdade sobre o corpo, à presunção da inocência, a ser julgado no mais curto prazo possível e a um processo justo e equitativo.

1.1. Todavia, atendendo à sua argumentação parece que o direito que eventualmente poderá ter sido violado diretamente é a sua garantia de não ser mantido em prisão preventiva para além dos prazos legalmente estabelecidos decorrente do número 4 do artigo 31 da Constituição da República, pois o comportamento que ele impugna é exatamente o facto de o órgão recorrido ter recusado o seu pedido de *habeas corpus* e o ter mantido em prisão preventiva ilegal, pois já estaria nesta situação há mais de vinte e quatro meses sem que tivesse havido condenação em segunda instância. Pelo que se se atesta esta violação, necessariamente aqueles

direitos por ele invocados seriam beliscados, nomeadamente a liberdade sobre o corpo.

Por conseguinte, mais uma vez, o Tribunal é obrigado a corrigir o parâmetro indicado por recorrentes, os quais sistematicamente indicam direitos violados de forma imprecisa, basicamente reproduzindo peças de interposição de recurso de outros processos sem fazer a devida adaptação ao caso concreto. Não fosse a configuração do amparo, nomeadamente a generosidade que se impõe a esta Corte no tratamento destas questões e a possibilidade que o regime jurídico aplicável nos concede de alterar o parâmetro, qualquer pretensão do recorrente cairia à nasçença.

Deste modo, parece evidente que se teria de começar pela avaliação do direito potencialmente violado de forma direta, ou seja, da garantia de não se ser mantido em prisão preventiva além de prazo legalmente fixado na lei. Assim, se se atestar a sua violação, tratando-se de uma de suas garantias, é porque também a liberdade sobre o corpo terá sido vulnerada.

1.2. Entretanto, no parecer que emitiu no âmbito da sua vista final, o Ministério Público argumentou que não deveria ser este o ato a guiar o escrutínio deste recurso de amparo, mas sim conduta da primeira instância confirmada pelo TRS, que terá desconsiderado potencialmente os direitos de defesa e ao recurso do recorrente, por ter considerado como *dies a quo* para a interposição do recurso ordinário a data de depósito da sentença na secretaria, o dia 10 de julho de 2018. E não a data em que efetivamente a mesma foi disponibilizada ao recorrente, o dia 11 do mesmo mês e ano. Precisamente, porque do seu ponto de vista, esta interpretação seria passível de violar direitos do recorrente, uma vez que levaria a um “*encurtamento/ encolhimento indevido*” do prazo legal para a apresentação do recurso, atingindo desta forma o direito de defesa e o direito ao recurso.

2. Considerados os elementos descritos na secção anterior, três possíveis questões se colocam a este Tribunal:

2.1. A primeira é preliminar e destina-se a avaliar se a conduta recortada pelo parecer contendo a vista final do Ministério Público subscrito pelo Digníssimo Senhor Procurador-Geral da República segundo o qual houve violação do direito ao recurso do recorrente por ação do tribunal de recurso ordinário porque adotou como *dies a quo* data anterior à efetiva disponibilização da cópia da sentença escrita pela secretaria, pode ser escrutinada no âmbito deste processo.

2.2. Na sequência disso, e caso seja de se conhecer da questão anterior, averiguar se, de um ponto de vista substantivo, essa conduta do poder judicial violou o direito de recurso do arguido.

2.3. E, finalmente, se o Tribunal recorrido violou o direito do recorrente a não ser mantido em prisão preventiva fora dos prazos legalmente estabelecidos ao denegar pedido de *Habeas Corpus* com base em interpretação de que a interposição de recurso de despacho de retificação decidido *ex-officio* por juiz comarcão não obsta ao trânsito em julgado da sentença já prolatada.

3. Apreciando a questão preliminar e prejudicial, dir-se-ia que o ponto nodal é averiguar se o Tribunal pode conhecer e escrutinar uma conduta que não tenha sido impugnada ou amparar direito a respeito do qual o recorrente não pediu reparação.

3.1. Relativamente ao segundo problema a resposta é positiva e é relativamente evidente do ponto de vista

legal, pois, embora o recorrente tenha a obrigação legal de indicar com clareza os direitos, liberdades e garantias fundamentais que julga terem sido violados, nos termos da alínea c) do número 1 do artigo 8 da Lei do Amparo e do *Habeas Data*, o Tribunal não se encontra vinculado ao escrutínio apenas destes direitos, podendo tanto outorgar amparo diferente do suplicado pelo recorrente como decidir com base em fundamentos diversos dos que este apresentou, conforme resulta do disposto no número 1 do artigo 24 desse mesmo diploma legal.

3.2. Porém, relativamente à outra questão a possibilidade de ultrapassá-la se revela praticamente impossível, pois, como o Tribunal tem entendido, nomeadamente quando considerou através do *Acórdão nº 27/2019, 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, decidido por unanimidade, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 100, 26 de setembro de 2019, pp. 1596-1608, que o recurso de amparo é um recurso pessoalíssimo. Pelo que cabe ao recorrente recortar com a maior precisão possível a conduta eventualmente violadora de suas posições jurídicas fundamentais; se este se omitir ou falhar na indicação deste importante pressuposto, a Corte Constitucional não pode em caso algum supri-lo, ainda que se depare oficiosamente com condutas praticadas – nomeadamente no âmbito de processo judicial como é o caso – potencialmente violadoras de direitos, liberdades e garantias. Aliás, é também de se registar que a impossibilidade de escrutinar condutas não impugnadas já tinha sido acolhida pelo *Acórdão nº 50/2019, 27 de dezembro, 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, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 14, 4 de fevereiro de 2020, pp. 337-347, cujo excerto relevante assevera que “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. E que tal conduta não foi impugnada, nem o recorrente apresentou a eventual decisão em que a egrégia corte recorrida teria adotado tal entendimento”.

3.3. E a verdade é que o recorrente, embora se tenha referido a essa questão na sua peça de interposição do recurso de amparo, não chegou a impugnar essa conduta. Aliás, nem sequer o poderia fazer, pois teria perdido essa oportunidade por ter deixado esgotar o prazo para interpor recurso de amparo dessa questão. Além disso, o órgão recorrido certamente seria ilegítimo, pois não foi ele quem praticou o ato, nem por ter empreendido originariamente a conduta, nem por a ter confirmado, depois de ter tido a oportunidade de o apreciar. Com efeito, a impugnação teria que ser contra a decisão do Tribunal da Relação de Sotavento que confirmou o despacho de indeferimento do recurso ordinário interposto, dentro de vinte dias a contar dessa decisão de 15 de março de 2019 (no texto da decisão consta 15 de março de 2018, mas tendo em conta a cronologia do processo ordinário do recorrente verifica-se que se trata de lapso de escrita) e notificada ao recorrente no dia 28 de março de 2019. Pelo que há muito que o recorrente não podia mais impugnar tal conduta. Mais uma razão pela qual não pode ser objeto de escrutínio por parte deste Tribunal por essa razão.

3.4. A dúvida que subsistiria seria de se saber se não o tendo feito o Ministério Público, através de parecer emitido

na fase de mérito, poderia adicionar condutas que não foram impugnadas pelo recorrente e, em razão disso, não foram admitidas a trâmite pelo acórdão de admissibilidade. O que poderia decorrer de uma interpretação mais literal do artigo 20 que regula a vista final desse importante órgão do sistema judicial e que dispõe que através dela essa entidade “promoverá o que entender por conveniente sobre a admissibilidade ou rejeição do recurso, a suspensão, a alteração ou a revogação das medidas provisórias já decretadas e, ainda, sobre as medidas julgadas necessárias que deverão ser adotadas para o restabelecimento do exercício dos direitos, liberdades e garantias violados”.

A disposição em causa tem efeitos lógicos complexos e com reduzida racionalidade sistémica, nomeadamente porque, se interpretada nos seus termos, permite que o Ministério Público se pronuncie a respeito da admissibilidade ou rejeição de um recurso sobre o qual já tinha oferecido parecer e que já fora admitido. O que significa que, por força do princípio da proteção da confiança, estar-se-ia em cenário impeditivo de reversão de posição na fase de mérito. Neste sentido, esta Corte já havia considerado que, apesar de não poder condicionar o conteúdo da promoção do Ministério Público impedindo-o de se pronunciar sobre o que entender por conveniente – mesmo que seja para reiterar posição sobre a admissibilidade – não o poderia considerar nesta nova fase, atendendo que, por esse motivo, a questão já estaria estabilizada, sendo impassível de alteração.

É o que decorre do entendimento acolhido por meio do *Acórdão 11/2017, de 22 de junho, Maria de Lurdes Ferreira v. STJ*, Rel: JC Pina Delgado, para. 1, de acordo com o qual “1. Para efeitos do recurso de amparo, entende o Tribunal Constitucional que se está perante um sistema bifásico, moldado, no geral, por uma fase de admissibilidade e por uma fase de julgamento de mérito. Cada uma delas tem o seu termo com a prolação de uma decisão, respetivamente de admissibilidade e de mérito. Sendo assim, tendo, por meio do *Acórdão 11/2016, de 21 de junho, Maria de Lurdes Gomes Ferreira v. STJ*, Rel: JP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 43, de 27 de julho, pp. 1418- 142, se pronunciado no sentido de que “a admissão do recurso de amparo, do ponto de vista do Tribunal Constitucional, tal fase se fecha não cabendo mais, em princípio, decidir sobre questões referentes à mesma, o que, face à letra da lei, naturalmente, não impede que o Ministério Público teça as considerações que considerar pertinentes sobre essa matéria, até para, caso seja este o entendimento, marcar a sua posição. A questão fica, pois, superada de um ponto de vista prático. (...)”, posição retomada e reforçada pelo *Acórdão 8/2018, de 3 de maio, Joaquim Wenceslau Carvalho v. STJ*, Rel: JCP Pinto Semedo, reproduzido no *Boletim Oficial*, I Série, nº 35, de 6 de junho, pp. 869-884, II, no qual se sustentou que “como questão prévia propriamente dita, importa lembrar que Sua Excelência o Senhor Procurador-Geral da República voltou a pronunciar-se sobre os pressupostos da admissibilidade do recurso, (...). Conforme o *Acórdão nº 11/2017, de 22 de junho, proferido por unanimidade, publicado no Boletim Oficial, I Série, nº 42, de 21 de julho de 2017, a tramitação do recurso de amparo processa-se em duas fases. Na primeira fase verifica-se se o recurso não está em condições de ser admitido e se nada obsta à sua admissão, entra-se na segunda fase, em que se aprecia o mérito do pedido. Nesse aresto ficou consignado que depois de ultrapassada a primeira fase, não se deve a ela retornar, sob pena de se beliscar a segurança jurídica inerente ao caso julgado. Há que manter essa orientação”.*

Neste momento, o que está em causa decorreria não da passagem “sobre a admissibilidade ou rejeição do recurso”, mas do segmento “medidas julgadas necessárias que deverão ser adotadas para o restabelecimento do exercício dos direitos, liberdades e garantias mencionados”,

o que poderia abranger também a indicação de condutas potencialmente lesivas de direito, liberdade e garantia que também o Tribunal Constitucional deverá apreciar, levando a que se tivesse também de escrutinar a(s) conduta(s) identificada(s) no duto parecer do Ministério Público.

Por motivos evidentes este Pretório não pode deixar de ressaltar a importância da preocupação desse alto órgão com a proteção de direitos fundamentais. Contudo, esta possibilidade não poderá ser considerada como apta a expandir o objeto do recurso na fase de mérito ao objeto do recurso. Primeiro, porque não é líquido que o Ministério Público poderá, com a exceção dos casos em que tenha legitimidade processual ativa para interpor o próprio recurso em representação de menores incapazes, impugnar condutas lesivas de direitos, liberdades e garantias; segundo, porque, nesta matéria, reitera-se a orientação de que para salvaguarda do princípio da proteção da confiança e da sua dimensão positiva de segurança jurídica, de que o acórdão de admissibilidade fixa o objeto de recurso, não se permitindo nem a sua expansão, nem a sua contração na fase posterior, até porque, por força do número 3 do artigo 16 esse acórdão transita em julgado. Destarte, por “*medidas julgadas necessárias que deverão ser adotadas para o restabelecimento do exercício dos direitos, liberdades e garantias mencionado*” entender-se-ia não uma referência às condutas – que já terão sido indicadas pelo recorrente e fixadas pelo aresto de admissibilidade –, mas sim à própria indicação dos remédios que em sede de concessão de amparo esta Corte deverá adotar.

Entretanto, encaminhamento que se poderia colocar – na medida em que, conforme o Representante do Ministério Público fundamenta muito doutamente no seu parecer, essa conduta terá sido concretizada ao abrigo de orientação resultante de interpretação lançada ao número 1 do artigo 452 conjugado com os números 4 e 5 do artigo 401 do CPP potencialmente violadora de normas jurídicas fundamentais – é se seria caso de remessa do processo ao Ministério Público para que o mesmo procedesse à fiscalização sucessiva e concreta da eventual norma potencialmente violadora da Constituição da República, ao abrigo do número 3 do artigo 25 da Lei do Amparo e do *Habeas Data*.

Todavia, a resposta para essa questão parece ser negativa. Esta disposição utilizada algumas vezes por este Tribunal – *Acórdão nº 10/2018, de 3 de maio, Joaquim Wenceslau v. STJ*, sobre violação dos direitos de audiência e de defesa e da garantia de não ser despedido com base em motivos políticos ou ideológicos e de não ser prejudicado em virtude das suas opções político-partidárias, Rel: JCP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 35, 6 de junho de 2018, pp. 869-884, para. 3. *Acórdão nº 22/2018, de 11 de outubro, Martiniano v. STJ*, sobre a violação do direito de acesso aos tribunais por decisão de deserção de recurso, Rel: JC José Pina Delgado, *Boletim Oficial*, I Série, nº 76, 22 de dezembro de 2018, pp. 1824-1835/para. 6. *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 José Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 88, 28 de dezembro de 2018, pp. 1824-1835/para. 5.1; *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. 10 – tem a seguinte formulação: “3. Se o Tribunal reconhecer que o acto ou omissão objecto de recurso foram praticados por determinação ou em

cumprimento de uma norma jurídica ou de uma resolução de conteúdo material normativo ou individual e concreto inconstitucional ou ilegal, deverá no acórdão ordenar a remessa para o Procurador-Geral para a fiscalização sucessiva e concreta da constitucionalidade da referida norma ou resolução”.

Por conseguinte, este poder-dever do Tribunal encontra-se vinculado à própria conduta objeto do recurso de amparo, pelo que ainda que esta Corte identifique norma inconstitucional que foi aplicada no processo não pode determinar o envio do Processo ao Ministério Público para efeitos de fiscalização concreta se essa norma não tiver ligação com o comportamento objeto do recurso de amparo.

E neste processo a conduta que é objeto do escrutínio deste órgão judicial é a que se refere a possível manutenção ilegal da prisão preventiva além do prazo legalmente estabelecido. Não a conduta relacionada ao regime de contagem do prazo para interposição de recurso ordinário, ato relativamente ao qual a norma referida pelo Ministério Público terá sido aplicada. Destarte, o Tribunal não pode escrutinar essa conduta nem sequer enviar o processo ao Ministério Público para proceder à fiscalização concreta de norma em cumprimento da qual a conduta foi praticada, o que não impede que este alto órgão do sistema judicial cabo-verdiano, através do seu responsável máximo, utilize a legitimidade que lhe é reconhecida pelo artigo 280 da Lei Fundamental e pela alínea d) do artigo 69 da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional para suscitar uma questão de inconstitucionalidade abstrata sucessiva caso entenda que tal aceção hermenêutica portadora de natureza normativa que sustentou, através de argumentos muito doutamente formulados ter o órgão judicial por si identificado aplicado deva, pelos seus efeitos gerais, ser esclarecida por esta Corte Constitucional.

Note-se adicionalmente que a supracitada interpretação, na sua dimensão normativa, já havia sido declarada inconstitucional pela jurisdição constitucional cabo-verdiana, naquele momento assumida pelo Supremo Tribunal de Justiça enquanto Tribunal Constitucional, que considerou que se vê “*que o mencionado Acórdão nº 28/2008 do STJ, em aplicação dos arts. 452º, 1, 401º, 4 e 5, 141º, 2, e 411 do CPP, sufragou o entendimento de que a sentença oralmente proferida em audiência se considera notificada às partes desde que estas estejam presentes) nessa audiência começando-se imediatamente, a partir de tal notificação, a contagem do prazo para a interposição do recurso “e não a partir do seu (da sentença) depósito na secretaria” do tribunal.*”(…). O entendimento sufragado no *Acórdão nº 28/2008 – de que desde que a sentença tenha sido oralmente proferida em audiência a mesma se considera notificada aos sujeitos presentes nessa audiência – é, na verdade, de se aceitar se se verificar uma das situações seguintes: a) Ou a decisão final foi reproduzida em ata (entenda-se ata da audiência), o que significa que o juiz ditou para a ata os termos da sentença que foi escrita pelo oficial de justiça; b) Ou (não tendo a sentença sido reproduzida em ata) a sentença foi entregue, forçosamente escrita, ao oficial de justiça na audiência, leia-se no final da audiência, ou veio a ser depositada na secretaria do tribunal imediatamente após a referida audiência. Não ocorrendo nenhuma das duas situações referidas, nem em a), nem em b), não se pode aceitar que se considera feita a notificação pelo simples facto de ainda não dispormos de uma sentença reduzida a escrito, razão por que a mesma é inexistente, como decorre do mencionado artº 411º, alº b), do CPP. Ocorrendo a leitura de sentença, não reproduzida, por escrito, em ata da audiência, ou sem que tal leitura tenha sido imediatamente acompanhada da entrega do texto escrito (da sentença) ao oficial de justiça ou em que o juiz faça o imediato ou subsequente depósito a secretaria,*

segue-se que o arguido (e seu patrono), embora tenha conseguido reter alguma ideia acerca da mesma sentença e até da sua fundamentação – atendendo aquilo que lhe foi possível captar da “leitura oral” -, fica (fica o arguido) impossibilitado ou ao menos com dificuldade de examinar e conhecer em pormenor e de forma aprofundada tanto a parte dispositiva da sentença como os próprios fundamentos, de facto e de direito, em que se baseou o tribunal para decidir em determinado sentido. Isto porque, para o arguido ter esse conhecimento pormenorizados ou aprofundado tanto da parte dispositiva como dos fundamentos da sentença e poder exercer CONVENIENTEMENTE o seu direito de defesa, através da impugnação da decisão, se assim o entender, **NECESSITA IMPERIOSAMENTE de ter acesso (ao) ou ter disponível o texto escrito da sentença.** Assim, só nos casos em que a sentença é ditada para a ata ou o texto escrito da mesma é entregue imediatamente após à sua leitura ao oficial de justiça ou é imediatamente a seguir depositado na secretaria, só então é que o arguido pode ter aquele conhecimento aprofundado e detalhado da sentença. Assim, sempre que a sentença não foi ditada para a ata ou o texto escrito da mesma não foi entregue imediatamente após à sua leitura ao oficial de justiça ou não foi imediatamente a seguir à audiência depositado na secretaria, o início da contagem do prazo para a impugnação da sentença terá lugar apenas num momento cronologicamente posterior que será o do depósito da sentença na secretaria do tribunal. Nesta situação, será pois, o depósito da sentença o momento para o início do decurso do prazo para a interposição do recurso que é o momento em que o texto escrito da sentença passa a contar do processo. “In casu”, a sentença não foi ditada para a ata nem a mesma (leia-se, seu texto escrito) foi entregue no fim da audiência ao oficial nem foi imediatamente a seguir depositada na secretaria, uma vez que a audiência para a leitura da sentença ocorreu no dia 28.02.2006. Conclui-se, pois, em com absoluta razoabilidade que no caso “sub judice” o prazo para a impugnação começou a correr a partir do depósito da sentença na secretaria do tribunal o que ocorreu, como já foi mencionado a 03.03.2006. Só nessas circunstâncias é que o arguido pode concluir, com conhecimento de causa, se estava de acordo com a sentença ou se dela discordava e podia consequentemente assumir a posição processual que entendesse ser a mais adequada à sua defesa. Na verdade, a interpretação e aplicação dadas aos mencionados artigos do CPP restringe efetivamente de forma injustificada e não permitida constitucionalmente o direito de defesa do arguido. A CRCV consagra o direito de defesa de forma clara e inquestionável. Assim que o artº 21, nº3, dispõe que “Todos têm direito nos termos da lei, à defesa (...)” e o artº 34º, nº5, que “O direito de audiência e de defesa em processo penal é inviolável e será assegurado a todo o arguido”. Trata-se indubitavelmente de um direito fundamental e, como tal, é lhe aplicado o regime jurídica próprio dos direitos fundamentais, consequentemente “extensão e o conteúdo essencial” dos direitos fundamentais “não podendo ser restringidos pela via da interpretação”, como decorre do disposto no nº 2 do art. 7 da CRCV. O referido Acórdão nº 28/2008 pelo SJT traduz um entendimento dos arts. 452º, 1, 401º, 4 e 5, 141º, 2, e 411º do CPP, que restringe, pela via da interpretação, o direito constitucional de defesa do arguido fora do quadro constitucionalmente admitido. Termos em que o Tribunal Constitucional decide que as normas dos arts. 452º, 1, 401º, 4 e 5, 141º, 2, e 411º do CPP, com o entendimento que lhes foi dado pelo tribunal recorrido, violam o disposto nos arts. 21º - 3 e 34º - 5 da CRCV por se traduzir numa restrição não permitida pela Constituição da República ao direito de defesa consagrado. IV. Pelos fundamentos expostos, acordam os juizes do Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional, em: a) Julgar inconstitucionais, por violação dos arts 21º, nº3, e 34º, nº5, da Constituição da República, as normas dos 452º, nº1, 401º, ns. 4 e 5, 141º, nº 2, e 411º do CPP na interpretação dada pelo Acórdão nº 28/2008 do STJ,

segundo a qual o prazo para a interposição do recurso se conta a partir da data da leitura (da sentença) constante da ata de julgamento quando não seguida do depósito da mesma sentença na secretaria do Tribunal; b) Conceder provimento ao recurso interposto, ordenando-se a remessa dos autos ao Supremo Tribunal de Justiça a fim de ser reformada a decisão recorrida em conformidade com o presente julgamento sobre a questão da inconstitucionalidade” (Acórdão nº 9/2009, de 29 de maio, Manuel Evangelista v. STJ, Rel: Ilegível, III e IV, não publicado).

4. No que diz respeito à questão de fundo que a Corte Constitucional pode efetivamente conhecer é o facto de, conforme o recorrente afirma, encontrar-se em situação de prisão preventiva além do prazo legal, pois vinte e quatro meses já foram ultrapassados sem que tenha sido condenado em segunda instância. Invocando que, por causa disto, certos direitos fundamentais de que é titular foram violados pela conduta do órgão recorrido que negou a providência de *habeas corpus* que intentou; pretendendo, por esta via, a restituição imediata da sua liberdade.

Precisamente porque, segundo assevera, o recurso interposto para o Tribunal da Relação de Sotavento contra o despacho retificativo da sentença de 30 de outubro de 2018 teria o condão de impedir ou suspender o trânsito em julgado da sentença que o condenou a pena de prisão por prática de crime de tráfico de estupefacientes, embora tenha recorrido desta decisão e este recurso tenha sido indeferido pelo tribunal de instância e confirmado pelo tribunal de recurso.

Enquanto, por seu turno, a entidade recorrida fundamenta a sua decisão com base no entendimento de que a sentença que condenou o recorrente já havia transitado em julgado por não ter sido alvo de recurso ordinário ou reclamação interpostos atempadamente e que o recurso intentado contra o despacho retificativo da sentença, que até pode ser levado a cabo oficiosamente a todo o tempo, não obsta ao trânsito em julgado da sentença, quando não tenha havido interposição de recurso ordinário. Portanto, mesmo após a decisão final da primeira instância ter transitado em julgado. Pelo que a situação processual do recorrente já não seria de prisão preventiva, mas sim de cumprimento efetivo de pena de prisão.

Foi com esses argumentos que a egrégia corte recorrida indeferiu a pretensão do recorrente e é esta conduta exata que ele impugnou perante esta Corte, argumentando que ela viola os direitos de sua titularidade já indicados.

4.1. Todavia, antes de resolver esta questão concreta, avaliando esta conduta no sentido de se verificar se ela viola ou não os direitos invocados pelo recorrente, ou outro direito, liberdade e garantia qualquer de que seja titular, até motivado por alguma complexidade que o processo principal do recorrente apresenta, devido aos sistemáticos incidentes processuais que foram suscitados, parece ser mister a este Tribunal que se sintetize o processado naquilo que for relevante para a averiguação final.

Precisamente porque, não obstante a conduta impugnada ter sido a da entidade recorrida que indeferiu o pedido de *habeas corpus*, não é possível a avaliação da eventual violação dos direitos potencialmente lesados, sem que se faça uma análise dos atos e formalidades praticados no âmbito do processo principal, quando quer a fundamentação do seu pedido, quer a argumentação da decisão daquele órgão em larga medida se estriba exatamente nesses atos e formalidades.

Destarte, para o que importa para o presente pedido de amparo constitucional, resulta dos autos que:

A – O recorrente foi julgado e condenado pelo 3º Juízo Crime da Comarca da Praia na pena de seis anos e seis meses de prisão, embora por extenso constasse da versão originária da sentença sete anos e seis meses;

B – A sentença condenatória foi lida no dia 9 de julho de 2018 e depositada na secretaria no dia seguinte;

C – O recorrente interpôs peça de recurso ordinário contra essa decisão no dia 23 do mesmo mês e ano, tendo este requerimento sido indeferido por extemporaneidade, por meio de despacho de 24 de julho de 2018;

D – O despacho de indeferimento do recurso do recorrente foi alvo de reclamação perante o tribunal de instância no mesmo dia em que foi indeferido o recurso justificando a razão de só ter interposto o recurso ordinário no dia 23; seria o facto de a máquina fotocopadora da secretaria do juízo em questão se encontrar avariada, motivo pelo qual só conseguiu acesso à cópia da sentença no dia 11 de julho de 2018; registe-se que não apresentou reclamação para o tribunal *ad quem* contra o despacho de indeferimento do recurso;

E – Cerca de quatro meses depois, no dia 26 de novembro do mesmo ano, o recorrente deu entrada a um requerimento no tribunal de instância argumentado que havia incorrido num erro material, pois ao invés de apresentar reclamação para o Tribunal da Relação de Sotavento contra o despacho de indeferimento de recurso, tinha protocolado recurso acerca de reexame de aplicação de medida de prisão preventiva. Este requerimento foi novamente indeferido pelo tribunal de instância com o argumento de que não poderia admitir a reclamação para o tribunal de segunda instância, na medida em que esta era extemporânea;

F – O recorrente, por sua vez, recorreu deste despacho para o Tribunal da Relação de Sotavento, recurso que foi admitido, tendo, no entanto, sido julgado improcedente por esse órgão judicial de recurso, que inclusive confirmou o despacho de indeferimento do recurso ordinário anteriormente interposto pelo recorrente e mandou baixar o processo à instância;

G – No dia 30 de outubro de 2018, o tribunal de instância – officiosamente – retificou a sentença que havia condenado o recorrente, alterando uma palavra na parte dispositiva (eliminou o termo “sete” substituindo-o para “seis”), argumentando que, embora da fundamentação resultasse que havia condenado o recorrente na pena de seis anos e seis meses de prisão, na parte dispositiva constava por extenso – não obstante o número indicar seis – que o recorrente fora condenado na pena de sete anos e seis meses de prisão, despacho que fora notificado ao mandatário do recorrente;

H – Outorgando procuração a novo mandatário (f. 571 do processo principal), o recorrente no dia 4 de setembro de 2019 colocou requerimento solicitando que fosse notificado pessoalmente do despacho que havia retificado a sentença, alegando que até então não havia pessoalmente tomado conhecimento dessa decisão, pedido que foi deferido por meio do despacho do meritíssimo juiz comarcão de 27 de setembro de 2019;

I – Em seguida no dia 3 de outubro do mesmo ano, o recorrente deu entrada a um outro requerimento epigrafado de pedido de reparação dos direitos fundamentais, requerendo a sua libertação imediata com o argumento de que se encontrava em prisão preventiva e o prazo para que fosse mantido naquela situação já se tinha esgotado. O pedido foi indeferido por meio do despacho proferido no mesmo dia;

J – Em resposta, no dia 10 de outubro desse ano, o recorrente deu entrada a peça de interposição de recurso ordinário contra o despacho de retificação da sentença, o qual foi admitido pelo titular do 3º Juízo Crime do Tribunal da Comarca da Praia, conforme se depreende do despacho de sua lavra datado de 11 de outubro de 2019 (f. 603);

K – Foi no seguimento dessas ocorrências que o recorrente veio no dia 14 de outubro de 2019 intentar providência de *habeas corpus* com os fundamentos já recortados; foi indeferido pelo tribunal recorrido conforme os argumentos já sumarizados, o que o levou a impetrar o presente recurso de amparo, procurando em última instância restaurar a liberdade do seu corpo.

4.2. Portanto, feito este enquadramento factual e histórico-processual, o Tribunal já se encontra em condições de decidir o presente problema constitucional que lhe foi colocado, no sentido de averiguar se a conduta da entidade recorrida que negou deferir pedido de *habeas corpus* intentado pelo recorrente violou o seu direito de não ser mantido em prisão preventiva além do prazo legal e, deste modo, a sua liberdade sobre o corpo.

Trata-se de direito fundamental amplamente considerado pelo Tribunal Constitucional, cuja violação se atesta necessariamente pela verificação de duas condições fundamentais.

Primeira: que o recorrente, sendo arguido em processo criminal, se encontre em situação de prisão preventiva sem que tenha havido qualquer decisão que o condena a cumprimento de pena de prisão efetiva que tenha transitado em julgado, pois neste caso forma-se um caso julgado, mesmo que parcial, por força do princípio da segurança jurídica, e o recorrente deixa de ter o estatuto de preso preventivo e passa a ser considerado condenado, forma de afetação legítima da liberdade sobre o corpo prevista pelo artigo 30 da Lei Fundamental da República.

Segunda: que, uma vez verificado o primeiro pressuposto, se certifique que o prazo legal ou constitucional para que o recorrente fique em prisão preventiva se tenha esgotado, o que importa, num recurso à lei – concretamente ao artigo 279 do CPP que determina os prazos de prisão preventiva consoante a fase processual em que o processo se encontra ou ao número 4 do artigo 31 da Constituição que estipula o prazo máximo de prisão preventiva – trinta e seis meses.

Em qualquer caso em que se verifiquem essas duas situações, a liberdade sobre o corpo é violada, através da lesão dessa garantia fundamental; por conseguinte, em sede de providência de *habeas corpus*, o tribunal competente deve proceder à libertação imediata do arguido e, caso não o faça, este pode recorrer à Corte Constitucional que, na qualidade de guardião último dos direitos fundamentais do cidadão, deverá restituir o direito subtraído.

4.2.1. Por conseguinte, com vista a averiguar se neste caso houve violação da liberdade sobre o corpo do recorrente, mediante desrespeito da garantia a não se ser mantido em prisão preventiva fora do prazo legal, a primeira coisa a se fazer é verificar se o recorrente se encontra em prisão preventiva ou se, pelo contrário, teria o estatuto de preso efetivo em cumprimento de pena de prisão legal e constitucionalmente imposta.

Recorde-se que foi instaurado um processo criminal contra o recorrente numerado de Autos Crime de Processo Comum Ordinário nº 77/2018, no âmbito do qual o recorrente foi julgado e condenado por meio de sentença de 9 de setembro de 2018 do 3º Juízo Crime do Tribunal da Comarca da Praia, na pena de 6 (sete) anos e 6 (seis) meses de prisão, conforme dispõe a parte dispositiva, lapso posteriormente corrigido para 6 (seis) anos e 6

(seis) meses de prisão, como se depreende do despacho retificativo da sentença de 30 de outubro de 2018.

Pelo que não restam dúvidas acerca da existência de uma decisão que condena o recorrente a uma pena de prisão. Entretanto, tal facto não é suficiente para concluir que o recorrente não se encontra em prisão preventiva, mas em cumprimento efetivo de pena de prisão.

O número 2 do artigo 30 da *Lex Suprema* não pareça exigir que a decisão condenatória tenha transitado em julgado, na medida em que afirma que “2. *Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória* [o termo transitado em julgado não consta da disposição] *pela prática de actos puníveis por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança prevista na lei*”. Porém, a verdade é que se conjugarmos esta disposição constitucional com outras normas jurídicas fundamentais da República – designadamente: a) com as próprias normas que regulam a prisão preventiva previstas no artigo 31, que transmitem a ideia de que a prisão preventiva pode manter-se durante todo o processo, ao prever a possibilidade de parcelamento dos prazos de acordo com a fase em que o processo se encontra, estipulando entretanto um prazo máximo para a sua duração; b) com a norma constante do artigo que prevê o direito ao recurso que enquanto persistir impede o trânsito em julgado da decisão, sendo este um dos seus principais efeitos; c) em muitos casos com a própria norma que regula o recurso de amparo (artigo 20), e d) bem como com normas outras que preveem um conjunto de garantias processuais fundamentais importantes do arguido, nomeadamente as garantias de defesa em processo criminal, ligadas ao processo equitativo – a conclusão lógica é que, enquanto não houver trânsito em julgado, portanto, formação de um caso julgado, e o arguido estiver privado da sua liberdade, a sua situação é necessariamente de prisão preventiva e nunca a de cumprimento efetivo de pena.

Mas, mais esclarecedora do que essas normas elencadas é a norma que prevê uma das mais elementares garantias do processo penal, muitas vezes considerada por este tribunal a pedra angular do processo criminal, a presunção da inocência do arguido. Assim o reconheceu primeiramente o Acórdão nº 6/2018, de 22 de março, *Adilson Danielson v. STJ*, sobre a violação dos direitos a não se ser discriminado, à liberdade do corpo e à presunção da inocência, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 21, 11 de abril de 2018, pp. 495-505: “5.1. *O princípio da presunção da inocência é um dos mais importantes do Estado de Direito e, seguramente, a pedra de toque do próprio sistema jurídico-processual penal pátrio, o que é sufragado pelos principais especialistas cabo-verdianos na matéria, como Jorge Carlos Fonseca, que, a seu respeito, assevera: “A presunção de inocência do arguido encabeça, assim, uma seqüência de outros artigos que, de uma forma ou de outra, traduzem seus corolários ou exigências, vista ela como o mais emblemático e fundamental dos princípios porque deve reger-se um processo penal de um Estado de Direito. Como o centro da constituição do processo penal cabo-verdiano” (“O Novo Direito Processual Penal de Cabo Verde. Dados de um percurso. Estrutura e Princípios Fundamentais” in: Augusto Silva Dias & Jorge Carlos Fonseca (Coord.), *Direito Processual Penal de Cabo Verde. Sumários do Curso de Pós-Graduação sobre o Novo Processo Penal de Cabo Verde, Lisboa/Praia, ICJ-FDUL/ISCJS, 2009, pp. 121-122*)”. Entendimento reiterado em decisões posteriores, nomeadamente, nos Acórdãos nº 13/2018, de 7 de junho, *Manuel Fonseca v. STJ*, Rel: JC Pina Delgado, 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, Uchchukwu Vitus Ezeonwu e Chijioke Duru v. STJ*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série,*

nº 68, 25 de outubro de 2018, pp. 1639-1648 (parágrafo 5.) e *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 111, 31 de janeiro de 2019, pp. 146-178. Sobre o princípio ver ainda o *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).

A disposição constitucional que a prevê – número 1 do artigo 35 – tem redação nestes termos: “1. *Todo o arguido presume-se inocente até ao trânsito em julgado de sentença condenatória, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa*”.

Desta disposição constitucional resultam alguns efeitos evidentes. O que interessa para o caso é que, enquanto não houver trânsito em julgado da sentença condenatória, o estatuto da pessoa que está a ser julgada pela prática de facto previsto na lei como crime é o de arguido e nunca o de condenado. Portanto, qualquer indivíduo só pode ser considerado condenado a cumprir pena de prisão imposta pelo Estado se já se tiver verificado um caso julgado. Caso contrário, essa privação será meramente provisória enquanto sujeição a um estatuto excepcional de prisão preventiva.

4.2.2. O problema que, neste particular, suscita um conjunto de questões constitucionais que inclusive o Tribunal tem vindo a desenvolver e aperfeiçoar tem que ver com o momento em que uma decisão penal condenatória transita em julgado. Quesito que não é resolvido pela Lei Fundamental. Por conseguinte, cabe ao legislador ordinário estipular os termos do trânsito em julgado das decisões judiciais condenatórias, todavia, não de forma arbitrária, mas conciliando exigências de diversos postulados constitucionais, tais como as garantias de segurança jurídica e os diversos direitos processuais do arguido, pois se é certo que não é adequado à estabilidade das relações reguladas pelo direito que se permitam suspensões, interrupções ou cláusulas resolutivas do trânsito em julgado *ad aeternum*, não é menos certo que se deve impor certas condições para que este efeito se produza, sob pena de violação de direitos, liberdades e garantias de extrema importância em qualquer Estado de Direito Democrático, como é o cabo-verdiano.

A nível legislativo, a questão não foi resolvida diretamente pela lei processual ordinária que não dispõe em nenhuma de suas normas acerca do momento do trânsito em julgado das decisões penais condenatórias. Entretanto, com recurso ao artigo 26 do CPP é possível a aplicação do Código de Processo Civil que prevê no seu artigo 586 que “A *decisão considera-se transitada em julgado, logo que não seja susceptível de recurso ordinário ou reclamação nos termos previstos nos artigos 575º a 579º*”.

Assim, de acordo com esta disposição a decisão judicial que condena determinado indivíduo ao cumprimento de uma sanção criminal passa em julgado quando não for possível impugná-la por via de recurso ordinário ou de reclamação.

Ora, aplicando literalmente esta disposição ao caso do recorrente, a conclusão imediata seria a de que a retificação da sentença mesmo que tenha sido requerida a tempo pelo recorrente, por não ser recurso ordinário nem reclamação, não obstará ao trânsito em julgado da

sentença condenatória. Muito menos teria esse efeito, caso tivesse sido levada a cabo oficiosamente pelo tribunal de instância nos casos em que não houvesse recurso ordinário ou reclamação dentro do prazo legal, portanto, após o trânsito em julgado da decisão.

4.2.3. Todavia, o Tribunal Constitucional em algumas decisões tem vindo a se debruçar sobre o trânsito em julgado de decisões judiciais relativamente a direitos, liberdades e garantias – que abarcariam, por maioria da razão, situações de natureza criminal em que se condenam arguidos a uma sanção penal, como é a situação que ora se tem em mãos. Neste particular, tem considerado que a remissão para o Código de Processo Civil nesta matéria deve ser conciliada com preceitos constitucionais de extrema importância relacionados à proteção de direitos, liberdades e garantias individuais, designadamente no sentido de abarcar também o recurso de amparo que, embora não seja um recurso ordinário, em princípio, obstará ao trânsito em julgado de decisões que vulnerem a liberdade ambulatoria dos indivíduos.

Na primeira decisão em que se pronunciou sobre a questão – através do 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, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 88, 28 de dezembro de 2018, pp. 1824-1835, votado por maioria, com o JC Aristides R. Lima vencido – o Pretório Constitucional deixou registado que “*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 tend[er]-jo sido, transitam em julgado após a decisão desta instância. Assim, 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*”, concluindo o segmento ressaltando que “*O entendimento deste Tribunal é que sim pelas mesmas razões já consideradas para responder a questão tratada no segmento anterior, ou seja, 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 determinam*” (3.3.5). Complementando com posições relativas à possibilidade de constituição de casos julgados parciais, sublinhando, no essencial, que “*O que autoriza a conclusão de que o pressuposto de base do caso julgado parcial não é a falta de interposição de recurso por parte do recorrente relativamente a determinado facto, mas sim a falta da sua interposição em relação a este mesmo facto por parte de todos os intervenientes processuais com legitimidade para tal, o que engloba não só o recorrente como o Ministério Público e o assistente, sobretudo o primeiro, especialmente relevante para a presente situação. Portanto, só se forma o caso julgado parcial quando o interessado se conformar com uma parte da decisão e concomitantemente sobre ela não incidir nenhum recurso ou o ocorrer da procedência de outros recursos dos quais não se possam extrair consequências legalmente impostas relativamente a toda a decisão recorrida*” (3.4.4), pressuposto a partir do qual fundamentou e concluiu que “*Por tudo o que fica exposto, não parece nesta situação concreta [que] a tese*

do caso julgado parcial se mostre compatível com o princípio da presunção de inocência do arguido. Pois, não se pode considerar que uma parte da sentença transitou em julgado quando a conduta do arguido esteja ainda a ser reapreciada pelo tribunal de recurso. Considerar que a tese do caso julgado parcial não pode prosperar nestes autos significa que até ao trânsito [em] julgado do aresto deste Tribunal, o arguido encontra-se em regime de prisão preventiva” e que “Sendo assim, na pendência do recurso, não houve trânsito em julgado da sentença. Logo, o limite máximo da manutenção do arguido em prisão preventiva no momento em que este recurso foi interposto já tinha sido ultrapassado, originando a violação do direito e justificando, naquele momento específico, a sua colocação em liberdade, e determina[n]do no momento atual que o Tribunal Constitucional ordene a sua soltura imediata como amparo mais adequado”.

Posteriormente numa outra decisão – (Acórdão nº 27/2019, 9 de agosto, *Ayo Abel Obire v. STJ*, para. 3.5.4.), votada por unanimidade – desenvolveu e burilou o seu entendimento considerando que “3.5.4. No caso concreto do precedente *Alexandre Borges*, estava-se perante um caso em que se impugnava interpretação de órgão judicial recorrido, segundo a qual, sendo, na sua opinião, o recurso de amparo um recurso extraordinário, ele não obstará o trânsito em julgado da decisão recorrida. O Tribunal rejeitou essa tese, considerando que ela lesava o próprio direito subjetivo ao amparo do recorrente, esvaziando a eficácia de uma possível decisão estimatória, sobretudo que visava a proteção de garantia associada ao direito à liberdade sobre o corpo. Evidentemente, este segmento decisório não se aplica ao caso presente que envolve o pedido do Senhor Ayo Abel Obire, designadamente porque este não interpôs qualquer recurso de amparo em relação à sua condenação, até porque sequer recorreu da sentença de primeira instância. Logo, o seu direito subjetivo ao amparo nunca seria atingido por tal decisão, nem tão-pouco a sua garantia à presunção da inocência, haja em vista que a sua culpa foi determinada de modo irrecorrível, já que tendo conhecimento da sentença da primeira instância a ela se conformou. O que pretende é, outrossim, beneficiar-se de recurso de amparo interposto por um coarguido em processo penal. Sendo assim, as únicas orientações que poderiam ser arroladas para aplicação no seu caso teriam a ver com a questão do caso julgado parcial, base de fundamentação utilizada pelo órgão recorrido naquela ocasião para rejeitar a tutela de direito alegadamente violado. Isso porque esta Corte considerou por meio desse acórdão que não se constituiria caso julgado parcial quando tenha havido um recurso que permitisse ao órgão ad quem decidir a favor do recorrente ainda que o mesmo não tenha recorrido, limitando claramente o precedente ao caso concreto e adotando uma perspectiva de avaliação dessas situações caso a caso. Naquela situação, tratava-se de um recurso ordinário interposto pelo Ministério Público a questionar uma decisão de absolver o arguido de um crime e de concomitantemente requerer o aumento da pena aplicada por outro, o qual, dentro dos poderes de cognição do tribunal superior abriria a possibilidade de se reavaliar a própria condenação. Situação que não é igual à que se tem em mãos, pois, sendo certo que houve recurso ordinário interposto por um coarguido que foi julgado improcedente, a decisão que poderia beneficiar o recorrente nos autos foi adotada no quadro de um pedido de amparo, um recurso personalíssimo, pois acoplado a um direito subjetivo fundamental que foi utilizado pelo Senhor Judy Ike Hills, mas que o recorrente até recentemente manteve-se completamente alheio, deixando precocemente precluir a possibilidade de o usar na medida em que prescindiu até de pedir reparação pelas vias ordinárias através dos recursos disponíveis. Do que decorre que neste momento o Tribunal Constitucional não determinou uma reapreciação da conduta do Senhor Ayo Abel Obire na sequência do Acórdão 27/2018, de 20 de dezembro, Rel:

JC Pina Delgado, mas simplesmente das circunstâncias probatórias que levaram à condenação do coarguido Senhor Judy Ike Hills. Perante tais dados, ainda que o tivesse feito um coarguido seu, por meio de recurso ordinário e de um recurso constitucional de natureza pessoalíssima como o amparo, muito dificilmente o Tribunal poderia considerar algum efeito possível sobre o seu estatuto processual e a rejeição do argumento de que se constitui em tais situações, por oposição àquelas em que de forma persistente e tempestiva, portanto sem hiatos e de acordo com os prazos processuais aplicáveis, um coarguido vai mostrando a sua insatisfação ora pela incorreta avaliação dos factos e do direito, ora por deficiente calibração da interpretação face a normas constitucionais, um caso julgado parcial. Este, independentemente, solidifica uma decisão judicial e, por mais questionável que ela possa ser, a sua adequação cede perante a segurança jurídica que decorre da sua não contestação. 3.5.5. Sendo assim, nesta perspetiva, o Tribunal Constitucional não teria margem para considerar que a decisão condenatória de primeira instância que um recorrente nestes autos, então arguido, optou por não reagir, não tenha transitado em julgador e que não se tenha determinado de forma definitiva a sua culpa. E assim operando, ao nível processual penal, uma mudança significativa de estatuto de arguido e de preso preventivo, ao qual se aplica o limite temporal previsto pelo número 4 do artigo 31, para condenado em situação de cumprimento de pena. 3.6. Portanto, reconhecendo tal dispositivo uma garantia fundamental construída enquanto regra constitucional, a sua aplicação primária determinaria, no fundo, uma operação de subsunção destinada a verificar se a hipótese em análise – a situação do Senhor Ayo Abel Obire – estaria abrangida pela norma, o que aconteceria se ele, primeiro, fosse um preso preventivo e, segundo, se estivesse cerceado da sua liberdade ambulatoria há mais de trinta e seis meses. Efetivamente, a sua capacidade de movimentar o seu corpo está limitada, neste momento há mais de trinta e seis meses. Ocorre, porém, que não o está por ser preso preventivo. Outrossim, em razão de sentença condenatória que por não ter recorrido transitou em julgado e que, depois disso, deixou de ser atacável diretamente por meio de recurso ordinário ou por recurso especial, nomeadamente constitucional, mas só e eventualmente por outras vias. Colocando-se a si próprio numa posição passiva perante o processo, correu o risco de depender da avaliação que o Tribunal fizer da bondade de inconformação alheia ou de poder invocar alguma situação especial que por hipótese lhe permita agir. Isso, pelo menos até à data de interposição do recurso de amparo não pode ser imputado ao órgão judicial recorrido e por isso o Tribunal Constitucional não pode determinar que o acórdão impugnado violou os direitos do recorrente desse modo”.

Mais recentemente num dos últimos acórdãos em que se mostrou útil pronunciar-se sobre a matéria – o Acórdão 13/2020, de 23 de abril, António Zeferino de Oliveira e Rafael Alves Lima v. STJ, sobre violação do direito ao recurso e à defesa em processo penal por ausência de notificação pessoal e direta de acórdão, Rel: JC Pina Delgado, ainda não publicado, votado por unanimidade – pontuou-se que “4.2.4. Portanto, de acordo com o que vem sendo desenvolvido por esta Corte, haverá trânsito em julgado de decisões sobre direitos, liberdades e garantias quando não for possível mais recurso ordinário ou reclamação, ou ainda recursos constitucionais especialmente nos casos em que o mesmo é interposto contra a decisão final dos tribunais ordinários. (...) 3.3. Tendo o Tribunal lavrado entendimentos muito claros sobre a matéria, muitos dos quais assumindo o papel de razão de decidir, é fundamental, até para manter-se coerente com a sua trajetória decisória, considerá-los atendendo ao seu próprio alcance e na medida em que estiverem em causa pedidos com objeto substancialmente idêntico. Assim, evitando uma jurisprudência desviante que corresse o risco de a um

tempo desconsiderar o princípio da proteção da confiança, promover a insegurança jurídica e eventualmente levar o Tribunal a conduzir-se em desconformidade com o valor do tratamento igualitário ou, no limite, a violar o direito a não se ser discriminado.”

4.2.4. Portanto, de acordo com o que vem sendo desenvolvido por esta Corte, haverá trânsito em julgado de decisões sobre direitos, liberdades e garantias quando não for possível mais recurso ordinário ou reclamação, ou ainda recursos constitucionais especialmente nos casos em que o mesmo é interposto contra a decisão final dos tribunais ordinários.

4.3. No caso concreto,

4.3.1. O recorrente interpôs o recurso no dia 23 de julho de 2018 que foi indeferido por intemporeidade. Depois de uma série de incidentes processuais, a decisão de indeferimento do recurso ordinário foi confirmada pelo Tribunal da Relação de Sotavento, o que tornou a decisão insuscetível de recurso ordinário, na medida em que esta decisão é definitiva.

O recorrente, podendo interpor recurso de amparo contra a decisão do tribunal de segunda instância não o fez. Portanto, a conclusão lógica tanto do ponto de vista legal como do constitucional é a de que a decisão condenatória transitou em julgado, pois tornou-se insuscetível de recurso ordinário, reclamação, recurso de amparo ou recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade.

Assim, a argumentação do recorrente de que o recurso que ele intentou contra o despacho que retificou a sentença impediu ou interrompeu o trânsito em julgado da sentença não procede, porque efetivamente a decisão da primeira instância tornou caso julgado quando o indeferimento do requerimento de interposição de recurso foi confirmado pelo tribunal da segunda instância e o recorrente não reclamou nem interpôs recurso constitucional contra essa decisão. Nem também por este motivo pode ter qualquer relevância processual constitucional o facto de ter tentado recuperar a sua iniciativa no processo através do pedido que fez de notificação pessoal, até porque neste momento o Tribunal Constitucional tem uma posição geral que não daria muita margem a qualquer pretensão neste sentido, como decorre das decisões *Luis Firmino* e *António Zeferino*.

Pois nelas se diz, respetivamente, que os efeitos da conclusão de que os arguidos devem obter comunicação sobre decisão sobre recurso que interpôs em matéria penal, “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 conjecturar, 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” (Acórdão nº 50/2019, 27 de dezembro, 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, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 14, 4 de fevereiro de 2020, pp. 337-347).

E que “uma coisa seria sustentar que não haveria trânsito em julgado pelo facto de um recorrente não ter agido processualmente por não ter tido conhecimento de uma decisão, de tal maneira que o seu recurso ordinário, equiparado ou especial impedisse a produção de tal efeito; outra coisa é chegar-se à conclusão de que em situações em

que os recorrentes tomam conhecimento de uma decisão, ainda que não seja por meio de notificação da mesma, e optam, estrategicamente ou não, por se manter passivos em relação à mesma, o mesmo efeito se produziria. Se perante tais informações, só depois de algum tempo, por qualquer motivo, resolvem suscitar a questão, não podem pretender que consumada uma alteração de estatuto ainda preservam os direitos que ao mesmo estão intimamente associados. Deixando de ser arguidos em razão do trânsito em julgado decorrente da sua conformação já não o podem recuperar. E, sendo assim, também não as posições jurídicas conexas à condição de arguido, a menos que também sejam um direito de uma pessoa sujeita a sanção criminal, um condenado em cumprimento de pena. Portanto, em tais cenários, o que acontece é que as pessoas já não são titulares de uma posição jurídica fundamental à defesa e ao recurso em relação ao processo condenatório pela razão lógica de que já não são arguidos, mas condenados em situação de cumprimento de pena legitimamente imposta pelo Estado. Por conseguinte, os Senhores António Zeferino de Oliveira e Rafael Alves Lima ao terem tomado conhecimento da conta referente às custas processuais do recurso que interpuseram junto ao Supremo Tribunal de Justiça e permanecido inertes, não solicitando que fossem notificados pessoalmente e, dependendo do desfecho desse pedido, recorrendo aos mecanismos de reacção processuais ordinários ou especiais previstos e que cobrem qualquer tipo de conduta do tribunal que não os notificou, ocasionaram a preclusão do seu direito ao recurso e, logo, a constituição de um caso julgado parcial em relação a si. E, por se tratar de um recurso pessoalíssimo, do facto de coarguidos no mesmo processo terem atuados em moldes a impedir a constituição de coisa julgada para si não opera qualquer extensão necessária para beneficiar os ora recorrentes” (Acórdão 13/2020, de 23 de abril, António Zeferino de Oliveira e Rafael Alves Lima v. STJ, Rel: JC Pina Delgado, 5.2.3-5.4).

E relativamente à questão principal nestes autos não é esta última. Não se pode falar de suspensão ou interrupção de trânsito em julgado quando a questão em momento algum tenha se transformado num caso julgado. Pretender que enquanto houvesse a possibilidade de haver retificação da sentença não haveria trânsito em julgado seria de tal absurdo e uma afronta ilegítima à segurança jurídica, na medida em que praticamente nenhuma decisão transitaria em julgado, pois o sistema prevê possibilidade de retificação da sentença a todo o tempo, mesmo oficiosamente, pelo juiz.

Portanto, a situação não é de suspensão, interrupção ou impedimento de trânsito em julgado.

4.3.2. Quando muito o que poderia estar em causa seria uma exceção ao caso julgado em virtude de existência de uma sua condição resolutive, eventualmente operada pelo despacho retificativo. Contudo, a resolução do caso julgado, na medida em que se confronta mais intensivamente com a segurança jurídica, tem condições extremamente mais apertadas, como funciona nos casos de revisão de sentença, previsto nos artigos 471 e seguintes do Código de Processo Penal. No caso, o que aconteceu não foi uma revisão da sentença, mas sim uma retificação de um erro de escrita, levada a cabo oficiosamente pelo tribunal de instância, modificando uma expressão da parte dispositiva que contrariava a parte da fundamentação e que condenava o recorrente a uma pena de sete anos e seis meses ao invés daquilo que constava da própria fundamentação e que indicava uma pena de seis anos e seis meses de prisão.

O Despacho é do seguinte teor: “folhas 440 e ss.: compulsados os autos, designadamente folhas a[trás] referidas, verifica-se que, não obstante do corpo da sentença resulta que o arguido deveria ser condenado em pena de seis anos e seis meses de prisão, na parte decisória por erro o tribunal colocou sete anos e seis meses de prisão

(em extensão no que tange a sete anos), em vez de seis anos e seis meses de prisão. Em se tratando de situação que configura erro manifesto, ao abrigo do disposto no artº 408º, nº 2 do C.P.P., é de se considerar este aspecto, com rectificação da dita sentença, que passar-se-á a ser entendida o arguido condenado na pena de seis anos e seis meses de prisão”.

Não parece a este Tribunal que um despacho de retificação da sentença deste teor tenha o condão de conduzir à resolução do caso julgado já formado. Primeiramente porque o erro em que laborou o juiz comarcão nem sequer corresponde a um lapso grosseiro, pelo que até poderia ser facilmente resolvido mediante técnicas interpretativas da própria sentença, todavia o meritíssimo magistrado identificou essa imprecisão, corrigindo-a em consequência, o que, naturalmente, é de se louvar. Segundo, não se trata de erro que implicasse num agravamento da posição do recorrente. Muito pelo contrário, pois o erro foi corrigido em seu benefício. Logo, seguramente, não dá causa a ressuscitar uma posição jurídica que o recorrente deixou perecer por inércia própria.

Não que o Tribunal queira inferir que nestes casos haveria resolução do caso julgado, hipótese existente, mas condicionada e extraordinária, mas que seria impossível produzir-se tal efeito num caso como este, em que ele recorre de um despacho retificativo da sentença levado a cabo oficiosamente pelo tribunal de instância e em benefício do próprio recorrente.

Aliás, a pouca probabilidade disso acontecer já havia sido aflorada ainda que perfunctoriamente pelo Tribunal no *Acórdão nº 1/2020, de 31 de janeiro*, Rel. JCP Pinto Semedo, já citado quando no parágrafo (3.4.) avaliou a possibilidade de decretação de medidas provisórias e concluiu que “*não se afigura evidente que haja uma forte probabilidade de sucesso no mérito, até porque considerando que existem casos em que ela pode ser retificada a qualquer momento, ou seja, mesmo após o trânsito em julgado da sentença, os indícios apontam para a possibilidade de o recurso interposto do despacho de retificação de sentença não impedir sempre o trânsito em julgado da sentença. Portanto, se não é certa a inviabilidade do pedido, pelo que se vota no sentido de se o admitir, a inexistência, neste momento, de forte probabilidade da concessão de amparo no mérito seria um fator predominante justificador da não adoção da medida provisória requerida*”.

Nesta sede, beneficiando de maior tempo de análise no mérito da questão, o Tribunal não vê como contornar aquela conclusão provisória, encontrando, aliás, argumentos outros que até a confirmam com maior segurança. Assim, embora ao que parece, ordinariamente, o despacho de retificação de sentença seja recorrível, o recurso contra ele interposto não funciona como uma causa de resolução de caso julgado, em virtude de decisão judicial transitada em julgado, por não ter sido impugnada por meio de recurso ordinário, reclamação ou recurso de amparo.

De facto, ao que parece o despacho retificativo da sentença é recorrível, mas a atribuição do efeito suspensivo pelo juiz comarcão não parece ter a ver com a própria sentença, como parece inferir o recorrente, o que nesta altura seria de todo impossível pois esta já se encontrava transitada em julgado, mas sim relativamente ao seu próprio conteúdo e efeito, nomeadamente a conclusão de que ainda não produziram os seus efeitos enquanto não transitasse em julgado. Mas pelo contrário a sentença continuaria a produzir os seus efeitos pois já havia transitado em julgado e a não ser que haja uma causa resolutive do caso julgado por ela formado – o que o despacho retificativo não constitui – continua produzindo os seus efeitos, especialmente o de que o recorrente já não é mais preso preventivo, mas sim condenado em cumprimento de pena efetiva de prisão imposta por órgão competente do Estado.

Ademais, a argumentação do suplicante de que a sentença não transitou em julgado porque recorreu dela aquando do recurso interposto contra o despacho retificativo da sentença, uma vez que este recurso foi admitido e lhe atribuído efeito suspensivo, não procede. Embora o órgão competente para analisar o recurso interposto pelo recorrente seja o Tribunal da Relação de Sotavento, a verdade é que o tribunal de instância dizendo claramente que “*porque o despacho retificativo da sentença é recorrível*”, admitiu o recurso contra o despacho retificativo, por considerar que o mesmo era recorrível, no entanto, em momento algum admitiu o recurso contra a sentença, tendo aliás indeferido esta pretensão por a considerar extemporânea, indeferimento este que foi confirmado pelo Tribunal da Relação de Sotavento.

4.4. Independentemente de o percurso que o recorrente tentou ressuscitar e que ainda estará a tramitar nos órgãos judiciais poder ser bem sucedido, uma hipótese sobre a qual a Corte Constitucional não tem de se pronunciar, o facto é que o órgão recorrido – o Supremo Tribunal de Justiça – quando apreciou estritamente a providência de habeas corpus para verificar se o recorrente estava preso fora dos prazos previstos pela lei, ao responder à questão de se saber se esse recurso interposto contra o despacho retificativo da sentença, independentemente de ter procedência ou não, impede, *rectius* revoga, o caso julgado já formado, positivamente não violou os direitos, liberdades e garantias que se identificou como parâmetros para este escrutínio de amparo. Outrossim, não julgou em termos incompatíveis à Constituição da República ao entender que a decisão que condenou o recorrente é já definitiva, pelo que o mesmo se encontra em situação de preso em cumprimento efetivo de pena de prisão legitimamente imposta pelo Estado. Sendo assim, a sua pretensão de que deve ser colocado em liberdade pois o prazo legal de prisão preventiva estaria esgotado não procede, precisamente por faltar o primeiro pressuposto que seria a existência de situação de prisão preventiva. Logo, o amparo não pode ser concedido.

III. Decisão

Pelo exposto, os Juizes do Tribunal Constitucional reunidos em Plenário decidem que o órgão judicial recorrido não violou o direito a não se ser mantido em prisão preventiva fora dos prazos legalmente estabelecidos ao denegar pedido de *Habeas Corpus* com base em interpretação de que a interposição de recurso de despacho de retificação decidido *ex-officio* por juiz comarcão em circunstância que beneficia o recorrente não obsta ao trânsito em julgado da sentença já prolatada.

Registe, notifique e publique.

Praia, 8 de maio de 2020

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

Está Conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 22 de junho de 2020. — O Secretário, *João Borges*

Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional nº 3/2020, em que são recorrentes Joel Ermelindo Pereira de Brito e Rider Janó Miranda Tavares, e entidade recorrida o Supremo Tribunal de Justiça.

Acórdão nº 20/2020

(*Joel Ermelindo Pereira de Brito e Rider Janó Miranda*)

Tavares v. STJ, sobre violação da garantia a não ser mantido em prisão preventiva fora dos prazos legais)

I. Relatório

1. Como tem sido prática consistente reiterada deste Tribunal, no que concerne ao relatório reitera-se o que já constava da decisão que admitiu este recurso – *Acórdão nº 3/2020, de 14 de fevereiro, Joel de Brito e Rider Janó v. STJ*, Rel: JCP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 25, 3 de março de 2020, pp. 621-627 – acrescentando-se posteriormente a tramitação subsequente:

2. “*Joel Ermelindo Pereira de Brito e Rider Janó Miranda Tavares, com os demais sinais de identificação nos autos, não se conformando com o Acórdão nº 80/2019, de 27 de dezembro, proferido pelo [...] Supremo Tribunal de Justiça que indeferiu a providência de habeas corpus nº 65/2019, vêm, nos termos do artigo 20º, nº 1, alíneas a) e b), e nº 2, da Constituição da República, interpor o presente recurso de amparo constitucional e, ao mesmo tempo, requerer a adoção de medida provisória, ao abrigo do disposto nos artigos 11º e 14º, todos da Lei nº 109/IV/94, de 24 de outubro (Lei do Amparo), alegando, no essencial, o seguinte: 1.1. Os recorrentes encontram-se detidos e privados de liberdade por lhes ter sido decretada como medida de coação a prisão preventiva, desde 18 e 20 de abril de 2019, respetivamente; 1.2. (...) foram acusados da prática de quatro crimes de roubo com violência sobre pessoa, p.p pelos artigos 198º nº 1 e 2 do CP e dois crimes de detenção de arma branca, p.p. artigo 90º da Lei nº 31/VIII/2013, de 22 de maio; 1.3. Foram notificados da acusação no dia 16 de agosto de 2019, para querendo, deduzirem o pedido de ACP, tendo[-]lo feito no prazo legal, ou seja, em 23 de agosto de 2019; 1.4. Volvidos praticamente quatro meses depois da data da entrada do requerimento de ACP, os recorrentes não foram notificados do despacho que tenha recaído sobre o pedido de abertura da ACP, nem que tenha designado uma data para a realização do julgamento; 1.5. Decorrido esse tempo sem que tenham sido pronunciados ou, pelo menos, notificados do despacho que tenha declarado o processo de especial complexidade e, conseqüentemente, elevado o prazo de prisão preventiva, consideraram que se encontravam em prisão preventiva há mais de oitos meses, o que não seria permitido pela Constituição e pelo Código de Processo Penal; 1.6. Por isso, apresentaram junto do Supremo [T]ribunal de Justiça uma providência de habeas corpus, na qual alegaram a violação do direito à liberdade sobre o corpo e a garantia da presunção da inocência, previstos respetivamente, pelos artigos 29º, 30º] e 35º da Constituição da República; 1.[7]. Todavia, assim não entendeu a Seção Criminal do Supremo Tribunal de Justiça, tendo indeferido o seu pedido; 1.[8]. Por não se conformarem com [o Acórdão] nº 80/2019, de 27 de dezembro, proferido pelo [...] Supremo Tribunal de Justiça, principalmente, pelo facto desse aresto ter atribuído à norma da alínea b) do nº 1 do artigo 279º do CPP um sentido que alarga o prazo de prisão preventiva em violação aos direitos, liberdades e garantias, interpuseram o presente recurso de amparo, através do qual imputam ao acórdão recorrido a violação dos seguintes direitos fundamentais: Liberdade, artigos 29º, 30º e 31º, todos d[a] CRCV; Presunção da inocência, artigo 35º da CRCV; Direito a um processo justo e equitativo, artigo 22º da CRCV; 1.[9]. Terminam o seu arrazoado, formulando, em síntese, os seguintes pedidos: A) - Ser admitido, por ser legalmente admissível, nos termos do artº 20º, nº 1 e 2, da Constituição da República de Cabo Verde; B) Ser aplicada a medida provisória e em consequência restituir os recorrentes [à] liberdade, artigos 11º e 14º, da Lei de Amparo[;] C) - Ser julgado procedente e, conseqüentemente, revogado o [A]órdão nº 80/2019, de 27/12/19[,] do Supremo Tribunal de Justiça, com as legais consequências; D) Restabelecer os direitos, liberdades e garantias fundamentais violados,*

(processo justo e equitativo, liberdade e presunção de inocência); E) Ser oficiado ao SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA para juntar aos presentes autos a certidão de todo o processo de providência de Habeas Corpus nº 79/2019; 1.9. Mais requerem que, ao abrigo dos artigos 11º nº 1 e 14º nº 1 al. b) da Lei do Amparo, sejam adotadas medidas provisórias, (...).”

3. Depois de admitido o recurso pelo acórdão supramencionado – cabendo, na sequência de sorteio, a relatoria do processo ao JC Pina Delgado –, tramitou da seguinte forma:

3.1. Nessa qualidade, emitiu o despacho de 20 de março de 2020 (f. 64), determinando a notificação da entidade recorrida para que, em querendo, respondesse ao pedido de amparo dos recorrentes; entretanto o órgão judicial em causa optou por não utilizar a faculdade prevista pelo 2º do artigo 18 da Lei do Amparo e do *Habeas Data* dentro do prazo legal.

3.2. Assim, não tendo o órgão recorrido respondido dentro do prazo legal, por determinação do Relator lavrada em despacho de 20 de março (f. 64) os autos foram ao Ministério Público a 31 do mesmo mês para efeitos de vista final conforme determina o artigo 20 do mesmo diploma de processo constitucional. Foram devolvidos no dia 7 do mês seguinte devidamente acompanhados de douto parecer subscrito pelo Digníssimo Senhor Procurador-Geral da República pugnando pela não procedência do pedido por fundamentos que sumarizou da seguinte forma: “*Considerando que “a presunção de inocência” se reporta às provas, especialmente, à obrigatoriedade do acusador e julgador aduzirem elementos que provam a imputação objectiva e subjectiva de ilícitos penalmente relevantes aos arguidos, não é evidente que tendo havido uma acusação que elenca as provas ca[r]readas para os autos, e sem que se tenha realizado a audiência de discussão e julgamento se possa, de forma consistente, sustentar, através de um recurso de amparo constitucional, a violação da presunção de inocência; pois eventual desacordo com a apreciação dos factos indiciários que determinaram a prisão preventiva ou a sua manutenção, poderiam ser impugnados por via de um recurso, cuja [...] tramitação é relativamente célere, ao abrigo do disposto no artigo 263º do CPP. Porém[,] na eventualidade de ser [outro?] o entendimento do Tribunal Constitucional a sindicância dos fundamentos da decisão do tribunal de primeira instância, sempre se dirá que, é nosso entendimento que a ACP, in casu, foi acertadamente rejeitada, por inadmissibilidade legal, nos termos do artº 326º do CPP (vd. P. Pinto Albuquerque in- Comentário do CPP (...) anotação ao artº 286º e 287º). Com o recurso de amparo pretende-se restabelecer ou preservar direitos, liberdades e garantias fundamentais e constitucionalmente reconhecidos e não, transformá-lo em mais uma instância de recurso ordinário das decisões do STJ. Para o recurso de amparo, não basta o inconformismo com a decisão do STJ. Exige-se que, à partida, um direito fundamental, reconhecido pela Constituição da República tenha sido violado, e se observe os procedimentos formais. Do exposto, conclui-se, por conseguinte, pela manifesta existência da violação dos direitos, liberdades e garantias fundamentais constitucionalmente reconhecidos, como suscetível de recurso de amparo, pelo que: a) Deve ser negado provimento ao recurso de amparo, por falta de fundamento legal; b) Os fundamentos aduzidos pelos recorrentes para fundamentar a ilegalidade da sua situação processual por via de extinção da prisão preventiva por decurso do prazo, não procedem”.*

4. Dando seguimento à tramitação o processo regressou ao Tribunal Constitucional, destacando-se que:

4.1. A 8 de junho de 2020, nos termos conjugados do artigo 21 da *Lei do Amparo e do Habeas Data* e dos números 1 dos artigos 6º e 7º da *Lei que Estabelece Medidas*

Excepcionais e Temporárias para fazer face à Situação Epidemiológica Causada pelo Coronavírus e pela Doença COVID 19, o Juiz-Relator depositou projeto de acórdão por via eletrónica e pediu a inclusão do processo na pauta de julgamentos desta Corte, decorrendo disso despacho do Presidente – também comunicado eletronicamente no dia 9 do mesmo mês –, marcando sessão para o dia 11 seguinte por videoconferência.

4.2. O Plenário Virtual realizou-se na data marcada contando com a presença dos Juizes Conselheiros, do Secretário da Corte, do mandatário do recorrente e um colaborador deste órgão judicial. O Ministério Público, apesar de ter sido notificado não compareceu, e, apesar da divulgação feita através da página do Tribunal, ninguém do público se inscreveu para ter acesso.

4.2.1. Depois de aberta a sessão pelo Presidente, o Relator apresentou um resumo do projeto de acórdão.

4.2.2. Em seguida, tomou a palavra o Venerando JC Aristides R. Lima, que depois de enquadrar o objeto do processo, mostrou a sua concordância com o projeto apresentado e com a proposta de encaminhamento.

4.2.3. De sua parte, o JCP Pinto Semedo, depois de ter acentuado a ligação do julgamento do mérito deste recurso com uma primeira apreciação feita – em sede de pedido de concessão de medida provisória em que o Tribunal já tinha ficado com o entendimento de que as hipóteses de sucesso da pretensão não seriam evidentes dada a clareza do regime legal e da sua interpretação pelo órgão recorrido – também votou com o relator.

4.3. Seguiu-se a elaboração da versão final do acórdão decorrente da habitual arbitragem pós-decisória feita pelos juizes, que se formula como se segue:

II. Fundamentação

1. Os recorrentes asseveram que determinados direitos fundamentais de sua titularidade, que elencam como os direitos à presunção da inocência, ao processo justo e equitativo e à liberdade, foram violados por conduta do órgão judicial recorrido. Já que este negou o seu pedido de *habeas corpus*, num momento em que, conforme entendem e argumentam, estariam em situação de prisão preventiva ilegal, pois o prazo processual para que fossem privados provisoriamente da sua liberdade se esgotara decorridos oito meses sem que fossem notificados do despacho de pronúncia ou de qualquer outro que declarasse a especial complexidade do processo.

1.1. Neste tipo de caso, como o Tribunal já havia ressaltado em decisão anterior em que conduta parecida foi avaliada, o direito que serve de parâmetro-base para a condução do escrutínio que o Tribunal deve operar é a garantia de não ser mantido em prisão preventiva para além do prazo legalmente estabelecido, pelo que a lesão a outros direitos, nomeadamente aos invocados pelos recorrentes, somente poderá ser indireta.

Assim, resulta do aresto que o Tribunal tirou no âmbito do caso *Osmond Nnaemeka Odo v. STJ*, decidido pelo Acórdão nº 26/2019, de 9 de agosto, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 100, 26 de setembro de 2019, pp. 1590-1596, para. 2, que “2. *A essas condutas, o recorrente atribui expressamente a violação da sua liberdade sobre o corpo e à sua garantia à presunção da inocência, não sendo de se questionar que poderão em abstrato impactar com a última e através desta com a primeira. Porém, o parâmetro mais evidente e forte no caso concreto porque consagrado de modo mais taxativo a partir da sua formulação como uma regra é a*

garantia estabelecida pelo número 4 do artigo 31 da Lei Fundamental de não ser mantido em prisão preventiva fora dos prazos previstos pela Lei, com a fórmula linear segundo a qual “a prisão preventiva está sujeita aos prazos legais estabelecidos na lei”. 2.1. Este Tribunal Constitucional já tinha construído o seu entendimento geral a respeito desta garantia em vários arestos, nomeadamente quando, 2.1.1. Asseverou que “a prisão preventiva é a medida de coação de ultima ratio. Por conseguinte, a sua duração não pode ultrapassar os limites legais e constitucionais, nem pode ser confundida com uma constitucionalmente ilegítima antecipação da pena. Além de, no geral, possuir um potencial lesivo do direito à liberdade sobre o corpo, de forma específica coloca-se sempre em posição de vulneração da garantia da presunção da inocência” (p. 2143) (Acórdão nº 24/2018, de 13 de novembro, Alexandre Borges v. STJ, Rel: JC Pina Delgado, publicado no BO, I Série, n. 88, 28 de dezembro de 2018, pp. 2132-2157). 2.1.2. Considerou que “Como medida de coação da última ratio encontra-se constitucionalmente protegida temporalmente pela norma do nº 4 do artigo 31º da Constituição, ao estabelecer que “a prisão preventiva está sujeita aos prazos estabelecidos na lei, não podendo, em caso algum, ser superior a trinta e seis meses, contados a partir da data da detenção ou captura, nos termos da lei.” Por conseguinte, a sua [...] duração não pode ultrapassar os limites constitucionais e legais, nem pode ser confundida com a antecipação da pena, sob pena de se violar o princípio da presunção de inocência” (p. 14) (Acórdão nº 25/2018, de 29 de novembro, Arlindo Teixeira v. STJ, Rel: JCP Pinto Semedo, publicado no BO, I Série, n. 88, Suplemento, 28 de dezembro de 2018, pp. 11-21). 2.1.3. Assentou que “A norma do Código de Processo Penal que estipula os prazos máximos de prisão preventiva, em cada fase processual, tem a textura de regra, pelo que a sua interpretação e aplicação é relativamente simples, porque as regras contêm comando que ou se cumpre ou não se cumpre, diferente dos princípios que possuem estrutura de conteúdo mais flexível, passíveis de várias interpretações. Em princípio, uma regra que estipulasse um prazo máximo para a prática de um ato ou duração de uma medida qualquer não criaria este tipo de problema, pois findo o prazo já não seria possível praticar o ato ou a medida teria necessariamente que deixar de produzir os seus efeitos. Pelo que a prática do ato ou a duração da medida, como se revela [n]o nosso caso, para além do prazo seria, em princípio, ilegal” (p. 186) (Acórdão nº 1/2019, de 10 de janeiro, Aldina Ferreira v. STJ, Rel: JC Pina Delgado, publicado no BO, I Série, nº 11, 31 de janeiro de 2019, pp. 178-187). 2.2. Nesta conformidade, com a garantia em causa, acoplada a outra garantia, a de que em caso algum a prisão preventiva poderá ser superior a trinta e seis meses, o legislador tenta, estabelecendo um limite aparentemente máximo, também fixar balizas intercalares que acompanham fases processuais penais relevantes estabelecidas pela própria lei e assim constitucionalizando expressamente esses limites na medida em que sejam mantidos pelo legislador ordinário. Fá-lo, então, através de uma norma constitucional com textura de regra, clara e taxativa que adota o critério adotado pela norma legal e que lhe dota, enquanto estiver em vigor[,] de força constitucional, de tal sorte que a preterição dos limites estabelecidos pela lei processual penal para a manutenção da prisão preventiva em cada momento de tramitação, transforma-se, ipso facto, numa desconformidade constitucional e numa vulneração de uma posição jurídica fundamental”.

1.2. Tais ajustes não causam problema algum, pois como o Tribunal já considerou em diversas ocasiões, ele não se encontra vinculado ao escrutínio apenas das bases jurídicas invocadas pelo recorrente, podendo perfeitamente utilizar outros direitos como parâmetros de avaliação. O que não pode fazer é, num recurso por definição pessoalíssimo (v. Acórdão nº 27/2019, 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, decidido por unanimidade, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 100, 26 de setembro de 2019, pp. 1596-1608), escrutinar condutas não impugnadas, como, de resto, já tinha assentado recentemente através do Acórdão *Luis Firmino* (nº 50/2019, 27 de dezembro, sobre violação do direito ao recurso e à defesa em processo penal por ausência de notificação pessoal e direta de acórdão condenatório, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 14, 4 de fevereiro de 2020, pp. 337-347, sublinhando que “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. E que tal conduta não foi impugnada, nem o recorrente apresentou a eventual decisão em que a egrégia corte recorrida teria adotado tal entendimento”), e reiterado no mais recente Acórdão 19/2020, de 8 de maio, *Paulo Alexandre v. STJ*, sobre garantia a não se ser mantido em prisão preventiva fora dos prazos legais, Rel: JC Pina Delgado, ainda não publicado, 3.2.

Até porque qualquer lesão a esta garantia consistiria automaticamente em ataque à liberdade sobre o corpo, ao processo justo e equitativo e até à presunção da inocência. Primeiro, porque é uma garantia da liberdade sobre o corpo. Segundo, na medida em que se se mantiver qualquer arguido preso para além do prazo processual legalmente estabelecido a conclusão incontornável é que também se está perante processo iníquo. E, por último, porque a presunção da inocência é um dos principais limites da prisão preventiva e quando se mantém o arguido preso ilegalmente, a sua presunção da inocência é afetada, independentemente das razões que justificam a conduta.

Portanto, averiguando a violação da garantia referida, é escusado avaliar a profanação autónoma desses outros direitos, pois, por um lado, se os efeitos de ingerência sobre essas posições jurídicas decorreriam irremediavelmente da vulneração da garantia a não se ser mantido em prisão preventiva para além dos prazos legais, por outro, estariam dependentes também da sua lesão. Nesta conformidade, se esta violação não se atesta, a desses outros direitos também não, pois aquela conduta está intimamente ligada ao parâmetro-base indicado, pelo que só seria possível lesá-los através do seu atingimento.

2. Estabelecido o parâmetro, o próximo passo é averiguar se a conduta empreendida pelo tribunal recorrido que recusou o pedido de *habeas corpus* dos recorrentes quando estes alegam que se encontravam em prisão preventiva ilegal por estarem privados da sua liberdade além do prazo intercalar fixado pela lei violou a sua garantia fundamental de não serem mantidos em prisão preventiva fora do prazo legalmente estabelecido.

2.1. Todavia, não é prudente fazê-lo sem antes se proceder ao enquadramento legal e constitucional da situação e sem se explicitar o posicionamento das entidades que se pronunciaram a respeito.

2.1.1. Assim, no que concerne ao segundo ponto os recorrentes consideram que estão em prisão preventiva ilegal porque se encontram cerceados de sua liberdade sobre o corpo desde 18 e 20 de abril de 2019, respetivamente, e que, embora tenham requerido a abertura da audiência contraditória preliminar, até ao momento em que intentaram o pedido de *habeas corpus*, dia 23 de dezembro do mesmo ano, já tinha decorrido o prazo de oito meses sem que tivessem sido notificados do despacho de pronúncia ou

de qualquer outro que tivesse considerado o processo de especial complexidade.

2.1.2. Por seu turno, o Egrégio Supremo Tribunal de Justiça argumentou na dita decisão em que negou procedência ao pedido de *habeas corpus* dos recorrentes que a situação dos recorrentes não era de prisão preventiva ilegal, pois ao contrário do que eles afirmam, não tinha havido lugar à fase da audiência contraditória preliminar, na medida em que este requerimento havia sido indeferido pelo juiz de pronúncia. Assim sendo, no seu entender, o processo entrou na fase de julgamento, cujo prazo legal de prisão preventiva passa a ser de catorze meses, o qual ainda não se teria esgotado aquando da análise do pedido de *habeas corpus*. É, embora a decisão que rejeitou os pedidos de ACP dos recorrentes não tenha sido notificada aos recorrentes, para este órgão tal não constitui fundamento para se requerer essa providência extraordinária, já que o que interessa neste particular é a data de prolação do próprio ato e não a da sua notificação.

A decisão do órgão recorrido pode ser sumarizada da seguinte forma: “*Sucedo, porém, que os requerimentos dos arguidos para a abertura da ACP foram rejeitados pelo tribunal. Assim sendo, não havendo lugar a essa fase processual que é facultativa e passível de indeferimento (artº 323º nº 2 e 326 nº 2, todos do CPP), não se pode considerar o prazo de prisão preventiva da alª b), nº 1, do artº 279º CPP, porque não houve a fase processual da ACP. Como reiteradamente tem decidido este Supremo Tribunal, não havendo a ACP, o processo entra na fase seguinte, passando o prazo de prisão preventiva a ser de catorze meses (artº 279º nº 1, alª c), do CPP). Convém, contudo, realçar dois aspectos. Primeiro, conforme a jurisprudência deste Supremo Tribunal, a aferição dos prazos do artº 279º do CPP, não se reportem à notificação do acto judicial praticado, mas sim a sua prolação. De facto, é esse o espírito do legislador que fala em despacho de pronúncia caso haja lugar a uma audiência contraditória preliminar, em condenação em primeira instância, em segunda instância e decisão com trânsito em julgado. Por conseguinte, a alegada falta de notificação do despacho que rejeitou a ACP não tem qualquer relevância na apreciação do pedido de Habeas Corpus, até porque não integra os fundamentos da providência. Em segundo lugar, há que ter em conta que a providência do Habeas Corpus, enquanto providência excepcional, demanda, ainda, que a ilegalidade da prisão preventiva seja grosseira e flagrante, além de actual. Ora, no caso em apreço, perante a rejeição do pedido de ACP, não há nenhuma situação de ilegalidade, porque a prisão preventiva está dentro do prazo previsto para a fase processual em que se encontra o processo, a da alª c) do nº 1 do artº 279º CPP, ou seja, de catorze meses. Assim, pelo exposto, acordam os Juizes do Supremo Tribunal de Justiça, em indeferir o pedido de Habeas Corpus formulado pelos arguidos Joel Ermelindo Pereira de Brito e Rider Janó Miranda Tavares, por falta de fundamento bastante, nos termos do artº 20º nº 4, alª d) do CPP.*”

2.1.3. O Ministério Público também se pronunciou sobre a questão e, além de endossar os argumentos da entidade recorrida, ofereceu outros no sentido de que: primeiro, a presunção da inocência não teria sido em momento algum atingida, pois, dado que se relaciona a elementos probatórios, a comprovação da sua violação dependeria da audiência de discussão e julgamento, pelo que que sem ela seria difícil em sede de amparo constitucional sustentar tal vulneração; segundo, conforme considera, a ACP foi acertadamente rejeitada.

Nas suas palavras sublinha que “*Considerando que “a presunção de inocência” se reporta às provas, especialmente, à obrigatoriedade do acusador e julgador aduzirem elementos que provam a imputação objectiva e subjectiva de ilícitos penalmente relevantes aos arguidos, não é evidente que tendo havido uma acusação que elenca as provas careadas para os autos, e sem que se tenha realizado*

a audiência de discussão e julgamento se possa, de forma consistente, sustentar, através de um recurso de amparo constitucional, a violação da presunção de inocência; pois eventual desacordo com a apreciação dos factos indiciários que determinaram a prisão preventiva ou a sua manutenção, poderiam ser impugnados por via de um recurso, cuja [...] tramitação é relativamente célere, ao abrigo do disposto no artigo 263º do CPP. Porém na eventualidade de ser entendido do Tribunal Constitucional a sindicância dos fundamentos da decisão do tribunal de primeira instância, sempre se dirá que, é nosso entendimento que a ACP, in casu, foi acertadamente rejeitada, por inadmissibilidade legal, nos termos do artº 326º do CPP (vd. P. Pinto Albuquerque in- Comentário do CPP (...) anotação ao artº 286º e 287º). Com o recurso de amparo pretende-se restabelecer ou preservar direitos, liberdades e garantias fundamentais e constitucionalmente reconhecidos e não, transforma-lo em mais uma instância de recurso ordinário das decisões do STJ. Para o recurso de amparo, não basta o inconformismo com a decisão do STJ. Exige-se que, à partida, um direito fundamental, reconhecido pela Constituição da República tenha sido violado, e se observe os procedimentos formais. Do exposto, conclui-se, por conseguinte, pela manifesta existência da violação dos direitos, liberdades e garantias fundamentais constitucionalmente reconhecidos, como suscetível de recurso de amparo, pelo que: a) Deve ser negado provimento ao recurso de amparo, por falta de fundamento legal; b) Os fundamentos aduzidos pelos recorrentes para fundamentar a ilegalidade da sua situação processual por via de extinção da prisão preventiva por decurso do prazo, não procedem”.

2.2. Do ponto de vista constitucional e legal a questão já foi várias vezes conhecida pelo Tribunal que infere a garantia do número 4 do artigo 31 da Constituição da República cuja formulação foi feita nestes termos: “A prisão preventiva está sujeita aos prazos estabelecidos na lei, não podendo, em caso algum, ser superior a trinta e seis meses, contados a partir da data da detenção ou captura, nos termos da lei”. Trata-se de garantia fundamental de todo e qualquer arguido que a prisão preventiva esteja sujeita a prazos legalmente estabelecidos, pelo que ultrapassados tais prazos a liberdade sobre o corpo é violada e a prisão torna-se ilegal e constitucionalmente insuportável.

Esses prazos foram estabelecidos pela lei processual criminal ordinária no seu artigo 279 que dispõe que “1. A prisão preventiva extinguir-se-á quando, desde o seu início, tiverem decorrido: a) Quatro meses sem que tenha sido deduzida acusação; b) Oito meses sem que, havendo lugar à audiência contraditória preliminar, tenha sido proferido despacho de pronúncia; c) Catorze meses sem que tenha havido condenação em primeira instância; d) Vinte meses sem que tenha havido condenação em segunda instância; e) Vinte e seis meses, sem que tenha havido condenação com trânsito em julgado. 2. Os prazos referidos no número antecedente poderão ser elevados, respectivamente, até seis, doze, dezoito, vinte e quatro e trinta meses quando o processo tiver por objecto crime punível com pena de prisão cujo limite máximo seja superior a oito anos e se revelar de especial complexidade, devido, nomeadamente ao número de arguidos ou de ofendidos ou ao carácter altamente organizado do crime. 3. A elevação dos prazos prevista no número antecedente deverá ser decidida pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou oficiosamente, consoante a fase de processo em causa, devendo ser sempre particularmente motivados o requerimento e a decisão. 4. Sem prejuízo do disposto no número seguinte, os prazos referidos nas alíneas c) e d) do nº 1, bem como os correspondentemente referidos no nº 2, serão acrescentados de seis meses se tiver havido recurso para o Tribunal Constitucional ou o processo penal tiver sido suspenso para julgamento em separado de questão prejudicial. 5. A prisão preventiva não poderá, em caso algum, ser superior a trinta e seis meses a contar da data

da detenção”

O prazo que interessa para a situação concreta é o que consta da alínea b) do número 1 nos termos do qual a prisão preventiva extingue-se passados oito meses sem que, havendo audiência contraditória preliminar, tenha sido proferido despacho de pronúncia.

3. Entretanto, o problema que o caso concreto levanta não tem que ver concretamente com o prazo em si, pois à data da entrada do pedido de *habeas corpus* já se tinham passado oito meses após a detenção do recorrente Rider Janó Miranda Tavares que ocorreu em último lugar no dia 20 de abril de 2019, mas sim com a existência ou não da fase da ACP.

Precisamente porque o Tribunal já tinha considerado em outro julgamento que o prazo de oito meses só tem aplicação nos casos em que houver lugar à audiência contraditória preliminar.

Na decisão que tirou no caso *Osmond Nnaemeka Odo v. STJ*, decidido pelo Acórdão nº 26/2019, de 9 de agosto, Rel: JC Pina Delgado, o Tribunal havia acolhido entendimento no sentido de que “5.1. Precisamente porque o que parece a este Tribunal é que a disposição legal concreta sob escrutínio não parece suscitar dúvidas hermenêuticas de monta. O número 1 do artigo 279 do Código Processo Penal que estabelece a regra geral dos prazos máximos da prisão preventiva foi redigida em termos segundo os quais: “1. A prisão preventiva extinguir-se-á quando, desde o seu início, tiverem decorrido: a) Quatro meses sem que tenha sido deduzida acusação; b) Oito meses sem que, havendo lugar à audiência contraditória preliminar, tenha sido proferido despacho de pronúncia; c) Catorze meses sem que tenha havido condenação em primeira instância; d) Vinte meses sem que tenha havido condenação em segunda instância; e) Vinte e seis meses, sem que tenha havido condenação com trânsito em julgado”. Naturalmente, parece não restarem dúvidas que o prazo de oito meses só se aplica àqueles casos em que há audiência contraditória preliminar. Como se sabe, esta audiência corresponde a uma fase facultativa do processo que pode ser requerida nos termos dos artigos 324 e 325 do CPP. Neste caso, tendo sido deduzida acusação e por ser crime que não depende de acusação particular, o recorrente, na qualidade de arguido, tinha legitimidade para a requerer nos termos da alínea a) do número 1 do artigo 324 desse diploma. Não parece suscitar dúvidas, mormente doutrinárias, tal facultatividade e dependência de pedido do arguido (ou de assistente presentes certas condições), pois, considerando a letra da norma legal e as interpretações que vem sendo sujeita, sendo de se registar, por exemplo, o trecho de Jorge Carlos Fonseca, “O Novo Direito Processual Penal de Cabo Verde. Dados de um percurso. Estrutura e Princípios Fundamentais” in: Augusto Silva Dias & Jorge Carlos Fonseca (Coord.), *Direito Processual Penal de Cabo Verde. Sumários do Curso de Pós-Graduação sobre o Novo Processo Penal de Cabo Verde, Lisboa/Praia, ICJ-FDUL/ISCJS, 2009, pp. 104-105, assim construído: “O Código, na esteira do que previa o Anteprojecto, acabou por criar uma segunda fase preliminar, a que se deu a denominação emblemática de «audiência contraditória preliminar» (ACP), com o regime previsto nos arts. 323º a 337º. Trata-se, como a designação sugere e o próprio art. 323º explicita, de uma fase facultativa, que apenas poderá ter lugar a requerimento do arguido ou do assistente e na forma de processo comum (ordinário). Em caso de acusação, o requerimento poderá ser interposto pelo arguido, ou, tratando-se de crime público ou semi-público, também pelo assistente (ou por quem no acto se constitua assistente) relativamente a factos pelos quais o Ministério Público não tiver deduzido acusação e que consubstanciem crime diverso ou agravação dos limites máximos da pena aplicável (n.º 1 do art. 324º); em caso de arquivamento, e não se tratando de crimes particulares, o requerimento apenas poderá ser interposto pelo assistente*

ou por quem no acto se constitua como tal (art. 325º). Esta fase, presidida e dirigida por um juiz, consubstancia-se numa autêntica audiência oral e contraditória, em que participam o Ministério Público, o arguido, o defensor, o assistente e o seu advogado, e se destina a obter uma decisão de submissão ou não da causa a julgamento, através da comprovação da decisão de deduzir acusação ou de arquivar a instrução, como se define, aliás, no nº 1 do art. 323º. É nesta fase que se produzirá toda a prova requerida previamente (requerimento para a realização da ACP – art. 326º) ou no decurso da audiência (prova indiciária suplementar que se mostra necessária – art. 331º, nº 2, segunda parte, e 333º, nº 2), gozando o juiz dos poderes correspondentes aos conferidos ao juiz que preside à audiência de julgamento (nº 1 do art. 330º). É, ainda, de salientar a circunstância de poderem ser repetidos, desde que se revelem indispensáveis à realização das finalidades da ACP, os actos e diligências de prova praticados na instrução (nº 6 do art. 331º). A ACP será encerrada com a proferição, consoante aos casos – recolhidos ou não indícios suficientes de se terem verificado os pressupostos de que depende a aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança -, de um despacho de pronúncia ou de não-pronúncia (art. 336º, nº 1). Vê-se, assim, que se trata de uma fase preliminar (não imposta pela Lei Fundamental, nem por ela, digamos, sugerida ou potenciada), mas que, ao ser criada como opção do legislador processual penal com a natureza e as finalidades atrás sumariamente descritas, teria que observar na sua estruturação os princípios constitucionais atinentes àquelas. Designadamente, é uma fase dominada pelo contraditório, de modo diferente, como vimos, do que acontece na fase de instrução, ainda que nela continue a vigorar o regime de segredo de justiça (nº 1 do art. 110º). Ou ainda Jorge Noronha e Silveira, “Formas de Processo e sua Tramitação em 1ª Instância no Novo Processo Penal Cabo-Verdiano” in: *Ibid*, p. 273, para quem “Para o arguido, a ACP representa um importante meio de defesa contra uma acusação que ele considera infundada. Para que o arguido tenha o direito de requerer a ACP é, assim, desde logo necessário que contra ele tenha sido deduzida acusação. Mas o arguido tem de demonstrar, além disso, que pretende retirar da realização da ACP uma utilidade processual concreta. O objectivo que o arguido pretenderá com a ACP será, na maioria dos casos, o de evitar o julgamento. Para alcançar esse resultado, o requerimento da ACP tanto pode contestar apenas a matéria de facto constante da acusação, como apenas a da qualificação jurídica, como ambas. Se a defesa do arguido não for susceptível de evitar o julgamento, ela deve, em princípio, ser apresentada apenas na contestação (art. 341º do CPP). A realização da ACP nestes casos deve ser rejeitada, desde logo por razões de economia processual, pois dela o arguido não retirará qualquer utilidade processual relevante”. Não tendo sequer requerido a abertura dessa fase, não pode beneficiar-se de prazo que só se aplicaria caso aquela audiência tivesse sido requerida e realizada.”

Concluindo posteriormente que “[...] nos casos em que a ACP não for requerida, não se vê outra alternativa senão a de considerar que o prazo máximo parcial da prisão preventiva é efetivamente como entende o órgão recorrido e o Ministério Público o de catorze meses nos termos da alínea c) do número 1 do artigo 279, pelo que ainda o prazo para o proferimento da sentença na altura do pedido de habeas corpus ainda estaria longe de se esgotar”.

3.1. O âmago da questão reside neste particular precisamente porque, enquanto, por um lado, o STJ entende que não houve lugar à ACP porque os pedidos para a sua abertura foram rejeitados com fundamento na sua falta de motivação, pelo que o prazo que se aplicaria à situação dos recorrentes é o de 14 meses previsto na alínea c) do número 1 do artigo 279 do CPP, estes, por sua vez, entendem que se adentrou nessa fase, na medida

em que a requereram e em momento algum antes de findo o prazo de oito meses e de terem dado entrada no pedido de habeas corpus foram notificados do despacho de pronúncia ou de qualquer outro que declarasse especial complexidade do processo.

3.2. Compulsados os autos verifica-se que de facto os recorrentes por punho próprio requereram a abertura da ACP, tendo o recorrente Joel Brito pedido que realizasse a audiência alegando que estaria preso injustamente e o recorrente Rider Tavares requerido a audiência ao que parece para que se esclarecesse certas contradições que ao seu ver constava dos autos.

3.2.1. Entretanto, por meio do despacho de 11 de outubro de 2019 subscrito pelo meritíssimo juiz comarcão, ambos requerimentos foram rejeitados com base na sua falta de “*indicação das razões de facto e/ou de direito relativamente à sua discordância com a acusação do Ministério Público*”, não tendo, todavia, o tribunal de instância notificado esta decisão aos recorrentes, conforme consta dos autos e o próprio tribunal de instância confirma na sua resposta ao pedido de habeas corpus quando afirmou que “8. *Sucedee, porém, que devido ao falecimento do escrivão de direito, esse despacho de rejeição da ACP não foi notificado aos arguidos*”.

3.2.2. Trata-se de problema de interpretação que consiste em saber se para efeitos de existência da ACP o que releva é o requerimento para a sua abertura ou a decisão judicial que a admite. A resposta a essa questão é evidente, pois a lei é clara no sentido de que o que determina a existência dessa fase facultativa é o seu deferimento pelo órgão judicial competente, que tem o poder vinculado e sujeito a recurso de o admitir ou rejeitar. Assim, havendo decisão de rejeição do requerimento de abertura da ACP não tem como se concluir que a fase existe, pois nem sequer começou.

3.3. Todavia, o problema é averiguar se, para efeitos de contagem dos prazos intercalares de subsistência de prisão preventiva, tal acontece com a prolação da decisão de indeferimento, com a sua notificação ao arguido ou então com a sua definitividade, isto porque esta decisão é recorrível e sobe imediatamente e em separado conforme consta das disposições da alínea f) do número 1 do artigo 446 e do número 2 do artigo 445 do Código de Processo Penal.

Embora não seja concretamente um caso de contagem do *dies ad quem* do prazo de manutenção da prisão em cada fase processual, como seria o caso de se saber se os oito meses de prisão preventiva em caso de existência da ACP se contam até a prolação do despacho de pronúncia ou da sua notificação ao arguido, mas sim de se decidir se houve ACP ou não, parece que legalmente a legislação ordinária não deixou muita margem de interpretação ao órgão aplicador neste tipo de caso, pois parece encaminhar para solução monolítica sufragadora da posição defendida pelo Supremo Tribunal de Justiça de que o último dia de prazo para se manter determinado arguido em prisão preventiva em cada fase processual é a data da prolação da decisão respetiva e não a da sua notificação ao arguido.

Esta interpretação, embora constitucionalmente questionável no sentido de se saber se é suficientemente garantística dos direitos de defesa em processo penal, não parece dar muitas alternativas de interpretação a um órgão judicial ordinário, pois decorre da formulação expressa do legislador ordinário na medida em que utiliza as seguintes expressões no artigo 279: “*tenha sido deduzida acusação*”, “*tenha sido proferido despacho de pronúncia*”, “*tenha havido condenação(...)*”.

Por conseguinte, no caso em apreço parece que o indeferimento da ACP é suficiente para que se conclua

pela não existência dessa fase. E aqui não parece que questões de constitucionalidade se coloquem, porque, embora a decisão de indeferimento da ACP seja recorrível, o recurso não tem efeito suspensivo. Sob o efeito de separado e imediatamente, mas o processo principal continua o seu trâmite normal passando, portanto, à fase de julgamento.

É o que parece resultar do artigo 448 do CPP cuja formulação deontológica fixa o seguinte: “*Terão efeito suspensivo do processo: a) Os recursos interpostos de decisões finais condenatórias, sem prejuízo do disposto no artigo 281º; b) O recurso do despacho de pronúncia, quando legalmente admissível*”.

Portanto, não é necessário que o recurso sobre o pedido de ACP seja conhecido para que se conclua pela sua existência ou não, interpretação que parece perfeitamente válida do ponto de vista constitucional, na medida em que prossegue valores e princípios da Constituição Processual Penal importantes como sejam o da celeridade e de se ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa do arguido; isso sem prejuízo de se dar provimento ao recurso, situação que conduziria à fase solicitada, anulando-se todos os atos posteriormente praticados e aplicando as disposições cabíveis à ACP nomeadamente a referente ao prazo de prisão preventiva. Neste caso, a implicação natural de tal caminho determinaria a libertação imediata do arguido caso os oito meses tivessem transcorrido.

Todavia, enquanto for meramente recorrível, parece que a orientação mais consentânea do ponto de vista legal e que não parece conflitar com disposições constitucionais é a de que a rejeição da ACP significa pugnar pela não existência dessa etapa processual, pelo que o processo entra automaticamente na fase seguinte de julgamento cujo prazo máximo de prisão preventiva é de catorze meses como o Tribunal já o tinha considerado no caso citado.

Pelo que não se vê como contornar a interpretação do Supremo Tribunal de Justiça lançada à disposição legal do CPP sob escrutínio ao considerar que no caso concreto do recorrente não houve realização da audiência contraditória preliminar, na medida em que a mesma fora indeferida pelo juiz comarcação.

Aliás, essa possibilidade já havia sido em certa medida sugerida pelo acórdão de admissibilidade do presente pedido – *Acórdão nº 3/2020, de 14 de fevereiro, Joel de Brito e Rider Janó v. STJ*, Rel: JCP Pinto Semedo, para. 3.4. –, quando arrazou a respeito da eventualidade de adoção de medidas provisórias que “(...) não é líquido que o sentido que o Supremo Tribunal de Justiça, através do Acórdão nº 65/2019, atribuiu à regra constante da alínea b) do nº 1 do artigo 279º do CPP, seja desrazoável. Por conseguinte, não se pode dar por verificada a forte probabilidade de terem sido violados os direitos fundamentais invocados pelos recorrentes”.

4. Questão final a decidir seria a de se pronunciar sobre possível remessa do processo ao Procurador-Geral da República com vista a eventual pedido de fiscalização concreta da norma segundo a qual o *dies ad quem* para a contagem do prazo máximo de prisão preventiva é a data da prolação da decisão que encerra cada fase e não a da sua notificação ao arguido.

Este entendimento, completamente coberto pela legislação, tem sido aplicado em vários arestos da entidade recorrida, podendo até ser considerado jurisprudência uniforme e constante deste órgão. Todavia, não se pode negar que tem constitucionalidade duvidosa, no sentido de suscitar dúvidas se não viola garantias de defesa do arguido em processo penal, bem como o direito genérico a um processo justo e equitativo, na medida em que pode dar azo a arbitrariedades e abusos do poder judicial. Porque os titulares da garantia de não se ser mantido em prisão preventiva fora dos prazos legalmente estabelecidos

ficam à mercê do autocontrolo exclusivo deste poder. Por conseguinte, é muito menos garantístico do que interpretação alternativa no sentido de que a decisão que encerra cada fase deva ser notificada ao arguido dentro do prazo de prisão preventiva, sob pena de se tornar ilegal por impedir que ele próprio tenha elementos para controlar o cumprimento dos prazos pelo tribunal.

Portanto, em uma situação normal em que a norma fosse efetivamente aplicada e tivesse ligação com a conduta exata objeto do escrutínio de amparo, esta Corte teria necessariamente de reencaminhar o processo ao Ilustre Senhor Procurador-Geral da República para efeitos de fiscalização sucessiva e concreta dessa norma.

Entretanto, não parece a este Tribunal que nesta situação concreta o Pretório recorrido, não obstante ter feito menção a este entendimento e se referido à sua jurisprudência nessa matéria, tenha aplicado essa norma para resolver o pedido de *habeas corpus* que lhe fora dirigido pelos recorrentes, precisamente porque não se tratava de questão de contagem do prazo de prisão preventiva em si na hipótese de ter ocorrido ACP, mas ao invés de se determinar se na situação concreta que estava a lidar houve esta fase facultativa.

Nas suas palavras quando se referiu a este entendimento o tribunal recorrido teceu as seguintes considerações: “*Convém, contudo, realçar dois aspectos. Primeiro, conforme a jurisprudência deste Supremo Tribunal, a aferição dos prazos do artº 279º do CPP, não se reportem à notificação do acto judicial praticado, mas sim a sua prolação. De facto, é esse o espírito do legislador que fala em despacho de pronúncia caso haja lugar a uma audiência contraditória preliminar, em condenação em primeira instância, em segunda instância e decisão com trânsito em julgado. Por conseguinte, a alegada falta de notificação do despacho que rejeitou a ACP não tem qualquer relevância na apreciação do pedido de Habeas Corpus, até porque não integra os fundamentos da providência*”

Assim, reiterando o entendimento que adotou nos autos *Paulo Alexandre v. Supremo Tribunal de Justiça* (decidido pelo *Acórdão 19/2020, de 8 de maio*, sobre garantia a não se ser mantido em prisão preventiva fora dos prazos legais, Rel: JC Pina Delgado, 3.4), o Tribunal não considera que seja situação em que se deva remeter o processo a Sua Excelência o Senhor Procurador-Geral da República para a fiscalização concreta da constitucionalidade da norma, uma vez que a conduta objeto de escrutínio não foi praticada em determinação da mesma e a norma apenas foi referida por via indireta, bastando neste caso deixar registada a constatação que se expôs.

III. Decisão

Pelo que antecede, os Juizes do Tribunal Constitucional reunidos em Plenário decidem que o Tribunal recorrido, ao negar o pedido de *habeas corpus* dos recorrentes por considerar que não estavam ilegalmente presos, com o argumento de que a decisão de rejeição de realização de ACP, tendo como efeito a inexistência dessa fase processual, foi tomada dentro do prazo legal, não violou a garantia de não serem mantidos em prisão preventiva fora dos prazos legais.

Registe, notifique e publique.

Praia, 11 de junho de 2020

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

Está Conforme

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



I SÉRIE
**BOLETIM
OFICIAL**

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

Endereço Electronico: www.incv.cv



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

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