



BOLETIM OFICIAL

ÍNDICE

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acórdão n.º 50/2022:

Proferido nos autos de Recurso de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade n.º 4/2021, em que é recorrente Aniceto António de Oliveira dos Santos e entidade recorrida o Tribunal da Relação de Sotavento.....180

Acórdão n.º 51/2022:

Proferido nos autos de Recurso de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade n.º 5/2022, em que é recorrente Rui Antunes Correia Barbosa Vicente e entidade recorrida o Supremo Tribunal de Justiça.....206

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade n.º 4/2021, em que é recorrente **Aniceto António de Oliveira dos Santos** e entidade recorrida o **Tribunal da Relação de Sotavento**.

Acórdão nº 50/2022

Autos de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade 4/2021 (Aniceto dos Santos v. TRS, sobre inconstitucionalidade de norma hipotética decorrente do artigo 12 do CPP na exata aceção segundo a qual o juiz que aplica medida de coação de prisão preventiva não está impedido, no respetivo processo, de participar do julgamento do arguido)

I. Relatório

1. O Senhor Aniceto António de Oliveira dos Santos, através de peça de interposição de recurso, veio requerer a apreciação da constitucionalidade das normas dos artigos 12 e 49, nº 1 alínea e) do Código de Processo Penal que terão sido aplicadas pelo Egrégio Tribunal da Relação de Sotavento no douto Acórdão n.º 113/2020 proferido nos Autos de Recurso Ordinário N. 127/2020.

1.1. Enquadra a colocação do recurso por entender que o juiz que lhe aplicou a medida de coação pessoal não deve ser o juiz da causa “por estar impedido por participação anterior no processo”, razão pela qual tem suscitado a questão ao longo do processo.

1.2. Recorreu a todos os órgãos na cadeia recursal pertinente sem deixar que a decisão transitasse em julgado por efeito da suspensão dos prazos para a interposição deste recurso constitucional, o que lhe permite suscitar a constitucionalidade dessas duas disposições quanto à “não consagração expressa do impedimento do juiz por participação anterior no processo, especialmente quando tenha proferido uma medida de coação pessoal, essencialmente a prisão preventiva, de estar impedido de ser o juiz do julgamento”.

1.3. Na medida em que esta norma é inconstitucional, por via de ação e de omissão, por ser incompatível com um conjunto de preceitos constitucionais, nomeadamente com “as normas e princípios constantes dos artigos 1º nº1, 2º, nº 1, 3º nº 2 e 3, 7º alínea b), 12º nº 1 e 4, 15º, nº 1, 17º nº 1, 2, 3 e 4, 18º, 22º nº 1 e 4, 23º nº 1, 24º, 26º, 35º nº 6, 209º, 211º nº 1 e 3, 222º nº 1 e 2” todos da Constituição e ainda o artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o disposto no artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, é necessário que como tal seja declarada com força obrigatória geral.

1.4. Considera que o recurso é tempestivo por ter sido interposto no prazo de dez dias por este só se poder contar a partir do momento em que se esgotaram as vias ordinárias de recurso com a decisão da reclamação que protocolou no STJ.

1.4.1. Veja-se o que na sua própria dicção assevera: “[É] visível e perceptível que estão preenchidos todos os pressupostos materia[is] e processua[is] de admissibilidade (...)”, sendo que o recorrente “sempre suscitou ao longo do

processo a inconstitucionalidade dessas normas, de forma adequad[a], e perante os tribunais com competência e obrigação de delas conhecerem, restando-lhe acionar o Tribunal Constitucional, que goza de competência jurisdicional especializada [em] matéria constitucional”;

1.4.2. E que “o Supremo Tribunal não conheceu dos pedidos de fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade dessas normas, apenas funcionou na qualidade de Tribunal de apreciação da reclamação quanto a irrecorribilidade do anterior recurso interposto no tribunal de Relação e, por conseguinte, é o *Tribunal de Relação de Sotavento* o tribunal que proferiu a decisão recorável, cuja [...] decisão, conheceu em última inst[â]ncia de apreciação judicial do objeto da matéria suscitada e de teor plenamente Constitucional, portanto, foi com a decisão/acórdão nº 113/2020 do tribunal de Relação de Sotavento que não declarou o juiz impedido por participação anterior no processo e não declarou pela inconstitucionalidade dessas normas, fez com que, o julgamento se realizou e o recorrente foi julgado por um juiz que no seu entender está impedido e inquinado de parcialidade, e que, nesse âmbito, todo o processado desde a prolação do acórdão nº 113/2020 funcionou como incidentes de esgotamento de todas as vias ordinárias recursal, considerando que, o Supremo Tribunal conheceu da reclamação apresentada, decidindo pela irrecorribilidade do acórdão nº 113/2020 do Tribunal de Relação de Sotavento, permanecendo não precludido o prazo (10 dias) de interposição recurso de fiscalização sucessiva concreta de constitucionalidade junto ao Tribunal Constitucional, devendo, esse prazo contar-se da data ou momento em que se tornou definitiva a decisão que não admite recurso (aplica-se a data do dia 4 de Março de 2021 com a notificação da decisão do STJ que decidiu a reclamação considerando irrecorável o acórdão nº 113/2020 para o STJ), conforme os dispostos nos artigos 77º nº 1 alínea b), 2,3,3 e 81 nº 1 e 2 da Lei nº 56/VI/2005 de 28 de fevereiro”.

Reiterando que a decisão recorrida seria o Acórdão 113/2020 da lavra do Egrégio Tribunal da Relação de Sotavento, expressamente pediu “a admissão e subida desse Recurso de Fiscalização Sucessiva da Constitucionalidade das normas dos artigos 12º e 49º alínea e) ao Tribunal Constitucional”.

2. Já da peça de alegações cuja junção antecipou – e, mais tarde, desenvolveu – constam teses a respeito de questões prévias e de fundo, respetivamente no sentido de discutir se não haveria uma inconstitucionalidade por ação, a competência do Tribunal Constitucional para escrutinar, através de um recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade, uma desconformidade fundamental por omissão e de fundamentar o entendimento de que uma norma hipotética segundo a qual o juiz que aplica uma medida de coação não está impedido de participar do julgamento de um arguido no âmbito de um processo penal, seria inconstitucional por ser incompatível com a natureza basicamente acusatória do processo penal determinada pela Lei Fundamental e pelo princípio do juiz natural decorrente da mesma.

2.1. Em relação à primeira questão aduziu os seguintes argumentos:

2.1.1. Que não assistiria razão ao órgão judicial ao considerar que o recurso se ancorava exclusivamente na alegação de ter havido inconstitucionalidade por omissão, quando isso não decorre dos pedidos que fez. Outrossim, terá também requerido a apreciação de uma possível inconstitucionalidade por ação, na medida em que as normas impugnadas fomentariam “sentido de interpretação dualista” já que a interpretação negativa desses dispositivos daria permissão ao juiz que aplicou a medida de coação de participar do julgamento.

2.1.2. No que concerne à inconstitucionalidade por omissão, assevera, recorrendo a vasta doutrina estrangeira, que não prevendo uma norma nem expressa, nem implicitamente o impedimento de um juiz que aplica uma medida de coação de prisão preventiva de participar do julgamento de um arguido, ainda que não exista norma que preveja a fiscalização sucessiva concreta por omissão, o tribunal em tais casos não pode denegar a justiça invocando “t[ã]o-simplesmente a não consagração expressa desse mecanismo de controlo e defesa da própria constitucionalidade das normas”.

Diz, apelando aos ensinamentos de Bachof, que se está perante uma lacuna constitucional, que, no caso concreto, estaria em contradição com preceitos de ordem superior, supralegal – o “direito natural e a própria essência da defesa e inviolabilidade dos direitos fundamentais” – os quais supostamente imporiam tal normativo a prever a figura da inconstitucionalidade por omissão. Daí concluir que face a essa lacuna constitucional, o poder judicial, “enquanto órgão de soberania com competência para apreciar o pedido de fiscalização da constitucionalidade das normas”, exerça a “incumbência de controlo e defesa da constitucionalidade” decretando-a quando exista, independentemente de ser por ação ou por omissão. Diz que sendo o “princípio do Estado de Direito”, “um princípio de Direito Natural, negar a tutela judicial, pela via da inconstitucionalidade por omissão quando os direitos, liberdades e garantias forem violados, resultaria na negação do próprio [E]stado de Direito, redução da garantia do acesso à justiça, e conflituaria com valor supremo e do direito supralegal – ou do direito natural – que é a dignidade da pessoa humana, instituída no artigo 1º da Constituição, que, fundamenta toda a imposição de reconhecimento dos direitos fundamentais na [C]onstituição material, como uma dimensão supraconstitucional e que transcende as limitações do texto constitucional e que ao mesmo tempo, norteiam toda a fundamentação juscientífic[a] para que, existindo, tais lacunas constitucionais, se possa lançar mão[...] dessas normas, princípios ou valores suprem[os] para a reposição e integração dessa lacuna constitucional, reforçam o controlo, proteção e defesa da própria ordem constitucional e validação de normas infraconstitucionais em conformação com o sentido e alcance dos mandados da [C]onstituição formal e material”.

2.2. E a respeito da questão de fundo apresenta arrazoado:

2.2.1. Largamente baseado na doutrina de Jorge Carlos Fonseca e Augusto Silva Dias, sustenta que a implicação imediata do modelo de processual penal adotado seria não só a separação entre “quem julga e quem acusa”,

mas também seria permissivo da intervenção judicial na fase de instrução sempre que “possam estar diretamente em causa direitos, liberdades e garantias fundamentais da pessoa”, a qual deve feita no quadro de uma justiça imparcial própria de um Estado de Direito alicerçada em magistrados independentes que decidem de forma objetiva;

2.2.2. A experiência portuguesa terá mostrado um largo consenso doutrinário e jurisprudencial de que a independência judicial seria uma dimensão essencial da estrutura acusatória do processo penal, por isso a sua legislação seria mais “clarividente e abrangente”, ao contrário da cabo-verdiana que seria minimalista, apesar de não se contemplar neste ordenamento jurídico uma verdadeira fase de instrução, que corresponderia à fase do inquérito do processo penal português, temperando com uma audiência contraditória preliminar, dando uma errónea impressão de ser uma fase instrutória.

2.2.3. Os impedimentos e suspeições de magistrados destinam-se a dar consistência efetiva à garantia de imparcialidade, além de serem “uma densificação [destinada] a estruturar o processo penal com o princípio da máxima (...) acusatoriedade possível”. Justificando as soluções destinadas a impedir a participação do juiz que tenha tido intervenção no processo em fase anterior e de se vedar a participação do juiz que emitiu o despacho de pronúncia de intervir no julgamento. Essas mesmas razões determinariam que qualquer despacho materialmente equivalente aplicado pelo “juiz (de instrução)”, equivalendo a despacho que aplicasse a prisão preventiva, conduzisse a impedimento de participar do processo na fase de julgamento, conforme seria a “vontade do legislador ordinário, constante do artigo 49 alínea e) do CPP de Cabo Verde”.

2.2.4. Esse estatuto constitucional de garantia da imparcialidade da decisão judicial, “tal como definido no sistema criminal e constitucional português”, e que “já deveria estar expressamente consagrado no processo penal cabo-verdiano”, seria uma exigência do artigo 10 da DUDH e do Direito Internacional, conforme se vem discutindo na jurisprudência do TEDH e do TC da República Portuguesa.

2.2.5. Essa solução de resto terá constado da versão originária do anteprojeto (artigo 13), mas foi eliminada da versão definitiva do mesmo, quedando-se este pela formulação que consta do atual artigo 12, e que abrange somente o juiz de pronúncia, parecendo discordar do seu autor material, o Professor Jorge Carlos Fonseca, quando diz que ele seria “da opinião de que [o juiz que aplicar a prisão preventiva] [estaria] sim impedido de ter (...) intervenção no julgamento do mesmo arguido no mesmo processo”. Pela razão de que o princípio do juiz natural consagrado no artigo 11 do CPP associado ao princípio da legalidade teria o objetivo de garantir ao indivíduo que a causa será julgada por um tribunal previsto como competente mediante a aplicação de critérios objetivos legalmente determinados”, visando proibir “a criação *post factum* de um juiz de uma determinada causa, ou a possibilidade de se determinar de forma arbitrária ou discricionária o juiz competente”. De outra parte, ao se

consagrar um conjunto de causas que determinariam a suspeição ou impedimento do juiz, desviando-se desse princípio para proteger a imparcialidade e a independência dos tribunais e os direitos do cidadão não se estaria a feri-lo.

2.2.6. Como o juiz não tem um papel integralmente passivo no processo-crime, na medida em que desde a primeira fase se impõe os princípios da verdade material e da investigação e para que se aplique qualquer medida cautelar processual é necessário que ele interprete facto para verificar se estão presentes fortes indícios de prática de crime, conforme explicitado pelos números 1 e 2 do artigo 261. Sendo assim, pergunta retoricamente, a) como seria possível avaliar factos ou provas indiciárias para sustentar a aplicação de uma medida de coação de prisão preventiva sem que o juiz de instrução ou de inquérito faça um “juízo prévio sobre o objeto do processo, conforme o previsto para a afirmação do impedimento do juiz constante da alínea e) do artigo 49 do C.P.P.”; b) e que se aplique a pena preventiva apenas ao crime praticado com dolo, sem que o juiz avalie os factos, a ação do agente, o desvalor da ação ou do resultado, sem que tenha “revelado uma opinião ou juízo prévio sobre o objeto do processo, nos termos da mesma disposição; c) e ainda que se aplique tal medida “fazendo a previsão de que, no julgamento, ao arguido virá a ser aplicada uma sanção, e se bem, de qual seja ela, ou mesmo, ainda que abstrato do seu *quantum* e avaliar de antemão sobre a gravidade do crime indiciado, conforme o imperativo previsto no artigo 262 nº 2 do C.P.P., sem que tenha o juiz (...) relevado uma opinião ou juízo prévio em relação ao objeto do processo à luz dessa mesma disposição.

2.2.7. Por isso, expressa opinião no sentido de que o juiz está “claramente impedido de ter uma intervenção no julgamento do arguido, o juiz que tiver aplicado uma prisão preventiva ao mesmo arguido no mesmo processo, dando os sucessivos despachos de reavaliação dos pressupostos da manutenção da medida de coação pessoal privativa de liberdade e despachando-se atos isolados e periódicos a sua continuidade e subsistência”, pois se se tiver de admitir outro sentido, estar-se-ia a “assassinar o princípio da presunção da inocência”.

2.2.8. E finaliza o segmento dizendo que “o princípio do acusatório, pretende sempre, salvaguardar a neutralidade do julgador face à acusação, atrelado ao sentido garantístico da acusação em relação aos direitos e garantias do arguido, dentr[e] os quais a garantia de ser julgado perante um tribunal imparcial e independente e de obter uma decisão confiável, credível e imparcial”.

2.3. E fez os seguintes pedidos, requerendo, literalmente, que seja:

2.3.1. “Declarado e considerado impedido o Juiz efetivo do 3º Juízo Crime da Comarca da Praia, não podendo participar no julgamento do arguido ora recorrente”;

2.3.2. “Seja revogado integralmente o acórdão nº 113/2020 proferido pelo Tribunal da Relação de Sotavento/RECORRIDO nos autos de recurso ordinário nº 127/2020, por conter interpretação jurídica dos artigos 12º e 49º alínea e) do CPP, numa interpretação restritiva

aos direitos e garantias fundamentais, contrária a norma constitucional vertida nos artigos 17º nº 1, 2, 3, 4 da Constituição, visto que, a interpretação das normas constitucionais relativos à direitos, liberdades e garantias fundamentais, devem ser feitos e integrados com recurso a Declaração Universal dos Direitos do Homem, e nesse instrumento jurídico internacional consagra no seu artigo 10º de que, toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, que a sua causa seja julgad[a] por um tribunal imparcial, desse modo, a interpretação do acórdão recorrido, é inconstitucional por violar essa disposição da [C]onstituição, violando também, normas e princípios dessa Declaração Universal e as normas constantes do artigo 14º do Pacto Internacional Relativo à Direitos Cívicos e Pol[í]tico[s] ratificado por Cabo Verde, e que, nos termos do artigo 12º nº 1 e 4 da Constituição de Cabo Verde, fazem parte do sistema jurídico interno e da própria ordem constitucional receção nessa ordem constitucional, e prevalecem em relação a todos os atos legislativos e normativos de valor infraconstitucional;

2.3.3. “Deve ainda, ser revogado e declarado inconstitucional o acórdão recorrido, por violar o princípio de acesso à justiça, pela sua denegação e não aplicação do Direito, quando aquele aresto recorrido faz uma interpretação da não existência de mecanismo de controlo e defesa da [C]onstituição pela possibilidade de fiscalização sucessiva e concreta da inconstitucionalidade por omissão, o dever do Tribunal enquanto órgão de garantia da realização da justiça e proteção de constitucionalidade das normas é de integrar as lacunas existentes, inclusive as lacunas constitucionais, realizando a justiça e não negando a justiça com a justificação da inexistência de mecanismos de controlo da inconstitucionalidade por omissão, e também, pela justificação de que, na sua interpretação dos artigos 12º e 49º alínea e) do [CPP], o legislador ordinário não teve a intenção de prever expressa e nem implicitamente o impedimento de participação no processo, do juiz que, tenha aplicado a medida de coação (prisão preventiva) de estar impedido de ser o juiz de julgamento desse arguido no mesmo processo, por ter ess[e] acórdão violado o disposto no nº 4 do artigo 22º da Constituição, restringindo uma garantia fundamental de defesa do arguido, e infringindo essa norma constitucional e o princípio de acesso à justiça, constituindo o teor desse acórdão uma inconstitucionalidade por ação nos seus precisos termos”;

2.3.4. “Declarado, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma do artigo 12º do CPP, seja pela via da inconstitucionalidade por ação ou por omissão, por violação das normas e princípios constantes dos artigos 1º nº1, 2º nº 1, 3º nº 2 e 3, 7º alínea b), 12º nº 1 e 4, 15º nº 1, 2, 3, 4, 18º, 22º nº1 e 4, 23º nº 1, 24º, 26º, 35º nº6, 209º, 211º nº 1 e 3, 222º nº 1 e 2, e ambos da Constituição, conjugado com o disposto[] no[...] artigo[] 10º da Declaração Universal [d]os Direitos do Homem e o disposto no artigo 14º [do] [P]acto Internacional relativo à direitos cívicos e políticos r[at]ificado [...] por Cabo Verde, com os polícias os fundamentos explanado[s] no presente recurso constantes na alínea b) nos seus pontos 7 a 32, e não devendo ser aplicado essa norma

por ser inconstitucional ao abrigo do artigo 211º nº 3 da Constituição”;

2.3.5. “Declarado, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma do artigo 49º do CPP, seja pela via da sua inconstitucionalidade por ação ou por omissão, por violação [à]s normas e princípios constantes dos artigos 1º nº1, 2º nº 1, 3º nº 2 e 3, 7º alínea b), 12º nº 1 e 4, 15º nº 1, 2, 3, 4, 18º, 22º nº1 e 4, 23º nº 1, 24º, 26º, 35º nº6, 209º, 211º nº 1 e 3, 222º nº 1 e 2, e ambos da Constituição, conjugado com o disposto [no] [...] artigo [10º] da Declaração Universal [dos] Direitos do Homem e o disposto [do] [P]acto Internacional relativo à direitos civis e políticos r[a]tificado [...] por Cabo Verde, com os seus fundamentos explanado[s] no presente recurso constantes na alínea b) nos seus pontos 7 a 32, e não devendo ser aplicada essa norma por ser inconstitucional ao abrigo do artigo 211º nº 3 da Constituição”;

2.3.6. “Seja determinado e julgado, sem efeitos e nulo, tudo o quanto haja ou venha a ser praticado pelo juiz impedido, pois que, são atos nulos, e sendo nulos, podem ser repetidos utilmente, ou seja, devendo o julgamento ser feito com a presença e intervenção de outro juiz não impedido e não parcial, e da prática desses atos nulos resultarão prejuízos para a realização a justiça da decisão do processo, devendo ser ordenado ao visado, que remeta o processo ao juiz que, de harmonia com as leis de organização judiciária, deva substituí-lo, ao abrigo do artigo 56º do CPP, uma vez que, [à] data da propositura desse recurso para o Tribunal Constitucional, o recorrente já foi julgado pelo Juiz do 3º [J]uízo [C]rime da [C]omarca da Praia sem tr[â]nsito em julgado, pela declaração da inconstitucionalidade dessas normas e reconhecendo o impedimento do juiz por participação anterior no processo, dever[á] ser declarado [n]ulo o [j]ulgamento realizado, e tendo expirado o prazo de prisão preventiva sem a condenação efetiva em Primeira Instância, requer-se a [s]oltura imediata do recorrente e extinção da medida cautelar de prisão preventiva que se encontra sujeita, nos termos dos artigos 279º nº 1 alínea c), sem prejuízo do disposto no nº 4 do artigo 279º do Código de Processo Penal”;

2.3.7. “Requer-se, que, o recorrente seja isento das custas, por não dispor de condições financeiras para o seu pagamento, requerendo o benefício de assistência judiciária, já que, também est[á] a ser representado de forma gratuita[a] pelo Mandatário Judicial”;

2.3.8. “Finaliza sustentando que ‘[t]odos os pedidos devem ser julgados e considerados procedentes nos seus termos, pois, o tribunal (*ad quem*) para o qual o recurso é dirigido, está obrigado a conhecer de todos esses pedidos objetos do presente recurso por ter[...] sobre os mesmos, competências material reservada e específica e com enfoque processual, funcional e territorial’.

3. A tramitação deste processo:

3.1. Foi relativamente tumultuosa porque:

3.1.1. Os autos foram remetidos pelo Egrégio Tribunal da Relação de Sotavento no dia 6 de maio de 2021, e distribuídos ao JCR Pina Delgado – antes sorteado.

Tendo este verificado que o patrocínio judiciário foi assumido por causídico não inscrito como advogado na ordem profissional da classe, fez-se necessário apreciar a questão preliminar de se saber se advogado estagiário poderia, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade, conduzir de forma autónoma e sem a devida supervisão de advogado inscrito na Ordem dos Advogados de Cabo Verde, representar o recorrente. A resposta – negativa, por sinal – foi dada pela Corte Constitucional através do *Acórdão 24/2022, de 10 de junho, Aniceto dos Santos v. TRS*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 65, 1 de julho de 2022, pp. 1616-1617, conduzindo à determinação dirigida ao recorrente no sentido de este indicar outro advogado para que a instância pudesse prosseguir.

3.1.2. Contudo, regularizada a instância, da análise do processado para efeitos do juízo preliminar de admissibilidade e cognoscibilidade conduzido pelo JCR, observou-se que o recurso não subira nos autos (de processo principal), como impõe a Lei. Tendo, no dia 16 de maio, despachado no sentido de o tribunal *a quo* remetê-los, o envio dos autos só veio a acontecer no dia 8 de junho de 2022.

3.2. Entretanto, reconhecendo na peça pedido de assistência judiciária na modalidade de dispensa do pagamento de custas, que considerou não ter seguido a forma prevista pela Lei, e estando omisso dos elementos probatórios necessários, a 30 de junho o JCR proferiu despacho no sentido de conceder à entidade recorrente oportunidade de corrigir o modo de colocação da questão e de indicar os elementos omissos.

3.3. Em seguida, a 22 de julho, o mesmo JCR, tendo considerado que o recorrente ao apresentar a sua peça de recurso, fê-la acompanhar de uma peça de alegações, na qual expôs longamente os fundamentos que sustentam os seus pedidos, despachou no sentido de ele confirmar a peça como peça de alegações finais ou para, em dez dias, submeter o seu arrazoado ao Tribunal Constitucional. Seis dias depois, a 28 de julho, os mandatários do recorrente pediram que se tomasse o articulado supramencionado como peça de alegações finais escritas. A assistente no processo principal, notificada no dia 1 de agosto para apresentação de contra-alegações, não se manifestou.

3.4. Depois do período de vistas abertos para que as entidades habilitadas tivessem acesso aos autos e se manifestassem, a 20 de outubro, o JCR preparou projeto de memorando – o qual foi distribuído a todos os intervenientes processuais – e requereu a marcação da audiência de julgamento e da conferência.

3.5. Marcada a Audiência Pública para o dia 23 de novembro nessa data se realizou.

3.5.1. Depois da abertura feita por quem a convocou, o Venerando JCP Pinto Semedo, deu-se palavra ao JCR que apresentou o projeto de memorando antes distribuído, e transmitiu-se a palavra ao advogado do mandatário. Tendo começado o advogado-estagiário a tecer considerações, colocou-se questão de saber se, face à jurisprudência citada do Tribunal Constitucional, este podia falar em nome do recorrente. Intervindo em seguida

os juízes conselheiros, formou-se consenso que, estando presente outro advogado responsável, se este entendesse permitir que o estagiário se dirigisse ao Tribunal isto estaria dentro do conceito de “efetivamente acompanhado por advogado” decorrente do número 4 do artigo 123 dos Estatutos da Ordem dos Advogados de Cabo Verde.

3.5.2. Sendo assim, o JCP concedeu a palavra ao advogado do recorrente, Dr. José Henrique Freire, que a transmitiu ao advogado-estagiário, Dr. Hilário Lopes. Este teceu considerações segundo as quais, pelas contas que fez, interpôs o pedido de fiscalização da constitucionalidade oito dias depois de ter sido notificado da última decisão do Supremo Tribunal de Justiça que não admitiu o seu recurso, por ser entendimento da lei, conforme sua apreciação, que essa corresponde ao *dies a quo* para a contagem do prazo em casos de interposição de recurso ordinário ou de reclamação. Além disso, que suscitou as questões de constitucionalidade de forma processualmente adequada, tendo ainda indicado as normas que terão sido violadas, não havendo jurisprudência anterior do TC a respeito desta questão. De resto, reiterou a sua tese de que se está perante uma lacuna constitucional pelo facto de o artigo 12 não prever que o juiz que aplica medida de coação privativa de prisão preventiva não possa participar, no respetivo processo, do julgamento do arguido, parecendo, ainda, rejeitar o argumento arrolado pelo acórdão recorrido de que não haveria condições financeiras que justificassem essa solução.

3.5.3. O Senhor Procurador-Geral da República começou a sua intervenção chamando a atenção para o facto de, enquanto fiscal da legalidade, dever se pronunciar sobre a questão da representação por advogado-estagiário perante o TC, parecendo esposar a ideia de que perante os tribunais superiores, na mesma medida que se exige que o Ministério Público seja representado pelos seus membros mais graduados, o mesmo deveria acontecer com os advogados. Mas, ficou com a impressão de que o Tribunal Constitucional terá, no seu entendimento, deixado brechas que permitem que o advogado-estagiário esteja presente numa audiência a esse nível, trazendo consigo um patrono.

A respeito da questão de fundo, diz que teve dificuldades em se enquadrar, posto que, no seu entendimento, o pedido feito não se subsume a uma fiscalização concreta, não tendo o Tribunal aplicado ou deixado de aplicar nenhuma norma inconstitucional. Considerando ainda que seria forçado dizer-se que há uma omissão no sentido próprio do termo, porque, por um lado, deve presumir-se que o legislador tomou as melhores decisões possíveis e, do outro, por ser o artigo 12 do CPP absolutamente claro. Dissertou ainda no sentido de que, nem o princípio da independência, nem, tão-pouco, o princípio da imparcialidade do juiz, podiam ter sido violados porque o processo de elaboração de acórdão em tribunais coletivos é dialógico, intervindo todos os seus membros e não somente o juiz. Pelo exposto, em moldes que sumariou, considerou que não havia qualquer inconstitucionalidade.

3.6. Deu-se início logo a seguir a Conferência de Julgamento, tendo a mesma começado com a intervenção

do Venerando JCP e prosseguido com a apresentação das propostas de encaminhamento do JCR e os votos do Venerando JC Aristides R. Lima e do JCP Pinto Semedo determinando-se, na sequência, a decisão a respeito do pedido de fiscalização concreta da constitucionalidade.

II. Fundamentação

1. Feito este enquadramento, é, nesta fase e a fim de se verificar se o recurso pode prosseguir, absolutamente necessário que se proceda à verificação da presença das condições necessárias para se conhecer das questões de constitucionalidade colocadas, o que, passa, primeiro, por aferir se os pressupostos recursais, gerais e especiais, para a admissibilidade do recurso estão preenchidos, e, segundo, se os pressupostos e requisitos de cognoscibilidade de cada questão de constitucionalidade encontram-se presentes.

1.1. Nesta matéria reporta-se à jurisprudência que o Tribunal Constitucional tem construído em relação à admissibilidade de recursos de fiscalização concreta da constitucionalidade que subiram e foram decididos no mérito (*Acórdão 8/2017, de 29 de junho, Sal Hotéis v. STJ*, Rel: JC Aristides R. Lima, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 42, 21 de julho de 2017, pp. 903-910; *Acórdão 15/2017, de 26 de julho, INPS v. STJ, sobre a constitucionalidade do prazo recursal de cinco dias em processo laboral*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 35, 6 de junho de 2018, pp. 844-856; *Acórdão 29/2019, de 16 de agosto, Arlindo Teixeira v. STJ, referente a norma prevista pelo número 1 do artigo 2º da Lei nº 84/VI/2005, referente ao princípio da realização de audiências públicas nos tribunais, e da garantia de audiência pública em processo criminal, bem como a garantias a um processo equitativo, ao contraditório e à ampla defesa*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 100, 24 de setembro de 2019, pp. 1618-1653; *Acórdão 39/2021, de 30 de agosto, referente a aplicação de normas inconstitucionais no julgamento de detenção de pessoa, no julgamento do processo de extradição e na autorização de extradição e recusa de aplicação de norma hipotética decorrente de instrumentos regionais por inconstitucionalidade*, Red: JC Pina Delgado; JC Aristides R. Lima; JCP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 100, 15 de outubro, pp. 2508-2750), em incidentes pós-decisórios decididos (*Acórdão 47/2021, de 13 de outubro, referente a Arguição de Nulidade do Acórdão 39/2021, de 30 de agosto, por alegadas nulidades na tramitação processual, nulidades do acórdão e violação de princípios jurídicos*, Red: JC Pina Delgado; JC Aristides R. Lima; JCP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 100, 15 de outubro, pp. 2619-2636), e em reclamações pela não admissão das mesmas (*Acórdão 4/2017, de 13 de abril, Vanda Oliveira v. STJ, [sobre indeferimento de recurso de fiscalização concreta por intempestividade]*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 27, 16 de maio de 2017, pp. 650-659; *Acórdão 20/2019, de 30 de maio, Edílio Ribeiro da Cruz v. TRS, sobre indeferimento de recurso de fiscalização concreta por intempestividade*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 79, 22 de julho de 2019, pp. 1214-1223; *Acórdão 35/2019, de 18 de outubro, Alírio Vieira Barros e Outros*

v. TRS, sobre indeferimento de recurso de fiscalização concreta por não aplicação de norma impugnada, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 110, 29 de outubro de 2019, pp. 1813-1824; *Acórdão 12/2020, de 16 de abril, Ana Brazão Gocht v. STJ [sobre indeferimento de recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade por não suscitação de questão de inconstitucionalidade de forma processualmente adequada]*, Rel: JP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 86, 23 de julho de 2020, pp. 1786-1792; *Acórdão 01/2021, de 12 de janeiro, Alex Saab v. STJ, sobre indeferimento de recurso de fiscalização concreta [por não esgotamento dos recursos ordinários]*, Rel: JC Aristides R. Lima, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 25, 8 de março de 2021, pp. 832-836; *Acórdão nº 26/2021, de 25 de maio, Okechukwu Onuzuruibgo e outros v. Presidente do TRS, por não admissibilidade de recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade por não aplicação de norma impugnada*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 88, 16 de setembro de 2021, pp. 2248-2252; *Acórdão nº 27/2021, de 25 de maio, Adilson Staline v. Presidente do TRS, por não admissibilidade de recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade por não aplicação de norma impugnada*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 88, 16 de setembro de 2021, pp. 225-2256), quase todas indeferidas.

1.2. O recorrente diz na sua peça de alegações finais que o Tribunal Constitucional está obrigado a conhecer todos esses pedidos, mas a assertiva não está correta, ressaltando da análise dos mesmos, e à vista desarmada, que muitos deles estão mal direcionados no quadro da presente espécie processual, e, em bom rigor, nenhum deles poderia ser efetivamente admitido a trâmite. Primeiro, o Tribunal Constitucional não poderá declarar o impedimento de um juiz, determinar a revogação de acórdão de um tribunal judicial, declarar esse aresto inconstitucional, ou julgar sem efeitos e nulo, tudo o quanto haja ou venha a ser praticado pelo juiz impedido. Pela simples razão de que esses são efeitos possíveis de um recurso de amparo, no qual se avalia condutas do poder judicial e não de um recurso de fiscalização em que o escrutínio do Tribunal se esgota na aferição de compatibilidade entre uma norma impugnada e uma norma constitucional e cuja decisão se limita a declarar a inconstitucionalidade da norma, produzindo-se os efeitos previstos pelo artigo 93 da Lei do Tribunal Constitucional e nada além disso.

Segundo: uma análise autónoma dos artigos 12 e 49 do Código de Processo Penal também não é possível posto que, como o Tribunal tem decidido de forma sistemática, o objeto do recurso de fiscalização concreta é definido pela peça de interposição de recurso e não pela peça de alegações escritas, as quais limitam-se a densificar a argumentação exposta no primeiro, oferecendo ao Tribunal fundamentos que pode utilizar para apreciar a questão de constitucionalidade que lhe foi colocada. Neste sentido, o único pedido que pode ser considerado é de se escrutinar uma norma resultante do artigo 12 do Código de Processo Penal, que, conforme definido pelo recorrente no seio daquela peça, quando interpretada no sentido de

que o juiz que fixa medida de coação de prisão preventiva a arguido não está impedido de o julgar.

2. Em relação à admissibilidade,

2.1. Como já se tinha adiantado, o recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade foi admitido, pelo Egrégio Tribunal da Relação de Sotavento, que,

2.1.1. Depois de considerar que o recorrente “suscitara a constitucionalidade daquela norma inserta no artigo 49º do Código de Processo Penal, sendo que tal inciso normativo consubstanciou um dos fundamentos da decisão proferida no aresto, objeto do presente pedido de fiscalização da constitucionalidade, mostrando-se esgotadas as vias de recurso ordinário, ante a decisão desta Relação e rejeição do recurso interposto, confirmada em sede de reclamação, pelo Supremo Tribunal de Justiça”;

2.1.2. E que “porque dos autos consta que o Despacho nº 5/020, do Supremo Tribunal de Justiça foi notificado ao recorrente a 4 de março de 2021, quer-nos parecer que o requerimento de interposição de recurso adentrou no prazo legal, face ao disposto no ar[t] 81º, nº 2 da LTC”;

2.1.3. Conclui que “uma vez que a decisão impugnada é recorrível o recorrente possui legitimidade para o efeito, se mostram esgotadas as vias ordinárias de impugnação, o recurso de constitucionalidade se mostra legalmente tempestivo e se mostraram preenchidos os demais preenchidos os demais requisitos vazados no artigo 82º da LTC, admite-se o recurso, a tramitar enquanto Fiscalização Concreta da Constitucionalidade, com subida imediata, nos próprios autos e efeito suspensivo”, e decidiu “admitir o recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade interposto”.

2.2. Trata-se de competência que este órgão judicial tem por força do número 4 do artigo 83 da Lei do Tribunal Constitucional, o qual dispõe que a decisão positiva de admissibilidade do órgão judicial recorrido não vincula o Tribunal Constitucional, devendo este reapreciá-la caso dúvidas subsistam sobre o adequado preenchimento das condições processuais (*Acórdão 4/2017, de 13 de abril, Vanda Oliveira v. STJ, [sobre indeferimento de recurso de fiscalização concreta por intempestividade]*, Rel: JC Pina Delgado, 2.1.1), até em função do interesse que o órgão judicial *a quo* possa possuir no sentido de ser esta Corte a pronunciar-se sobre a admissibilidade (*Acórdão 29/2019, de 16 de agosto, Arlindo Teixeira v. STJ, referente a norma prevista pelo número 1 do artigo 2º da Lei nº 84/VI/2005, referente ao princípio da realização de audiências públicas nos tribunais, e da garantia de audiência pública em processo criminal, bem como a garantias a um processo equitativo, ao contraditório e à ampla defesa*, Rel: JC Pina Delgado, 2.1.2), podendo tal múnus ser assumido pelo Relator por força do artigo 86 desse diploma de processo constitucional (v. *Decisão Sumária 1/2020, de 20 de abril, Okwuchkwu Arinzechi Igwemadu v. TRS*, JCR Pina Delgado, não-publicado, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.cv/index.php/deciso-es-sumarias/>, e *Decisão Sumária 1/2022, de 22 de julho, Aniceto dos Santos v. STJ*, JCR Pina Delgado, não-publicado, disponível em [https://](https://www.tribunalconstitucional.cv/index.php/deciso-es-sumarias/)

www.tribunalconstitucional.cv/index.php/decisoes-sumarias/), o que não foi o caso.

3. Em relação aos pressupostos gerais e especiais, impõe-se, pela sua natureza e pelo facto de o órgão judicial recorrido já o ter feito, uma análise perfunctória e geral, incidente sobre todos os seus itens, para se verificar se o Tribunal é competente, se o recorrente possui legitimidade, se foi interposto tempestivamente e se foram esgotadas todas as vias ordinárias de recurso.

3.1. Na medida em que a Constituição atribui competências a este Tribunal para fiscalizar a constitucionalidade e legalidade (artigo 215, parágrafo 1, alínea a)) e consagra no número 1 do artigo 281 que cabe recurso de decisões dos tribunais que recusem a aplicação, com fundamento em inconstitucionalidade, de qualquer norma ou que apliquem normas cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada no processo, retomadas pela alínea c) do artigo 11 da Lei do Tribunal Constitucional, a qual desenvolve o seu regime processual no Capítulo II do Título II da Parte II, não seria, à primeira vista, ponto de discórdia de que o pressuposto da competência se encontra preenchido.

3.2. Porém, quando se analisa a peça e o pedido a questão poderá ser menos clara, na medida em que se alega em que haveria um vício de inconstitucionalidade por omissão pelo facto de a legislação processual penal não prever norma que consagre o impedimento de juiz que aplicou medida de coação de prisão preventiva de participar do julgamento do arguido por desconformidade com as cláusulas constitucionais e internacionais que consagram o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da tutela jurisdicional efetiva, o princípio da estrutura basicamente acusatória do processo penal e o princípio da imparcialidade dos tribunais, e também um vício de inconstitucionalidade por ação de norma hipotética decorrente do artigo 12 e do artigo 49, alínea e), ambos do CPP, no exato sentido de que o juiz que aplicou medida de prisão preventiva a arguido não está impedido de participar do seu julgamento, por desconformidade com as cláusulas constitucionais e internacionais que consagram o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da tutela jurisdicional efetiva, o princípio da estrutura basicamente acusatória do processo penal e o princípio da imparcialidade dos tribunais.

3.2.1. Em relação a esta, dúvidas não se colocariam, precisamente porque a Lei Fundamental é absolutamente clara quando dispõe numa disposição sugestivamente denominada de “inconstitucionalidade por ação”, o artigo 277, que “são inconstitucionais as normas e resoluções de conteúdo normativo individual e concreto que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”, fórmula que é concretizada pelo artigo 11, alínea c) da Lei do Tribunal Constitucional que prevê a competência específica desta Cúria em matéria da “fiscalização da constitucionalidade e da legalidade (...) a fiscalização sucessiva abstrata e fiscalização concreta das normas e resoluções de conteúdo normativo ou individual e concreto”.

E pela razão muito simples de que o modelo de

fiscalização da constitucionalidade sempre conduziria esse tipo de inconstitucionalidade básica seja no modelo austríaco-kelseniano de controlo concentrado, seja no modelo americano-marshalliano de *judicial review*. Na qualidade de legislador negativo, o Tribunal atua, quando acionado, visando bloquear tentativas de desvirtuar o sistema jurídico inserindo normas envenenadas, e não para obrigar o legislador a agir quando exista obrigação constitucional nesse sentido.

3.2.2. E já o tinha decidido em outra ocasião, especificamente no Acórdão 48/2021, de 4 de novembro (Autos de Apreciação Sucessiva da Constitucionalidade nº 2/2019, *concernente à constitucionalidade das normas constantes dos números 1 e 3 do artigo 25 e número 4 do artigo 101 da Lei nº 42/VII/2009, de 27 de julho que estabelece as bases do regime da função pública, relativamente ao modo de vinculação jurídica do emprego na função pública, por via do contrato individual de trabalho a termo certo e à conversão dos contratos administrativos de provimento em contratos de trabalho a termo certo e da omissão de mecanismos de desenvolvimento profissional dos funcionários públicos em regime de emprego no Plano de Cargos, Carreiras e Salários, aprovado pelo Decreto-lei nº 9/2013, de 26 de fevereiro*), Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 5, de 17 de janeiro de 2022, pp. 84-86, sustentando tese de que “[a] possibilidade constitucional e legal de fiscalização de omissões legislativas, designadamente nos casos em que o legislador tem uma obrigação constitucional decorrente de uma imposição legislativa de adoção de determinado ato normativo necessário a garantir a exequibilidade de uma norma constitucional e não o faz, não parece ter, no geral, qualquer guarida constitucional ou legal, pois nem a Lei Suprema da República nem a Lei do Tribunal Constitucional, previram ou reconheceram esta modalidade incomum de fiscalização de constitucionalidade”. A qual é justificada pelas seguintes razões:

A – “Primeiro, porque a *Lex Suprema* faz referência expressa à figura da inconstitucionalidade por ação, não fazendo qualquer menção à outra modalidade, o que demonstra que foi uma orientação expressa do legislador constitucional, que, ao contrário daquilo que acontece em outras paragens, não quis incluir dentre as competências da jurisdição constitucional cabo-verdiana a possibilidade de esta poder apreciar, através de procedimento autónomo, situação de omissão legislativa de responsabilidade da Assembleia Nacional ou do Governo”;

B – “Segundo, porque esta solução legislativa projeta-se, como não podia deixar de ser, para o texto do diploma que regula o processo de fiscalização da constitucionalidade, o qual, à semelhança da Lei Fundamental, não previu a figura da inconstitucionalidade por omissão”.

E decretou que, “[s]endo assim, a Corte Constitucional não pode em caso algum atender a pedidos do tipo daquele que foi formulado pelo requerente, no sentido de apreciar e declarar inconstitucional uma omissão legislativa do poder legislativo, sob pena de violação grosseira e grave

do princípio da soberania popular, um dos princípios vetores que move a nossa República, e até do princípio da separação de poderes, ingerindo na esfera política reservada ao legislador democrático”.

3.2.3. As razões da opção do legislador constituinte são sobejamente conhecidas e foram arroladas no aresto mencionado (3.3), de modo que a ausência dessa figura no nosso sistema de fiscalização da constitucionalidade não constituiria propriamente aspeto que pudesse causar qualquer tipo de controvérsia jurídica. Daí talvez a razão de o recorrente não sustentar o contrário, nem promover tese segundo a qual, de alguma forma, quiçá implicitamente, essa espécie integrasse o processo constitucional pátrio.

Assevera, outrossim, apelando aos ensinamentos do grande Otto Bachof, que, tal se deve a uma lacuna constitucional, porque a Lei Fundamental estaria “em contradição com preceitos de ordem superior, supralegal – o “direito natural e a própria essência da defesa e inviolabilidade dos direitos fundamentais” – os quais supostamente imporiam tal normativo a prever a figura da inconstitucionalidade por omissão, cabendo, então ao “poder judicial”, neste caso representado pelo TC, de apreciar o pedido de fiscalização de normas e decretando-o, independentemente de decorrer ação ou de omissão. Mas, que também resultando do princípio do Estado de Direito e do Direito Natural, a negação de tutela jurisdicional “pela via da inconstitucionalidade por omissão quando os direitos, liberdades e garantias forem violados, resultaria na negação do próprio [E]stado de Direito, redução da garantia do acesso à justiça, e conflituaria com valor supremo e do direito supralegal – ou do direito natural – que é a dignidade da pessoa humana, instituída no artigo 1º da Constituição, que, fundamenta toda a imposição de reconhecimento dos direitos fundamentais na [C]onstituição material, como uma dimensão supraconstitucional e que transcende as limitações do texto constitucional e que ao mesmo tempo, norteiam toda a fundamentação juscientífic[a]”. Levando a que, “existindo, tais lacunas constitucionais, se possa lançar mão[...] dessas normas, princípios ou valores suprem[o]s para a reposição e integração dessa lacuna constitucional”, o que reforçaria “o controlo, proteção e defesa da própria ordem constitucional e validação de normas infraconstitucionais em conformação com o sentido e alcance dos mandados da [C]onstituição formal e material”.

3.2.4. Como se verifica facilmente trata-se de argumento particularmente complexo porque, por um lado, gera uma situação de autonomia e de subordinação em que o critério de validade da própria Constituição é definido externamente por uma ordem supralegal assente no Direito Natural; do outro, na verdade, é a projeção deste sobre certos princípios constitucionais do qual resultaria o poder/obrigação de os tribunais não recusarem tutela jurisdicional efetiva com o argumento da inexistência da figura da inconstitucionalidade por omissão no ordenamento jurídico-constitucional cabo-verdiano.

3.2.5. A primeira assertiva é extremamente radical,

gerando potencial intenso de alteração radical do papel deste Tribunal Constitucional que, de um órgão de defesa da Lei Fundamental se transformaria numa instituição de proteção do dito Direito Natural, promovendo a mutação de um processo de fiscalização concreta da constitucionalidade, num processo de fiscalização de “Inaturalidade” da Constituição por omissão, portanto de desconformidade entre pretensas lacunas da Constituição – que, de resto, resultam de opções conscientes e informadas do legislador constituinte – e normas impositivas dessa esfera meta-jurídica. No fundo, para se usar, com as devidas adaptações, expressões de clássicos nessa matéria, Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino, que proclamaram respetivamente que “a mim me parece que uma lei injusta não é lei” (*O Livre-Arbítrio*, Nair Oliveira (trad.), São Paulo, Paulus, 1995, cap. V, para. 11) e que “a lei tirânica, por não se conformar à razão, não é propriamente lei, mas sim perversão da lei” (*Suma de Teologia*, 2.ed., Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, MCMLXXXIX, q. 92, § 4), o Tribunal dirá que o recorrente assevera em benefício próprio que a Constituição por não conter uma cláusula que preveja a possibilidade de o Tribunal Constitucional fiscalizar uma inconstitucionalidade por omissão, é inválida por desconformidade com o Direito Natural.

Contudo, tal anátema, por si só é problemática do ponto de vista da teoria do Direito, cujo critério de validade não é propriamente a moral, mas, em última instância, um ato político que se transforma numa Lei Fundamental, constituindo-se esta na bitola essencial de todo o sistema jurídico, dentro dos seus termos. Mas, é ainda mais difícil de ser concebida quando o que está em causa nem é sequer uma teoria geral do direito, por excelência destinada a caracterizar qualquer sistema jurídico, independentemente do seu conteúdo, mas de um ordenamento jurídico concreto, por si só baseado em princípios e valores específicos. Princípios e valores estes que por vontade do legislador constituinte são de origem moral e refletem diretrizes éticas, incluindo um princípio específico de justiça. Daí ser francamente problemático, sem mais, promover a ideia de que um sistema desenhado com base em tais pilares e que, como tal, até logra de forma razoável neutralizar críticas de desconsideração de uma moralidade intrínseca do Direito (Lon Fuller, *The Morality of Law*, Revised Edition, New Haven, Yale University Press, 1964) ou da própria autoridade do Direito (Joseph Raz, *The Authority of Law*, 2. ed., Oxford, OUP, 2009), possa ser alvo de um juízo de conformidade ancorado nos mesmos parâmetros que constituem a sua base para fazer face a uma situação a envolver uma opção em relação ao desenho do seu sistema de fiscalização da constitucionalidade, arguivelmente um dos mais completos do Mundo.

Mesmo os eminentes publicistas que desenvolveram tais ideias, como o reconhecido publicista Otto Bachoff (v. Francisco Sosa Wagner, *Juristas y enseñanzas alemanas (I): 1945-1975. Con lecciones para la España Actual*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 162-165) ou outros como o reputado criminalista e jusfilósofo, Gustav Radbruch, fizeram-no, regra geral, no âmbito do pós-II Guerra Mundial em contexto de gestão dos efeitos de

práticas perpetradas no quadro do regime totalitário que governou a Alemanha de 1933-1945, através de um apelo desesperado ao jusnaturalismo (v. Francisco Sosa Wagner, *Juristas y enseñanzas alemanas (I): 1945-1975. Con lecciones para la España Actual*, p. 80; Thomas Vornbaum, *A Modern History of German Criminal Law*, Margaret Hiley (trad.), Heidelberg, Springer, 2014, pp. 217-221), como, de resto, mostram os exemplos jurisprudenciais discutidos nas respetivas obras. Portanto, são teorias que se inserem num determinado contexto e que não podem, sem o devido esforço de adaptação temporal e espacial, serem transplantadas para qualquer parte do Globo, independentemente do momento histórico. E que, mesmo nesse âmbito, não foram desenvolvidas para permitir que irresponsavelmente por motivos frívolos ou prosaicos se pusesse em causa normas constitucionais a partir de critérios de supra-constitucionalidade. Não é sem sentido que O. Bachof tenha enfatizado no prefácio escrito para o público falante do português de 1977 que “uma norma constitucional pode ser nula”, mas “se desrespeitar em medida insuportável os postulados fundamentais da justiça” (*Normas Constitucionais Inconstitucionais?* J.M. Cardoso da Costa (trad.), Coimbra, Almedina, 1977, p. 3), e, antes, na própria edição original que “o recurso ao direito supralegal será sempre apenas a ultima ratio do Estado-de-direito; mas justamente por isso ‘não’ deveríamos ‘tapar esta saída de recurso’” (*Ibid.*, p. 83). Até Radbruch quando apresentou a fórmula segundo a qual “o conflito entre justiça e segurança jurídica pode ser resolvido da seguinte forma: o direito positivo, garantido pela legislação e pelo poder, tem precedência mesmo quando o seu conteúdo for injusto e não beneficiar as pessoas, a menos que o conflito entre a legislação e a justiça atinja um patamar tão intolerável que essa legislação, como ‘direito defeituoso’ deva curvar-se à justiça” (p. 7) (“Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946)”, Bonnie Litschewski Paulson e Stanley Paulson (trad.), *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 1, 2006, pp. 1-11), também reservou a aplicação de critérios de justiça externos ao Direito uma função subsidiária de utilização limitada em situações extremas.

Acresce que aquilo que recorrente sugere, por motivos evidentes, produz as suas dificuldades, haja em vista que, desde logo, o parâmetro externo de aferição não é de fácil identificação, pela simples razão de não se saber de que normas se está a falar e como elas podem ser identificadas. Partindo do princípio que não estará em causa a recuperação das virtudes cardeais exploradas pelo jusnaturalismo religioso clássico (v. S. Tomás, *Tratado da Justiça*, Fernando Couto (trad.), Porto, Resjurídica, s.d.), e que se tenta remeter a noções mais contemporâneas e seculares de justiça, quais seriam essas normas? As que Fuller considera intrínsecas ao próprio Direito como a da legalidade, publicidade das normas, não-retroatividade, determinabilidade, racionalidade, proporcionalidade, razoabilidade, estabilidade (Lon Fuller, *The Morality of Law*, Cap. II)? Mas, de que forma a Constituição, ao não prever a figura da inconstitucionalidade por omissão desconsideraria tais princípios? Ou serão as que o próprio Bachof desenvolve no prefácio à edição portuguesa da sua obra (*Normas Constitucionais Inconstitucionais?* p. 2), especificamente as do respeito e proteção da vida

humana e da dignidade do homem, da proibição da degradação do homem num objeto, do direito ao livre-desenvolvimento da personalidade, da exigência de igual tratamento e da proibição do arbítrio ou serão outras? Estes já não encontram guarida na própria Constituição? Sendo assim, qual é a necessidade de se apelar a esses princípios de justiça, derivando-os do Direito Natural? Sendo justificado, de que modo a não-inclusão da figura da inconstitucionalidade por omissão degrada o homem a condição de objeto, atinge o livre-desenvolvimento da personalidade, nega o direito ao igual tratamento, proíbe o arbítrio, etc., etc.?

Além disso, a Constituição não reconhece qualquer parâmetro jurídico externo de validade; os redatores da Carta Magna, outrossim, no ato político de manifestação da vontade constituinte, autoproclamam simbolicamente a sua própria validade, sujeitam todos os demais atos à sua conformidade, quando dispuseram no artigo 3º, parágrafo terceiro, que “as leis e os demais atos do Estado, do poder local e dos entes públicos em geral só serão válidos se forem conformes à Constituição” e proclamam a sua própria supremacia sobre todos os outros; nesse contexto, o papel do Tribunal Constitucional definido como o de “administrar a Justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional (...)” (artigo 215), não é mais do que o de proteger a Constituição independentemente da suas virtudes e defeitos. A haver uma instituição para proteger o Direito Natural de normas constitucionais não é seguramente o Tribunal Constitucional.

No sistema constitucional Cabo-verdiano, quando se apela para o conceito de “normas constitucionais inconstitucionais” não se o faz em relação a normas supraconstitucionais que serviriam de bitola para a própria Lei Fundamental. Eventuais normas constitucionais viciadas de inconstitucionalidade não operam fora da Carta Magna, mas são internas a ela, remetendo ou para uma norma inserida no texto fundamental através de uma lei de revisão em violação de algum limite orgânico, formal, temporal, circunstancial ou material ou, alternativamente, para a incompatibilidade intrínseca entre tais normas e o conjunto de valores e de princípios reconhecidos pela própria Lei Básica e que fixam a identidade da Constituição. Em relação a tais situações, como o Tribunal tem asseverado, o controlo de constitucionalidade é sempre possível como forma de se proteger o núcleo da Constituição de leis de alteração desfigurantes. Fora disso, não remanesce qualquer poder do Tribunal, sobretudo para uma inconstitucionalidade por omissão não da lei, mas da própria Constituição. As supostas lacunas a que alude o recorrente são forçosamente o resultado de uma opção negativa do próprio legislador constituinte, soberano neste particular, de não integrar um determinado mecanismo ao texto constitucional. Permitir a uma corte constitucional, ainda mais em processos de fiscalização concreta da constitucionalidade – que, ainda assim, produzem efeitos erga omnes em caso de decisão de inconstitucionalidade – conduza tal escrutínio seria dar espaço a que qualquer iluminado pudesse usar o Tribunal Constitucional como instrumento para fazer sobrepor as suas próprias conceções de bem às do legislador

constituente, o que, por motivos naturais, não é aceitável. Além de promover o garimpo de soluções constitucionais comparadas diferentes das cabo-verdianas em qualquer país do Mundo para se invocar lacunas constitucionais, sobretudo quando apresentadas em tons neocoloniais como foi o caso. Os estudos jurídicos comparados, de um método útil de análise paralela da pluralidade dos ordenamentos jurídicos, seriam transformados no parâmetro de identificação de lacunas constitucionais putativas.

De resto, o efeito de se declarar uma inconstitucionalidade por omissão da própria Constituição em processo de fiscalização concreta seria, primordialmente, o de enviar uma injunção ao próprio legislador constituente para rever a Lei Fundamental no sentido positivo de inclusão de uma determinada solução constitucional, ou, alternativamente, de o próprio Tribunal Constitucional ou outro qualquer, no caso concreto, assumir um papel de substituição do legislador no sentido de, enquanto o dever de legislar não é materializado, mantendo-se a mora do legislador, desenvolver um regime que permita a sua operacionalização de um determinado direito. Se ainda isso se pode congeminar no caso de uma omissão legislativa que envolva um direito, liberdade e garantia, é de todo impossível em relação a omissões constitucionais impróprias, não sendo de todo aceitável que o Tribunal Constitucional assuma o papel de poder constituente à luz da Lei Fundamental. Aliás, mesmo em relação a casos de alegada inadequação de certos preceitos do texto supremo, digamos por ação, posto conterem normas supostamente desajustas, esta Corte (*Acórdão 27/2017, de 14 de dezembro, Proferido nos Autos de Fiscalização Abstrata Sucessiva nº 1/2017, em que é requerente um grupo de Deputados à Assembleia Nacional integrantes da Bancada Parlamentar do PAICV, tendo por objeto as normas contidas na Lei nº 5/IX/2016, de 30 de dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2017 e a deliberação que aprovou a Ordem do Dia para a Sessão Ordinária da Assembleia Nacional de 21 a 24 de novembro de 2016*, Rel: JCP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 82, 29 de dezembro de 2017, pp. 1784-1805, 2.5-2.6 e o *Parecer 1/2021, de 15 de fevereiro, proferidos nos Autos de Apreciação Preventiva da Constitucionalidade nº 1/2021, requerida por Sua Excelência o Presidente da República (PR), tendo por objeto as normas contidas nos artigos 61, nºs 1 e 2; 78º, nº 3; 89º, nº 1; 113º al. c); 228º, nº 9; 264, nº 2; 276, nº 1 al. f) e nº 2; 430º, nº 3, do ato legislativo da Assembleia Nacional, submetido ao PR para promulgação como lei, visando proceder à terceira alteração do Código de Processo Penal*, Rel: JCP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 25, 8 de março de 2021, pp. 814-832, 2) e o seu Presidente (Despacho de Apreciação de Candidaturas Presidenciais de 23 de agosto de 2021, para. 7, in fine, não-publicado, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.cv/index.php/decisoes/>) foram claros que é ao poder constituente de reforma e não ao poder judicial a quem cabe proceder aos ajustes necessários quando a Lei Fundamental, por ventura, se desatualizar ou deixar de representar a vontade da comunidade política.

3.2.6. Deste modo, o que poderá salvar a tese não é a ideia de que haverá uma subordinação entre normas supralegais de Direito Natural e normas constitucionais, autorizando-se o Tribunal Constitucional a escrutinar tais desconformidades. Será a variável por vezes discutida pelo recorrente de que, afinal, esse dever de admitir pedidos de inconstitucionalidade por omissão resultaria não do Direito Natural, mas da projeção do mesmo sobre certos valores e princípios constitucionais como o do Estado de Direito, o da dignidade da pessoa humana e o da tutela jurisdicional efetiva.

Este Tribunal não alimenta dúvidas que o sistema constitucional cabo-verdiano assenta sobre pilares morais, nomeadamente a própria ideia dos direitos humanos e da soberania popular e que apela para efeitos de estruturação a valores éticos como a conceção da dignidade da pessoa humana, da liberdade natural, da igualdade intrínseca entre as pessoas, da solidariedade, da justiça, etc. Contudo, a Lei Fundamental de 1992 não é só um reflexo de conceções intelectuais puras. Porque, por um lado, estas sendo plurais, requerem alguma harmonização, e, do outro, pela razão de que ela é também um instrumento pragmático destinado a organizar institucionalmente a Comunidade Política, tentando encontrar equilíbrios vários entre todos os órgãos que recebem porções do seu poder, como tal soberanos. As razões para a não inclusão deste tipo de fiscalização da constitucionalidade, como esta Corte já tinha asseverado em decisão citada – *Acórdão 48/2021, de 4 de novembro (Autos de Apreciação Sucessiva da Constitucionalidade nº 2/2019), concernente à constitucionalidade das normas constantes dos números 1 e 3 do artigo 25 e número 4 do artigo 101 da Lei nº 42/VII/2009, de 27 de julho que estabelece as bases do regime da função pública, relativamente ao modo de vinculação jurídica do emprego na função pública, por via do contrato individual de trabalho a termo certo e à conversão dos contratos administrativos de provimento em contratos de trabalho a termo certo e da omissão de mecanismos de desenvolvimento profissional dos funcionários públicos em regime de emprego no Plano de Cargos, Carreiras e Salários, aprovado pelo Decreto-lei nº 9/2013, de 26 de fevereiro*), 3.2.4 – têm a ver precisamente com isso. Por conseguinte, sendo a opção de excluir a figura da fiscalização da constitucionalidade por omissão uma decisão fundamental associada diretamente à arquitetura sistémica preconizada pelo legislador constituente não haveria como sustentar a ideia de contradição entre uma omissão constitucional e um princípio constitucional por mais importante que aquela seja.

Ademais, o efeito de desproteção que o recorrente alega, a base da alegada incompatibilidade com o princípio do Estado de Direito, com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o princípio da tutela jurisdicional efetiva, não se materializa de todo. Primeiro, porque em relação às omissões legislativas, num sistema marcado pela existência de parâmetros constitucionais largos e por recursos constitucionais bastantes flexíveis, com um pouco de criatividade encontra-se forma de reconfigurar uma situação de omissão para garantir que as pretensões do interessado sejam conhecidas,

conduzindo inclusivamente a pronunciamento do Tribunal de que “[n]essas circunstâncias, o sistema contém outros mecanismos para não deixar desprotegido os direitos, liberdades e garantias que requeiram algum tipo de prestação legislativa ou o direito a não se ser discriminado, pelo menos nos casos não conducentes à inatividade legislativa total. Quanto à omissão em que o legislador aprova um regime jurídico, porém, não contempla alguma dimensão regulatória imposta pela Constituição para garantir a eficácia do direito estabelecendo um regime jurídico completo, ou aquela em que ele concebe-o somente para beneficiar certas categorias de pessoas, através de regime geral ou especial, não as estendendo às demais, ainda que em igualdade ou equivalência de circunstâncias, eles sempre podem ser protegidos através da utilização da figura da inconstitucionalidade por ação, desafiando-se a insuficiência ou desigualdade (veja-se o *Parecer nº 1/2017, de 2 de maio, referente a algumas normas do ato legislativo que aprova o Estatuto do Pessoal Oficial de Justiça das Secretarias Judiciais e das Secretarias do Ministério Público*, Rel: JP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 27, de 16 de maio de 2017, pp. 672-682, passim) das normas aprovadas. Neste caso mesmo que se revistam de natureza social. Ademais, em certas situações, o Tribunal poderá avaliar a necessidade e viabilidade de desenvolver normas especiais que permita garantir a eficácia do direito. E os titulares do direito poderão recorrer ao outro recurso constitucional, presentes certas circunstâncias” (Acórdão 48/2021, de 4 de novembro (Autos de Apreciação Sucessiva da Constitucionalidade nº 2/2019, concernente à constitucionalidade das normas constantes dos números 1 e 3 do artigo 25 e número 4 do artigo 101 da Lei nº 42/VII/2009, de 27 de julho que estabelece as bases do regime da função pública, relativamente ao modo de vinculação jurídica do emprego na função pública, por via do contrato individual de trabalho a termo certo e à conversão dos contratos administrativos de provimento em contratos de trabalho a termo certo e da omissão de mecanismos de desenvolvimento profissional dos funcionários públicos em regime de emprego no Plano de Cargos, Carreiras e Salários, aprovado pelo Decreto-lei nº 9/2013, de 26 de fevereiro), 3.3.4).

Além disso, completou o Tribunal nessa ocasião, “[o] facto é que havendo tais alternativas de proteção de normas constitucionais ou de posições jurídicas individuais, em tais hipóteses se enquadrando, o objeto definido pelo pedido deverá ser necessariamente uma norma em vigor desafiada no quadro de uma inconstitucionalidade por ação e não conduta omissiva através de um pedido de declaração de inconstitucionalidade por omissão, (...)” (Ibid., para. 3.3.5). Esta decisão prova à saciedade os efeitos práticos dessa consideração, na medida em que, mesmo perante uma situação de impossibilidade constitucional e legal de suscitação de inconstitucionalidade por omissão, haveria várias formas, extrajudiciais e judiciais, de obtenção de proteção em tais casos. Nomeadamente, como o fez o recorrente, formulando o que aparentemente seria uma opção legislativa numa inconstitucionalidade por ação, operação que é facilitada pelo facto de a jurisdição constitucional sempre ter aceite e continue a tolerar a

possibilidade de se requerer a fiscalização de normas hipotéticas aplicadas pelos Tribunais como é o caso. É por isso que da ausência de uma norma a considerar impedido o juiz que aplicou medida de prisão preventiva de participar, no respetivo processo, no julgamento do arguido, se apresentou a questão como se referindo a uma norma imaginada que tinha de ser aplicada pelo órgão judicial recorrido no sentido de que o juiz que aplicou uma medida de coação de prisão preventiva a uma pessoa, não está impedido de participar, no respetivo processo, do seu julgamento, precisamente a situação que este Pretório tem em mãos.

3.3. Sendo o recorrente arguido no processo principal, não haverá dúvidas que à luz da alínea b) do número 1 do artigo 76 da Lei do Tribunal Constitucional é pessoa que, de acordo com a lei reguladora do processo em que a decisão foi proferida – artigo 438, parágrafo primeiro, alínea b), do Código de Processo Penal – tem legitimidade para dela interpor recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade.

3.4. De acordo com o artigo 81 da Lei deste Tribunal e da jurisprudência firme desta Corte a respeito do regime de contagem (*Acórdão 4/2017, de 13 de abril, Vanda Oliveira v. STJ, [sobre indeferimento de recurso de fiscalização concreta por intempestividade]*, Rel: JC Pina Delgado, 2.3.4; *Acórdão 20/2019, de 30 de maio, Edílio Ribeiro da Cruz v. TRS, sobre indeferimento de recurso de fiscalização concreta por intempestividade*, Rel: JC Pina Delgado, 2), o recorrente dispunha de um prazo processual de dez dias para interpor este recurso constitucional.

3.4.1. Os factos relevantes neste particular mostramos que:

A – À primeira vista, o recorrente acabou por interpor o recurso de fiscalização concreta da decisão da Relação de 16 de novembro de 2020, com última notificação datada do dia 20 de novembro, no dia 12 de março de 2021, quando o prazo expiraria no dia 4 de dezembro de 2020.

B – Porém, foi notificado da decisão recorrida pessoalmente no dia 16 de novembro de 2020 e na pessoa do seu mandatário no dia 20 do mesmo mês e ano. No dia 30 desse mesmo mês interpôs recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça, tendo este sido indeferido por despacho do Juiz Desembargador Relator de 8 de dezembro do mesmo ano. Decisão essa que lhe foi comunicada no dia 23. No dia 29 ele reclama desse indeferimento para o STJ, argumentando que o Tribunal da Relação teria conhecido daquela questão em primeira instância, pelo que ainda teria direito a recorrer para essa alta entidade. O indeferimento do recurso veio, entretanto, a ser confirmado pelo Presidente desse tribunal que indeferiu a reclamação do recorrente. Esta decisão foi-lhe transmitida na pessoa do seu mandatário no dia 4 de março de 2021.

3.4.2. Se se contar o prazo para a interposição do recurso constitucional da data da última notificação da decisão recorrida ocorrida no dia 20 de novembro de 2020 na pessoa do mandatário do recorrente – uma vez que não é absolutamente líquido que o recurso de revista

dirigido ao Supremo Tribunal de Justiça seja um meio processual idóneo de reagir à decisão do Tribunal da Relação de Sotavento à qual imputa a aplicação de norma inconstitucional – poder-se-ia legitimamente indagar se o Código de Processo Penal, na versão em vigor por altura dos factos, permitiria esse tipo de reação processual.

Tendo em conta que o CPP não parece admitir recurso de decisões proferidas pelas relações que não conheçam o final do objeto do processo, a utilização de um recurso inexistente poderia ter o condão de não suspender o prazo, deixando exposta a manifesta inoportunidade do presente recurso. De acordo com a jurisprudência estabelecida por este Tribunal através do *Acórdão 20/2019, de 30 de maio, Edílio Ribeiro da Cruz v. TRS, sobre indeferimento de recurso de fiscalização concreta por intempestividade*, Rel: JC Pina Delgado, 4, a interposição de recursos inexistentes é impotente para efeitos de contagem de prazos, não podendo fundamentar qualquer suspensão de prazo, jurisprudência que não deixa de se representar igualmente nos recentes *Acórdãos 38/2021, de 27 de agosto, Arguição de Nulidade do Acórdão 37/2021, de 9 de agosto, referente a despachos do Juiz-Relator de admissão da intervenção processual do Ministério Público como interveniente contrainteresado no processo principal e de admissão de junção de nota diplomática e mandado remetidos pelo Ministério Público, por ter conhecido de questão de que não podia tomar conhecimento*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 88, 16 de setembro de 2021, pp. 2308-2309, 2.2.5) e *Acórdão 33/2022, de 5 de agosto, David Manuel Conceição v. STJ, sobre violação do direito ao recurso e do direito ao habeas corpus*, I Série, N. 94, 28 de setembro de 2022, pp. 1948-1951, 6.3.3. O que, por si só, legitimaria o indeferimento do pedido de fiscalização concreta por extemporaneidade, não fosse o argumento que o recorrente utiliza na reclamação contra o indeferimento do seu recurso de revista no sentido de que a questão relevante de que recorria havia sido decidida em primeira instância pelo próprio Tribunal da Relação de Sotavento.

3.4.3. Não na perspetiva de que tal legitimaria o recurso para aquele órgão, pois pode até configurar meio processual inadequado. Porém, por não ser esse fundamento desprovido de racionalidade, mantendo até ligação constitucional íntima ao direito ao recurso, parece, pelo menos, afastar-se a conclusão de uma manifesta inidoneidade do meio de reação utilizado. Assim, não sendo manifestamente inadequado o meio utilizado pelo recorrente para atacar a decisão da segunda instância, não pareceu ao legislador ordinário que fosse equitativo, em virtude dos comandos do direito ao recurso, começar a computar o prazo de interposição do recurso de fiscalização concreta do dia da comunicação da decisão recorrida, mas sim do dia em que ele tomou conhecimento de que a decisão não podia ser impugnada perante o Supremo Tribunal de Justiça. É o que ele fez lavar no artigo 81, parágrafo segundo, da Lei do Tribunal Constitucional, o qual dispõe que “interposto recurso ordinário, (...) que não seja admitido com fundamento na irrecorribilidade da decisão, o prazo para recorrer ao Tribunal Constitucional conta-se do momento em que se torna definitiva a decisão que não admite recurso”.

3.4.4. No caso concreto, quatro elementos são essenciais. Primeiro, o recorrente interpôs um recurso de revista impugnando o acórdão recorrido; segundo, a reação processual em causa não foi admitida precisamente com fundamento na irrecorribilidade da decisão; terceiro, foi reagindo processualmente contra essas não-admissões até que, por fim, quarto, foi notificado dessa decisão no dia 4 de março de 2021. Como deu entrada ao recurso constitucional no dia 12 do mesmo mês e ano, e aceitando-se a ideia de que ao contrário da decisão *Edílio*, apesar da inadequação da espécie recursal para os propósitos pretendidos, não se tratava de um meio de reação inexistente, o recurso deve ser considerado tempestivo, por ter entrado antes do termo do prazo judicial de dez dias contados a partir do momento em que o acórdão se tornou definitivo, significando que seria o dia em que transitaria em julgado por não caber qualquer reação processual, nomeadamente incidentes pós-decisórios.

3.5. Por fim, não tendo havido, pelo menos até à decisão prolatada pela Relação, por motivos óbvios, renúncia do direito de recorrer ou decorrido qualquer prazo de sua interposição ou situação em que o recurso não possa prosseguir por razões processuais que o número 4 do artigo 77 da Lei do Tribunal Constitucional refere, seria necessário assegurar o esgotamento das vias ordinárias de recurso estabelecidas na lei de processo em que foi proferida a decisão nos termos do número 2 dessa mesma disposição legal. Será prosaico, face ao relatado, considerar que se está defronte de um recurso de uma decisão do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça que se pronunciou sobre uma reclamação colocada contra decisão da Presidente da Relação de Sotavento. Nos termos da lei de processo em causa, nomeadamente o artigo 455, parágrafo quarto, do CPP, e sem embargo da questão que antes se suscitava da recorribilidade da própria decisão da Presidente do Tribunal da Relação de Barlavento – sobre a qual não há necessidade de se emitir um pronunciamento – não cabia recurso ou qualquer reação processual dessa decisão do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, além dos incidentes pós-decisórios de arguição de nulidade, cuja utilização, expressa ou implicitamente, pode ser objeto de renúncia, e os recursos constitucionais existentes.

3.6. Dando-se, por essas razões, por preenchidos todos os pressupostos gerais e especiais de admissibilidade do recurso.

4. Permitindo, deste modo, analisar se as condições de cognoscibilidade da questão de constitucionalidade se encontram também presentes, sobretudo pelo facto de a decisão de admissão ter colocado em dúvida a materialização de algumas delas.

4.1. Impõe-se, assim, que se promova análise autónoma de todas as questões de constitucionalidade suscitadas a fim de se verificar se,

4.1.1. Primeiro, foi indicada uma norma que o recorrente pretende impugnar, exigência que decorre da natureza do recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade, cujo objeto é estritamente um controlo normativo, e das referências do artigo 77 que reconduzem integralmente

a situações de inconstitucionalidade normativa, e do número 1 do artigo 82 que impõe ao recorrente a indicação da norma cuja inconstitucionalidade pretende que o Tribunal aprecie. Norma entendida num sentido amplo como qualquer enunciado deôntico, real ou hipotético, expresso ou implícito, em preceito específico ou inferido de um conjunto de preceitos, que prescrevem ou descrevem condutas, proibindo-as ou permitindo-as, ou conferem um poder ou um direito.

Apesar de se poder discutir a necessidade de se estender este conceito além da norma na sua aceção mais evidente que decorra das orientações do sentido emergente da sua interpretação normal para abarcar qualquer base normativa efetivamente aplicada por um tribunal – na medida em que passíveis de escrutínio por via de recurso de amparo – o facto é que não só a Lei do Tribunal Constitucional ao mencionar, no número 2 do artigo 93, a possibilidade de a regra em causa se fundar em determinada interpretação de uma norma, como a prática da jurisdição constitucional cabo-verdiana desde o momento que foi assumida pelo Supremo Tribunal de Justiça enquanto Tribunal Constitucional, o vinha reconhecendo (pelo *Acórdão n.º 15/04, de 28 de maio, MpD v. Tribunal da Comarca da Praia*, Rel: JP Benfeito Mosso Ramos; pelo *Acórdão 17/04, de 11 de novembro, Joaquim Jaime Monteiro v. Tribunal de Contas*, Rel: JP Benfeito Mosso Ramos; pelo *Acórdão 09/09, de 29 de maio, Manuel Evangelista Évora v. Supremo Tribunal de Justiça*, Rel: (ile.), não-publicados) e o Tribunal Constitucional manteve de forma consistente, desde o início das suas atividades (*Acórdão 8/2017, de 29 de junho, Sal Hotéis v. STJ*, Rel: JC Aristides R. Lima, 16; *Acórdão 15/2017, de 26 de julho, INPS v. STJ, sobre a constitucionalidade do prazo recursal de cinco dias em processo laboral*, Rel: JC Pina Delgado, 2.2.1; *Acórdão 39/2021, de 30 de agosto, referente a aplicação de normas inconstitucionais no julgamento de detenção de pessoa, no julgamento do processo de extradição e na autorização de extradição e recusa de aplicação de norma hipotética decorrente de instrumentos regionais por inconstitucionalidade*, Red. JC Pina Delgado; JC Aristides R. Lima; JCP Pinto Semedo, 3.1.1), aderindo a essa tradição.

Mas, sendo assim, o Tribunal atenta especificamente ao preenchimento deste requisito para afastar qualquer tentação de utilização deste tipo de processo para efeitos de controlo de constitucionalidade decorrente de condutas dos tribunais judiciais sem natureza normativa, os quais, no nosso sistema constitucional, podem ser impugnadas através da interposição de recursos de amparo, pelo menos nos casos em que se reportem à violação de direitos, liberdades e garantias (*Acórdão 15/2017, de 26 de julho, INPS v. STJ, sobre a constitucionalidade do prazo recursal de cinco dias em processo laboral*, Rel: JC Pina Delgado, 2.2.1), não sendo idónea a utilização indistinta do mesmo recurso para se colocar tanto questões de inconstitucionalidade normativa como de inconstitucionalidades de conduta (*Acórdão 15/2017, de 26 de julho, INPS v. STJ, sobre a constitucionalidade do prazo recursal de cinco dias em processo laboral*, Rel: JC Pina Delgado, 2.2.1; *Acórdão 9/2018, de 23 de maio, INPS v. STJ: Pedido de Aclaração*

e de Reforma do Acórdão, Rel: JC Pina Delgado, publicado no Boletim Oficial, I Série, n. 35, 6 de junho de 2018, pp. 4.5; *Acórdão 35/2019, de 18 de outubro, Alírio Vieira Barros e Outros v. TRS, sobre indeferimento de recurso de fiscalização concreta por não aplicação de norma impugnada*, Rel: JC Pina Delgado, 2; *Acórdão 12/2020, de 16 de abril, Ana Brazão Gocht v. STJ [sobre indeferimento de recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade por não suscitação de questão de inconstitucionalidade de forma processualmente adequada]*, Rel: JP Pinto Semedo, 5.3; *Acórdão 39/2021, de 30 de agosto, referente a aplicação de normas inconstitucionais no julgamento de detenção de pessoa, no julgamento do processo de extradição e na autorização de extradição e recusa de aplicação de norma hipotética decorrente de instrumentos regionais por inconstitucionalidade*, Red. JC Pina Delgado; JC Aristides R. Lima; JCP Pinto Semedo, 3.1.1; *Acórdão 47/2021, de 13 de outubro, referente a Arguição de Nulidade do Acórdão 39/2021, de 30 de agosto, por alegadas nulidades na tramitação processual, nulidades do acórdão e violação de princípios jurídicos*, Red. JC Pina Delgado; JC Aristides R. Lima; JCP Pinto Semedo, 4.2.3).

Ou também para efeitos de revisão de questões de facto apreciadas pelos tribunais ordinários de acordo com as suas respetivas competências, afastadas desta jurisdição como já se tinha entendido em processos anteriores (*Acórdão 15/2017, de 26 de julho, INPS v. STJ, sobre a constitucionalidade do prazo recursal de cinco dias em processo laboral*, Rel: JC Pina Delgado, 1; *Acórdão 39/2021, de 30 de agosto, referente a aplicação de normas inconstitucionais no julgamento de detenção de pessoa, no julgamento do processo de extradição e na autorização de extradição e recusa de aplicação de norma hipotética decorrente de instrumentos regionais por inconstitucionalidade*, Red. JC Pina Delgado; JC Aristides R. Lima; JCP Pinto Semedo, 3.1.1). Assim, a identificação da norma que se pretende que esta Corte escrutine é essencial tanto nos casos em que o recorrente alega que norma inconstitucional na sua aceção essencial foi aplicada durante o processo, como é agravada nos casos em que se traz ao conhecimento do Tribunal imputação de utilização de aceção normativa inconstitucional para decidir uma questão ordinária. Destarte, incumbe ao recorrente recortar de forma a mais precisa possível essa norma hipotética que garante a viabilidade da própria apreciação, devendo-se recusar a sindicância de qualquer uma que não tenha sido suficientemente definida.

Por conseguinte, a satisfação do primeiro requisito de admissibilidade é garantido na medida em que o recorrente indique uma norma que foi aplicada pelo órgão judicial recorrido para fundamentar uma decisão que tomou no âmbito de um processo de que era interveniente processual, sendo exigência do mesmo que se esteja perante uma norma no sentido estrito da palavra, ainda que não se reconduza a qualquer preceito ou conjunto de preceitos. Isto é, que ela contenha uma estatuição e uma prescrição remissível em potência a uma natureza geral e abstrata, não obstante imaginada, como se tivesse sido construída por um legislador. Nos casos em que ela decorre de uma mera aceção interpretativa decorrente

de um preceito ou de um conjunto de preceitos é ónus do recorrente delimitá-la, não cabendo ao Tribunal fazê-lo em seu nome.

4.1.2. No caso concreto, verifica-se que, na peça de interposição do recurso – a única que interessa nesta fase, uma vez que, apesar de se ter protocolado também as alegações finais escritas com a peça de recurso, fê-lo antes do momento legalmente previsto pelo artigo 88 da Lei do Tribunal Constitucional – o Recorrente suscita a inconstitucionalidade dos artigos 12 e 49, alínea e) do [CPP], “quanto à não consagração expressa do impedimento do juiz por participação anterior no processo, especialmente quando tenha proferido uma medida de coação pessoal, essencialmente de prisão preventiva, e de estar impedido de ser o juiz do julgamento do mesmo arguido”. Por conseguinte, presumindo-se que a norma impugnada que fixa o objeto do recurso é uma que, decorrendo da aplicação conjugada dos artigos 12 e 49, alínea e) do Código de Processo Penal, dispõe que o juiz não está impedido nos casos em que tenha participado anteriormente do processo, nomeadamente nos casos em que tenha aplicado uma medida de coação pessoal de prisão preventiva a um arguido, e de estar impedido de ser o juiz do julgamento do mesmo, pode-se concluir que, de forma aceitável e nos termos da jurisprudência consolidada deste Tribunal, logrou-se identificar uma norma.

4.2. Segundo, se efetivamente se está perante uma questão de constitucionalidade.

4.2.1. O que depende de haver um parâmetro da Lei Fundamental com o qual a norma impugnada seja incompatível, não podendo, por motivos evidentes, o Tribunal apreciar qualquer questão de legalidade ordinária que não tenha qualquer conexão de constitucionalidade, direta ou indireta, pois este é território soberano dos tribunais judiciais (*Acórdão 15/2017, de 26 de julho, INPS v. STJ, sobre a constitucionalidade do prazo recursal de cinco dias em processo laboral*, Rel: JC Pina Delgado, 1; *Acórdão 29/2019, de 16 de agosto, Arlindo Teixeira v. STJ, referente a norma prevista pelo número 1 do artigo 2º da Lei nº 84/VI/2005, referente ao princípio da realização de audiências públicas nos tribunais, e da garantia de audiência pública em processo criminal, bem como a garantias a um processo equitativo, ao contraditório e à ampla defesa*, Rel: JC Pina Delgado, 4.2; *Acórdão 39/2021, de 30 de agosto, referente a aplicação de normas inconstitucionais no julgamento de detenção de pessoa, no julgamento do processo de extradição e na autorização de extradição e recusa de aplicação de norma hipotética decorrente de instrumentos regionais por inconstitucionalidade*, Red. JC Pina Delgado; JC Aristides R. Lima; JCP Pinto Semedo, 3.1.2), de acordo com a sua organização e competências, que se deve respeitar para que a Corte Constitucional se mantenha dentro do âmbito do artigo 78 e dos limites da sua função constitucional e não se transforme numa nova instância ordinária de cassação, revista ou substituição.

4.2.2. O recorrente invoca um número inusitado de parâmetros que gerariam o vício de constitucionalidade atribuída à norma impugnada, ao dizer que teria havido

“violação [d]as normas e princípios constantes dos artigos 1º nº 1, 2º, nº 1, 3º nº 2 e 3, 7º alínea b), 12º nº 1 e 4, 15º, nº 1, 17º nº 1, 2, 3 e 4, 18º, 22º nº 1 e 4, 23º nº 1, 24º, 26º, 35º nº 6, 209º, 211º nº 1 e 3, 222º nº 1 e 2” todos da Constituição e ainda o artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o disposto no artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Nalguns casos, nomeadamente o referente ao princípio de que o recrutamento e o desenvolvimento na carreira dos juizes fazem-se com prevalência do critério do mérito dos candidatos (Artigo 222, parágrafo segundo) não parecem adequados à situação concreta descrita, outros são formulações genéricas que impõe deveres de respeito por direitos e pela Constituição ou pelo Direito Internacional, mas que, por si, não se constituem em parâmetros viáveis de escrutínio, mas, dá-se de barato que o recorrente está a invocar uma possível incompatibilidade da norma impugnada com a uma posição jurídica de sua titularidade de não ser julgado por tribunal parcial, que, no mínimo, podem ser inferido de outros princípios gerais ou sustentada a partir de interpretação conforme à Declaração Universal dos Direitos Humanos ou da incorporação de normas de tratados de direitos humanos que consagram tal direito. Por conseguinte, conclui-se facilmente que se está perante uma questão que remete a um problema de compatibilidade entre uma norma legal e uma norma constitucional ou internacional, reconduzível a um escrutínio de constitucionalidade direta ou indireta.

4.3. Terceiro, caso tenha havido essa indicação de uma norma e esta remeta a questão de inconstitucionalidade, direta ou indireta, deve-se atestar se a sua inconstitucionalidade foi suscitada de forma processualmente adequada durante o processo como decorre do número 2 do artigo 76 e na parte final da alínea b) do número 1 do artigo 77 da Lei do Tribunal Constitucional.

4.3.1. O que significa que deve ser invocada na primeira oportunidade processual que se tenha apresentado ao recorrente (*Acórdão 35/2019, de 18 de outubro, Alírio Vieira Barros e Outros v. TRS, sobre indeferimento de recurso de fiscalização concreta por não aplicação de norma impugnada*, Rel: JC Pina Delgado, 1.7; *Acórdão 12/2020, de 16 de abril, Ana Brazão Gocht v. STJ [sobre indeferimento de recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade por não suscitação de questão de inconstitucionalidade de forma processualmente adequada]*, Rel: JP Pinto Semedo, 8; *Acórdão 39/2021, de 30 de agosto, referente a aplicação de normas inconstitucionais no julgamento de detenção de pessoa, no julgamento do processo de extradição e na autorização de extradição e recusa de aplicação de norma hipotética decorrente de instrumentos regionais por inconstitucionalidade*, Red. JC Pina Delgado; JC Aristides R. Lima; JCP Pinto Semedo, 3.1.3), que ele o tenha feito de forma consistente, não abandonando as suas questões de constitucionalidade nem titubeando em relação às mesmas e que, por fim, tenha colocado a questão de constitucionalidade ou de desconformidade com o Direito Internacional de forma expressa de modo que o tribunal recorrido a pudesse reconhecer e apreciar (*Ibid.*, 3.1.3).

Portanto, exigindo-se que se o faça da forma a mais clara possível e que seja processualmente adequada. Assim, se assegurando que as questões de constitucionalidade são legítimas e não um recurso procrastinatório de última hora para adiar a produção de efeitos da decisão judicial, e que, a menos que se revele impossível de um ponto de vista processual, os tribunais judiciais, que também são órgãos incumbidos de proteger a Constituição de forma difusa, devendo recusar a aplicação de normas inconstitucionais, tenham a oportunidade de apreciar tais questões de constitucionalidade antes de se poder recorrer ao Tribunal Constitucional (*Acórdão 15/2017, de 26 de julho, INPS v. STJ, sobre a constitucionalidade do prazo recursal de cinco dias em processo laboral*, Rel: JC Pina Delgado, 2.1.6; *Acórdão 35/2019, de 18 de outubro, Alírio Vieira Barros e Outros v. TRS, sobre indeferimento de recurso de fiscalização concreta por não aplicação de norma impugnada*, Rel: JC Pina Delgado, 1.7; *Acórdão 12/2020, de 16 de abril, Ana Brazão Gocht v. STJ [sobre indeferimento de recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade por não suscitação de questão de inconstitucionalidade de forma processualmente adequada]*, Rel: JP Pinto Semedo, 5.3; *Acórdão 39/2021, de 30 de agosto, referente a aplicação de normas inconstitucionais no julgamento de detenção de pessoa, no julgamento do processo de extradição e na autorização de extradição e recusa de aplicação de norma hipotética decorrente de instrumentos regionais por inconstitucionalidade*, Red. JC Pina Delgado; JC Aristides R. Lima; JCP Pinto Semedo, 3.1.3).

4.3.2. Analisados os autos do processo principal verifica-se a f. 41 e ss dos autos do processo principal a presença de um despacho judicial assinado por meritíssimo Juiz de Direito a impor uma medida de coação de prisão preventiva ao recorrente nestes autos. O mesmo magistrado, depois da pronúncia do arguido e determinação de distribuição do processo com vista a julgamento em tribunal coletivo determinado por outra ilustra magistrada, emitiu o despacho de f. 130 datado de 16 de junho de 2020 a marcar audiência de julgamento, o que se notificou ao arguido no dia 24 do mesmo mês. Na data marcada para a sua realização, conforme consta da ata de f. 141 e ss, constata-se que a defesa pediu a “declaração de impedimento do juiz efetivo do 3º juízo crime da Comarca da Praia, por este ter participado no processo” por alegada inconstitucionalidade por “omissão” da “norma prevista no artigo 12º do CPP” em conjugação com os dispostos nos artigos 12º, 49º, n.º1, alínea e) do CPP”. Contudo, a referida audiência não prosseguiu porque, apesar de o juiz entender que seria competente, considerou que, havendo pedido deferido de realização do julgamento por tribunal coletivo, este deveria ser constituído para o efeito.

Posto isto, a 18 de setembro, o recorrente requereu a declaração de impedimento do juiz efetivo do 3º Juízo Crime do Tribunal da Comarca da Praia, requerendo “a fiscalização concreta da constitucionalidade da norma do artigo 12 do [CPP] em conjugação com o disposto no artigo 49, alínea c) do CPP, pela violação dos princípios da imparcialidade do juiz, da sua independência, e pela violação do princípio do acusatório do processo penal, e pela violação das garantias de defesa do arguido de ser

submetido a um processo justo, equitativo, imparcial e que respeite os seus direitos e garantias processuais” (para. 25), arrematando que ela “deveria contemplar (...) despacho materialmente equivalente e abrangendo o da aplicação de medida de coação pessoal proferid[a] pelo juiz, estaria impedido de participar no julgamento do mesmo arguido no mesmo processo (...)”.

O meritíssimo magistrado apreciou o requerimento emitindo o despacho de f. 175 e ss, e depois de ponderar a respeito das questões legais relevantes, considerou que não conseguia “alcançar em que sentido o princípio do acusatório e da independência dos tribunais poderá estar em causa com o juiz no julgamento do juiz que realiza o primeiro interrogatório judicial”. Isso porque no seu entendimento, o “princípio do acusatório significa que só se pode ser julgado pela prática de um crime mediante prévia acusação que o contenha, deduzida por entidade distinta do julgador e constituindo ela o limite do julgamento”, “o princípio da independência pressupõe que o julgador decida com base na Constituição e na lei, de acordo com a sua convicção, alheio às demais posições políticas, económicas e de outras ordens” e, finalmente, que no que diz respeito ao princípio da imparcialidade, “o juízo elaborado para a aplicação da medida de coação é distinto de julgamento, não ficando condicionado por aquela”. Por essas doughtas razões, julgou-se “improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade por omissão da norma do artigo 12º do Código de Processo Penal”.

O recorrente reagiu protocolando recurso a subir para o TRS, pedindo a fiscalização concreta dos artigos 12 e 49 do CPP, quanto interpretado no sentido de que “o juiz que tiver aplicado a medida de c[oa]ção privativa de liberdade (prisão preventiva) de estar impedido de participar no julgamento do mesmo arguido”, na medida em que “aniquila[ria] desse modo [o direito?], e fer[iria] os princípios do acusatório do processo penal, presunção da inocência do arguido, imparcialidade, independência judicial e as garantias de defesa do arguido”. Não haverá dúvidas que este órgão judicial de recurso se apercebeu da dimensão constitucional do recurso interposto pelo recorrente. Tanto assim é que, depois de tecer várias considerações de enquadramento sobre a fiscalização concreta, analisou a possibilidade de a interpretação “do art. 12º, em conjugação com o artigo 49º, ambos do CPP, viola[r], por omissão, os princípios constitucionais referidos pelo recorrente, nomeadamente o da imparcialidade e independência do julgador, do acusatório e pela violação das garantias de defesa do arguido, no sentido de ser submetido a um julgamento justo”, ao que acresceu ainda o princípio do juiz natural. Depois de ter analisado a questão à luz desses parâmetros, o honorável Tribunal da Relação de Sotavento conclui que “na forma como se mostra consagrad[o] o atual art. 12º, quando conjugado com o art. 49º, 1 e) do CPP, o mesmo não contende com qualquer dos enunciados princípios constitucionais. Por outro lado, também a obediência ao princípio do juiz natural, (...) demanda a que nenhuma causa seja subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior. Termo em que improcede mais esse segmento do recurso”.

4.3.3. Por conseguinte, até esta fase do processo, não haveria dúvidas que o recorrente suscitou a questão de constitucionalidade de forma tempestiva, ou seja, na primeira oportunidade que teve, fê-lo de forma consistente e em termos perceptíveis para o órgão judicial em termos que dela devia conhecer.

4.4. De resto, quarto, foi perante esse quadro petitiório e argumentativo que o órgão judicial recorrido não só reconheceu a questão de constitucionalidade, como em processo autónomo, discutiu-a, dialogando com as alegações e fundamentos expostos pelo recorrente, o que é evidente se considerarmos que:

4.4.1. No Acórdão impugnado, a partir da página 5, e depois de uma discussão sobre os princípios potencialmente aplicáveis, nomeadamente o da imparcialidade do juiz, o da independência dos tribunais e o do juiz natural, e de se ter destacado que a dimensão da imparcialidade que relevava era a objetiva, confronta-se o argumento constitucional do recorrente em relação à norma hipotética que ele inferiu dos artigos 12 e 49, nº1, alínea e) do CPP. Para, em seguida, promover-se considerações a respeito do pensamento do legislador ao formular essa solução constitucional, o qual teria na sua base a ideia de que seria suficiente “para fazer face a algumas preocupações garantísticas, proibir-se o julgamento do arguido pelo juiz que tenha, contra ele, proferido despacho de pronúncia”. Sendo clara a opção do legislador de, ao contrário de outros ordenamentos jurídicos que consideraram próximos, de não consagrar qualquer impedimento resultante do facto de o juiz ter aplicado medida de coação em sede de instrução de participar do julgamento da mesma pessoa, entretanto constituída arguida, sustentando claramente a sua decisão na sua interpretação do regime jurídico do impedimento de juízes em processos penais, considerando que pelo facto de a aplicação de prisão preventiva não revelar “a participação intensa que possa criar risco de produção de pré-juízos desfavoráveis ao arguido, não afetando os princípios constitucionais associados à garantia de imparcialidade do tribunal de julgamento e da isenção do juiz”, aduzindo argumento que essa opção foi no sentido de que “a intensidade de participação e do risco de formação de algum juízo de prejudicialidade estariam, em caso de aplicação de medida de coação, bastante esbatidos, tanto pela consideração da natureza do primeiro interrogatório, num estádio inicial do processo, como já pela preexistência de um juízo indiciário forte, constante da acusação e estranho ao juiz de julgamento”.

4.4.2. Além de discutir a questão numa perspetiva meramente ordinária, considerou a sua dimensão constitucional, colocando o problema jurídico em pauta em termos segundo os quais “questão distinta, é da conformidade constitucional dessa interpretação dada ao art. 12.º do CPP, mormente com as garantias de defesa do arguido e o princípio da imparcialidade do tribunal inerente a estrutura acusatória do processo penal cabo-verdiano também suscitada pelo recorrente e que, seguidamente, será apreciado. **Da declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade da norma dos artigos 12º e 49.º do CPP, por violação**

do disposto nos artigos 35º nº 6, 209.º, 221º, 211º nº 1 e 3, 222º nº 1 e 2, ambos da Constituição, com os precisos fundamentos jurídicos explanados no presente recurso e não devendo ser aplicado essa norma por ser inconstitucional ao abrigo do artigo 211º nº 3 da Constituição”, o que lhe motivou de que “[somos] a entender que “, na forma como se mostra consagrada o atual art. 12.º quando conjugado com o art. 49.º, 1 e) do CPP, o mesmo não contende com qualquer dos enunciados princípios constitucionais”, entendimento esse que foi utilizado para fundamentar a decisão de improcedência do recurso.

4.4.3. Assim, dúvidas não haverá que a norma construída a partir desses dois preceitos foi aplicada como fundamento imprescindível para sustentar a decisão recorrida por motivos de inconstitucionalidade.

4.5. Por fim, em relação às demais condições, o Tribunal Constitucional considera que:

4.5.1. A questão de fundo colocada não pode ser considerada como manifestamente inviável ao ponto de o Coletivo a partir de um mero relance poder concluir pela improcedência do recurso;

4.5.2. É facto que não se encontra no acervo de decisões da jurisdição constitucional cabo-verdiana decisão que permitisse antecipar o julgamento da lide para fase de admissibilidade de forma contrária aos interesses do recorrente;

4.5.3. Uma decisão positiva de inconstitucionalidade teria potência para repercutir no processo principal, podendo, no limite, conduzir a um dever de o Tribunal ter de reformar a sua douta decisão no sentido de determinar a repetição do julgamento do recorrente por impedimento de juiz que integrou o coletivo.

4.6. Por esses motivos, o Tribunal entende que estão reunidas todas as condições para apreciar e responder à questão do recorrente de se saber se haveria em abstrato um vício de inconstitucionalidade por ação de norma hipotética decorrente do artigo 12 do CPP, potencialmente em conjugação com o artigo 49, alínea e) do mesmo ato, no exato sentido de que o juiz que aplicou medida de prisão preventiva a arguido não está impedido de participar do seu julgamento, por desconformidade com as cláusulas constitucionais e internacionais que consagram o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da tutela jurisdicional efetiva, o princípio da estrutura basicamente acusatória do processo penal e o princípio da imparcialidade dos tribunais.

No entanto, com a precisão de que a norma hipotética em causa não resulta da conjugação de elementos do artigo 12 e do artigo 49, alínea e) do CPP. Na realidade, decorre de uma leitura a *contrario senso* do artigo 12 exclusivamente. A questão do artigo 49, alínea e) tem a ver com uma interpretação que o Tribunal não terá aplicado a causa prevista nessa disposição no sentido de que o juiz já tinha expressado, segundo seu entendimento, opinião reveladora de um juízo prévio em relação ao objeto do processo, um aspeto que, enquanto tal remete a uma conduta, é certo impugnável, mas por via de

recurso de amparo e não de fiscalização concreta da constitucionalidade.

Pelo exposto, o objeto deste escrutínio de constitucionalidade é a norma hipotética decorrente do artigo 12 do CPP, no exato sentido de que o juiz que aplicou medida de prisão preventiva a arguido não está impedido de, no respetivo processo, participar do seu julgamento.

É o que enfrentará a seguir.

5. Começando pela identificação dos argumentos que foram aduzidos pelos intervenientes processuais nos autos.

5.1. Primeiro, pelo próprio recorrente, que assenta os seus argumentos:

5.1.1. Na incompatibilidade da solução desafiada com o modelo de processo penal adotado pela Lei Fundamental, como de resto, seria opinião da doutrina nacional e da jurisprudência portuguesa e, em parte pela legislação cabo-verdiana, quando em questão estruturalmente similar – juiz de pronúncia e juiz do julgamento – acolheu solução de impedimento.

5.1.2. No entendimento já consagrado no direito português que, segundo diz, já devia ter sido transplantado para o direito cabo-verdiano. E até estava previsto no texto originário do anteprojeto de Código de Processo Penal, mas terá sido eliminado da versão definitiva.

5.1.3. E, decisivamente, pelo facto de o juiz não ter um papel passivo no processo. Do que decorreria que o julgador, para aplicar uma medida de coação de prisão preventiva, tem de interpretar factos para verificar se os fortes indícios de prática de crimes se encontram presentes, o que seria inviabilizado caso não formulasse um juízo prévio sobre o objeto do processo. O mesmo ocorrendo com a sua avaliação dos factos, da ação do agente, do desvalor da ação ou do resultado, precisamente as causas que determinariam o seu impedimento. O entendimento no sentido de que o seu pensamento não ficaria influenciado por um conjunto de atos que promove nesta fase seria contrário ao princípio da presunção da inocência, à garantia de se ser julgado por um tribunal imparcial e ao princípio do acusatório.

5.2. Note-se que esses argumentos foram produzidos para efeitos de contraposição às teses desenvolvidas pelo tribunal recorrido em suporte da decisão impugnada, dos quais os decisivos são os seguintes:

5.2.1. Apesar da solidez dos argumentos emprestados da experiência portuguesa e da identidade jurídica que se manteria com aquele país, seria de se centrar a interpretação em elementos endógenos (“entre portas”), que seriam bastantes neste contexto em que o legislador optou por um tratamento legislativo diferenciado da matéria, “quicá impulsionado pelo nosso próprio percurso histórico, necessariamente diverso, pelo nosso estágio de desenvolvimento sociojurídico e pela nossa própria idiossincrasia”. Daí, no seu entender, ser “algo arriscado transpor a jurisprudência portuguesa como forma de interpretar as normas constantes da legislação

cabo-verdiana, naquelas situações em que a solução consagrada é distinta, (...)”, que corresponderia ao caso vertente em que “o art. 12.º do CPP cabo-verdiano, consagra uma solução diversa daquela constante do art. 40.º do CPP Português, este mesmo fruto de um processo evolutivo a nível da consagração normativa”.

5.2.2. A estrutura tendencialmente acusatória do processo penal, o papel que ao juiz é reservado na fase de investigação, que classifica de pontual e não tão intensa, “e por visar mais uma finalidade cautelar, ancorada na mera indicição criminosa, não afeta os sobreditos princípios do acusatório e do contraditório (artigo 34º, nº 6 da Constituição) que caracterizam o nosso processo penal”.

5.2.3. Não obstante a importância decisiva do princípio da imparcialidade, deve-se considerar a racionalidade inerente à imparcialidade objetiva baseada em perceções externas, para evitar que o seu alargamento excessivo produza efeitos devastadores, sendo por essa razão que “não se pode sufragar [a ideia de ???] que aquele juiz que, em sede de instrução, aplique uma medida de coação, inclusive as de liberdade provisória, veja, por causa dessa sua pontual e, muitas vezes, bastante preliminar intervenção processual, e em definitivo, ser posto em causa o caro valor da sua imparcialidade para apreciar e decidir dos factos que lhe são submetidos a julgamento”. De resto, considera que “a nossa história jurisprudencial, das decisões dos tribunais cabo-verdianos não tem alicerçado esta desconfiança com relação à isenção do julgador que aplicou medida de coação ao arguido, qualquer que seja ela, até pela singela, mas suficiente razão supra mencionada de que aquelas medidas, mormente quando aplicadas na fase de instrução, são ancoradas apenas em indícios, se bem que fortes, e nas necessidades cautelares, não representando um qualquer juízo sobre a culpabilidade do arguido, para a certeza da qual só a tramitação processual subsequente poderá reforçar ou infirmar, sendo variados os casos de absolvições de arguidos pelo mesmo juiz que, em sede instrutória, lhe tinha aplicado medida de coação pessoal”.

5.2.4. Situação diferença acabou por justificar “a consagração do impedimento vazado no art. 12.º do CPP, pela maior intensidade da intervenção do juiz que, quando terminada a fase da instrução, decide pela pronúncia do arguido, exatamente por aí se considerar que tal despacho traz pressuposto um juízo que se arrima na existência de indícios suficientes do cometimento do crime, pelo que maior o risco do pré-juízo, se não da parte do julgador, mas dos destinatários da decisão ou da comunidade jurídica”.

5.3. Entendimento similar manifestou o Digníssimo Senhor Procurador-Geral da República, posto que considera que a situação não reconduz a qualquer desconformidade com o princípio da independência dos tribunais ou com o princípio da imparcialidade do juiz, sobretudo tratando-se, no caso particular, de julgamento em tribunal coletivo, no qual todos os juízes participam do julgamento e discutem os termos da decisão e da fundamentação do acórdão.

6. A solução normativa em causa é o resultado das profundas alterações introduzidas no sistema jurídico criminal cabo-verdiano pelo Novo Código de Processo Penal.

6.1. A redação dos dispositivos relevantes é a seguinte: artigo 12: “Não poderá proceder ao julgamento do arguido o juiz que, no processo respetivo, tenha, contra ele proferido despacho de pronúncia”. Como se pode verificar, essa disposição não foi atingida por nenhuma das leis de revisão do Código de Processo Penal, mantendo-se a sua redação estável desde o início da vigência desse instrumento jurídico.

6.2. Mas, para efeitos deste inquérito de constitucionalidade o que importa é o que ele não diz, pelo menos no sentido de também considerar que o juiz que aplica medida de coação de prisão preventiva estar impedido de participar do julgamento do arguido no mesmo processo, o conteúdo da norma hipotética decorrente do preceito aplicado pelo Egrégio Tribunal da Relação de Sotavento.

6.3. Se assim é, o que interessará é tentar encontrar-se nos trabalhos preparatórios os elementos necessários a entender-se o pensamento do legislador sobre as razões que o levaram ao mesmo passo a adotar soluções que, a) de uma parte, determinam o impedimento do juiz que tenha proferido despacho de pronúncia contra o arguido de, no respetivo processo, participar do seu julgamento; b) que, da outra, não é estendida para cobrir o juiz que lhe havia aplicado medida de coação de prisão preventiva. Mostrando-se importante considerar que:

6.3.1. A primeira discussão relevante a respeito destas questões pode ser encontrada num artigo do autor material do Código de Processo Penal, o Professor Jorge Carlos Fonseca, “Proposta de Grandes Linhas para a Elaboração de um Novo Código de Processo Penal de Cabo Verde”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 5, f. 3-4, 1996, pp. 373-417, que a respeito dos impedimentos judiciais por participação em atos empreendidos na fase de investigação e de instrução, asseverou que “[c]usta aceitar a hipótese de se essa *instrução* ficar a cargo do juiz de julgamento, nomeadamente a proferição de um *despacho e pronúncia ou equivalente*, por isso implicaria, senão a violação do acusatório, ao menos o princípio da *independência judicial* (art. 221.º, n.º 3), enquanto «abrange a existência de absoluta imparcialidade, implica a já aludida consagração do princípio da acusação... dele decorre igualmente o deferimento da fase de instrução a um magistrado distinto daquele que procederá ao julgamento - ao juiz de instrução...». Razão por que, a optar-se pelo modelo que contenha uma *instrução judicializada*, não podendo haver tribunal ou juiz de Instrução, a instrução e a pronúncia ou despacho equivalente deveriam ser feitos por um Juiz que nunca seria o de julgamento daquele mesmo processo” (pp. 398-399), destacando que a razão para tanto seria “evitar que o julgador seja influenciado por uma sua qualquer participação na atividade que serve de base à introdução do feito em juízo... importa, pois, que o juiz (de julgamento) não possa dirigir, nem ter qualquer *intervenção valorativa (de mérito)* em qualquer fase

processual que vise a recolha e a apreciação de prova, para que se conclua dever ser feita (ou não) a acusação e/ou a pronúncia” (nota 32).

6.3.2. Conforme reportado pelo próprio autor material do Código de Processo Penal num texto de apresentação à versão do anteprojeto que elaborou intitulado *Um Novo Processo Penal para Cabo Verde. Estudo sobre o Anteprojeto do novo Código*, Lisboa, AAFDL, 2003, p. 47, “[o] Anteprojeto também incluía, na sua formulação inicial, como dispositivo emblemático integrado nos princípios fundamentais e garantias do processo penal, o artigo 13.º [atual 12]”, o qual seria exigência de um processo basicamente obrigatório e concretização de vários princípios e garantias fundamentais em matéria de processo penal. Especificamente, a solução de o juiz de julgamento poder proferir despacho de pronúncia atingiria igualmente o princípio da independência do poder judicial, “[r]azão por que, não tendo o Anteprojeto optado pela existência de um tribunal ou juiz de instrução, a pronúncia ou o despacho materialmente equivalente deveriam ser feitos por um juiz que nunca seria o de julgamento daquele mesmo processo”. Tal disposição continha igualmente impedimento de o juiz que tivesse mandado aplicar no mesmo processo, medida de coação pessoal restritiva de liberdade de proceder ao julgamento. Porém, apesar de ela não ter sido recusada pela comissão de acompanhamento e de haver argumentos fortes em sua defesa, acabou por reavaliá-la porque entendeu que exigências menos abrangentes seriam possíveis e que, no fundo, só a decisão que o juiz de instrução tome a final, isto é, a de pronunciar ou a de não pronunciar, contende com o objeto do processo.

6.3.3. Num escrito académico posterior à aprovação do Código de Processo Penal – 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, p. 155, reproduziu essas informações ao dizer que o “preceito constante do Anteprojeto (art. 13.º) também impedia que procedesse ao julgamento o juiz que tivesse mandado aplicar, no mesmo processo, medida de coação pessoal restritiva da liberdade”. Contudo, e apesar de esta solução não ter sido recusada pela comissão de acompanhamento, a qual “pôs em causa apenas a inserção sistemática do artigo, sem deixar de atentar nas implicações financeiras que uma tal solução exigiria), (...)”, acabou por ser reavaliada por ele. Considerando que “hoje, poder-se-ia retirar do âmbito do artigo (e do art. 55.º da LOJCV) a exigência relativa à aplicação da medida de coação e ficar apenas com o impedimento de o juiz da pronúncia poder ser o juiz de julgamento (e a outra hipótese relativa à concordância para julgamento na forma de processo abreviado). No fundo, as razões que sempre invocávamos, em defesa do *acusatório*, poderiam conter-se na exigência de uma solução menos abrangente”. Justifica-o pelo facto de, não obstante os fortes argumentos arrolados em prol de uma solução mais compreensiva, nomeadamente articulados pelo TC

de Portugal, se ter sentido influenciado pela solução do penalista lusitano Figueiredo Dias de que tais situações teriam um tratamento mais adequado através do instituto da suspeição do que a partir da sua inserção como causa de impedimento do juiz.

E, adicionalmente, considerou que “[d]eve ser referido que, apesar de não ter havido reservas de fundo relativamente ao teor do art. 13º do Anteprojeto que estabelecia não poder proceder ao julgamento do arguido o juiz que, no processo respetivo, lhe tivesse mandado aplicar medida de coação pessoal restritiva da liberdade ou tenha, contra ele, proferido despacho de pronúncia, (...), o próprio autor do Anteprojeto, no mencionado documento de apreciação do relatório da CACPP, acabou por sugerir a alteração do preceito, no sentido de apenas revelar um tal impedimento para o juiz que tenha proferido despacho de pronúncia ou equivalente contra o arguido sujeito a julgamento (...)”, e concluiu em relação ao texto que foi aprovado que “o Código de Cabo Verde acabou por acolher uma tal sugestão no seu art. 12.º (parcialmente (...))” (p. 22).

6.3.4. Em todo o caso, este foi o artigo que foi acolhido pelo legislador em 2005, sem que antes se tenha discutido essa omissão específica quando a Assembleia Nacional se reuniu para debater a proposta de lei de autorização legislativa que incluía determinação no ponto 9 segundo a qual, “mais deverá o novo Código, nessa mesma linha, assegurar a proibição do julgamento do arguido pelo juiz que tenha, contra ele, proferido despacho de pronúncia” (*Atas da Reunião Plenária de 26 de abril de 2004*, Praia, AN, 2004, pp. 137-138), conduzindo à inserção dessa fórmula nesse segmento da que veio a ser a *Lei nº 43/VI/2004, de 7 de junho*, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 17, 7 de junho de 2004, pp. 396-402. Esta solução perdura até hoje, ainda que confrontada com um longo hiato de inutilização de mais de dez anos por força da suspensão da sua aplicação imposta pela *Lei nº 84/VI/2005, de 12 de dezembro*, publicada no *Boletim Oficial*, I Série, N. 50, 12 de dezembro de 2005, pp. 1374-1375, que não deixou de suscitar alguma controvérsia, até a questão ser resolvida pelo *Decreto-Legislativo 5/2005, de 11 de novembro*, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 69, 11 de novembro de 2005, pp. 2245-2258, que, no seu artigo 4º, revogou aquele diploma.

6.3.5. Durante esse íterim, e antes de se ultrapassar a questão da suspensão, a adequação da solução de fundo com a Constituição foi questionada por alguma doutrina, como a formulada pelo saudoso Augusto Silva Dias, “Medidas Cautelares no Novo Código de Processo Penal de Cabo Verde” in: Augusto Silva Dias & Jorge Carlos Fonseca (coords.), *Direito Processual de Cabo Verde. Sumários do Curso de Pós-Graduação sobre o Novo Processo Penal de Cabo Verde*, Lisboa/Praia, ICJ-FDUL/ISCJS, 2009, p. 216, para quem a “estrutura acusatória do processo (a CRCV não se refere expressamente ao acusatório), decorrente do Estado de Direito não o permite”. Pronunciando-se sobre a eliminação da versão inicial do anteprojeto que previa tal impedimento, acrescentou que o artigo 49 não excluía “pelo menos literalmente, a possibilidade de considerar impedido de participar do julgamento o juiz que antes aplicou a

prisão preventiva” indagando retoricamente se ele não terá expressado publicamente “opinião reveladora de um juízo prévio em relação ao objeto do processo?”.

7. Uma respeitável opinião que, naturalmente, deve ser considerada pelo Tribunal quando avaliar se efetivamente a norma hipotética decorrente do artigo 12º de acordo com a qual o juiz que aplica medida de coação de prisão preventiva não está impedido de, no respetivo processo, participar do julgamento do arguido, é inconstitucional por desconformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, com o princípio da tutela jurisdicional efetiva, com o princípio da estrutura basicamente obrigatória do processo penal, como princípio da independência dos tribunais e com a garantia de julgamento por juízo imparcial. É o que se apreciará a seguir em diálogo com os argumentos arregimentados pelo recorrente, e pelo Ministério Público, à luz da fundamentação explicitada pelo acórdão recorrido. O que impõe, primeiro, a consideração de duas espécies de razões apresentadas pelo Senhor Aniceto dos Santos.

7.1. As primeiras, remetendo à ideia de que estando tal impedimento previsto pela legislação portuguesa, mais “clarividente e abrangente” nessa matéria, tal estatuto de garantia da imparcialidade da decisão judicial “tal como definido no sistema criminal e constitucional português”, “já deveria estar expressamente consagrado no processo penal cabo-verdiano”, seria uma exigência do artigo 10 da DUDH e do Direito Internacional, conforme se vem discutindo na jurisprudência do TEDH e do TC da República Portuguesa”;

7.2. As segundas que, de forma inerente, a solução adotada não se conforma com a Constituição,

7.2.1. Pelo facto de o juiz que procede ao primeiro interrogatório e que aplica a medida de coação de prisão preventiva ter um papel ativo necessário a aferir a presença de fortes indícios de prática de crime, o que não seria possível sem que ele fizesse um juízo prévio sobre o objeto do processo, determinando se haveria a possibilidade de o crime ter sido praticado com dolo e fazendo um juízo de prognose sobre a sua gravidade do crime sem avaliar os factos, a ação do agente, o desvalor da ação ou do resultado, condicionando a imparcialidade do seu próprio julgamento.

7.2.2. Em função de ser inevitável que o juiz que tiver aplicado a medida de prisão preventiva, proferindo sucessivos despachos de reavaliação dos pressupostos de sua manutenção e decidindo a respeito de atos isolados e periódicos atingiria o princípio da presunção da inocência;

7.2.3. E por resultar do princípio do acusatório a pretensão de salvaguardar a neutralidade do julgador face à acusação, atrelada à garantia de ser julgado por um tribunal independente e, segundo diz, de “obter uma decisão confiável, credível e imparcial”.

8. As primeiras razões devem ser afastadas de forma inequívoca pelo Tribunal Constitucional. Por razões tão evidentes que seria, em situações normais, seria escusado referi-lo, mas que, por aquilo que se tem observado, acaba por ser uma necessidade permanente em Cabo Verde.

8.1. Apesar de não ser a primeira vez em que a Corte Constitucional é confrontada com esse tipo de argumento estruturalmente sobranceiro, ancorado numa autoridade externa à Constituição Nacional, desta vez o grau de manifestação dessa tendência, talvez por algum descuido de linguagem, atingiu padrões que se abeiram de um neocolonialismo intelectual autoimposto, que é mais grave ainda por atrair o Tribunal Constitucional a executar uma argumentação que reduz a autoridade do nosso Parlamento e dos nossos tribunais judiciais, passando-lhes um atestado de menoridade generalizado.

8.2. Naturalmente, não seria o Tribunal Constitucional a acolher uma tendência paroquial e fechada do Direito Constitucional de rejeição de doutrina e jurisprudências estrangeiras. Especialmente a que se refere a conceitos jurídicos consolidados, a questões teóricas estruturais, na dimensão que puderem invocar um estatuto dogmático, é sempre bem-vinda e pode constituir-se num auxiliar de aproximação a questões jurídicas complexas, sobretudo nos casos em que a origem de certos institutos se localiza no ordenamento jurídico do académico ou do tribunal que as expõe, o mesmo ocorrendo com a que interpreta normas cuja redação seja substancialmente idêntica às que integram o ordenamento jurídico cabo-verdiano. No mesmo sentido, este Coletivo não teria qualquer problema em considerar jurisprudência estrangeira no processo de formação das convicções dos juízes que o integram, desde que ela seja persuasiva e se destine a interpretar institutos e normas com configurações similares às cabo-verdianas.

8.3. Contudo, tudo isso tem os seus limites, não se podendo esperar que órgãos de soberania de um país independente atuem marcadas por um condicionamento pavloviano de ter de seguir uma solução “tal como definid[] no sistema criminal e constitucional português”, e que “já deveria estar expressamente consagra[d]a no processo penal cabo-verdiano”, por ser, conforme essa interpretação “uma exigência do artigo 10 da DUDH e do Direito Internacional, conforme se vem discutindo na jurisprudência do TEDH e do TC da República Portuguesa”.

8.4. Desde logo, porque,

8.4.1. Esta é uma questão de política legislativa nacional, que o recorrente ou qualquer outra pessoa poderá tentar desencadear junto ao poder legislativo cabo-verdiano no quadro de mecanismos existentes de iniciativa legislativa popular, por força do artigo 167, parágrafo primeiro, alínea c), da Constituição.

8.4.2. A solução portuguesa se ajusta às particularidades desse país, nomeadamente à sua Constituição, aos deveres que assumiu internacionalmente no âmbito do Conselho da Europa e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, das suas tradições jurídicas, constitucionais e criminais, e das suas particularidades geográficas, económicas, sociais etc, e que se foi ajustando a desafios que o país, o legislador e o aplicador dessas normas foram enfrentando. Esse contexto não se reproduz necessariamente em Cabo Verde, um país que não está sujeito à jurisdição do Tribunal Europeu de Direitos

Humanos e que não é membro do Conselho da Europa. Na melhor das hipóteses, esta República, não estando sujeito à jurisdição em matéria de direitos humanos de qualquer tribunal regional – nem à do Tribunal Africano de Direitos Humanos e dos Povos, nem à do Tribunal de Justiça da Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental como decidido pelo *Acórdão 39/2021, de 30 de agosto, referente a aplicação de normas inconstitucionais no julgamento de detenção de pessoa, no julgamento do processo de extradição e na autorização de extradição e recusa de aplicação de norma hipotética decorrente de instrumentos regionais por inconstitucionalidade*, Red. JC Pina Delgado; JC Aristides R. Lima; JCP Pinto Semedo, 12 –, os tribunais cabo-verdianos teriam, na melhor das hipóteses, que considerar as recomendações do Comité de Direitos Humanos das Nações Unidas, mas não sendo este um órgão judiciário, somente na medida em que elas fossem persuasivas de acordo com o critérios dos próprios órgão internos, nomeadamente esta Corte Constitucional (*Acórdão 30/2021, de 29 de junho, Alex Saab v. STJ, sobre solicitação de cumprimento de pedido de adoção de medidas provisórias dirigidas ao Estado de Cabo Verde pelo Comité de Direitos Humanos das Nações Unidas*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, Rel. JC Pina Delgado, I Série, N. 88, 16 de setembro de 2021, pp. 2270-2283, 4.5.3.), o que também se aplicaria às orientações da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos nessa mesma matéria.

Ocorre que, na verdade, nem se mostra necessário qualquer discussão nessa matéria porque não se conseguiu identificar – e o recorrente não promoveu discussão sobre esta questão, limitando-se a referir-se ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos – que qualquer desses outros órgãos tenha acolhido uma orientação geral e abstrata que remeteria a uma desconformidade entre solução estruturalmente igual à adotada pelo Código de Processo Penal cabo-verdiano com a garantia de julgamento por tribunal imparcial (v. os principais comentários ao dispositivo relevante da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos em S. Ngono, “Article 7§1” in: Maurice Kamto (dir.), *La Charte Africaine des Droits de l’Homme et des Peuples et le Protocole y Relatif Portant Création de la Cour Africaine des Droits de l’Homme. Commentaire Article par Article*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 189-191; Ana Rodrigues, “Artigo 7^o” in: Patrícia Jerónimo; Rui Garrido & Maria Assunção do Vale Pereira (coords.), *Comentário Lusófono à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*, pp. 95-100; Rachel Murray, *The African Charter on Human and Peoples’ Rights. A Commentary*, Oxford, OUP, 2019, pp. 236-241, e Paulo Pinto Albuquerque: “Introdução: garantias judiciais e princípio da legalidade penal” e Ângelo Matusse, “Comentário: Direito de acesso aos órgãos nacionais e a ser julgado por um tribunal imparcial” in: Paulo Pinto Albuquerque (Org.), *Comentário da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e do Protocolo Adicional*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020, pp. 474-476; 491-495; e sobre a disposição homóloga do Pacto, o *General Comment N. 32: Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*, de 23 de agosto de 2007, para. 15 e ss, disponível na página web do Alto Comissariado da ONU: <https://tbinternet.org>.

ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11. Parece, outrossim, que havendo a possibilidade – como há no Direito Processual Penal pátrio, conforme se articulará abaixo – de o arguido requerer a desqualificação em concreto de um juiz que por algum motivo se conduza em ato processual anterior de tal sorte a poder duvidar-se da sua imparcialidade, lançando sobre ele suspeição, isso seria suficiente para sustentar a compatibilidade com os preceitos convencionais aplicáveis. De alguma forma, a decisão do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos no caso *Woyome v. Ghana*, de 28 de junho, reproduzida no *African Court Law Report. Report of Judgments, Orders and Advisory Opinions of the African Court on Human and Peoples' Rights*, Pretoria, Pretoria University Press, 2021, pp. 235-289, § 108 e ss, reflete essa mesma filosofia.

Ademais, o contexto específico dessa norma remete à particularidade de ter sido aprovada pelos órgãos competentes desta República. Um Estado novo, sem grandes recursos económicos, com um ensino jurídico que somente de forma recente se popularizou, e, sobretudo, marcado por uma descontinuidade geográfica acentuada e por uma rede judiciária ainda em construção, cuja Constituição possui normas diferentes da portuguesa. Porque mesmo com a inclusão da cláusula da “estrutura basicamente acusatória do processo penal” em 2010 (novo artigo 35, parágrafo sexto), a redação não é igual, posto que a Constituição da República Portuguesa dispõe de forma mais taxativa que “o processo criminal tem estrutura acusatória”. De resto, tratando-se de solução muito discutida pela doutrina desse país (Jorge de Figueiredo Dias & Nuno Brandão, *Sujeitos Processuais Penais: o Tribunal. Texto de Apoio ao Estudo da Unidade de Direito e Processo Penal do Mestrado Forense da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2015-2016)*, Coimbra, s.e., 2015, § 2 e que, ao que tudo indica, os próprios tribunais têm tentado controlar o alcance (v. excertos dessa jurisprudência mais recente em António Henriques Gaspar et al., *Código de Processo Penal Comentado*, 3 ed., Coimbra, Almedina, 2021, pp. 114-122).

8.4.3. Malgrado a partilha do mesmo modelo de organização do Estado e de várias soluções constitucionais serem comuns e inspiradas na Lei Fundamental de Portugal, a independência do país e a soberania nacional entretanto conquistada produzem as suas consequências, sobre em relação a uma Nação que possui uma identidade própria, cujos poderes públicos têm, nos termos da sua Constituição, e consoante a sua natureza, liberdade para adotar as soluções legislativas que considerarem as mais adequadas em cada momento histórico e os seus julgadores de as aplicarem de acordo com a lei e a sua consciência. Nos termos já assentados pelo *Parecer 2/2020, de 10 de fevereiro*, publicado no *Boletim Oficial*, Rel. JC Pina Delgado, I Série, N. 25, 3 de março de 2020, pp. 633-652, 6.4. tais opções “não são mais do que opções que a cada momento histórico os que exercem poderes soberanos, idealmente em nome do povo, tomam num sentido ou noutro, sem que estejam constrangidos por qualquer determinante dogmática” (6.4). Acrescentando-

se que, “[p]or motivos naturais, está-se perante ordenamentos jurídico-constitucionais distintos e o facto de haver uma identidade estrutural e uma influência incontestada da Constituição da República Portuguesa de 1976 sobre a Constituição de 1992 não permite que se faça uma transposição integral e em abstrato do seu conteúdo normativo para definir o sentido da nossa Lei Fundamental” (*Ibid.*, 6.5).

Um entendimento diverso, além de atingir potencialmente o princípio da soberania nacional (*Acórdão 10/2020, de 20 de março [Referente à Inconstitucionalidade de Normas do Acordo sobre o Estatuto de Forças entre Cabo Verde e os Estados Unidos da América]*, Rel: JC Aristides R. Lima, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 86, de 23 de julho de 2021, p. 1731 e ss, B; *Acórdão 39/2021, de 30 de agosto, Alex Saab v. STJ, referente a aplicação de normas inconstitucionais no julgamento de detenção de pessoa, no julgamento do processo de extradição e na autorização de extradição e recusa de aplicação de norma hipotética decorrente de instrumentos regionais por inconstitucionalidade*, Red: JC Pina Delgado; JC Aristides R. Lima e JCP Pinto Semedo, 12), teria o condão de vulnerar intensamente o princípio democrático, tantas vezes já ressaltado por este Tribunal (*Acórdão 24/2016, de 20 de outubro, Fiscalização Sucessiva da Constitucionalidade referente à norma revogatória da Lei de aprovação do estatuto dos magistrados do Ministério Público*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 61, 2 de novembro de 2016, pp. 2033-2054 e na *Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional de Cabo Verde*, Vol. II, Praia, INCV, 2017 (2016), pp. 17-82, 1.5; *Acórdão 27/2017, de 14 de dezembro, Fiscalização Abstrata Sucessiva da Constitucionalidade, tendo por objeto as normas contidas na Lei n.º 5/IX/2016, de 30 de dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2017 e a deliberação que aprovou a Ordem do Dia para a Sessão Ordinária da Assembleia Nacional de 21 a 24 de novembro de 2016*, Rel: JCP Pinto Semedo, 2.6; *Acórdão 7/2018, de 29 de março, Joaquim Monteiro v. STJ, sobre recusa de concessão de subvenção de campanha eleitoral decorrente de aplicação de norma inconstitucional*, Rel: JC Pina Delgado, *Boletim Oficial*, I Série, N. 21, de 11 de abril de 2018, pp. 505-530, 9.1; *Acórdão 23/2018, de 20 de outubro, Fiscalização Sucessiva da Constitucionalidade referente à a norma contida no n.º 1 do art.º 130 da Lei n.º 1/VII/2011, de 20 de junho, que aprovou o Estatuto dos Magistrados Judiciais*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 76, 22 de novembro de 2018, pp. 1835-1857, 1; *Acórdão 39/2021, de 30 de agosto, Alex Saab v. STJ, referente a aplicação de normas inconstitucionais no julgamento de detenção de pessoa, no julgamento do processo de extradição e na autorização de extradição e recusa de aplicação de norma hipotética decorrente de instrumentos regionais por inconstitucionalidade*, Red: JC Pina Delgado; JC Aristides R. Lima e JCP Pinto Semedo, 6.7.3). Como se asseverou num desses arestos – *Acórdão 23/2018, de 20 de outubro, Fiscalização Sucessiva da Constitucionalidade referente à a norma contida no n.º 1 do art.º 130 da Lei n.º 1/VII/2011, de 20 de junho, que aprovou o Estatuto dos Magistrados Judiciais*, Rel: JC Pina Delgado, 5.3 – , “pior do que deixar

sem cobertura uma determinada questão por falta de cobertura constitucional, é o julgador inventar princípios por terem sido aplicados por tribunais estrangeiros, por terem sido mencionados como tais pela doutrina ou por estarem em voga, violando deste modo o princípio da soberania do Estado e o princípio da soberania popular”.

8.4.4. Como o Tribunal já tinha asseverado sem qualquer ambiguidade, “não aplica nem a legislação portuguesa, nem a brasileira” (*Acórdão 22/2016, de 16 de setembro, de 19 de setembro, Alcides Graça v. AAG-SV*, Rel. JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 59, 14 de outubro de 2016, pp. 1994-2007, 3.8), na medida em que a definição dos regimes jurídicos em Cabo Verde decorre da vontade que o legislador expressar dentro do quadro das diretrizes impostas pela Constituição, devendo ser interpretada considerando predominantemente elementos analíticos locais, nomeadamente a construção normativa, [e] o contexto político que são próprios de cada país (*Acórdão 30/2020, de 11 de setembro, PAICV v. CNE sobre a proibição de distribuição de camisolas modelo T e de máscaras faciais de proteção respiratória individual*, Rel. JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 139, 23 de dezembro de 2020, pp. 2182-2198, 5.1). A razão de fundo já havia sido exposta pelo *Acórdão 13/2016, de 7 julho, proferido no Processo de Fiscalização da Constitucionalidade nº 1/2016, Referente à Inconstitucionalidade de Certas Normas do Código Eleitoral*, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 43, 27 de julho de 2016, pp. 1421-1475, 2.8.3, quando se enfatizou que “como regra [se] deve tratar questões constitucionais mantendo presentes as particularidades da nossa Lei Fundamental e a diferenciação dos elementos sociais, identitários, políticos, culturais, históricos, éticos, económicos da nossa comunidade política, os quais [o Tribunal Constitucional] deverá sempre ponderar (...)”.

8.5. Por este motivo, a Corte Constitucional não pode estar mais de acordo com o Tribunal da Relação de Sotavento quando esse egrégio órgão judicial lembrou que o legislador optou por um tratamento legislativo diferenciado desta matéria, “quicá impulsionado pelo nosso próprio percurso histórico, necessariamente diverso, pelo nosso estágio de desenvolvimento sociojurídico e pela nossa própria idiossincrasia”.

8.6. Assim, por mais útil que possa ser acompanhar desenvolvimentos constitucionais e legislativos estrangeiros, em relação ao legislador, o Tribunal Constitucional só pode repetir a constatação evidente e prosaica que ele só está condicionado pela Lei Fundamental e pelo Direito Internacional que vincula Cabo Verde. Desde que ele não ultrapasse os limites colocados por essas duas ordens superiores, tem liberdade e legitimidade para definir, de acordo com a sua vontade, que representa por sua vez, o soberano originário, o povo, os quadros regulatórios com as soluções que entender mais adequadas para cada momento histórico. Portanto, é totalmente irrelevante do ponto de vista constitucional trazer soluções legislativas alienígenas, meritórias em si e no seu contexto, como bitola externa justificadora de juízo de censura que se lança injustamente ao legislador pátrio. O mesmo com os tribunais cabo-verdianos,

pois nem o Tribunal Constitucional, nem os tribunais judiciais estão sujeitos a nada, além da Constituição, do Direito Internacional e das leis quando exercem o seu poder de aplicar o direito ao caso concreto. Sendo assim, não podem ser condicionados nem pela doutrina, nacional ou estrangeira, nem pela jurisprudência de tribunais de outros países. Essas, mais uma vez, poderão ser consideradas se forem persuasivas e, sobretudo, se tiverem sido produzidas para interpretar normas estruturalmente similares que visem finalidades substancialmente idênticas. Porém, o elemento essencial, decisivo e incontornável é sempre doméstico, pois decorre da aferição das injunções ou dos constrangimentos constitucionais, da redação normativa utilizada e da intenção do legislador com a sua criação, e da consideração dos valores que marcam a identidade constitucional. Mas, como já tinha asseverado no *Acórdão 47/2021, de 13 de outubro, referente a Arguição de Nulidade do Acórdão 39/2021, de 30 de agosto, por alegadas nulidades na tramitação processual, nulidades do acórdão e violação de princípios jurídicos*, Red. JC Pina Delgado; JC Aristides R. Lima; JCP Pinto Semedo, 6.5.1, “nem o Tribunal usa de forma tão ampla a doutrina como pretende o Requerente, nem tão-pouco tem um dever de a usar e muito menos ancorar qualquer posição que tenha e que determina a partir da sua interpretação das normas aplicáveis, nomeadamente da Constituição, em citações doutrinárias e jurisprudências, muito menos na denominada ‘boa doutrina’, convenientemente a que suportaria as teses do Requerente”.

A consideração da questão de se saber se uma norma segundo a qual o juiz que aplica uma medida de coação de prisão preventiva não está impedido de, no processo respetivo, participar do julgamento, é inconstitucional, não tem um carácter objetivo e universal, como se fosse irrelevante estar-se perante o Direito de Cabo Verde, ou defronte dos ordenamentos jurídicos de Portugal, de Angola, da Austrália ou do Chile. É, outrossim, algo que tem um contexto e um entorno jurídico específico que releva somente para a primeira ordem jurídica, que, por um lado, tem na sua Lei Fundamental normas com uma redação singular, que visam certas finalidades conforme a vontade do legislador constituinte, cujos valores e princípios indicam-nos uma identidade constitucional particular que reflete, por sua vez, uma história partilhada, uma vivência determinada e certos desígnios comuns, e, do outro, apresenta elementos legislativos e judiciais de ponderação, nomeadamente de carácter geográfico, económico, organizatório, social, antropológico, ético, etc., etc, que muitas vezes não se reproduzem universalmente, nem sequer entre países institucional e culturalmente próximos.

Da mesma forma que esses países definem as suas regras conforme as condicionantes fáticas e jurídicas que devam considerar, à luz da apreciação que o legislador faz das melhores soluções que se adaptam à realidade concreta sobre a qual se pretende intervir normando, o cabo-verdiano possui a mesma legitimidade e acrescida autoridade para fazer o mesmo em relação ao direito nacional. Para glosar as categorias desenvolvidas por um ilustre cabo-verdiano é sempre preciso partir da

realidade da “nossa terra” enfatizando a “importância de conhecermos a nossa realidade e conhecermos também todas as realidades, para podermos saber onde está a nossa, entre as outras, para podermos saber qual é a nossa força total e qual a nossa fraqueza total” (Amílcar Cabral, “Os princípios do partido e prática política” in: *Unidade e Luta. A Arma da Teoria*, Mário de Andrade (coord.), Praia, FAC, 2013, v. I, p. 170).

Por conseguinte, para o Tribunal, a imputação de desconformidade com a Lei Fundamental por se ter definido um regime jurídico específico de impedimento de magistrados de participação no julgamento por terem aplicado medida de coação de prisão preventiva com o argumento de que outra solução está definida no sistema criminal e na jurisdição constitucional portuguesas – logo devendo estar expressamente consagrado no Direito Processual Penal cabo-verdiano – não faz o mínimo sentido e deve ser afastada com a máxima veemência.

9. A haver alguma inconstitucionalidade, ela deve, por motivos evidentes, decorrer de alguma desconformidade com parâmetros constitucionais, observando-se desde logo que alguns que foram indicados o foram, aparentemente, na perspetiva de sustentarem as teses do recorrente em relação à competência do Tribunal Constitucional em matéria de escrutínio de omissões legislativas e até constitucionais. Porém, no quadro da questão de fundo admitida, na melhor das hipóteses, os preceitos indicados poderiam ser atingidos de forma indireta, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana ou da garantia à tutela jurisdicional efetiva, na medida em que, por motivos óbvios, se se concluir que a norma hipotética desafiada é desconforme às normas constitucionais mais específicas que consagram o princípio da estrutura basicamente acusatória do processo penal e o princípio da independência dos tribunais na sua dimensão subjetiva de garantia a um tribunal imparcial, sempre se poderá dizer que não se harmoniza a um tutela jurisdicional efetiva ou a um processo justo e equitativo, de uma parte, e à dignidade da pessoa humana, da outra, posto que permissiva de um tratamento de pessoa como mero instrumento para a realização dos fins do Estado de garantia da ordem pública e da administração da justiça penal. Por conseguinte, em termos práticos, dois parâmetros são essências neste juízo de constitucionalidade. Por um lado, o princípio da estrutura basicamente acusatória do processo penal e, do outro, o princípio da independência dos tribunais com o seu corolário subjetivo de garantia de julgamento por um juízo imparcial. Por este motivo, o escrutínio que a Corte Constitucional promoverá a seguir consiste na aferição da desconformidade da norma indicada com estes dois princípios constitucionais.

9.1. O primeiro princípio está expressamente consagrado no artigo 35, parágrafo sexto da Constituição por força do efeito do segmento 15 da *Lei Constitucional 1/2010*, com redação segundo a qual “o processo penal tem estrutura basicamente acusatória (...)”.

9.1.1. Este princípio já foi mencionado pelo Tribunal Constitucional várias vezes (*Acórdão nº 5/2016, de 14 de março, Emílio Pereira Monteiro v. STJ*, Rel: JCP Pinto

Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 35, 10 de maio de 2016, pp. 1211-1221, e na *Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional de Cabo Verde*, Vol. I, Praia, INCV, 2016, pp. 99-12, 3.1; *Acórdão nº 3/2017, de 15 de fevereiro, Carlos Monteiro v. STJ*, Rel: JCP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial* da República, I Série, N. 10, 27 de fevereiro 2017, pp. 266-276, 3.2; *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 e na *Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional de Cabo Verde*, Vol. IV, Praia, INCV, 2018 (2017), pp. 365-433, 24.3; *Parecer nº 1/2019, de 29 de agosto, fiscalização preventiva do artigo 2º do ato legislativo de revisão da lei de investigação criminal na parte em que altera o seu artigo 14*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 44, 18 de abril de 2019, pp. 763-789, 8.10; *Acórdão nº 39/2019, de 3 de dezembro, GIRB v. CNE*, Rel: JCP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial* da República, I Série, N. 6, 27 de fevereiro 2017, pp. 106-121, 4; *Acórdão nº 29/2019, de 30 de julho, Arlindo Teixeira vs. STJ, referente à norma prevista pelo número 1 do artigo 2 da Lei nº 84/VI/2005, referente ao princípio da realização de audiências públicas nos tribunais e da garantia de audiência pública em processo criminal, bem como as garantias a um processo equitativo, ao contraditório e à ampla defesa*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 100, 26 de setembro de 2019, pp. 1618-1653, 7.3.1; *Acórdão nº 13/2022, de 8 de março, Luís Gregório e outros vs. STJ*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 35, 5 de abril de 2022, pp. 916-921, e)), mas nunca chegou a haver uma determinação mais consolidada a respeito do mesmo.

9.1.2. Decorre do mesmo uma injunção dirigida ao legislador no sentido de desenvolver um quadro regulatório processual penal assente num determinado modelo. Opção essa que, por motivos naturais, exclui os que sejam alternativos e incompatíveis com o elegido. Um que fosse puramente ou tendencialmente inquisitório, no qual, privilegiando-se a descoberta da verdade material e a defesa dos valores comunitários em detrimento das garantias do arguido, o juiz é o *dominus* de todo o processo penal, envolvendo-se de forma intensa na investigação dos factos delituosos para efeito de obtenção dos elementos probatórios relevantes, interroga o imputado, dirige o julgamento e dita a sentença (vide Claus Roxin & Bernd Schünemman, *Strafverfahrensrecht/Derecho Procesal Penal*, trad., Buenos Aires, Didot, 2019, p. 182). As suas origens remontam ao antigo *inquisitio* romano e apresenta-se no seu máximo esplendor nos processos inquisitórios medievais instaurados pela Igreja para combater ‘hereges’, ‘idólatras’, ‘apóstatas’, e outros, caracterizando-se, então, pelo facto de a mesma entidade munida de poderes públicos investigar, acusar, dirigir o julgamento e julgar. Como, de resto, fica patente da análise de textos doutrinários ou normativos pré-modernos como o *Manual de Inquisidores para Uso de la Inquisiciones de España y Portugal ...*, Mompeller, Feliz Avignon, 1821, originalmente publicado em 1376, ou o *Regimento do Santo Ofício da Inquisição nos Reinos de Portugal*, Lisboa, Oficina Miguel Manescal da Costa, 1774, que atestam a participação intensa do julgador

no recebimento da denúncia e na investigação do facto punível.

9.1.3. Contudo, se a norma constitucional em causa se afasta de um modelo inquisitório, também não acolhe um modelo acusatório puro, mesmo considerando os seus contornos mais contemporâneos em que aparece associado não à vítima ou a um acusador privado, mas, alternativamente, a uma autoridade pública que assume o poder de acusar, o Ministério Público. Na sua aceção mais essencial ele determina uma separação entre o poder público que julga e a autoridade que deduz a acusação, depois de proceder à investigação. Dí-lo igualmente Jorge Carlos Fonseca, “O Novo Direito Processual Penal de Cabo Verde. Dados de um percurso. Estrutura e Princípios Fundamentais”, p. 96, ressaltando que “[o] o direito constitucionalizado à presunção da inocência estaria esvaziado de conteúdo, ou, pelo menos, mutilado no seu sentido se, por exemplo – e isso é uma ‘marca’ de um processo de cariz acusatório, (...) –, não só juiz de julgamento fosse o titular da acusação, mas também e sobretudo se houvesse identidade entre quem investiga e quem julga”.

A necessidade de se garantir algum controlo judicial sobre atos que têm um potencial de vulneração de direitos, liberdades e garantias desde o início do processo, considerando a fase da investigação e passando pela própria decisão de acusar, fazem com que a intervenção judicial não se limite ao julgamento, mas projete-se também a fases anteriores do processo a esse nível.

9.1.4. Em última instância, no centro desse sistema de processo penal deve haver uma separação efetiva entre a entidade que acusa, o acusado e a autoridade que julga. Isto por causa dos efeitos sobre os direitos individuais que um sistema que confunde o órgão acusador com o julgador tem subjacente. Traduz lindamente esta ideia a citação de Geraldo Prado, *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 3.ed., Rio de Janeiro, Lúmem Juris, 2005, 4.2, sobre um conhecido ditado que remonta à Idade Média que dizia que “aquele que tem um juiz por acusador, precisa de Deus como defensor. E, às vezes, isso não é suficiente”. Com efeito, perde-se a ideia de imparcialidade e independência a partir do momento em que se permita que o juiz detenha o monopólio sobre todo o processo, investigando, acusando, julgando e sentenciando. Pela razão de que ao envolver-se desta forma no processo, formando as suas convicções à medida que investiga e inquire, no momento em que se lhe impõe julgar, deixa de ter a isenção necessária para se confrontar a si próprio. O que acaba por colocar importantes direitos do indivíduo em causa, como a sua presunção da inocência – que se vai transmutando num princípio da presunção da culpa a cada ato instrutório do magistrado – a sua defesa e possibilidade de contraditório e, em última instância, a sua própria liberdade sobre o corpo.

Portanto, é indiscutível que um Estado de Direito não pode adotar um modelo de processo penal totalmente inquisitório. Todavia, por outro lado, não parece que um sistema acusatório puro seja a resposta no nosso sistema constitucional, pois podendo colocar em cheque

interesses muitos importantes do Estado e até em alguns casos garantias individuais do próprio arguido. Naturalmente, porque, por um lado, a perseguição criminal destinada a proteger importantes bens jurídicos individuais ficaria à mercê das próprias vítimas ou da boa vontade de terceiros que pudessem se interessar pela causa, e, do outro, sujeitar-se-ia na fase de investigação o arguido à exclusiva vontade do acusador público, que, a seu respeito, poderia decidir o que bem entendesse sem qualquer controlo judicial. Assim, não parece fazer sentido não controlar a intervenção do órgão acusador, que é naturalmente um inquisidor, até mesmo subtraindo determinadas prerrogativas do seu leque de competências. Assim, são muito importantes para a realização desses fins, as normas que determinam a competência protetora do juiz em fase de investigação, nomeadamente quanto à decretação da medida de coação, à recolha de determinadas provas, o recurso a certos meios de obtenção da prova, e o controlo da acusação através da fase da audiência contraditória preliminar.

Além disso, durante a audiência contraditória preliminar permite-se ao juiz a utilização de certos poderes inquisitórios, nomeadamente de proceder à investigação oficiosa com vista a determinar a verdade material. Naturalmente, em tais casos se ele se envolve em atividades materialmente instrutórias, isso poderá pôr em risco o núcleo do princípio da estrutura basicamente acusatória do processo, caso venha a participar do julgamento. Assim, parece ser uma imposição constitucional, decorrente do modelo processual escolhido e do reconhecimento de certos direitos individuais, que a legislação ordinária separe devidamente esses órgãos e que, em princípio, impeça que o juiz que tenha exercido durante as fases anteriores do processo poderes instrutórios, como se fosse juiz de instrução, e não mero juiz das liberdades, participe do julgamento do arguido.

9.1.5. O problema de constitucionalidade que o recorrente submeteu ao Tribunal tem no seu bojo concretamente essa questão, pois ele entende que terá havido aplicação de interpretação com cunho normativo no sentido de que o juiz que aplicou a medida de coação de prisão preventiva não está impedido de participar, no respetivo processo, do julgamento do arguido. Não sendo a questão, enquanto tal, desprovida de sentido, ainda assim a tese de que a norma desafiada é incompatível com o princípio da estrutura basicamente acusatória do processo não convence esta Corte Constitucional. Primeiro, porque esse princípio não é absoluto, e o termo utilizado pelo legislador constituinte já deixa isso bastante claro, podendo ela se ajustar à manutenção ou inserção de alguns elementos inquisitórios típicos; aliás, até como o Tribunal já teve oportunidade de considerar no *Parecer 1/2019, de 17 de abril de 2019, Fiscalização Preventiva do artigo 2º do Ato Legislativo de Revisão da Lei de Investigação Criminal na Parte em que Altera o seu Artigo 14*, 8.10; segundo, essa opção, por tudo o que já se explicitou, é parcialmente determinada por razões garantísticas, por ser necessário que o julgador mantenha presença na fase de investigação como juiz das liberdades, procedendo ao controlo dos atos com maior potencial lesivo de direitos, liberdades e garantias

durante a fase de investigação, e que, no caso concreto de audiência destinada a aplicar medida de coação, limita-se a aferir se os pressupostos legais estão presentes sem qualquer iniciativa ou instrução prévia da sua parte. Menos clara seria a situação em que ele pode praticar determinados atos instrutórios numa fase posterior do processo, nomeadamente a da ACP, mas não é isso que está em causa neste momento.

Por isso, é do entendimento deste Tribunal que uma norma que não impeça um juiz que aplicou medida de coação de prisão preventiva a uma pessoa de participar, no respetivo processo, do seu julgamento, não atinge de forma inconstitucional o princípio da estrutura basicamente acusatória do processo penal. Do que não decorre que essa desconformidade com a Constituição não possa resultar do princípio da independência dos tribunais e da garantia de julgamento por juízo imparcial. Uma questão que o Tribunal enfrentará logo a seguir:

9.2. No que diz respeito ao outro parâmetro, dir-se-á que, em si, a representação do princípio da independência dos tribunais no artigo 211, parágrafo primeiro, primeiro segmento, é construída em termos segundo os quais “no exercício das suas funções, os tribunais são independentes (...)”, mas não está expressamente associada a uma garantia de imparcialidade do julgador. O que seria essencial neste inquérito de constitucionalidade, posto que o problema de fundo não remete a norma putativa que conduza a ingerência sobre a atividade dos tribunais nas suas relações com poderes externos, mas sim da sua relação com os jurisdicionados que com eles se confrontam, especialmente em processos criminais.

9.2.1. Efetivamente, a norma do artigo 211, parágrafo primeiro, de uma parte, assume contornos claramente objetivos, os quais, da outra, destinam-se essencialmente a garantir a posição de não-subordinação e de proteção contra ingerência de outros poderes públicos e não-públicos, no quadro do princípio da separação e interdependência entre os poderes constitucionalmente consagrado. Porém, como é evidente, a independência dos tribunais e dos seus titulares não é um fim em si mesmo, mas, no quadro de um Constituição estruturalmente liberal, um instrumento de garantia dos direitos dos indivíduos, e de solução equidistante de litígios entre particulares. Por esse motivo, ele não pode ser desassociado da prescrição do artigo 209 da Lei Fundamental, segundo a qual “a administração da justiça tem por objeto dirimir conflitos de interesses públicos e privados, reprimir a violação da legalidade democrática e assegurar a defesa dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos”, estabelecendo a devida ponte para uma dimensão subjetiva que pode ser depreendida do artigo 22, parágrafo primeiro, que reconhece uma garantia ao processo equitativo, a qual tem no seu bojo a ideia de se ter acesso a uma justiça imparcial, um postulado que se reforça em matéria penal, considerando os valores em causa e o facto de a pessoa ter de ser julgada por alguém que presuma a sua inocência. Em conclusão, apesar de não resultar expressamente da Constituição uma garantia de imparcialidade do juiz penal, não haverá dúvidas que é direito que protege qualquer indivíduo que esteja perante a justiça criminal.

9.2.2. De resto, como de alguma forma aponta o recorrente, o dever de interpretação conforme à Declaração Universal dos Direitos Humanos sempre imporia a consideração do artigo 10º deste instrumento aprovado pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, nos termos do qual “[t]oda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial (...)”, o qual conduziria, decerto, a considerar que os dispositivos citados, suscitando-se dúvidas se abarcam efetivamente as posições jurídicas invocadas, tendo relação com o sistema de direitos fundamentais, sejam interpretados nesse sentido.

9.2.3. E ainda que assim não fosse, o facto é que tal direito sempre poderia ser incorporado a partir:

A – Do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que, no seu artigo 14, parágrafo primeiro, segundo segmento, dispõe que “[t]odas as pessoas têm direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, (...)”; ou

B – Da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, instrumento que, além de reconhecer um princípio objetivo da independência dos tribunais no artigo 26, impondo aos Estados-Parte um “dever de garantir a independência dos tribunais (...)” (para comentários, *vide* José Pina Delgado, “Artigo 26” in: Patrícia Jerónimo; Rui Garrido & Maria Assunção do Vale Pereira (coords.), *Comentário Lusófono à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*, Braga, OLDHUM/DH-CII, 2018, pp. 269-293), no artigo 7º, parágrafo primeiro, alínea d), dispõe que “[t]oda a pessoa tem direito a que a sua causa seja atendida. Esse direito abrange (...) o direito a ser julgado (...) por uma jurisdição imparcial”.

Isso, na medida em que o artigo 17, parágrafo primeiro, da Constituição da República permite considerar como direitos integrantes do sistema cabo-verdiano de proteção, os que integrem normas que, conforme jurisprudência deste Tribunal, se adequem aos critérios densificados pelo *Acórdão nº 7/2016, de 21 de abril, Fiscalização Abstrata Sucessiva do n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 90/VII/2011, de 14 de fevereiro*, Rel: JC Pina Delgado, *Boletim Oficial*, I Série, N. 35, de 10 de maio de 2016, pp. 1224-1251 e na *Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional de Cabo Verde*, Vol. I, Praia, INCV, 2016 (2015-2016), pp. 19-98, nomeadamente de “a) ausência de previsão na constituição; b) natureza de direito, liberdade e garantia; c) previsão em tratado do qual Cabo Verde seja parte ou alternativamente em lei; d) materialidade constitucional” (2.11.5). Não exigiria muito concluir que a garantia de julgamento por juízo imparcial seria um direito fundamental atípico por ter natureza de direito, liberdade e garantia, por estar previsto em tratados que vinculam Cabo Verde e, aplicando a técnica da comparação utilizada nesse aresto para comprovar a fundamentalidade do direito, por corresponder a uma dimensão essencial da existência individual em sociedade estruturalmente similar a outras garantias constitucionais tipificadas.

9.2.4. Reconhecendo-se tal direito, a etapa seguinte

seria de determinar o conteúdo dessa garantia. Esta tem no seu bojo a ideia de que uma pessoa só poderia ser julgada por uma autoridade pública que, por um lado, não teria qualquer interesse no desfecho do caso e no sentido da decisão, e, do outro, que não tenha qualquer preconceção em relação ao objeto do processo. Portanto, devendo atuar sem qualquer outro interesse no processo que não seja o de fazer a justiça, e muito menos aqueles que se possam confundir com os dos intervenientes processuais, nem tão-pouco ter a sua isenção contaminada por juízos pré-concebidos sobre a culpa do arguido. Outrossim, determina uma conduta equidistante e descomprometida com qualquer interesse – seus ou de terceiros –, preconceito ou convicção subjetiva.

9.2.5. Acolhendo-se esse entendimento, a etapa decisiva seria a de apreciar se efetivamente uma norma hipotética de acordo com a qual o juiz que aplicou uma medida de coação de prisão preventiva não está impedido de participar, no respetivo processo, do seu julgamento, é desconforme a essa garantia de imparcialidade do julgador.

9.2.6. Que um desvio em relação à garantia se pode observar, na medida em que é evidente que se estará perante caso em que alguém que julga já teve uma intervenção decisória no processo em que se confrontou, a partir de um juízo probabilístico, com indícios de prática de um determinado crime, é evidente. Contudo, o decisivo é saber-se se isso seria suficiente para o Tribunal Constitucional declarar a inconstitucionalidade de tal norma hipotética. O que não será cristalino porque, dentro de um quadro em que o juiz natural, além de garantia individual, é também princípio objetivo do sistema do qual decorrem prerrogativas emergentes do próprio princípio da independência dos tribunais, de o julgador não ser afastado de um processo quando dispuser de jurisdição natural em razão da lei. Designadamente, pela razão de se pretender a produção de um efeito de nulidade sobre uma norma geral e abstrata que teria o efeito de ser aplicável em qualquer situação similar. Não o fazendo por meio da possibilidade alternativa de se controlar, caso a caso, através de um sistema de proibições relativas, a imparcialidade do julgador que participou de um ato decisório na fase de investigação, nomeadamente do primeiro interrogatório do arguido, pela forma como seu conduziu ou pela posição concreta que adotou dever ser considerado suspeito. Ou, em razão disso, nos termos do previsto pelo artigo 53, parágrafo primeiro, do Código de Processo Penal, quando “a intervenção do juiz no processo poderá ser recusada quando correr o risco de ser considerada suspeita, por existir motivo sério e grave, adequado a abalar a confiança sobre a sua imparcialidade”, que sempre poderá ser suscitada pelo arguido, pelo Ministério Público, pelo assistente ou pela parte civil, ou pelo próprio juiz, neste caso através de um pedido de escusa de intervenção, desde que existam razões para tal ancoradas no comportamento concreto do magistrado ou na sua sensibilidade em relação à sua própria isenção, respetivamente.

9.2.7. Este aspeto é importante porque permite constatar que não existe uma forma exclusiva de garantia

de imparcialidade do juiz. Pela razão de que é também possível fazê-lo, ainda que em grau diferenciado, através de normas específicas que consagrem certas causas de recusa em espécie ou através de cláusulas gerais que, além dos pedidos de escusa requeridos pelo juiz se assim o entender, permitem que intervenientes processuais suscitem casuisticamente a suspeição do mesmo desde que existam razões que possam pôr em causa, em concreto, a imparcialidade do julgador. Ao que acresce o facto de o próprio sistema de proteção de direitos de Cabo Verde, no qual se insere a sobredita garantia, permitir que o legislador quando define um regime processual se possa desviar do sentido da garantia, desde que, por motivos de interesse público relevante, o faça de forma proporcional e em moldes que não criem um efeito de desproteção das posições jurídicas dos seus legítimos titulares.

9.2.8. Destarte, não estaria, de modo algum, o legislador adstrito a uma perspetiva maximalista de ter de considerar qualquer intervenção anterior do magistrado no processo como indiciadora da sua parcialidade, ainda que somente objetiva. Outrossim, neste caso concreto, teria ele a possibilidade de invocar interesses públicos baseados numa administração eficaz da justiça num Estado arquipelágico, com um número de juízes ainda longe do ideal, que começa a densificar de forma gradual a sua rede judiciária, para não se amarrar a um regime menos flexível de impedimentos gerais de cariz objetivo de juízes por terem tomado parte em atos anteriores que se desenrolaram no processo. E fê-lo ainda dentro dos limites da proporcionalidade porque, aplicando o teste padrão utilizado pelo Tribunal Constitucional desde o *Acórdão nº 7/2016, de 21 de abril, Fiscalização Abstrata Sucessiva do n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 90/VII/2011, de 14 de fevereiro*, Rel: JC Pina Delgado, *Boletim Oficial*, 4.3.2, para o que interessa, e estando assegurada a adequação da medida, posto que evitaria alguma perturbação na realização de julgamentos por impedimento de juízes que, em princípio, tenham participado numa fase obrigatória do processo, o primeiro interrogatório do arguido, ainda parece que seria medida necessária porque ausente, até onde se consegue apurar, outra que atingisse com menor intensidade a garantia e que, ainda assim, permitisse a realização da finalidade por ela colimada; e sobretudo, porque a norma em si considerada, visto estar associada a um regime normativo que sempre permitiria em casos concretos a invocação de uma causa de suspeição para impedir a participação do juiz que aplicou a medida de prisão preventiva no julgamento do arguido desse mesmo processo, não implica em sacrifícios excessivos para o direito e ainda permite que a finalidade pública que justifica a opção legislativa seja concretizada. Na verdade, cria um sistema de equilíbrio entre a garantia de se ser julgado por juízo imparcial e a dimensão objetiva do princípio do juiz natural, segundo o qual, sendo possível a desqualificação de um juiz para efeitos de garantia de imparcialidade, ela não se materializa através de uma proibição geral, mas casuisticamente, conforme se se puder atestar a existência de comportamentos ou pré-juízos que possam comprometer a sua isenção.

Aliás, como se disse, apesar de não terem chegado

ao conhecimento do Tribunal Constitucional quaisquer elementos sociológico-jurídico ou estatísticos relevantes, vigendo o atual sistema desde os primórdios da atual ordem constitucional, não consta que do facto de juízes cabo-verdiano aplicarem a medida de coação de prisão preventiva tenha, no respetivo processo, resultado automaticamente decisão de condenação.

9.2.9. Em tais casos, como até, arguivelmente, se poderia enquadrar a situação descrita nos autos e emergente das peças, a proteção do arguido perante juiz que não só procede a juízo indiciário necessário a legitimar a aplicação da prisão preventiva com base nos elementos autuados em fase embrionária do processo penal, como fá-lo através de considerações taxativas sobre a sua responsabilidade criminal, como se já o estivesse a julgar, dê indícios de alguma tendência em relação ao mérito, mostre convicções inabaláveis sobre a culpa do mesmo ou uma predisposição intensa de o condenar ou de não ser neutro na condução do julgamento, seria sempre passível de requerimentos de recusa ou de pedidos de declaração de suspeição, conduta que não sendo reparada pelos tribunais ordinários, franquearia as portas do Tribunal Constitucional, mas através de um pedido de amparo, caso o arguido entendesse que a sua garantia de ser julgado por tribunal imparcial não tenha sido respeitada. A possibilidade de se o fazer através da impugnação de norma geral e abstrata, ainda que hipotética, visando uma decisão com efeitos *erga omnes* é algo que o Tribunal, pelos motivos expostos, não pode endossar.

9.2.10. Por conseguinte, não se considera que a norma de acordo com a qual o juiz que aplica medida de prisão preventiva não está impedido de, no respetivo processo, participar do julgamento do arguido seja desconforme ao princípio da independência dos tribunais e da garantia de julgamento por juízo imparcial.

10. Destarte, para o Tribunal a norma hipotética decorrente do artigo 12 do Código de Processo Penal, na exata aceção de acordo com a qual o juiz que aplica uma medida de coação de prisão preventiva não está impedido de, no respetivo processo, participar do julgamento do arguido, não porta vício de inconstitucionalidade.

III. Decisão

Pelo exposto, os juízes conselheiros do Tribunal Constitucional, reunidos em Plenário, decidem não declarar a inconstitucionalidade da norma hipotética decorrente do artigo 12 do Código de Processo Penal, na exata aceção de acordo com a qual o juiz que aplica uma medida de coação de prisão preventiva não está impedido de, no respetivo processo, participar do julgamento do arguido, considerando que não se verifica a sua desconformidade com o princípio da estrutura basicamente acusatória, com o princípio da independência dos tribunais ou com a garantia de julgamento por juiz imparcial.

Custas pelo recorrente, fixadas no valor de 22.500\$00 (vinte e dois mil e quinhentos escudos).

Registe, notifique e publique.

Praia, aos 22 de dezembro de 2022

Pelo Tribunal,

José Pina Delgado (Relator)

Aristides R. Lima

(Nos termos da parte final do n.º 1 do artigo 150.º do CPC, aplicável ex vi do art.º 50º da Lei do Tribunal Constitucional, o Venerando Juiz Conselheiro, Aristides R. Lima, não assina o Acórdão por se encontrar ausente)

João Pinto Semedo

Está conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 22 de dezembro de 2022.

O Secretário, — *João Borges*

Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade n.º 5/2022, em que é recorrente **Rui Antunes Correia Barbosa Vicente** e entidade recorrida o **Supremo Tribunal de Justiça**.

Acórdão nº 51/2022

Autos de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade 5/2022 (Rui Antunes Correia Barbosa Vicente, sobre inconstitucionalidade de norma hipotética nos termos da qual o artigo 437, parágrafo primeiro, alínea j) sobre a recorribilidade de decisões judiciais da segunda instância seria aplicável a situações ocorridas antes da entrada em vigor de lei de alteração por desconformidade com a garantia contra a retroatividade da lei penal prejudicial, a garantia de recurso e a garantia de defesa)

I. Relatório

1. Através de peça datada de 27 de dezembro de 2021, o recorrente interpôs recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade contra o *Acórdão 117/2021, de 25 de novembro*, prolatado pelo Supremo Tribunal de Justiça que rejeitou recurso ordinário que ele dirigiu a este órgão judicial, arrazoando que:

1.1. Do ponto de vista fático, depois de ter sido condenado a uma pena de seis anos e seis meses, não se conformando recorreu para o Tribunal da Relação de Sotavento, o qual deu provimento parcial ao recurso, revogando a decisão recorrida na parte em que procedeu à suspensão de pena anteriormente aplicada, mantendo quanto ao mais, a decisão recorrida, o que o levou a recorrer para o Supremo Tribunal de Justiça. Neste sentido, não seria correto dizer-se que ele ficou condenado a cumprir pena de seis anos e seis meses. Tanto assim é que, em sede de providência de *habeas corpus*, foi esse mesmo tribunal a considerar que tendo sido condenado a pena de dois anos e seis meses, não podia ser mantido em prisão preventiva.

1.2. Na dimensão mais substantiva, o fundamento

que o tribunal *a quo* utilizou para rejeitar o seu recurso conduzia a uma interpretação do artigo 437, nº 1, alínea i) em desconformidade com a Constituição e com o CPP. Ao sustentar a sua decisão no facto de o recurso ter sido interposto depois da entrada em vigor da lei nova, o órgão recorrido “agrava a situação do recorrido e restringe os seus direitos fundamentais”, que identifica como sendo a garantia de acesso aos tribunais, a proibição de aplicação retroativa da lei penal e a garantia de defesa do arguido, além do princípio do contraditório e o direito aos recursos previstos pelo CPP. Mais à frente diz que põe em causa também a presunção da inocência.

1.3. Por isso manifesta entendimento de que a decisão deve ser alterada, “porquanto, deu aos artigos 27, nº 3, al. a) e 437, nº 1, alínea i), todos do CPP, uma interpretação inconstitucional, pois violou flagrantemente as garantias de defesa previst[as] (...)” e porque “face ao quadro factual dos autos, era de se exigir um outro tipo de interpretação jurídica”.

1.4. Considera ainda que o Tribunal Constitucional tem competência, que ele possui legitimidade e que a reação foi protocolada tempestivamente.

1.5. Insistiu que se trata de “interpretação inconstitucional”, nomeadamente porque “o recorrente foi constituído arguido, acusado, julgado e condenado à luz da lei anterior, que lhe é mais favorável, mesmo assim o tribunal recorrido fez uma interpretação diversa à do previsto na lei, para não admitir o recurso. Pois, ao não aplicar o artigo 437, nº 1, al. i), do CPP sem observar ou respeitar o disposto nos termos do artigo 27º, do CPP, não temos dúvidas que agravou a situação do recorrente e restringiu os seus direitos fundamentais. Prova disso é que aplicou a lei nova e ignorou [o] facto [de o] recorrente ter sido julgado, condenado e recorrido para o Tribunal da Relação de Sotavento, que deu provimento parcial ao recurso [à] luz da lei antiga, ou seja, [com o] processo já iniciado e com vários atos de processo já praticados. Mesmo sabendo que a lei nova é restritiva, para não dizer que não é favorável ao recorrente, contrariando assim a intenção do legislador, artigo 32º nº 2 da CRCV. O que significa que a interpretação levad[a] a cabo pelo tribunal é inconstitucional, uma vez que a lei exige uma interpretação conforme [à] [C]onstituição. (...) Razão pela qual a decisão que ora se submete para o escrutínio desta Corte, porquanto deu aos supracitados artigos uma interpretação inconstitucional, por violação dos direitos fundamentais do recorrente (...)”, arrematando, ainda que esses seriam “os fundamentos de facto [...] e de direito para o presente recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade”. Daí entender que a decisão de que se recorre deveria ser alterada “por outra que interprete os supracitados [artigos??], em conformidade com os preceitos constitucionais”.

1.6. Pediu que:

1.6.1. O recurso fosse admitido, “por ser legalmente admissível”;

1.6.2. Ele fosse julgado procedente e fosse revogado o acórdão recorrido “com as legais consequências”;

1.6.3. Se decida sobre a inconstitucionalidade suscitada

e declarada inconstitucional a interpretação levada a[...] cabo pelo tribunal recorrido “(...)”.

2. Admitido pelo duto Acórdão 19/2022, de 28 de janeiro, prolatado pelo Egrégio Supremo Tribunal de Justiça foi remetido a esta Corte Constitucional no dia 17 de maio do corrente ano, sendo distribuído por sorteio ao JCR no dia 27 de outubro. Este, a 2 de novembro, emitiu despacho de aperfeiçoamento – por ter considerado não ser seguro que se tenha, conforme é de lei, identificado e construído a norma hipotética que se pretendia que o tribunal sindicasse, nem se apontado a peça em que se havia suscitado a questão de constitucionalidade – convidando o recorrente a suprir essas deficiências.

3. No dia 9 de novembro deu entrada a peça de aperfeiçoamento,

3.1. A qual, num dos seus segmentos, indicou que o tribunal recorrido ao interpretar o “artigo 437, nº1, al. i) no sentido de que poderia ser aplicad[a] a situações ocorridas antes da entrada em vigor da lei” violaria, [segundo diz], “par[a] além da lei no tempo [???], (...), [o] direito ao recurso, [o direito de] acesso à justiça, [a garantia] ao contraditório e [a garantia] ao processo justo e equitativo”;

3.2. O JCR optou por não se pronunciar sobre a adequação da determinação normativa promovida pelo recorrente que a peça de aperfeiçoamento contém – apreciação que, na sua opinião, deveria ser feita conjuntamente pelo Coletivo em momento próprio –, julgando, ademais, não ser necessário, nos termos da jurisprudência desta Corte, utilizar nesta fase quaisquer dos poderes monocráticos do Relator decorrentes dos números 1 e 2 do artigo 86 e do número 1 do artigo 87 da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional;

3.3. Por isso, no dia seguinte, determinou que, à luz do número 4 do artigo 86 do supramencionado diploma legal, o recorrente fosse notificado para apresentar as suas alegações escritas finais, fixando um prazo de dez dias para tanto.

4. As alegações finais escritas vieram a entrar no dia 23 de novembro em formato mais expandido em relação ao que se tinha alegado e fundamentado na peça de interposição de recurso.

4.1. Salientando a importância da questão, nomeadamente pelos intrincados problemas jurídicos que se têm levantado resultante do facto de o “STJ enquanto tribunal recorrido não [ter admitido] o recurso interposto pelo recorrente, alegando dupla conforme, ignorando facto do processo já ter sido iniciado antes da lei nova em vigor”, podendo falar-se “neste caso do problema da revisão das normas processuais, da sua estabilização no tempo, facto de vigorar dois regimes ao mesmo tempo, ao que é aplicado imediatamente para os casos novos e outro regime que é para os processos já iniciados ma[...] s não transitado[s] em julgado”;

4.2. “A questão foi suscitad[a] só agora nesta fase, porque surgiu apenas com a decisão do tribunal recorrido, que interpretou e aplicou o artigo 437º, nº 1, al. i), fora

do conte[x]to constitucional e que ignorou o facto de o processo já ter sido iniciado antes da entrada da lei nova em vigor e que à data dos factos o recurso do recorrente era admissível”;

4.3. Acrescenta ainda que se está “perante uma questão sensível que briga com os direitos fundamentais e constitucionais dos cidadãos e, ao ser decidido, independentemente do resultado final, [com] provimento ou não, serviria para a estabilidade e segurança jurídica no nosso sistema judicial. Até porque o tribunal recorrido tem entendimentos diferentes nesta matéria, ou seja, [à]s vezes admite o recurso, outrora [será outras vezes?] não” o que demonstraria alguma instabilidade na jurisprudência do tribunal recorrido e, por consequência, do próprio ordenamento jurídico cabo-verdiano;

4.4. No mais, reitera o que já consta da sua peça de interposição do recurso.

4.5. Pede que o recurso seja “julgado precedente e em consequência a decisão que ora se submete para o escrutínio desta Corte, ser alterada, porquanto, deu aos supracitados artigos uma interpretação inconstitucional por violação dos direitos fundamentais do recorrente (...)”.

5. Dois dias depois, o JCR emitiu despacho determinando a distribuição de projeto de memorando de questões que preparou, solicitando simultaneamente a inscrição do processo na tabela de julgamentos. Posto isto, o JCP marcou audiência de julgamento e conferência para o dia 14 de dezembro, data em que efetivamente se realizou.

5.1. Depois da apresentação do projeto do Memorando pelo JCR;

5.2. O recorrente apresentou os principais eixos da argumentação que já havia exposto,

5.2.1. Reiterando que só foi possível suscitar a questão de constitucionalidade na própria peça de interposição do recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade, pelo facto de a norma ter sido aplicada pelo próprio STJ depois de o recurso ter sido admitido pelo TRS, e que os pressupostos gerais estão todos preenchidos;

5.2.2. Aproveitando para comentar um aspeto ressaltado pelo JCR – que destacou a relevância de se avaliar um pedido de retificação dirigida ao STJ posterior à interposição do recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade –, dizendo que teve a ver com a necessidade de suscitar a questão em função de o órgão judicial recorrido em situação substancialmente igual ter admitido recursos interpostos por outros arguidos;

5.2.3. Aspeto que, além de evidenciar alguma injustiça em relação a si, já que a decisão agravou a sua situação processual, também resultaria numa grande instabilidade sistémica, impondo uma intervenção estabilizadora da jurisprudência por parte desta Corte Constitucional;

5.3. Interveio a seguir o Digníssimo Senhor Procurador-Geral da República,

5.3.1. Entidade que centrou a sua argumentação na

colocação de dúvidas quanto ao esgotamento das vias ordinárias de recurso, porque, na sua perspetiva, poderia lançar-se mão de outros meios de reação processual – cita o artigo 455 do CPP – ainda que, no seu entender, tal exigência ser sempre ultrapassável, na medida em que a própria lei prevê a possibilidade de o recorrente renunciar a recursos ordinários e equiparados;

5.3.2. E também no facto de considerar que a questão de constitucionalidade não terá sido colocada pelo recorrente de forma processualmente adequada de tal sorte que o tribunal recorrido pudesse apreciá-la, quando, na sua opinião, teve a oportunidade de o fazer. Num quadro em que nem a figura da retificação que lançou mão, nem a aclaração que o mesmo mencionou em audiência, seriam idóneas para suscitar esse tipo de questão.

5.3.3. Pelo exposto, considerou que, malgrado entender que a interpretação impugnada seja desconforme à Constituição, por não se ter dado oportunidade ao órgão judicial recorrido de a conhecer, a questão de constitucionalidade não deveria ser apreciada pelo Tribunal Constitucional.

5.4. Depois de uma questão colocada pelo JCR ao mandatário do recorrente e dos respetivos esclarecimentos, o JCP pôs termo à audiência, tendo os juízes-conselheiros, subsequentemente, apreciado a questão *in camera* e decidido, nos termos expostos *infra*, que resultaram da habitual arbitragem pós-decisória.

Fundamentação

1. Portanto, em abstrato, o objeto deste recurso seria o escrutínio de constitucionalidade de norma hipotética na exata aceção de acordo com a qual o artigo 437, parágrafo primeiro, alínea i), dispondo que não será admissível recurso (...) dos acórdãos condenatórios proferidos em recurso, pelas relações, que confirmem as decisões de primeira instância e apliquem pena de prisão não superior a oito anos, é aplicável a situações ocorridas antes da entrada em vigor da lei de alteração, por desconformidade com o princípio da irretroatividade da lei penal, com o princípio da proteção da confiança, e, subsequentemente, com o direito de acesso aos tribunais, com a garantia ao recurso e com a garantia ao processo justo e equitativo.

Neste contexto caberia o Tribunal Constitucional pronunciar-se sobre a aplicação da cláusula da proibição da aplicação retroativa da lei penal a normas processuais penais que tenham um alto potencial de afetação dos direitos processuais do arguido conduzindo ao agravamento da sua situação processual. E que por isso não se reduzem a meros preceitos assépticos, de cariz puramente técnico-instrumental. Portanto, pois, dimensões claramente materiais, até podendo fundamentar ou não a própria responsabilidade criminal ou limitar os instrumentos disponíveis para defesa do direito que quase todas as garantias processuais, em última instância, servem: a liberdade sobre o corpo. Em circunstâncias em que, como tudo leva a crer, a possibilidade de a norma ser inconstitucional é muito alta, nomeadamente pelo facto de o arguido ter sido surpreendido a meio percurso, depois da prolação de

duas decisões de mérito, com a supressão de um grau de recursal, passível de desestruturar toda a sua estratégia de defesa e as expectativas que tinha quanto à intervenção dos diversos tribunais, com a sua composição própria, com a sua jurisprudência estabelecida, etc. etc. Porém, isso só se mostrará viável se as barreiras formais ao conhecimento deste tipo de recurso foram ultrapassadas.

2. Sendo assim, nesta fase e a fim de se verificar se o recurso pode prosseguir é absolutamente indispensável que se proceda à verificação da presença das condições necessárias para se conhecer das questões de constitucionalidade colocadas, o que passa, primeiro, por aferir se os pressupostos recursais, gerais e especiais, para a admissibilidade do recurso estão preenchidos, e, segundo, por definir se os pressupostos e requisitos de cognoscibilidade de cada questão de constitucionalidade encontram-se presentes.

Nesta matéria reporta-se à jurisprudência que o Tribunal Constitucional tem construído em relação à admissibilidade de recursos de fiscalização concreta da constitucionalidade que subiram e foram decididos no mérito (*Acórdão 8/2017, de 29 de junho, Sal Hotéis v. STJ*, Rel: JC Aristides R. Lima, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 42, 21 de julho de 2017, pp. 903-910; *Acórdão 15/2017, de 26 de julho, INPS v. STJ, sobre a constitucionalidade do prazo recursal de cinco dias em processo laboral*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 35, 6 de junho de 2018, pp. 844-856; *Acórdão 29/2019, de 16 de agosto, Arlindo Teixeira v. STJ, referente a norma prevista pelo número 1 do artigo 2º da Lei nº 84/VI/2005, referente ao princípio da realização de audiências públicas nos tribunais, e da garantia de audiência pública em processo criminal, bem como a garantias a um processo equitativo, ao contraditório e à ampla defesa*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 100, 24 de setembro de 2019, pp. 1618-1653; *Acórdão 39/2021, de 30 de agosto, referente a aplicação de normas inconstitucionais no julgamento de detenção de pessoa, no julgamento do processo de extradição e na autorização de extradição e recusa de aplicação de norma hipotética decorrente de instrumentos regionais por inconstitucionalidade, Alex Saab v. STJ*, Red. JC José Pina Delgado; JC Aristides R. Lima; JCP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 100, 15 de outubro, pp. 2508-2750), em incidentes pós-decisórios decididos (*Acórdão 47/2021, de 13 de outubro, referente a Arguição de Nulidade do Acórdão 39/2021, de 30 de agosto, por alegadas nulidades na tramitação processual, nulidades do acórdão e violação de princípios jurídicos, Alex Saab v. STJ*, Red. JC José Pina Delgado; JC Aristides R. Lima; JCP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 100, 15 de outubro, pp. 2619-2636), e em reclamações pela não admissão das mesmas (*Acórdão 4/2017, de 13 de abril, Vanda Oliveira v. STJ, [sobre indeferimento de recurso de fiscalização concreta por intempestividade]*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 27, 16 de maio de 2017, pp. 650-659; *Acórdão 20/2019, de 30 de maio, Edílio Ribeiro da Cruz v. TRS, sobre indeferimento de recurso de fiscalização concreta por intempestividade*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N.

79, 22 de julho de 2019, pp. 1214-1223; *Acórdão 35/2019, de 18 de outubro, Alírio Vieira Barros e Outros v. TRS, sobre indeferimento de recurso de fiscalização concreta por não aplicação de norma impugnada*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 110, 29 de outubro de 2019, pp. 1813-1824; *Acórdão 12/2020, de 16 de abril, Ana Brazão Gocht v. STJ [sobre indeferimento de recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade por não suscitação de questão de inconstitucionalidade de forma processualmente adequada]*, Rel: JP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 86, 23 de julho de 2020, pp. 1786-1792; *Acórdão 01/2021, de 12 de janeiro, Alex Saab v. STJ, sobre indeferimento de recurso de fiscalização concreta [por não esgotamento dos recursos ordinários]*, Rel: JC Aristides R. Lima, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 25, 8 de março de 2021, pp. 832-836; *Acórdão nº 26/2021, de 25 de maio, Okechkwu Onuzuruibgo e outros v. Presidente do TRS, por não admissibilidade de recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade por não aplicação de norma impugnada*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 88, 16 de setembro de 2021, pp. 2248-2252; *Acórdão nº 27/2021, de 25 de maio, Adilson Staline v. Presidente do TRS, por não admissibilidade de recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade por não aplicação de norma impugnada*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 88, 16 de setembro de 2021, pp. 225-2256), quase todas indeferidas.

2.1. Em relação à admissibilidade,

2.1.1. Como já se tinha adiantado, o recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade foi admitido pelo Egrégio Supremo Tribunal de Justiça, que, muito doutamente, considerou que os pressupostos gerais se encontravam preenchidos. Não obstante, suscitar-se dúvidas sobre se a questão de constitucionalidade fora suscitada de forma adequada no processo de modo que o tribunal recorrido se pudesse pronunciar, acabou por concluir que “do pressuposto de que o arguido não pôde ou não teve oportunidade de se pronunciar sobre a aplicabilidade imediata da Lei nº 122/IX/2021, de 05/04, poder-se-á entender como verificado o requisito da prévia suscitação da questão e admitir-se consequentemente os recursos interpostos de fiscalização da constitucionalidade”. Considerando esses fundamentos, concordaram “em admitir o recurso interposto de fiscalização concreta da constitucionalidade, (...)”, o que não obsta que a Corte Constitucional promova a apreciação do preenchimento das condições definidas pela lei.

2.1.2. Trata-se de competência que este órgão judicial tem por força do número 4 do artigo 83 da Lei do Tribunal Constitucional, o qual dispõe que a decisão positiva de admissibilidade do órgão judicial recorrido não vincula o Tribunal Constitucional, devendo este reapreciá-las caso dúvidas subsistam sobre o seu adequado preenchimento (*Acórdão 4/2017, de 13 de abril, Vanda Oliveira v. STJ, [sobre indeferimento de recurso de fiscalização concreta por intempestividade]*, Rel: JC Pina Delgado, 2.1.1), até em função do interesse que o órgão judicial *a quo* possa possuir no sentido de

ser esta Corte a pronunciar-se sobre a admissibilidade (*Acórdão 29/2019, de 16 de agosto, Arlindo Teixeira v. STJ, referente a norma prevista pelo número 1 do artigo 2º da Lei nº 84/VI/2005, referente ao princípio da realização de audiências públicas nos tribunais, e da garantia de audiência pública em processo criminal, bem como a garantias a um processo equitativo, ao contraditório e à ampla defesa*, Rel: JC Pina Delgado, 2.1.2), podendo tal múnus ser assumido pelo Relator por força do artigo 86 desse diploma de processo constitucional (v. *Decisão Sumária 1/2020, de 20 de Abril, Okwuchkwu Arinzechi Igwemadu v. TRS*, JCR Pina Delgado, não-publicado, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.cv/index.php/deciso-es-sumarias/>, e *Decisão Sumária 1/2022, de 22 de julho, Aniceto dos Santos v. STJ*, JCR Pina Delgado, não-publicado, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.cv/index.php/deciso-es-sumarias/>), o que não foi o caso.

2.3. Em relação aos pressupostos gerais e especiais, impõe-se, pela sua natureza e pelo facto de o órgão judicial recorrido já o ter feito, uma análise perfunctória e geral, incidente sobre todos os seus itens, para se verificar se o Tribunal é competente, se o recorrente possui legitimidade, se o recurso foi interposto tempestivamente e se foram esgotadas todas as vias ordinárias de reação processual.

2.3.1. Na medida em que a Constituição atribui competências a este Tribunal para fiscalizar a constitucionalidade e legalidade (artigo 215, parágrafo 1, alínea a)) e consagra no número 1 do artigo 281 que cabe recurso de decisões dos tribunais que recusem a aplicação, com fundamento em inconstitucionalidade, de qualquer norma ou que apliquem normas cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada no processo, retomadas pela alínea c) do artigo 11 da Lei do Tribunal Constitucional, a qual desenvolve o seu regime processual no Capítulo II do Título II da Parte II, não seria, à primeira vista, ponto de discórdia de que o pressuposto da competência se encontra preenchido.

2.3.2. Sendo o recorrente arguido no processo principal, não haverá dúvidas que à luz da alínea b) do número 1 do artigo 76 da Lei do Tribunal Constitucional é pessoa que, de acordo com a lei reguladora do processo em que a decisão foi proferida – artigo 438, parágrafo primeiro, alínea b), do Código de Processo Penal – tem legitimidade para dela interpor recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade.

2.3.3. De acordo com o artigo 81 da Lei deste Tribunal e da jurisprudência firme desta Corte a respeito do regime de contagem (*Acórdão 4/2017, de 13 de abril, Vanda Oliveira v. STJ, [sobre indeferimento de recurso de fiscalização concreta por intempestividade]*, Rel: JC Pina Delgado, 2.3.4; *Acórdão 20/2019, de 30 de maio, Edílio Ribeiro da Cruz v. TRS, sobre indeferimento de recurso de fiscalização concreta por intempestividade*, Rel: JC Pina Delgado, 2), o recorrente dispunha de um prazo processual de dez dias para interpor este recurso constitucional. Tendo sido notificada do duto acórdão recorrido no dia 13 de dezembro de 2021, deu entrada à sua peça de recurso no dia 27 do mesmo mês, portanto

volvidos precisamente dez dias da data em tomou conhecimento do aresto que impugnou.

2.4. Por fim, seria necessário assegurar o esgotamento das vias ordinárias de recurso estabelecidos na lei de processo em que foi proferida a decisão nos termos do número 2 dessa mesma disposição legal. Será prosaico, face ao relatado, considerar que se está defronte de um recurso de uma decisão prolatada pelo Egrégio Supremo Tribunal de Justiça, a mais alta corte da estrutura ordinária dos tribunais, não cabendo da decisão que rejeitou a interposição do recurso meio de reação ordinário, nos termos da lei. Sobre a matéria aplicar-se-ia o artigo 408 do Código de Processo Penal, o qual, no seu parágrafo primeiro, dispõe que “proferida a sentença [leia-se acórdão], ficará esgotado o poder jurisdicional do tribunal relativamente à matéria em causa”, malgrado ser lícito “(...) ao tribunal, oficiosamente ou a requerimento, suprir nulidades (...)”. Contudo, o regime do recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade, conforme disposto pelo artigo 77, parágrafo quarto, da Lei do Tribunal Constitucional permite que o próprio jurisdicionado renuncie o seu direito ao recurso ordinário ou reação processual equiparada ou deixe transcorrer o prazo sem a sua interposição. Portanto, a não exploração de uma reclamação contendo arguição de nulidade não seria obstáculo a poder considerar-se preenchido este pressuposto especial, o que não significa que não poderá ter impacto em relação a outro critério, em termos que serão enfrentados adiante.

2.5. Impõe-se, em seguida, que se promova análise autónoma de todas as questões de cognoscibilidade identificadas a fim de se verificar se,

2.5.1. Primeiro, foi indicada uma norma que o recorrente pretende que seja escrutinada, exigência que decorre da natureza do recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade, cujo objeto é estritamente um controlo normativo, e das referências do artigo 77 que reconduzem integralmente a situações de inconstitucionalidade normativa, e do número 1 do artigo 82 que impõe ao recorrente a indicação da norma cuja inconstitucionalidade pretende que o Tribunal aprecie. Norma entendida num sentido amplo como qualquer enunciado deontico, real ou hipotético, expresso ou implícito, em preceito específico ou inferido de um conjunto de preceitos, que prescrevem ou descrevem condutas, proibindo-as ou permitindo-as, ou conferem um poder ou um direito.

Apesar de se poder discutir a necessidade de se estender este conceito além da norma na sua aceção mais evidente que decorra das orientações do sentido emergente da sua interpretação normal para abarcar qualquer base normativa efetivamente aplicada por um tribunal – na medida em que passíveis de escrutínio por via de recurso de amparo – o facto é que não só a Lei do Tribunal Constitucional ao mencionar, no número 2 do artigo 93, a possibilidade de a regra em causa se fundar em determinada interpretação de uma norma, como a prática da jurisdição constitucional cabo-verdiana desde o momento que foi assumida pelo Supremo Tribunal de Justiça enquanto Tribunal Constitucional, o vinha reconhecendo (pelo *Acórdão nº 15/04, de 28 de maio*,

MpD v. Tribunal da Comarca da Praia, Rel: JP Benfeito Mosso Ramos; pelo *Acórdão 17/04, de 11 de novembro, Joaquim Jaime Monteiro v. Tribunal de Contas*, Rel: JP Benfeito Mosso Ramos; pelo *Acórdão 09/09, de 29 de maio, Manuel Evangelista Évora v. Supremo Tribunal de Justiça*, Rel: (ile.), não-publicados) e o Tribunal Constitucional manteve de forma consistente, desde o início das suas atividades (*Acórdão 8/2017, de 29 de junho, Sal Hotéis v. STJ*, Rel: JC Aristides R. Lima, 16; *Acórdão 15/2017, de 26 de julho, INPS v. STJ, sobre a constitucionalidade do prazo recursal de cinco dias em processo laboral*, Rel: JC Pina Delgado, 2.2.1; *Acórdão 39/2021, de 30 de agosto, referente a aplicação de normas inconstitucionais no julgamento de detenção de pessoa, no julgamento do processo de extradição e na autorização de extradição e recusa de aplicação de norma hipotética decorrente de instrumentos regionais por inconstitucionalidade, Alex Saab v. STJ*, Red. JC José Pina Delgado; JC Aristides R. Lima; JCP Pinto Semedo, 3.1.1), aderindo a essa tradição.

Mas, sendo assim, o Tribunal atenta especificamente ao preenchimento deste requisito para afastar qualquer tentação de utilização deste tipo de processo para efeitos de controlo de constitucionalidade decorrente de condutas dos tribunais judiciais sem natureza normativa, os quais, no nosso sistema constitucional, podem ser impugnadas através da interposição de recursos de amparo, pelo menos nos casos em que se reportem à violação de direitos, liberdades e garantias (*Acórdão 15/2017, de 26 de julho, INPS v. STJ, sobre a constitucionalidade do prazo recursal de cinco dias em processo laboral*, Rel: JC Pina Delgado, 2.2.1), não sendo idónea a utilização indistinta do mesmo recurso para se colocar tanto questões de inconstitucionalidade normativa como de inconstitucionalidades de conduta (*Acórdão 15/2017, de 26 de julho, INPS v. STJ, sobre a constitucionalidade do prazo recursal de cinco dias em processo laboral*, Rel: JC Pina Delgado, 2.2.1; *Acórdão 9/2018, de 23 de maio, INPS v. STJ: Pedido de Aclaração e de Reforma do Acórdão*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 35, 6 de junho de 2018, pp. 4.5; *Acórdão 35/2019, de 18 de outubro, Alírio Vieira Barros e Outros v. TRS, sobre indeferimento de recurso de fiscalização concreta por não aplicação de norma impugnada*, Rel: JC Pina Delgado, 2; *Acórdão 12/2020, de 16 de abril, Ana Brazão Gocht v. STJ [sobre indeferimento de recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade por não suscitação de questão de inconstitucionalidade de forma processualmente adequada]*, Rel: JP Pinto Semedo, 5.3; *Acórdão 39/2021, de 30 de agosto, referente a aplicação de normas inconstitucionais no julgamento de detenção de pessoa, no julgamento do processo de extradição e na autorização de extradição e recusa de aplicação de norma hipotética decorrente de instrumentos regionais por inconstitucionalidade, Alex Saab v. STJ*, Red. JC José Pina Delgado; JC Aristides R. Lima; JCP Pinto Semedo, 3.1.1; *Acórdão 47/2021, de 13 de outubro, referente a Arguição de Nulidade do Acórdão 39/2021, de 30 de agosto, por alegadas nulidades na tramitação processual, nulidades do acórdão e violação de princípios jurídicos, Alex Saab v. STJ*, Red. JC José Pina Delgado; JC Aristides R. Lima; JCP Pinto Semedo, 4.2.3).

Ou também para efeitos de revisão de questões de facto apreciadas pelos tribunais ordinários de acordo com as suas respetivas competências, afastadas desta jurisdição como já se tinha entendido em processos anteriores (*Acórdão 15/2017, de 26 de julho, INPS v. STJ, sobre a constitucionalidade do prazo recursal de cinco dias em processo laboral*, Rel: JC Pina Delgado, 1; *Acórdão 39/2021, de 30 de agosto, referente a aplicação de normas inconstitucionais no julgamento de detenção de pessoa, no julgamento do processo de extradição e na autorização de extradição e recusa de aplicação de norma hipotética decorrente de instrumentos regionais por inconstitucionalidade, Alex Saab v. STJ*, Red. JC José Pina Delgado; JC Aristides R. Lima; JCP Pinto Semedo, 3.1.1). Assim, a identificação da norma que se pretende que esta Corte escrutine é essencial tanto nos casos em que o recorrente alega que norma inconstitucional na sua aceção essencial foi aplicada durante o processo, como é agravada nos casos em que se traz ao conhecimento do Tribunal imputação de utilização de aceção normativa inconstitucional para decidir uma questão ordinária. Destarte, incumbe ao recorrente recortar de forma a mais precisa possível essa norma hipotética que garante a viabilidade da própria apreciação, devendo-se recusar a sindicância de qualquer uma que não tenha sido suficientemente definida.

Por conseguinte, a satisfação do primeiro requisito de admissibilidade é garantida na medida em que o recorrente indicar uma norma que foi aplicada pelo órgão judicial recorrido para fundamentar uma decisão que tomou no âmbito de um processo de que era interveniente processual, sendo exigência do mesmo que se esteja perante uma norma no sentido estrito da palavra, ainda que não se reconduza a qualquer preceito ou conjunto de preceitos. Isto é, que ela contenha uma estatuição e uma prescrição remissível em potência a uma natureza geral e abstrata, não obstante imaginada, como se tivesse sido construída por um legislador. Nos casos em que ela decorre de uma mera aceção interpretativa decorrente de um preceito ou de um conjunto de preceitos é ónus do recorrente delimitá-la, não cabendo ao Tribunal fazê-lo em seu nome.

No caso concreto, confrontado com o entendimento do JCR de que não se tinha identificado a norma cuja inconstitucionalidade, o recorrente pretenderia que o Tribunal Constitucional sindicasse, através de peça de aperfeiçoamento, veio indicar aparentemente que ela seria a norma hipotética que terá sido aplicada pelo Egrégio Supremo Tribunal de Justiça no sentido de que “o artigo 437, nº1, alínea i) poderia ser aplicado a situações ocorrid[a]s antes da entrada em vigor da lei nova”.

Muito no limite, mas considerando a tradição da jurisdição constitucional cabo-verdiana de se aceitar esse tipo de sentido de norma e de se ter logrado construí-la minimamente, pode-se dar por preenchida esta condição essencial de cognoscibilidade.

5.1.2. Segundo, se efetivamente se está perante uma questão de constitucionalidade.

O que depende de haver um parâmetro da Lei

Fundamental com o qual a norma impugnada seja potencialmente incompatível, não podendo, por motivos evidentes, o Tribunal apreciar qualquer questão de legalidade ordinária que não tenha alguma conexão de constitucionalidade, direta ou indireta, pois este é território soberano dos tribunais judiciais (*Acórdão 15/2017, de 26 de julho, INPS v. STJ, sobre a constitucionalidade do prazo recursal de cinco dias em processo laboral*, Rel: JC Pina Delgado, 1; *Acórdão 29/2019, de 16 de agosto, Arlindo Teixeira v. STJ, referente a norma prevista pelo número 1 do artigo 2º da Lei nº 84/VI/2005, referente ao princípio da realização de audiências públicas nos tribunais, e da garantia de audiência pública em processo criminal, bem como a garantias a um processo equitativo, ao contraditório e à ampla defesa*, Rel. JC Pina Delgado, 4.2; *Acórdão 39/2021, de 30 de agosto, referente a aplicação de normas inconstitucionais no julgamento de detenção de pessoa, no julgamento do processo de extradição e na autorização de extradição e recusa de aplicação de norma hipotética decorrente de instrumentos regionais por inconstitucionalidade, Alex Saab v. STJ*, Red. JC José Pina Delgado; JC Aristides R. Lima; JCP Pinto Semedo, 3.1.2), de acordo com a sua organização e competências, que se deve respeitar para que a Corte Constitucional se mantenha dentro do âmbito do artigo 78 e dos limites da sua função constitucional e não se transforme numa nova instância ordinária cassatória, de revista e muito menos substitutiva.

O recorrente invoca um conjunto diversificado de parâmetros, nomeadamente o princípio/garantia de acesso aos tribunais previsto pelo artigo 22, parágrafo primeiro; a garantia contra a aplicação retroativa da lei penal desfavorável reconhecida pelo artigo 32, parágrafo segundo, e, aparentemente, a garantia de defesa em processo criminal decorrente do número 7 do artigo 35, os quais seriam atingidos pela norma impugnada. Sendo assim, dúvidas não existem de que, em abstrato, há uma questão de constitucionalidade subjacente ao desafio lançado pelo recorrente, ainda que, desde logo, o Tribunal, dentro da discricionariedade legal que possui para adequar os parâmetros de escrutínio, deixe lavrado o entendimento de que qualquer desconformidade com o direito de acesso aos tribunais, com a garantia de recurso e com o direito de defesa sempre será um efeito indireto de uma incompatibilidade potencial com a garantia contra a aplicação retroativa da lei penal desfavorável e com o princípio da proteção da confiança.

3.3. Terceiro, caso tenha havido essa indicação de uma norma e esta remeta a questão de inconstitucionalidade, direta ou indireta, deve-se atestar se a sua inconstitucionalidade foi suscitada de modo processualmente adequado perante o tribunal que proferiu a decisão recorrida, em termos que este estivesse obrigado a dela conhecer, como decorre do número 2 do artigo 76 e na parte final da alínea b) do número 1 do artigo 77 da Lei do Tribunal Constitucional.

3.3.1. O que significa que deve ser invocada na primeira oportunidade processual que se tenha apresentado ao recorrente (*Acórdão 35/2019, de 18 de outubro, Alírio Vieira Barros e Outros v. TRS, sobre*

indeferimento de recurso de fiscalização concreta por não aplicação de norma impugnada, Rel: JC Pina Delgado, 1.7; *Acórdão 12/2020, de 16 de abril, Ana Brazão Gocht v. STJ [sobre indeferimento de recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade por não suscitação de questão de inconstitucionalidade de forma processualmente adequada]*, Rel: JP Pinto Semedo, 8; *Acórdão 39/2021, de 30 de agosto, referente a aplicação de normas inconstitucionais no julgamento de detenção de pessoa, no julgamento do processo de extradição e na autorização de extradição e recusa de aplicação de norma hipotética decorrente de instrumentos regionais por inconstitucionalidade, Alex Saab v. STJ*, Red. JC José Pina Delgado; JC Aristides R. Lima; JCP Pinto Semedo, 3.1.3), que ele o tenha feito de forma consistente, não abandonando as suas questões de constitucionalidade nem titubeando em relação às mesmas e que, por fim, tenha colocado a questão de constitucionalidade ou de desconformidade com o Direito Internacional de forma expressa de modo a que o tribunal recorrido a pudesse reconhecer e apreciar (*Ibid.*, 3.1.3).

Portanto, exigindo-se que se o faça da forma a mais clara possível e que seja processualmente adequada. Assim, se assegurando que as questões de constitucionalidade são legítimas e não um recurso procrastinatório de última hora para adiar a produção de efeitos da decisão judicial, e que, a menos que se revele impossível de um ponto de vista processual, os tribunais judiciais, que também são órgãos incumbidos de proteger a Constituição de forma difusa, devendo recusar a aplicação de normas inconstitucionais, tenham a oportunidade de apreciar tais questões de constitucionalidade antes de se poder recorrer ao Tribunal Constitucional (*Acórdão 15/2017, de 26 de julho, INPS v. STJ, sobre a constitucionalidade do prazo recursal de cinco dias em processo laboral*, Rel: JC Pina Delgado, 2.1.6; *Acórdão 35/2019, de 18 de outubro, Alírio Vieira Barros e Outros v. TRS, sobre indeferimento de recurso de fiscalização concreta por não aplicação de norma impugnada*, Rel: JC Pina Delgado, 1.7; *Acórdão 12/2020, de 16 de abril, Ana Brazão Gocht v. STJ [sobre indeferimento de recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade por não suscitação de questão de inconstitucionalidade de forma processualmente adequada]*, Rel: JP Pinto Semedo, 5.3; *Acórdão 39/2021, de 30 de agosto, referente a aplicação de normas inconstitucionais no julgamento de detenção de pessoa, no julgamento do processo de extradição e na autorização de extradição e recusa de aplicação de norma hipotética decorrente de instrumentos regionais por inconstitucionalidade*, Red. JC José Pina Delgado; JC Aristides R. Lima; JCP Pinto Semedo, 3.1.3).

3.3.2. Analisados os autos do processo principal verifica-se que a norma hipotética impugnada foi pela primeira vez aplicada pelo próprio Acórdão Recorrido de N. 117/2021, de 25 de novembro de 2021, o qual rejeitou o recurso interposto, incorporando douta fundamentação exposta pelo JCR do processo. Depois de notificado, o Recorrente impetrou o presente recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade. Se é bem verdade que o fez logo a seguir à sua aplicação, não é seguro que o tenha feito perante o tribunal que proferiu a decisão recorrida

em termos de este estar obrigado a dela conhecer, porque o que emerge dos autos é que em momento algum o órgão judicial recorrido teve a oportunidade de se pronunciar sobre a questão.

Por motivos evidentes, em casos nos quais isso seria juridicamente impossível em razão da inexistência de meios processuais disponíveis que, preservando os poderes jurisdicionais do órgão judicial, permitisse que este revisse o seu entendimento quando confrontado com a questão de constitucionalidade. o Tribunal Constitucional já tinha ultrapassado qualquer dúvida sobre a sua posição quando assentou, através do *Acórdão nº 29/2019, de 30 de julho, Arlindo Teixeira vs. STJ, referente à norma prevista pelo número 1 do artigo 2 da Lei nº 84/VI/2005, referente ao princípio da realização de audiências públicas nos tribunais e da garantia de audiência pública em processo criminal, bem como as garantias a um processo equitativo, ao contraditório e à ampla defesa*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 100, 26 de setembro de 2019, pp. 1618-1653, 4.9.2, que “[d]e acordo com a orientação indicada no caso *INPS v. STJ [Acórdão 15/2017, de 26 de julho, INPS v. STJ, sobre a constitucionalidade do nº 2) do Art. 3º e o Art. 2º do DL 194/91, na interpretação que lhe foi dada pelo Presidente do STJ, no sentido de que fixa um prazo de recurso de cinco dias, independentemente de se tratar de um litígio decorrente de relação de trabalho estabelecida ou de litígio tendente à constituição de uma relação de trabalho*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 35, 6 de junho de 2018, pp. 844-856 e na Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional de Cabo Verde, Vol. IV, INCV, 2018 (2017), pp. 137-176, 3.1.2], em tese o recorrente só terá a obrigação de suscitar a questão depois da norma ter sido efetivamente aplicada no processo pela primeira vez. Esta é a regra. (...)”, que, neste particular, coincide com a posição do órgão judicial recorrido quando este estabeleceu que “do pressuposto de que o arguido não pôde ou não teve oportunidade de se pronunciar sobre a aplicabilidade imediata da Lei nº 122/IX/2021, de 05/04, poder-se-á entender como verificado o requisito da prévia suscitação da questão e admitir-se consequentemente os recursos interpostos de fiscalização da constitucionalidade”.

Contudo, esta mesma decisão do Tribunal Constitucional (*Acórdão nº 29/2019, de 30 de julho, Arlindo Teixeira vs. STJ, referente à norma prevista pelo número 1 do artigo 2 da Lei nº 84/VI/2005, referente ao princípio da realização de audiências públicas nos tribunais e da garantia de audiência pública em processo criminal, bem como as garantias a um processo equitativo, ao contraditório e à ampla defesa*, Rel: JC Pina Delgado, 4.11.4) é paradigmática porque nela se acolheu o entendimento de que ao abrigo do artigo 408, parágrafo segundo, do CPP, sempre seria possível reclamar para o Supremo Tribunal de Justiça, arguindo a nulidade do acórdão por aplicação de norma incompatível com a Lei Fundamental, uma causa constitucional direta de nulidade. Foi com base nesta razão que considerou que, no caso então apreciado, o recorrente tinha suscitado a questão de constitucionalidade de modo processualmente adequado por ter, depois de aplicação primária de norma

pelo próprio Supremo Tribunal de Justiça, suscitado incidente pós-decisório apto a conduzir à revogação da própria decisão.

Precisamente porque, de acordo com a lei de processo relevante, o CPP, por meio do supracitado número 2 do artigo 408, preserva-se excecionalmente o poder jurisdicional para, oficiosamente ou a requerimento, suprir nulidades (...). Não há, como, de resto, o Tribunal já tinha deixado lavrado, nulidade mais evidente do que a aplicação de uma norma inconstitucional. Por conseguinte, nada obstava que o recorrente, pelo facto de a norma ter sido aplicada pela primeira vez pelo próprio Supremo Tribunal de Justiça, lhe colocasse perante a possibilidade de ter fundamentado a sua decisão recorrendo a uma norma inconstitucional, de tal sorte a que este tivesse a oportunidade de a apreciar e decidir.

E nem se pode dizer que seria um exercício fútil – e mesmo que fosse não seria causa suficiente para se ultrapassar a determinação legal – porque, conforme os elementos que o próprio recorrente trouxe para os autos e reiterou em audiência pública, a possibilidade de o Supremo Tribunal de Justiça utilizar um incidente pós-decisório de arguição de nulidade para alterar as suas próprias decisões por motivos de aplicação de norma inconstitucional é real. Afinal, como consta das f. 170 dos autos do processo principal foi o próprio recorrente que, a destempo, utilizou a figura do pedido de retificação remetendo a outros acórdãos em que o Supremo Tribunal de Justiça terá decidido de forma distinta. O problema é que nesses acórdãos, fê-lo porque, perante a inconformação dos recorrentes nesses outros autos em razão da aplicação da mesma norma hipotética reputada inconstitucional, esse Alto Tribunal entendeu por bem visitar a sua posição, ressaltando os ilustres magistrados que compuseram a secção:

No *Acórdão N. 14/2022, de 28 de janeiro*, não-publicado, a partir da invocação do artigo 408, que o Supremo Tribunal havia reponderado a questão respeitante à aplicação no tempo da lei processual penal a norma do artigo 2º da Lei nº 122/IX/2021 que veio a alterar o artigo 437 do CPP “ao suprimir um grau de recurso, para o Supremo Tribunal, quando a pena aplicada nas instâncias não for superior a oito anos de prisão, assume a natureza de norma processual material e como tal deverá, de um modo geral, seguir os parâmetros da aplicação no tempo da lei penal substantiva”, podendo importar numa redução dos direitos de defesa. Assim, conforme entendimento mais recente dessa Instância Superior quando “a decisão (...) tenha sido proferida ainda no domínio da lei antiga, que admitia inclusive recurso para o STJ, como foi o caso dos presentes autos, devem ser observados os graus de jurisdição previstos na lei então em vigor”, pelo que seria de se “admitir os recursos interpostos do Acórdão da Relação de Sotavento nº 135/2021, de 29.07. Com os fundamentos expostos, acordam os Conselheiros em julgar procedente a reclamação deduzida e admitir o recurso do ora reclamante bem como dos demais recorrentes”;

No *Acórdão 26/2022, de 28 de janeiro*, não-publicado, que “a mencionada norma, ao suprimir um grau de

recurso, para o Supremo Tribunal, quando a pena aplicada nas instâncias não for superior a oito anos de prisão, assume a natureza de norma processual material e como tal deverá, de um modo geral, seguir os parâmetros da aplicação no tempo da lei penal substantiva. A supressão de um grau de recurso poderá significar uma redução dos direitos de defesa do arguido se, à data em que foi proferida a decisão condenatória na 1ª instância, a lei então em vigor admitia o recurso para o STJ. Conforme entendimento sufragado, sempre que a decisão de 1ª instância tenha sido proferida ainda no domínio da lei antiga, que admitia inclusive recurso para o STJ, como foi o caso dos presentes autos, deverão ser observados os graus de jurisdição previstos na lei então em vigor. Assim, é de se admitir o recurso interposto do aresto da Relação de Sotavento. Com os fundamentos expostos, acordam os Conselheiros em revogar o Acórdão nº 137/2021 e admitir o recurso do Acórdão da Relação de Sotavento nº 171/2021, interposto pelo ora recorrente, seguindo-se a tramitação normal”.

Destarte, está-se perante situação em que foram os próprios arguidos a recorrer ao artigo 408, parágrafo segundo, do CPP, para suscitar a questão de constitucionalidade ao Supremo Tribunal de Justiça, colhendo, neste caso, os frutos pretendidos, posto que esse alto tribunal reponderou posição inicial e revogou, expressa ou tacitamente, os seus próprios acórdãos. Tais diligências poderiam ter sido perfeitamente tomadas pelo recorrente nos presentes autos com benefício para si próprio. Porque, como aconteceu, poderia ter obtido a tutela do seu direito, convocando o próprio órgão responsável pela aplicação da norma reputada inconstitucional a rever a sua posição, ou, pelo menos, cumprir a exigência de colocação da questão de forma processualmente adequada de tal modo que o tribunal a pudesse conhecer, iniciativa processual que garantiria a existência de condição de cognoscibilidade necessária

a franquear as portas deste Tribunal Constitucional. Não o tendo feito, impede que esta Corte Constitucional possa conhecer a questão no mérito, o que determina a inadmissão do recurso. Pendendo autos de amparo de número 32/2021 protocolado pelo mesmo recorrente com objeto similar, nada obsta que, caso admissível e procedente, se defira nesse quadro às pretensões do recorrente quanto à admissão do recurso ordinário protocolado.

III. Decisão

Pelo exposto, os Juizes do Tribunal Constitucional, reunidos em Plenário, decidem não conhecer o recurso interposto.

Custas pelo recorrente, fixadas em 22.500\$00 (vinte e dois mil e quinhentos escudos)

Registe, notifique e publique.

Praia, aos 22 de dezembro de 2022

Pelo Tribunal,

José Pina Delgado (Relator)

Aristides R. Lima

(Nos termos da parte final do n.º 1 do artigo 150.º do CPC, aplicável ex vi do art.º 50º da Lei do Tribunal Constitucional, o Venerando Juiz Conselheiro, Aristides R. Lima, não assina o Acórdão por se encontrar ausente)

João Pinto Semedo

Está conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 22 de dezembro de 2022.

O Secretário, — *João Borges*



I SÉRIE BOLETIM OFICIAL

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

Endereço Electronico: www.incv.cv

INCV
IMPRESA NACIONAL DE CABO VERDE

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.