



BOLETIM OFICIAL

ÍNDICE

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acórdão n.º 48/2021:

Proferido nos autos de Apreciação Abstrata Sucessiva da Constitucionalidade n.º 2/2019, em que é requerente o Senhor Provedor de Justiça, tendo por objeto, designadamente, as normas constantes dos números 1 e 3 do artigo 25 e número 4 do artigo 101 da Lei n.º 42/VII/2009, de 27 de julho..... 84

Acórdão n.º 49/2021:

Proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 7/2021, em que é recorrente José Pires Gomes e entidade recorrida o Supremo Tribunal de Justiça..... 87

Acórdão n.º 51/2021:

Proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 21/2021, em que é recorrente Pedro dos Santos da Veiga e entidade recorrida o Supremo Tribunal de Justiça. 95

Acórdão n.º 52/2021:

Proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 24/2021, em que é recorrente Chuks Ogo Chianumba e entidade recorrida o Supremo Tribunal de Justiça. 99

Acórdão n.º 53/2021:

Proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 25/2021, em que é recorrente Anilton Martins Almeida e entidade recorrida o Supremo Tribunal de Justiça. 106

Acórdão n.º 54/2021:

Proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 36/2020, em que é recorrente Anderson Mendes Fernandes e entidade recorrida o Supremo Tribunal de Justiça. 111

Acórdão n.º 55/2021:

Proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 18/2020, em que é recorrente Helder Zidane dos Santos Pereira e entidade recorrida o Supremo Tribunal de Justiça. 115

Acórdão n.º 56/2021:

Proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 23/2021, em que é recorrente Ognochukwo Basir Udenkwo Barros e entidade recorrida o Supremo Tribunal de Justiça. 121

Acórdão n.º 57/2021:

Proferido nos autos de Recurso de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade n.º 2/2021, em que é recorrente Alex Nain Saab Moran e entidade recorrida o Supremo Tribunal de Justiça..... 127

Acórdão n.º 60/2021:

Proferido nos autos de Fiscalização Sucessiva da Constitucionalidade n.º 04/2018, requerida por Sua Excelência o Provedor de Justiça, tendo por objeto a norma do n.º 1 do artigo 28.º da Lei n.º 42/VII/2009, de 27 de julho, alterada pela Lei n.º 117/VIII/2016, de 24 de março. 130

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Apreciação Abstrata Sucessiva da Constitucionalidade n.º 2/2019, em que é requerente o Senhor **Provedor de Justiça**, tendo por objeto, designadamente, as normas constantes dos **números 1 e 3 do artigo 25 e número 4 do artigo 101 da Lei n.º 42/VII/2009, de 27 de julho.**

Acórdão n.º 48/2021

(Autos de Apreciação Sucessiva da Constitucionalidade n.º 2/2019, concernente à constitucionalidade das normas constantes dos números 1 e 3 do artigo 25 e número 4 do artigo 101 da Lei n.º 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 n.º 9/2013, de 26 de fevereiro).

I. Relatório

1. O Senhor Provedor de Justiça acionou o Tribunal Constitucional para arguir a incompatibilidade constitucional:

1.1. De norma constante dos números 1 e 3 do artigo 25 e número 4 do artigo 101 da Lei n.º 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 através da celebração do contrato individual de trabalho a termo certo, e de norma decorrente do número 4 do artigo 101 do mesmo diploma que conduz à conversão dos contratos administrativos de provimento em contratos de trabalho a termo certo;

1.2. Da omissão de mecanismos de desenvolvimento profissional dos funcionários públicos em regime de emprego no Plano de Cargos, Carreiras e Salários (PCCS), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 9/2013, de 26 de fevereiro.

2. Por despacho do Venerando Juiz Conselheiro Presidente datado de 11 de abril de 2019, admitiu-se expressamente as duas primeiras normas para efeitos de fiscalização sucessiva da constitucionalidade, mas não a última questão, haja em vista que, na sua opinião, esta conduziria a uma “declaração de inconstitucionalidade por omissão” desprovida de qualquer suporte na Constituição de Cabo Verde, a qual não a contemplaria.

3. Perante essa admissão (e, logo, inadmissão) parcial, o Presidente propendeu no sentido de considerar que, não havendo qualquer precedente, seria de proferir despacho, deixando que as questões prévias relativas ao procedimento subsequente viessem a ser resolvidas pelo Coletivo. Assim, depois de distribuído ao JC Pina Delgado por sorteio, os juízes do Tribunal Constitucional apreciaram as questões prévias incidentes sobre a tramitação desse tipo de processo em situações de inadmissão parcial, visto o que se prevê nos números 2 a 4 do artigo 58 da Lei sobre a Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional que estipulam, respetivamente, que se o Presidente entender que um pedido de fiscalização sucessiva da constitucionalidade não deva ser admitido, submete os autos a Conferência, sendo decidido pelo Tribunal em cinco dias, e o acórdão notificado à Entidade Requerente.

4. Levadas à Conferência, não havendo exigência de apresentação de projeto de acórdão, as questões foram apreciadas livremente pelos juízes que depois de expressarem a sua opinião decidiram e votaram no sentido que a seguir se expõe, tendo-se produzido este acórdão após concertação e arbitragem entre os juízes.

II. Fundamentação

1. Do exposto, as questões a apreciar são as seguintes:

1.1. Se entendimento do Juiz Conselheiro Presidente, adotado no exercício da sua competência de apreciação da admissibilidade de ação de fiscalização sucessiva da constitucionalidade, de que um pedido não deva ser admitido parcialmente, deve ser levado à apreciação do Coletivo.

1.2. No caso de resposta positiva à indagação anterior, se, neste caso concreto, o pedido incidente sobre eventual omissão legislativa, assente, segundo os termos colocados, na omissão de mecanismos de desenvolvimento profissional dos funcionários públicos em regime de emprego no PCCS, aprovado pelo DL N 9/2011, de 26 de fevereiro, não pode ser admitido pelo Tribunal.

1.3. Se uma decisão de não admissão parcial de um pedido constante de uma ação de fiscalização sucessiva da constitucionalidade deve ser notificada à Entidade Requerente.

2. Em relação à primeira questão,

2.1. Haverá seguramente duas interpretações possíveis do sentido do número 2 do artigo 58 da Lei do Tribunal Constitucional:

2.1.1. A primeira que, partindo de um conceito de pedido não admitido como ação não-admitida da qual decorre potencialmente a impossibilidade de se prosseguir com a instância, o que não aconteceu, na medida em que ela subsiste;

2.1.2. A segunda, de pedido como questões específicas dirigidas ao Tribunal destinadas à sindicância de normas, aceção que poderá gerar dificuldades hermenêuticas quando estão em causa várias questões e a posição do Presidente é de sua admissão parcial e de, consequentemente, de rejeição igualmente parcial.

2.2. O Tribunal adota o entendimento de que:

2.2.1. Apesar de consagrado no singular, o conceito de pedido que decorre do artigo 58 da Lei do Tribunal Constitucional corresponde a qualquer questão de inconstitucionalidade que uma entidade requerente legítima submeta à apreciação desta Corte. Onde, haverá situações em que uma pluralidade de questões resulta em vários pedidos, cada um deles sujeito a verificação autónoma de admissibilidade. Decorrendo dessa premissa de que mesmo nos casos em que apenas um deles não seja admitido, neste preciso segmento, a questão deve ser submetida ao Coletivo para que este possa apreciar o entendimento no sentido da não-admissão apresentado pelo Juiz Conselheiro Presidente.

2.2.2. Concretizando a *ratio* da norma cuja intenção é garantir que uma decisão que se pode revelar sistemicamente gravosa – na medida em que impeditiva da aferição da inconstitucionalidade e consequente expurgo de norma contaminada do ordenamento jurídico – não seja tomada por um único dos juízes do Tribunal Constitucional, ainda que seja o Juiz Conselheiro Presidente, quando não há previsão de uma reclamação para o Coletivo. Outrossim, o sistema funciona *interna corporis*, sem criar uma situação de contencioso material, porquanto não é a Entidade Requerente que poderá reclamar para o Coletivo insurgindo-se contra uma decisão do Presidente, mas este que, ainda sem praticar qualquer ato, ao considerar que o pedido não pode ser admitido, submete-o à apreciação do Coletivo para que este decida soberanamente.

Até porque, como o Tribunal já havia dito em outras situações (*Acórdão 37/2021, de 9 de agosto, Alex Saab v. STJ, referente a despachos do Juiz-Relator de admissão da intervenção processual do Ministério Público como interveniente contrainteressado no processo principal e*

de admissão de junção de nota diplomática e mandados remetidos pelo Ministério Público, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 88, 16 de setembro de 2021, pp. 2309-2317, 4.2.1-4.2.2), quando está em causa matéria que a própria Constituição atribui à Corte Constitucional o poder decisório sempre caberá, por força do princípio da colegiabilidade do exercício das funções jurisdicionais do Tribunal, em última instância, e de forma plena, ao Coletivo que o compõe e não a qualquer outra entidade singular que, regra geral, por motivos instrumentais e pragmáticos, exercem funções especiais, seja o Juiz Relator, seja – como neste caso – mesmo o Juiz Presidente. Demonstrativo disso é que em relação a decisão em sentido inverso, dispõe o número 4 do artigo 57 que a decisão do Presidente que admite o pedido não faz precluir a possibilidade de o Tribunal vir, em definitivo, rejeitá-lo.

3. Sendo assim, necessário se mostra que o Tribunal avalie se efetivamente a questão colocada pelo Requerente no sentido de se escrutinar o que aparenta ser uma omissão legislativa não pode ser admitida e ser apreciada no mérito.

3.1. A razão que justifica essa indagação decorre do facto de a própria Lei Fundamental não conter consagração expressa da figura de fiscalização da constitucionalidade por omissão, que fundasse a apreciação do pedido feito pelo requerente de se apreciar autonomamente e declarar a inconstitucionalidade da “omissão de mecanismos de desenvolvimento profissional dos funcionários públicos em regime de emprego no PCCS, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 9/2013, de 26 de fevereiro”.

3.2. A solução deste problema já havia sido sugerida pelo próprio despacho do Juiz-Conselheiro Presidente – ao não admitir o pedido neste particular – por considerar que não o poderia fazê-lo na medida em que a Lei Fundamental não admite a figura de inconstitucionalidade de omissão de atuação normativa devida.

3.2.1. Com efeito, 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.

3.2.2. 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.

3.2.3. Segundo, porque esta solução legislativa projeta-se, como não podia deixar de ser, sobre 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.

3.2.4. Sendo 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.

3.3. A solução constitucional não é, como já se antecipou, nenhuma novidade comparada, e recai debaixo dos amplíssimos poderes que o legislador constituinte têm para formatar o sistema de defesa da Lei Fundamental.

3.3.1. Desde logo, por a inconstitucionalidade por omissão não ser, pela sua natureza, uma figura que emerge ontologicamente do constitucionalismo moderno, tendo sido desenvolvida num sistema constitucional socialista (Constituição Jugoslava de 1974, artigo 377). Foi, de facto, adotada por Estados de Direito Democráticos apostados a proclamar a importância dos direitos sociais e a garantir a sua eficácia – como os próximos Portugal (artigo 283) e Brasil (artigos 102 e 103) – visando, em graus muito diferentes – na medida em que conscientes da sua dimensão programática e da sua aplicação progressiva através de prestações dos poderes públicos, nomeadamente legislativas – tentar precaver o seu esvaziamento e redução de normatividade pela inércia de quem exerça o poder normativo.

3.3.2. Porém, por vários motivos, tal modalidade de fiscalização da constitucionalidade tem um potencial maior de conduzir à interpenetração das funções de órgão de soberania, promovendo situações que devem ser muito bem ajustadas e equilibradas em função do princípio da separação de poderes. Isso, na medida em que o Tribunal Constitucional seria chamado a censurar a letargia, deliberada ou não, dos órgãos que detêm o poder legislativo e potencialmente emitir injunções ou, pelo menos – considerando as soluções comparadas – apelos ou recomendações à ação, o que também pode, dependendo do espectro de entidades legítimas para a suscitar, gerar a sua politização por parte dos próprios representantes do povo.

Por conseguinte, vários sistemas não contemplam esta figura não só para evitar tais efeitos de politização – que também podem resultar da transferência para o poder judicial da apreciação e decisão de questões que podem se revelar essencialmente de formulação e implementação de políticas públicas – como também porque poderá revelar-se, no limite, desnecessária num Estado que leva os direitos sociais previstos pela sua Constituição a sério e que, em contexto das políticas sufragadas pelo povo em eleições e dos recursos que tenha ao seu dispor, tenta criar não só as condições legislativas, como também as executivas para os implementar na máxima intensidade possível ou que julgar adequada. Portanto, perante tal contexto, não é de se estranhar que se tenha optado por não consagrar a figura da inconstitucionalidade por omissão.

3.3.3. É verdade que isso poderá gerar alguns problemas, quando se transcende as omissões de concretização legislativa em contexto de direitos económicos, sociais e culturais, e também se passa a contemplá-las em situações a envolver direitos, liberdades e garantias cuja eficácia dependa da lei e de uma *interpositio legislatoris*. Correspondendo aos casos em que perante o princípio da aplicabilidade direta dessa categoria de direitos exposto pelo artigo 18, nas situações em que o direito em causa não seja autoexecutável, a intervenção do legislador em prazo razoável é determinante para a criação das condições necessárias à sua aplicação. Por conseguinte, a mora do legislador seria mais insidiosa e prejudicial ao cumprimento dos preceitos constitucionais em tal cenário. O mesmo acontecendo quando a omissão legislativa ocasione um efeito que, direta ou indiretamente, atinja direitos, liberdades e garantias típicos como a garantia a não se ser discriminado.

3.3.4. Nessas 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 (neste particular, 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) 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.

3.3.5. 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, figura não reconhecida pelo ordenamento jurídico cabo-verdiano como o duto despacho do Presidente do Tribunal já havia assentado e o Coletivo confirma.

3.4. No caso concreto, o facto é que não há um desenvolvimento muito evidente dos fundamentos do pedido de declaração de inconstitucionalidade da omissão de mecanismos de desenvolvimento profissional dos funcionários públicos em regime de emprego no PCCS, aprovado pelo Decreto-Lei nº 9/2013, de 26 de fevereiro.

3.4.1. Parece, com efeito, que recorre às mesmas bases para concluir pela inconstitucionalidade do artigo 25, parágrafos 1 e 3, e 101, parágrafo 4º, da Lei nº 42/VII/2009, de 27 de junho e também para sustentar o pedido de declaração da inconstitucionalidade da omissão, não ficando muito cristalino se estaria a pensar numa inconstitucionalidade subsequente assente primariamente numa inconstitucionalidade por ação.

3.4.2. Porém, o facto é que requer textualmente que “o Tribunal Constitucional aprecie e declare com força obrigatória geral da (...) e da omissão de mecanismos de desenvolvimento profissional dos funcionários públicos e regime de emprego no PCCS (...)”, o que remete claramente a um pedido de declaração de inconstitucionalidade da própria omissão que, pelos motivos já arrolados, esta Corte não pode considerar. Sendo o objeto da fiscalização definido pelo pedido, não pode o Tribunal corrigi-lo, conformá-lo ou convertê-lo numa inconstitucionalidade por ação, como se as espécies fossem fungíveis, mesmo que essa tivesse sido a vontade da Entidade Requerente, na medida em que está rigorosamente adstrito ao princípio da congruência entre o pedido e a decisão de inconstitucionalidade, nos termos do número 1 do artigo 62 da Lei do Tribunal Constitucional. Por conseguinte, a menos que a questão da não-previsão de mecanismos de desenvolvimento profissional se encaixe dentro do desafio lançado às normas impugnadas pela Entidade Requerente, conduzindo a uma regulação insuficiente perante uma imposição constitucional de legislar ou dela decorram efeitos de tratamento desigual incompatíveis com a Constituição não poderá ser considerada no âmbito deste escrutínio.

3.5. Sendo assim, confirma-se que a questão que a Entidade Requerente requer apreciação e declaração de inconstitucionalidade não pode ser admitida por se tratar de uma omissão legislativa que o Tribunal Constitucional não pode sindicat.

4. No concernente à terceira questão, de acordo com uma lógica similar à subjacente ao problema discutido anteriormente (2),

4.1. Consubstancia-se em saber-se se um conceito de pedido que leva em consideração o sentido de serem questões diferentes que são levadas ao conhecimento do Tribunal, determinaria ou não que, em casos nos quais houvesse admissão meramente parcial, se o tivesse de o comunicar ao Requerente – neste caso ao Provedor de Justiça – na medida em que no número 4 do mesmo artigo 58 dispõe-se que “a decisão que não admite o pedido é notificada à entidade requerente”.

4.2. E aplicando-se o mesmo entendimento de que como o pedido no geral pode desdobrar-se, como foi o caso, em várias questões, cada uma delas merecendo uma avaliação autónoma de admissibilidade, nos casos já descritos e decididos em que o Presidente entenda que não se deve admitir parcialmente uma delas e o Tribunal pronuncia-se no mesmo sentido, essa decisão incidente sobre a questão não admitida deve ser notificada à Entidade Requerente.

4.3. Não para efeitos de preparação de alguma reclamação ou colocação de incidentes pós-decisórios que não cabem em sede de fiscalização abstrata – não sendo estendíveis as possibilidades que em razão de direitos subjetivos se pode garantir a processos que envolvem particulares, nomeadamente a fiscalização concreta, o recurso de amparo ou os processos eleitorais – mas para que delas tome conhecimento, e, eventualmente, caso seja possível, necessariamente fora do processo em causa, corrigir a colocação da questão de constitucionalidade e submetê-la, caso assim se entenda, de forma autónoma ao Tribunal Constitucional.

5. Sendo assim, o Tribunal conclui que:

5.1. Nas situações em que o Presidente do Tribunal entenda que um pedido de fiscalização sucessiva não pode ser parcialmente admitido deverá submeter os autos à Conferência para apreciação.

5.2. O pedido de escrutínio da omissão de mecanismos de desenvolvimento profissional dos funcionários públicos e regime de emprego no PCCS não pode ser admitido pelo facto de incidir sobre espécie de fiscalização abstrata da constitucionalidade não prevista pelo ordenamento jurídico cabo-verdiano.

5.3. O acórdão que decidir pela não-admissão parcial de alguma das questões deve ser notificado à Entidade Requerente.

6. Assim sendo, o Tribunal Constitucional limitar-se-á a sindicat a compatibilidade com a Lei Fundamental das normas constantes dos números 1 e 3 do artigo 25 e do número 4 do artigo 101 da Lei nº 42/VII/2009, de 27 de julho, que, respetivamente, estabelecem as bases do regime da função pública, relativamente ao modo de vinculação jurídica do emprego na função pública através da celebração do contrato individual de trabalho a termo certo e determinam a transição de contratos administrativos de provimento para esse tipo de contrato.

III. Decisão

Pelo exposto, os Juizes do Tribunal Constitucional decidem não admitir o pedido de fiscalização da constitucionalidade da omissão de mecanismos de desenvolvimento profissional dos funcionários públicos e regime de emprego no PCCS.

Registe, notifique e publique.

Praia, aos 4 de novembro de 2021

José Pina Delgado (Relator)

Aristides R. Lima

João Pinto Semedo

Está conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 4 de novembro de 2021. — O Secretário, *João Borges*.

Acórdão n.º 49/2021**Cópia:**

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 7/2021, em que é recorrente **José Pires Gomes** e entidade recorrida o **Supremo Tribunal de Justiça**.

Acórdão n.º 49/2021**I. Relatório**

José Pires Gomes, com os demais sinais de identificação nos Autos, não se conformando com o Acórdão n.º 10/2021, de 11 de janeiro, proferido pelo Venerando Supremo Tribunal de Justiça, que julgou improcedente o Recurso de Revista n.º 39/20, veio, ao abrigo do disposto no artigo 20.º da Constituição da República de Cabo Verde e dos artigos 1.º e 8.º da Lei n.º 109/IV/94, de 24 de outubro (Lei do Amparo), interpor recurso de amparo constitucional, o qual foi admitido pelo Acórdão n.º 18/2021, de 16 de abril de 2021, cujo relatório se passa a reproduzir integralmente:

“1. Foi julgado e condenado pela prática de um crime de tráfico de drogas, p.p. pelo artigo 3.º, n.º 1 da Lei 78/IV/93, de 12 de julho, na pena de 7 anos de prisão, e de um crime de detenção de arma, p.p. pelo artigo 90.º al. a) da Lei n.º 31/VIII/2013, de 22 de maio, na pena de 5 anos de prisão, e realizado o cúmulo jurídico, aplicou-se-lhe a pena de 9 anos de prisão;

2. Não se conformando com a decisão proferida pelo 2.º Juízo Crime do Tribunal da Comarca da Praia, recorreu para o Tribunal da Relação de Sotavento, tendo este confirmado a decisão recorrida;

3. Tendo interposto Recurso de Revista para o Supremo Tribunal de Justiça, viu a pena de 9 anos reduzida para 8 anos e seis meses de prisão;

4. Desde a primeira até à última instância judicial comum sempre reclamou que tinha sido condenado com base em provas nulas, porquanto obtidas da seguinte forma:

abertura da encomenda, sem autorização judicial; execução de mandados de busca e apreensão caducados e realização do exame datiloscópico sem consentimento do visado.

5. No julgamento realizado pela Meritíssima Juíza do 2.º Juízo Crime do Tribunal Judicial da Comarca da Praia, esta considerou que:

a) “Face ao exposto nos termos dos preceitos legais suprarreferidos declaro a nulidade da apreensão, bem como a abertura da encomenda”

b) “Esta nulidade impede o tribunal de conhecer e decidir das restantes questões colocadas, designadamente da responsabilidade criminal do arguido José Gomes Pires, nesta parte, bem como, à alegada falta de comunicação ao MP, pela PJ, no prazo de 72 horas, da notícia do crime”.

6. Mais alega que, tendo invocado os efeitos da teoria da árvore envenenada, porquanto os elementos de prova tinham sido obtidos na sequência da abertura sem autorização judicial de uma encomenda no âmbito do processo DHL e no qual figuravam como co-arguidos Anilton de Jesus Tavares Rocha e Luís Manuel Tavares Rocha e na execução dos dois mandados de busca e apreensão caducados, resultaram violados os seguintes direitos fundamentais: presunção da inocência, artigos 35º, n.º s. 1º, 6 e 7, direito à intimidade e inviolabilidade do domicílio, artigos 41º e 43º, processo justo e equitativo e liberdade, artigos 22º e 29º, inviolabilidade de correspondência e de telecomunicações e proteção de dados pessoais, artigos 44º e 45º, todos da CRCCV);

7. Termina o seu arrazoado da seguinte forma:

“Nos termos e nos melhores de direito, deve presente recurso de amparo constitucional ser:

- a) Admitido, nos termos do art.º 20.º da CRCV 2º, 3º todos da Lei do Amparo;*
- b) Julgado procedente e em consequência alterado o acórdão n.º 10/2021, de 11 de Janeiro de 2021, do tribunal recorrido (Supremo Tribunal de Justiça);*
- c) Conceder amparo e em consequência, restabelecer os direitos, liberdades e garantias fundamentais violados, (presunção da inocência, artigos 35º, ns. 1, 6 e 7, direito à intimidade e inviolabilidade do domicílio, artigos 41º e 43º, processo justo e equitativo e liberdade, artigos 22º e 29º, inviolabilidade de correspondência e de telecomunicações e proteção de dados pessoais, artigos 44º e 45º, todos da CRCV);*
- d) Finalmente, oficial junto do Supremo Tribunal de Justiça, fazer chegar a este processo, a certidão de todo o processo n.º 39/2020;”*

Juntou duplicados legais e documentos.”

2. Admitido o recurso e distribuído o processo ao Relator, este ordenou que fosse notificada a entidade recorrida nos termos e para os efeitos do artigo 18.º n.º 2 da Lei de Amparo.

3. Decorrido o prazo sem que a entidade recorrida tivesse respondido, ordenou-se que o processo fosse com vista ao Ministério Público para emitir o Parecer a que se refere o artigo 20.º da Lei de Amparo.

Sua Excelência o Senhor Procurador Geral da República emitiu o douto Parecer cujo conteúdo se transcreve na íntegra:

“Dispõe o artigo 20º da lei do amparo sob epígrafe - Vista final ao Ministério Público que “Recebida a resposta ou decorrido o prazo para a sua apresentação, os autos, nas vinte e quatro horas seguintes, vão, por três dias, com vista ao Ministério Público, que promoverá o que entender por conveniente sobre a admissibilidade ou rejeição do recurso, a suspensão, a alteração ou a revogação de medidas provisórias já decretadas e, ainda, sobre as medidas julgadas necessárias que deverão ser adotadas para o restabelecimento do exercício dos direitos, liberdades ou garantias violados. “

Assim, cabe ao Ministério público pronunciar:

- I. Acerca da admissibilidade ou rejeição do recurso:*
- II. Acerca da medida provisória decretada;*
- III. Acerca das medidas necessárias.*

I. Da admissibilidade ou rejeição do recurso

Com ressalva pela necessidade de clarificação do pedido, no seu parecer constante a fls. 20 a 21 verso, o Ministério Público já se tinha pronunciado pela admissibilidade do recurso de amparo interposto.

Constata-se, entretanto, que o recorrente não pôde fazer uso da faculdade de suprir obscuridade do pedido ao abrigo do artigo 17º da lei do amparo, tendo, apesar disso, o seu recurso sido admitido pelo acórdão n.º 18/2021 de 16 de abril de 2021, como de amparo constitucional “sobre os direitos à presunção de inocência, à intimidade e inviolabilidade do domicílio, processo justo e equitativo, liberdade, inviolabilidade de correspondência e de telecomunicações proteção de dados pessoais.”

Assim, nada se oferece dizer em sentido diverso, além de antecipar que a abrangência do pedido, tal como formulado, implica um conhecimento e discurso elástico, tanto mais que o recorrente parece ter ignorado os pronunciamentos feitos na decisão recorrida sobre as questões que suscitou. Isto é, o recorrente limitou-se a repisar os seus argumentos sem contrapor aqueles aduzidos pela decisão recorrida.

II. Da medida provisória

O recorrente não requereu e nem o Tribunal Constitucional entendeu decretar qualquer medida provisória, pelo que nada há a promover quanto à medida.

III. Das medidas necessárias

A fundamentação e os argumentos expendidos pelo recorrente não parecem ter em conta os termos da fundamentação do acórdão recorrido, de tal modo que sequer se descortina qualquer traço de contra-argumentação a contrariar os fundamentos nela apresentados. Não ocorrendo esse diálogo crítico de contra-argumentação, com a fundamentação de recurso não se inicia a dialéctica discursiva que deve prenunciar a síntese decisória. O recorrente parece relegar qualquer operação de análise do acórdão recorrido para quantos devem participar no processo decisório relativa à sua pretensão de amparo constitucional.

Com efeito, só uma clara apresentação da sequência de factos e actos processuais deste a fase preliminar até ao julgamento e subsequente recurso poderá demonstrar em que medida poderão ter sido deixados violados direitos, liberdades e garantias fundamentais do recorrente.

O acórdão recorrido, secundando o acórdão do Tribunal da Relação de Sotavento (fls. 563-579 verso), entendeu que a factualidade dada como provada resulta na prática de um crime tráfico de droga p.p. pelo artigo 3.º, n.º 1 da Lei nº 78/IV/2013 e crime de detenção de arma de fogo proibida p.p pelo artigo 90.º alínea c) da Lei nº 31/IV/93 de 12 de julho, e que a prova daqueles factos não está inquinada pela nulidade que foi declarada relativamente à abertura de encomenda, uma vez que resultaram de diligências de investigação realizadas de forma independente daquela, e que resultaram nas apreensões feitas no dia 20.1.2018. É isso que parece estar fixado na factualidade provada reproduzida no ponto 2 do acórdão recorrido e que consta a fls. 15 e 16 destes autos. Isto é, que no dia 20 de novembro de 2018, a polícia judiciária montou vigilância nas imediações da residência do arguido, no decurso da qual se desenrolaram a apreensão de drogas e arma de fogo, em resultado das quais o recorrente veio a ser condenado. Ou seja, as buscas domiciliárias que se seguiram estão elas próprias justificadas à luz do flagrante delito e consequente detenção realizada nesse mesmo dia. E o que resulta do nº 5 do artigo 238º do CPP segundo o qual "as buscas domiciliárias poderão também ser ordenadas pelo Ministério Público ou ser efectuadas por órgãos de polícia criminal em caso de detenção em flagrante delito, ou para prestar socorro". Assim, ocorrendo flagrante delito, o órgão de polícia criminal pode efectuar buscas domiciliárias, independentemente de mandado judicial! (ver segunda parte do n.º5 do artigo 238.º do CPP).

A forma como o recorrente expõe os seus argumentos parece ignorar a limpidez da sequência dos factos dados como provados e que lhe valeram a condenação, e a autonomia com que aqueles factos foram adquiridos para os autos.

Com efeito, como resulta do ponto 11 dos factos provados, as buscas domiciliárias ocorreram na sequência da detenção em flagrante delito no dia 20-11-2018, e sequer se pode encontrar qualquer ilegalidade na vigilância que a polícia judiciária realizou nesse dia.

Por outro lado, a perícia dactiloscópica com recurso comparação com material dos arquivos da polícia técnica ou dos arquivos dos registos de identificação civil não carecem de qualquer consentimento do suspeito, estando a sua validade salvaguardada seja por determinação ou requisição de perícia por parte de autoridade judiciária, seja genericamente, mediante delegação de instrução a órgão de polícia criminal, ou mesmo no quadro de medidas cautelares de polícia quanto à preservação e análise de vestígios recolhidos no local do crime.

Assim, não parece que se possa imputar à decisão recorrida qualquer violação ou omissão de sanção devida

a qualquer violação de direitos, liberdades ou garantias constitucionais, mormente aqueles alegados pelo recorrente. Com efeito, não foi violado o direito à presunção de inocência, porque a condenação assentou-se em provas julgadas válidas pelo juiz competente; não foi violado o direito à intimidade e inviolabilidade do domicílio, porque a busca ocorreu na sequência de detenção em flagrante delito por crime de armas e detenção de droga; não foi violado o direito a processo justo e equitativo, porque ao arguido foram assegurados todos os direitos de defesa e recurso, e as provas dos factos que seguiram para a condenação do arguido foram adquiridas nos termos permitidos pela lei; Não foi violado o direito à liberdade porque a prisão preventiva e aplicação de pena de prisão foram decretadas por juiz competente em processo próprio; não foram violados os direitos à inviolabilidade de correspondência e de telecomunicações, porque os elementos relativos à correspondência e telecomunicações não foram considerados para efeito de condenação; e finalmente, não foi violado o direito de protecção de dados pessoais, porque a recolha dactiloscópica a arguido detido é permitida pela lei e não depende do consentimento do arguido, e a análise dos vestígios recolhidos não carece de qualquer autorização, e tratando de uma perícia, vale pela sua qualidade técnica. demonstrada através do competente relatório.

Do exposto, somos de parecer que.

- O recurso de amparo constitucional preenche os pressupostos de admissibilidade, apesar da "opacidade" dos pedidos.*
- Nada há a promover sobre medida provisória.*
- Não se mostra necessário qualquer providência porque não há sinais de quaisquer violações a direitos, liberdades ou garantias fundamentais do recorrente, não se mostrando necessário qualquer concessão de amparo, e nem exequíveis aqueles que o recorrente solicitou.*

Vossas Excelências, porém, decidem, em vosso alto e legal critério, conforme o Direito. para fazer Justiça."

4. Em 17 de novembro de 2021, o Projeto de Acórdão elaborado pelo Relator foi distribuído aos Venerandos Juízes Conselheiros e o respetivo julgamento realizou-se no dia 19 de novembro do mesmo ano, observando todos os formalismos legais.

Cumpra, pois, apreciar e decidir o mérito do presente recurso de amparo.

II. Fundamentação

1. Neste julgamento, o Tribunal Constitucional é interpelado a escrutinar, essencialmente, as condutas admitidas nos termos do Acórdão nº 18/2021, de 16 de abril, a saber:

1.ª – Ter o Supremo Tribunal de Justiça, por meio do Acórdão n.º 10/2021, de 11 de janeiro, confirmado a condenação baseada em valoração de provas obtidas por meio de abertura da encomenda proveniente de Venezuela, sem o consentimento do seu destinatário e na ausência de mandado judicial. Portanto, provas que foram declaradas nulas pelo tribunal de instância por violação da garantia à não utilização de meios de provas obtidas através de intromissão abusiva na correspondência;

2.ª - Ter confirmado a condenação com base em provas obtidas na sequência de execução de mandados de busca e apreensão caducados;

3.ª - Ter confirmado a condenação com recurso a provas produzidas através da realização do exame dactiloscópico sem o seu consentimento nem autorização judicial.

Por conseguinte, ao ter negado provimento ao seu recurso, o Supremo Tribunal violou os seus direitos fundamentais à presunção da inocência, artigos 35º, n.º s. 1, 6 e 7, direito à intimidade e inviolabilidade do domicílio, artigos 41º e 43º,

processo justo e equitativo e liberdade, artigos 22º e 29º, inviolabilidade de correspondência e de telecomunicações e proteção de dados pessoais, artigos 44º e 45º, todos da CRCV.

Dos parâmetros indicados no parágrafo precedente, apenas podem ser considerados para avaliação das condutas admitidas a trâmite os que se referem à alegada violação da garantia à não utilização de meios de provas obtidas através de intromissão abusiva na correspondência; à utilização de mandados de busca e apreensão caducados, por alegada violação da garantia à não utilização de provas obtidas por meio de intromissão abusiva no seu domicílio e à realização do exame dactiloscópico sem o seu consentimento nem autorização judicial, por alegada violação da garantia contra autoinculpação e à garantia à proteção dos seus dados pessoais.

A avaliação dos parâmetros relacionados com a garantia de acesso à justiça e de um processo justo e equitativo, da presunção da inocência e da liberdade sobre o corpo dependerá da posição que o Tribunal adotar sobre a alegada violação das garantias contra a utilização de provas proibidas por violação da inviolabilidade da correspondência.

O parâmetro associado à garantia da inviolabilidade das telecomunicações deve ser liminarmente excluído, porque, não obstante ter sido emitido um ofício judicial dirigido à Direção da Cabo Verde Telecom, ao abrigo do artigo 308.º do Código de Processo Penal e dos artigos 44.º e 45.º da CRCV, solicitando determinadas informações relativas a eventuais comunicações por via do telemóvel do recorrente, e ter sido produzido um Relatório Intercalar que refere que houve solicitação de autorização judicial para se obter o histórico de comunicações telefónicas efetuadas pelo contacto número 935 10 72 junto das operadoras de comunicação móvel neste país, no período entre 20 de agosto a 20 de novembro do corrente ano; Autorização de leituras de memória do aparelho telemóvel da marca Samsung cor preta, Emails 357619080922665/01 e 357620080922663/01, bem como do respetivo cartão de memória, não há indícios de que alguma vez se fez uso dessa autorização e se o fez, não constam dos Autos sinais de que eventuais elementos que daí advieram tenham sido valorados e tenham contribuído para a condenação do recorrente.

O decisivo para a exclusão desse parâmetro é o facto de o recorrente, em momento algum, ter levado essa matéria ao conhecimento do Supremo Tribunal de Justiça. Tanto é que a mais alta instância judicial comum não se pronunciou sobre o direito à inviolabilidade das telecomunicações.

2. A primeira conduta a ser escrutinada está relacionada com o facto de o Supremo Tribunal de Justiça ter negado provimento ao recurso ordinário que o recorrente interpôs, confirmando a sua condenação, não obstante ter alegado que a sua condenação se baseou em provas declaradas nulas pelo tribunal de instância por violação da garantia à não utilização de meios de provas obtidas através de intromissão abusiva na correspondência.

Na perspetiva do impetrante, haveria que estabelecer um nexo de causalidade entre as provas que resultaram da apreensão da encomenda no âmbito do processo DHL, entretanto, declaradas nulas, e o material probatório com base no qual foi confirmada a sua condenação no âmbito do Recurso de Revista.

Isso porque as drogas e a arma de fogo que lhe foram apreendidas e serviram de prova para a sua condenação resultaram da execução dos mandados de busca e apreensão emitidos em 24 de abril e 21 de setembro de 2018 no âmbito do processo DHL.

Portanto, estando os dois mandados de busca relacionados com os Autos no âmbito dos quais foi aberta a encomenda postal DHL, não tem dúvida de que as provas apreendidas ao abrigo daqueles mandados são nulas, porque obtidas através de método proibido de obtenção de provas, conforme o previsto pelo n.º 8 do artigo 35.º da Constituição da República, conjugado com o disposto nos artigos 150.º, 151, al. c), 178.º, n.º 2, al. a) do CPP.

Reitera a alegação de que as provas utilizadas pelo Tribunal da Primeira Instância que contribuíram para a formação da convicção da Meritíssima Juíza que o condenou deveriam ter sido declaradas nulas por força da teoria do fruto da árvore envenenada, tendo-se socorrido para sustentar a sua tese das seguintes considerações que atribui ao Prof. Germano Marques da Silva: “*Os resultados ilegítimamente obtidos são assim não só privados de valor em si, mas nem sequer podem ser a base para futuras investigações e ter, por assim, efeito probatório indireto: devem ter-se como inexistentes*”. *E o que decorre do elemento literal do art. 32, n.º 8, da CRCP*” *todas as provas obtidas mediante...*, o que parece que abrange as provas direta e indiretamente obtidas através da ação ilícita, desde que seja possível estabelecer o nexo de causalidade e de imputação objetiva. Nesse sentido também aponta o elemento teleológico, na medida em que a relevância de certos direitos fundamentais (e, logo, o conteúdo do art.º 32.º, n.º 8 da CRP) seria ultrapassada por interesses que não podem considerar-se de maior relevância (a Constituição não atribui à perseguição penal maior relevo que aos direitos individuais fundamentais). Assim, haverá que averiguar, caso a caso, se a prova derivada só foi possível em virtude da prova viciada, não se verificando o efeito à distância quando ao mesmo resultado probatório se chegaria sem a prova viciada, como refere Manuel da Costa Andrade, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 2006, pág. 316” e o efeito só será de afastar quando tal seja imposto por razões atinentes ao nexo de causalidade ou de imputação objetiva entre a violação da proibição da produção da prova e a prova secundária.”

O Supremo Tribunal de Justiça considerou improcedentes as alegações do recorrente no que concerne à teoria sobre o fruto da árvore envenenada e, por conseguinte, não deu provimento ao recurso, na medida em que entendeu que a investigação levada a cabo pela Polícia Judiciária e que se traduziu na recolha de elementos de prova que serviram para a formação da convicção da Meritíssima Juíza, que o condenara, tinha sido empreendida sem atropelo aos direitos, liberdades e garantias constitucionais e processuais penais.

Compulsados os Autos e as decisões judiciais proferidas pelas diversas Instâncias que intervieram neste processo, verifica-se que, na verdade, houve emissão de mandados de buscas e apreensão no âmbito do processo DHL, tendo por alvo as residências do então suspeito e ora recorrente José Pires Gomes, os quais foram sendo renovados para efeito de regularidade temporal. Todavia, nenhum daqueles mandados foi executado.

Depois da separação do processo, a PJ adotou nova estratégia e logrou carrear para o processo os seguintes factos que foram determinantes para a condenação do recorrente:

“1. No dia 20 de novembro do ano de 2018, no período da manhã, por volta das 09 horas, inspetores da Polícia Judiciária, Paulo Cruz, José Mett e Nadine Andrade, montaram uma vigilância nas imediações da residência do arguido José Gomes Pires, mcp “Zito” na encosta de Achada Mato/Jamaica - Praia;

2. A dado momento, o arguido José Pires, saiu na rua e, nas mãos, detinha, uma picareta e uma bolsa de plástico (utilizadas para colocar lixo);

3. Ao se aperceber da presença de elementos da Polícia Judiciária, pôs-se em fuga e foi perseguido pela testemunha Paulo Cruz;

4. O arguido, durante a fuga deitou para o solo, a bolsa de plástico e a picareta;

5. Quando o arguido José Pires foi alcançado pela testemunha Paulo Cruz, empunhava uma arma de fogo;

6. Foi-lhe ordenado por aquela testemunha que deitasse para o chão a aludida arma de fogo;

7. *Ao invés, não acatou a ordem e lançou-a para o interior de um pardieiro em construção, onde se encontravam trabalhar o arguido Bernardino Monteiro Soares Rosa e a testemunha Amilton Emanuel Monteiro Rosa.*

8. *A bolsa referida em 4.º, foi recolhida pela testemunha José Mett e, no seu interior, continha, 03 (três) blocos de um pó branco, que submetido a exame toxicológico, reagiu positivamente para cocaína, com o peso de 3.240 grs. (três mil duzentas e quarenta gramas), substância incluída no Quadro 1 anexa à Lei n.º 78/IV/93, de 12 de julho;*

9. *A arma de fogo referida em S, submetida a exame pericial, revelou tratar-se de uma pistola semiautomática, de calibre 9 mm, Parabellum, de marca Walther, de modelo P-38, com o n.º de série 112031, de origem alemã, munida do carregador com 08 (oito) munições;*

10. *Trata-se de uma arma de fogo proibida e insuscetível de qualquer tipo de licença de utilização, por ser uma arma considerada de guerra;*

11. *A testemunha Paulo Cruz acabou por encontrar a arma referida supra, debaixo de um bloco no interior do pardieiro;*

12. *Após a detenção dos arguidos José Pires e Bernardino, foi realizada busca domiciliar nas residências do primeiro arguido sita em Achada Mato e Eugénio Lima;*

13. *Na sequência, foram apreendidos, de entre outros objetos os seguintes:*

- 12 (doze) tabletas e 03 (três) bolos/pães de uma substância enegrecida, que sujeita a exame toxicológico, reagiu positivamente para haxixe (9 - THC), com peso bruto de 3.540 (dois mil, quinhentas e quarenta) gramas, substância incluída no Quadro I anexa à Lei n.º 78/IV/93, de 12 de julho;
- 01 (uma) bolsa de plástico, contendo produto embranquecido, que sujeito a exame toxicológico, concluíram se tratar de metanfetamina, com peso bruto de 0.328 grs (zero vírgula trezentos e vinte e oito gramas);
- 02 (duas) bolsas de plástico, contendo produto de corte (ácido bórico com peso total de 150,253g (cento e cinquenta vírgula duzentos e cinquenta e três gramas e 25,850 g (vinte e cinco vírgula oitocentos e cinquenta gramas, respetivamente);
- Esc. 184.760\$00 (cento e oitenta e quatro mil setecentos e sessenta escudos) em dinheiro.

14. *Conhecia o arguido José Pires, a natureza e características dos produtos apreendidos;*

15. *Sabia que a detenção e ou venda de tais substâncias eram proibidas por lei;*

16. *O arguido atuou de forma livre e voluntário, tendo perfeito conhecimento que não lhe era permitido ter na sua posse arma de fogo, uma vez que sabia que a sua conduta era punível nos termos da lei penal.*

17. *O arguido agiu livre, deliberada e conscientemente, mesmo sabendo que tais comportamentos eram proibidos e punidos por lei.*

18. *Não são conhecidos antecedentes criminais ao arguido José Pires;*

19. *O arguido Bernardino tem antecedentes criminais;*

20. *O arguido José Pires é comerciante.”*

O impetrante não contestou a ocorrência desses factos, tendo-se limitado a defender que assim como o Tribunal da Primeira Instância tinha declarado nula a prova que resultara da abertura da encomenda DHL, sem consentimento do seu destinatário e sem autorização judicial, decisão idêntica deveria ter sido tomada relativamente às provas associadas aos factos suprarreferidos.

A decisão que declarou nula a prova obtida na sequência da abertura da encomenda postal sem o consentimento do destinatário e na ausência de autorização judicial corresponde ao entendimento firmado por esta Corte Constitucional no âmbito do Acórdão n.º 27/2018, de 20 de dezembro, proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 08/2017, em que foi recorrente Judy Iki Hills e recorrido o Supremo Tribunal de Justiça: “*Com a norma que garante a proteção da correspondência e das telecomunicações, em termos segundo os quais “é garantido o segredo da correspondência e das telecomunicações, salvo nos casos em que por decisão judicial proferida nos termos da lei de processo criminal for permitida a ingerência das autoridades públicas na correspondência ou nas telecomunicações”, e a que comina como “nulas todas as provas obtidas por meio de (...) abusiva intromissão na correspondência, nas telecomunicações, no domicílio e na vida privada”, completa-se o sistema, sendo evidente que o legislador constituinte considerou que o direito geral à privacidade é, mesmo na ausência de garantias específicas, invocável como causa de nulidade de provas, nos termos já discutidos supra.*”

Esse regime, de sua parte, foi concretizado pelo Código de Processo Penal, o qual, neste âmbito, deve ser considerado como um ato que materializa essas opções constitucionais e tenta harmonizar os interesses públicos de obtenção de provas necessárias a condenar as pessoas que cometem crimes – especialmente os que tenham a ver com a criminalidade organizada – com os direitos fundamentais à privacidade e à liberdade, destacando-se, no geral, a norma segundo a qual: “Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular. 4. A proibição de utilização da prova obtida pelos métodos referidos no presente artigo poderá ser declarada oficiosamente pelo tribunal, em qualquer estado ou fase do processo”, é o que dispõe o seu artigo 178.”

Relativamente à teoria do fruto da árvore envenenada invocada pelo recorrente, o Supremo Tribunal de Justiça sufragou a posição do Tribunal da Relação de Sotavento e considerou que este andou bem quando afastou a tese da árvore envenenada com base na seguinte fundamentação:

“ao proceder à fundamentação da matéria de facto na sentença, o tribunal afastou expressamente, a prova recolhida pela intromissão indevida na correspondência (encomenda), apoiando-se em dados objetivos recolhidos na audiência...”. Acrescentou: “in casu, não está em causa a utilização direta de meios de prova proibidos, porquanto a sentença recorrida, não se socorreu, para a formação da sua convicção, da correspondência, melhor dizendo, da encomenda indevidamente aberta, prova, aqui, declarada nula. O que o recorrente põe em causa, agora, é o efeito da declaração de nulidade dessas provas obtidas mediante intromissão indevida na correspondência, nas provas em que o tribunal recorrido se baseou e que, vistas, individualmente, não padecem de qualquer vício, em particular as apreensões realizadas”.

Na verdade, as provas constantes dos autos em relação às quais não haja nexo de causalidade com a(s) prova(s), bem como aquelas que sejam oriundas de fonte autónoma ou independente, são provas válidas, não estando contaminadas por aquelas que foram ilicitamente obtidas. É o caso nomeadamente das diligências de investigação realizadas, de forma independente da encomenda postal em causa, designadamente as apreensões levadas a cabo a 20.11.2018.

Como bem sustenta o PGR “há que em cada caso determinar se existe um nexo de antijuridicidade” que fundamente o “efeito-à-distância”, ou se, em diverso existe na prova subsequente um total grau de autonomia relativamente à prova inválida, que como dispõe os n.ºs. 2 e 3 do artigo 154º do CPP podem ser aproveitados.

Expressamente considerou o Acórdão impugnado, parafraseando Costa Andrade, que “encarando-se certo crime, que uma prova não é válida- caso da abertura da encomenda e subsequente apreensão do estupefaciente, que nela se encontrava, de 25 de setembro de 2017- tudo se passando como se não existisse, importa apurar em que medida, complementarmente, essa proibição se projeta prospectivamente ou não nos factos ou provas ulteriores (busca e apreensões de 20 de novembro de 2018), de que modo a anomalia refrange, comunicando-se, a outros meios de prova, à distância, tendo sempre presente que se a afirmação da culpabilidade penal do arguido é importante para a segurança coletiva e a afirmação do primado da lei sob o instinto primário e o restabelecimento da paz e da segurança, não menos importante é a materialização do julgamento à luz das regras preestabelecidas sem atropelo às garantias de defesa em favor do acusado. E ainda que “o efeito-à-distância das provas inválidas sobre outras pressupõe e não abdica da indagação dicotômica sobre a verificação ou não de um “nexo de antijuridicidade que aquele fundamento ou de um grau de independência, de autonomia, da prova relativamente à primeira, desta se destacando e se subtraindo.”

Para os defensores da teoria do fruto da árvore envenenada não aceitar o efeito à distância, equivaleria a não aceitar a nulidade da prova obtida por meio de tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral, abusiva intromissão na correspondência, nas telecomunicações, no domicílio ou na vida privada ou por outros meios ilícitos, como se prevê no n.º 8 do artigo 35.º da Lei Fundamental. Ou seja, na prática, seria permitir entrar pela janela aquilo que se quis proibir de entrar pela porta.

A teoria esposada pelo recorrente pode fazer sentido no sistema acusatório puro e completamente adversarial, donde é originária.

Num sistema basicamente acusatório, mas também preocupado com a descoberta da verdade material, na medida em que para tanto se usam meios próprios de um estado de direito baseado na dignidade da pessoa humana, essa teoria deve ser analisada com a devida ponderação, tendo em conta as normas constitucionais, sobretudo o que se dispõe no número 8 do artigo 35.º da Lei Fundamental.

É perfeitamente defensável que esta disposição não só abrange a proibição de utilização de provas diretamente obtidas de forma ilícita, mas também indiretamente ilícitas, ou aparentemente lícitas, nomeadamente, para evitar o esvaziamento das proibições decorrentes das provas nulas nos termos do suprarreferido preceito constitucional. Porém, essa proibição não pode ser considerada absoluta, posto que passível de ser ponderada com interesses públicos do Estado no que concerne à realização da justiça criminal e preservação da paz e da segurança.

Da interpretação do artigo 154.º do CPP conforme à Constituição, máxime do disposto no n.º 8 do artigo 35.º da CRCV, resulta que o legislador infraconstitucional adotou uma posição moderada, na medida em que reconhece os efeitos-à-distância da nulidade das provas obtidas de forma ilícita, designadamente pelos métodos proibidos de prova nos termos do artigo 178.º, mas atenuados com a possibilidade de se poder valorar as provas que não dependam daquelas que foram obtidas de forma ilícita, ainda que no âmbito do mesmo processo, ao estabelecer que:

“1. As nulidades tornarão inválido o acto em que se verificam, bem como os que dele dependerem e aquelas puderem afectar.

2. A declaração de nulidade determinará quais os actos que passam a considerar-se válidos e ordena, sempre que necessário e possível, a sua repetição, pondo as despesas a cargo do arguido, do assistente ou da parte civil que tenha dado causa, ilícita e culposamente, à nulidade.

3. A declaração de nulidade não obstará ao aproveitamento de todos os actos que ainda puderem ser salvos do efeito daquela.”

Assim, dos efeitos da declaração de nulidade de provas obtidas por métodos proibidos, como no caso de abertura de correspondência sem o mandado e sem consentimento do destinatário, o que constitui violação do direito à inviolabilidade relativa da correspondência, devem ser protegidas as provas que se autonomizam ou não dependem totalmente das provas declaradas nulas.

Dizemos com o Prof. Manuel da Costa Andrade, in *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, 1992, Coimbra Editora p. 314), “seria apressado acreditar que a proclamação do efeito-à-distância possa, só por si e sem mais, solucionar de forma esgotante e definitiva os múltiplos problemas prático-jurídicos que a este propósito se suscitam”. Por isso, será sempre necessário, para se chegar a uma decisão que se adegue ao caso concreto, proceder a um aturado e exímio labor de hermenêutica, tendo em atenção o tipo de proibição de prova violado, a natureza e relevo do direito e o bem jurídico ou interesse sacrificado.”

O nosso sistema não consagra um regime geral de proibição absoluta de provas indiretamente ilícitas ou obtidas a partir de outras viciadas. Com efeito, e, partindo do disposto no artigo 154.º do CPP, facilmente se chega à conclusão de que o nosso sistema permite que se faça uma abordagem caso a caso, tendo em atenção, designadamente, o tipo de proibição de prova violado, a natureza e relevo do direito e o bem jurídico ou interesse público associado à segurança e à correta administração da justiça penal.

Volvendo ao caso concreto, dir-se-ia que, pese embora o facto de ser comum o ponto de partida entre as investigações no âmbito do processo DHL e as que conduziram à detenção, prisão preventiva e ulteriormente à condenação do recorrente José Pires Gomes, as provas que fundamentam a culpabilidade deste não podem ser consideradas totalmente dependentes daquelas.

Enquanto que o procedimento que conduziu à detenção do arguido Anilton de Jesus Tavares Rocha baseou-se na apreensão e abertura da encomenda postal que continha uma determinada quantidade de droga, que este declarou que sabia de antemão que se destinava a José Pires Gomes e a partir daí as autoridades de polícia criminal direccionaram a investigação para as atividades delituosas do recorrente, as diligências de prova relativamente ao processo separado e no âmbito do qual o ora recorrente foi investigado, partindo de informações concedidas livremente pelo arguido Anilton de Jesus Tavares Rocha, contribuíram para a identificação do recorrente e o sucesso de iniciativas investigatórias, completamente autónomas das que foram realizadas no âmbito do processo DHL. Inclusive a emissão de mandado de busca e apreensão de cuja execução resultou a apreensão de certa quantidade de droga na residência do recorrente foi ordenada por um outro juiz e no âmbito do processo já separado.

Na verdade, na sequência da vigilância montada com vista à detenção do recorrente, este foi capturado em flagrante delito, e na posse de uma considerável quantidade de estupefacientes.

Na sequência da execução do mandado de busca e apreensão emitido por outro juiz, em 21 de setembro de 2018, com base em outros indícios, não se pode aceitar a tese de que existe um forte nexo de causalidade entre as provas declaradas nulas e as provas recolhidas após a detenção do recorrente.

Ocorrendo a detenção do arguido e a apreensão da arma e do estupefaciente arremessados em situação de flagrante delito, seguido de execução de mandado de busca e apreensão nos termos constitucionais e legais, não é convincente que se defenda que a prova que serviu de base para a condenação estava contaminada pela prova declarada nula no âmbito daquele outro processo. O fruto daquele ramo da árvore que esteve associado à encomenda proveniente da Venezuela, e oportunamente declarado nulo,

não contaminou a prova obtida licitamente, porquanto, resultado de investigação autónoma, independente, associada ao outro ramo da árvore, esta, sim, saudável, isenta de qualquer vício que pudesse beliscar qualquer direito, liberdade e garantia do recorrente.

Assim sendo, não foi condenado pela prática do crime concreto de importar substâncias proibidas da Venezuela, posto que a base probatória para se o atestar foi julgada nula, e como tal afastada liminarmente pelo tribunal de instância. Foi condenado porque estava na posse de estupefacientes e arma de fogo quando foi detido em flagrante delito e porque, por meio de busca e apreensão, numa das suas residências identificou-se mais produtos ilícitos.

O efeito de contaminação indireta da prova pode ocorrer, mas somente se houver uma relação de dependência exclusiva entre uma e a outra e uma continuidade inquebrável entre a prova obtida de forma ilícita e as outras provas, o que não se verifica no caso em apreço.

Improcede, pois, a alegação de que a prova declarada nula no âmbito do processo DHL teria contaminado as provas com base nas quais o recorrente foi condenado e, consequentemente, não se violou a garantia à não utilização de meios de provas obtidas através de intromissão abusiva na correspondência.

A decisão recorrida demonstra que o Tribunal alcançou a sua convicção sem ter lançado mão da prova declarada nula, conforme resulta da motivação que fez da matéria de facto, convicção que se mostra lógica e racional, apoiada nas regras da experiência comum.

Tendo sido recolhidas nas circunstâncias acima indicadas, tais provas não foram obtidas por meio de abusiva intromissão na correspondência.

3. É, pois, chegado o momento de apreciar a alegada violação do direito à inviolabilidade do domicílio e à intimidade da vida privada, consagrados nos artigos 41º e 43º da Constituição da República, por, supostamente, ter sido confirmada a condenação com base em provas obtidas na sequência de execução de mandados de busca e apreensão caducados.

Afirma o recorrente que o mandado de busca, de abril de 2018, só viria a ser executado em novembro de 2018, praticamente, passados sete meses sobre a sua autorização, violando o disposto no artigo 234º nº 5 do CPP.

Que dizer dessa alegação?

Tendo sido apreciada pelo Supremo Tribunal de Justiça e através do Acórdão nº 10/2021, foi desestimada nos seguintes termos:

“Alega o recorrente que a *“PJ desencadeou conjunto de diligências de provas susceptíveis de lesar os direitos fundamentais do recorrente, mormente execução de dois mandados de buscas já caducados, utilizaram amostras, impressões digitais, dados pessoais (...) sem autorização do tribunal e consentimento do recorrente”*.

A relação pronunciou-se expressamente sobre a alegada “caducidade de dois mandados de busca domiciliárias, respetivamente, datados de 24 de abril e de 2 de setembro de 2018, executadas apenas em 20 de novembro de 2018, conforme resulta dos autos a fls. 244, com base no mandado de busca emitido em 21 de setembro de 2018, executado, exatamente, 60 dias depois, portanto, dentro do prazo máximo, legalmente estabelecido, nos termos do disposto no nº 5, do artigo 234º, do C. P. Penal” e que, quanto ao “mandado datado de 3 de janeiro de 2018, trata-se de um mandado de detenção, consta dos autos a fls. 242 e 243 e, conforme se referiu na decisão ora em escrutínio, não foi cumprido, porquanto, o arguido foi detido em flagrante delito, no dia 20 de novembro de 2018, na sequência de ter arremessado a bolsa com o produto estupefaciente e a arma, que foram apreendidos pela PJ”.

Compulsados os autos foi possível verificar a existência do mandado de detenção que havia sido promovido pelo Ministério Público e autorizado por uma Magistrada Judicial (Mandado n.º 11/2017-18, de 3 de janeiro de 2018), o qual foi sendo renovado para salvaguardar a regularidade temporal, já que, como muito bem ajuizaram as instâncias que intervieram no processo em sede recursal, o mandado de busca e apreensão tem validade de 60 dias.

Acontece, porém, que o mandado ao abrigo do qual se realizou a busca e apreensão das provas que serviram de fundamento para a condenação do recorrente não foi aquele que o recorrente diz que foi executado, mas sim um outro mandado com a data de 21 de setembro de 2021 (cf. fls. 215 e 216 dos Autos do processo n.º 1522/2018), emitido por um outro juiz e executado em 20 de novembro de 2018.

Dispõe o artigo 234º nº 3 que *“as revistas e as buscas serão autorizadas ou ordenadas pela autoridade judiciária competente”*. O nº 5 deste mesmo artigo preceitua que *“o despacho referido no nº 3 tem um prazo máximo de validade de 60 dias, sob pena de nulidade”*.

Portanto, procedendo conforme o disposto no artigo acima referido, o prazo para a execução do mandado de 21 de setembro de 2018 terminaria a 20 de novembro de 2018.

Nestes termos, são consideradas improcedentes as alegações respeitantes aos mandados de busca e apreensão, e, consequentemente, não se violou o direito à intimidade da vida privada nem o direito à inviolabilidade do domicílio previstos nos artigos 41º e 43º da Constituição da República de Cabo Verde.

4. A terceira conduta admitida a trâmite releva da confirmação da condenação do impetrante com base em provas produzidas através da realização do exame dactiloscópico sem o seu consentimento nem autorização judicial.

Alega o recorrente que os agentes da PJ, de forma autónoma, sem autorização do Juiz de Instrução, e sem o seu consentimento, tendo à sua disposição dados (pessoais digitais) que tinham recolhido na sequência de um outro processo, procederam à comparação (dactiloscópica); que esse procedimento viola o seu direito à presunção de inocência, o direito a um processo justo e equitativo, sua estratégia de defesa e o direito à não autoincriminação e a garantia de proteção de dados pessoais.

O Supremo Tribunal de Justiça refutou essas alegações da seguinte forma: *“quanto à recolha de elementos dactiloscópicos aos suspeitos de prática de crime, que tenham comparecido na Polícia Judiciária a mesma é permitida ao pessoal da investigação criminal, nos termos do art. 6º, nº 4, da Lei Orgânica da PJ, aprovada pelo Decreto-Legislativo 4/93 de 12.05., e alterada pelo Decreto-Legislativo nº 5/97, de 05.05. Segundo os pontos 2, 3, 4 e 7 da matéria de facto infra, o ora recorrente arremessou para o chão nomeadamente uma bolsa de plástico que continha “03 (três) blocos de um pó branco, que submetido a exame toxicológico, reagiu positivamente para cocaína, com peso de 3.240grs (três mil duzentos e quarenta gramas), substância incluída no Quadro I anexa à lei n.º 78/IV/93, de 12 de julho”. A PJ procedeu à comparação dos vestígios digitais encontrados nessa bolsa, que o arguido arremessou, ao ver os agentes da PJ próximos à sua casa, com os vestígios existentes nos seus arquivos.*

Visto que essas provas foram adquiridas sem que sejam um resultado daquelas provas que se mostram ilícitas, as mesmas não se mostram contaminadas, contrariamente ao que defende o recorrente pelo que improcede nesta parte a presente impugnação.”

Efetivamente, o Decreto-Legislativo nº 5/97, de 05 de maio, entretanto, alterado pelo Decreto-Legislativo n.º 1/2008, de 18 de agosto, confere ao pessoal de investigação criminal a possibilidade de identificar suspeitos recorrendo,

designadamente, à recolha de elementos dactiloscópicos, como se pode constatar pela simples leitura do disposto no n.º 2 do artigo 6.º do supracitado primitivo diploma legal: *“É permitido ao pessoal de investigação criminal proceder à identificação de qualquer pessoa encontrada em lugar aberto ao público ou sujeito à vigilância policial, podendo ser conduzido ao departamento policial mais próximo, desde que recaiam fundadas suspeitas da prática de um facto punível, para, se necessário, proceder à sua identificação e ou recolha de elementos dactiloscópicos, fotográficos ou outros de natureza análoga, e pelo tempo que for estritamente necessário, não podendo ultrapassar, para esse efeito três horas.”*

Por outro lado, a identificação dactiloscópica dos suspeitos da prática de crimes, quando não seja possível fazê-lo por meios menos invasivos, faz parte das medidas cautelares dos Órgãos de Polícia Criminal, nos termos do n.º 6 do artigo 228.º do CPP.

O recorrente não contesta o procedimento que terá sido adotado quando foram recolhidos os seus dados digitais pela Polícia Científica cabo-verdiana. Presume-se, pois, que não foi coagido a ceder as suas impressões digitais e que as mesmas foram obtidas mediante procedimento legalmente estabelecido.

Contesta apenas a diligência que se consubstanciou na comparação dos vestígios encontrados na bolsa que continha cocaína e que foi por ele arremessada com os dados digitais que se encontravam legalmente armazenados no banco de dados da Polícia Judiciária. isto, alegadamente, por não ter dado o seu consentimento, mas também por não ter sido autorizada por um juiz.

Ora, as impressões digitais, desde que recolhidas de forma lícita, constituem, a um tempo, mecanismo subsidiário de identificação de suspeitos e termo de comparação com eventuais vestígios que possam ser encontrados em objetos usados ou manejados no cometimento de crimes em investigação.

Neste sentido, aplica-se o princípio da liberdade e legalidade da prova, ou seja, em processo penal a prova é livre, podendo ser feita por qualquer meio admitido em direito e sem dependência de sua apresentação prévia, salvo disposição legal expressa em contrário.

A prova obtida através da comparação dactiloscópica é considerada prova pericial, porquanto a sua realização exige especiais conhecimentos técnicos e cuja valoração, em princípio, está subtraída à livre apreciação do julgador.

A realização da comparação entre os dados biométricos legalmente recolhidos e os vestígios encontrados em objetos que terão sido usados pelo suspeito não depende do consentimento do suspeito.

É claro que a identificação de suspeitos por via da recolha de dados biométricos, designadamente de impressões digitais, e o tratamento desses dados é questão sensível que deve ser analisada com muito cuidado. Desde logo porque a proteção de dados pessoais tem tutela constitucional, designadamente, pelo facto de a Constituição da República, no seu artigo 45.º, n.º 3 remeter para a lei, a regulação da matéria relativa à proteção de dados pessoais constantes de registos informáticos expressando-se da seguinte forma: *“A lei regula a protecção de dados pessoais constantes dos registos informáticos, as condições de acesso aos bancos de dados, de constituição e utilização por autoridades públicas e entidades privadas de tais bancos ou de suportes informáticos dos mesmos”*. E nos termos do n.º 7 do mesmo preceito constitucional se estende a mesma proteção aos dados pessoais constantes de ficheiros manuais, na medida em que se estabelece que *“os dados pessoais constantes de ficheiros manuais gozam de protecção idêntica à prevista nos números anteriores, nos termos da lei.”*

O Tribunal Constitucional já se tinha referido à proteção constitucional de dados pessoais, quando, em 2018, no âmbito do Recurso de Amparo n.º 27/2018, de 20 de dezembro, publicado no *Boletim Oficial* I Série, n.º 11, de 31 de janeiro de 2019, aludiu, em termos genéricos, a esses dados, nos seguintes termos: *Ao serem admitidas e usadas provas resultantes de leitura de dados de comunicações telefónicas do recorrente fora do apertado quadro legal permitido por lei, nomeadamente sem autorização judicial, se consignou que “não se diz em nenhum momento que as pessoas têm garantias fundamentais subjetivas relacionadas ao tratamento dos seus dados, mas ainda assim esta é a conclusão mais conforme que se retira do regime constitucional quando estabelece essas garantias específicas. Desde logo, em razão daquilo que já se disse, isto é, que se está perante um regime complexo composto por direitos substantivos e por garantias fundamentais; segundo, porque subjacente às disposições citadas e como reflexos que delas imanam está, no fundo, o reconhecimento de que as pessoas têm uma proteção subjetiva e fundamental em relação aos seus dados pessoais, que cobre não só o direito de a eles aceder, de os retificar e atualizar e de ser informado sobre a sua finalidade, mas também de controlar a sua recolha, o seu tratamento, o seu acesso por outras entidades e a sua transferência e de ter um sistema de monitorização que os proteja, além de subsistir o seu direito ao habeas data.”*

E, no ano seguinte, em 2019, ao emitir o Parecer n.º 1/2019, de 17 de abril, sobre o artigo 2º do ato legislativo de revisão da lei de investigação criminal na parte em que altera o seu artigo 14), publicado no *Boletim Oficial* I Série n.º 44, de 18 de abril de 2019, o Coletivo desta Corte, tendo-se reportado ao suprarreferido Acórdão n.º 27/2018, de 20 de dezembro, considerou que: *“O direito geral à privacidade já havia sido objeto de consideração por parte do Tribunal. (...) Esses direitos assumem, no geral, desde logo de um ponto de vista fundacional, uma posição central no Estado de Direito Democrático, sendo, em concreto, primeiro, garantias do direito à intimidade da vida privada e familiar, portanto relacionando-se ao que se pode denominar direito à privacidade, e, reflexivamente, segundo, do próprio direito à liberdade, nomeadamente sobre o corpo. Isto porque o direito geral à privacidade não deixa de ser uma manifestação qualificada da liberdade individual, na medida em que pressupõe que o indivíduo mesmo estando e vivendo em sociedade tenha um espaço livre, vedado à intervenção do Estado ou de outros particulares, em que ele desenvolve a sua personalidade sem escrutínio externo, projetando a sua existência do modo como lhe aprouver, controlando, a um tempo, informações sobre si...”*

No que diz respeito especificamente ao tratamento de dados biométricos, nomeadamente impressões digitais, a Comissão Nacional de Proteção de Dados, ao conceder a Autorização n.º 130/2016, no âmbito do Processo n.º 100/2016, para que uma instituição de ensino superior pudesse recolher e fazer tratamento de dados biométricos (impressão digital) dos seus trabalhadores, tendo como finalidade o controlo de assiduidade, considerou que os dados biométricos podem ser definidos como *“propriedades biológicas, características fisiológicas, traços físicos ou ações reproduzíveis* na medida em que essas características e/ou ações sejam simultaneamente únicas a essa pessoa e mensuráveis, mesmo que os padrões utilizados na prática para medi-las tecnicamente envolvam um certo grau de probabilidade.”* (Cf. Parecer 4/2007, do grupo de trabalho de proteção de dados do artigo 29º sobre o conceito de Dados pessoais, pág. 9.)

[...]

Ante esta definição, é incontroverso que as impressões digitais incluem nos traços físicos.

[...]

Os dados biométricos são elementos intrínsecos de cada indivíduo e, portanto, revelador de sua identidade. "Cada homem é um ser em si mesmo e só igual a si mesmo"

A alínea a) do n.º 1 do artigo 5.º da Lei n.º 133/V/VIII, de 22 de janeiro, alterada e republicada pela Lei n.º 41/VIII/2013, de 17 de setembro, define dados pessoais como sendo "qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte, incluindo som e imagem relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável, "titular de dados". Acresce o n.º 2 do mesmo artigo que "é considerada identificável a pessoa que possa ser identificada, direta ou indiretamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica e psíquica, económica, cultural ou social."

Como já dissemos, as impressões digitais são dados biométricos, e estes fornecem informações de determinada pessoa e podem ser utilizados para identificar a pessoa. É este o caso em apreço, porquanto o sistema visa controlar a assiduidade por parte dos funcionários através da sua autenticação/verificação e posterior identificação,

Assim sendo, as impressões digitais são consideradas como de conteúdo de informação sobre certa pessoa singular. Logo são dados pessoais nos termos antes referidos, devendo assim o seu tratamento respeitar todos os princípios e condições estabelecidos na LPDP."

Considerando que as impressões digitais recolhidas em contexto de investigação criminal são dados pessoais, devem ser recolhidas por quem tenha legitimidade, armazenados e tratados de acordo com *leges artis* específicas de cada entidade legitimada para o efeito, devendo aplicar-se subsidiariamente os princípios insertos no Regime Jurídico Geral de Proteção de Dados Pessoais das Pessoa Singulares.

Uma das fontes de legitimidade ou condições de legitimidade do tratamento de dados é, nos termos da alínea d) do artigo 7.º do Regime Jurídico Geral de Proteção de Dados Pessoais das Pessoas Singulares aprovado pela Lei n.º 133/V/2001, de 22 de janeiro, alterada pela segunda vez pela Lei n.º 121/IX/2021, a *execução de uma missão de interesse público ou no exercício de autoridade pública em que esteja investido o responsável pelo tratamento ou um terceiro a quem os dados sejam comunicados.*

O tratamento de dados pessoais deve processar-se no estrito respeito pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais das pessoas singulares, em especial pelo direito à intimidade da vida privada e familiar.

Portanto, no caso em apreço, a legitimidade da PJ decorre da justificação adequada da necessidade de socorrer-se de elementos constantes da sua base de dados para realizar a perícia que se mostrar essencial para a execução da sua missão que é de auxiliar os Tribunais na realização da investigação, designadamente, através de recolha de provas. Por conseguinte, a Polícia Científica não carece de consentimento do visado nem da prévia autorização judiciária para a realização de provas periciais que sejam da sua competência.

O Estado precisa de mecanismos para assegurar interesses públicos de extrema importância como a proteção de bens jurídicos essenciais e, mormente, a segurança que é evidentemente debilitada pela prática de crimes, pelo que o recurso a dados constantes de outro processo por parte da PJ para se provar a identidade de determinada pessoa suspeita, não é, constitucionalmente, ilegítimo. Havendo base legal para tanto, como há, nenhum problema constitucional se coloca a este nível, não se podendo igualmente censurar o órgão recorrido por não ter considerado provas obtidas desta forma como nulas.

Tratou-se de realização de uma diligência que se revelou necessária, adequada e proporcional para a efetivação da justiça penal, uma das tarefas fundamentais do Estado.

Ao realizar-se a comparação entre os dados digitais, legalmente recolhidos, e os vestígios encontrados em objetos que foram usados pelo suspeito, ora recorrente, não se violou nenhum direito, liberdade e garantia de sua titularidade.

O Supremo Tribunal de Justiça, ao negar provimento ao recurso ordinário que o recorrente interpôs, malgrado se ter realizado exame dactiloscópico sem o seu consentimento, não vulnerou a garantia contra autoinculpação e a garantia à não utilização de provas obtidas por meios proibidos por violação da sua garantia aos dados pessoais.

5. Tinha ficado consignado que a análise das condutas admitidas à luz dos parâmetros relacionados com a garantia de acesso à justiça e ao processo justo e equitativo, da presunção da inocência e a liberdade sobre o corpo dependeria da posição que fosse adotada sobre a alegada violação das garantias contra a utilização de provas proibidas por violação da inviolabilidade da correspondência.

Tendo o Tribunal Constitucional chegado à conclusão de que o Acórdão n.º 10/2021, de 11 de janeiro, proferido pelo Venerando Supremo Tribunal de Justiça, não violou o direito à inviolabilidade da correspondência do recorrente e que as provas com base nas quais foi condenado não se encontravam contaminadas pelas provas declaradas nulas no âmbito do processo DHL, o conhecimento da alegação de violação daquelas garantias fica prejudicado.

III. Decisão

Nestes termos, os Juízes Conselheiros do Tribunal Constitucional, reunidos em Plenário, decidem, por unanimidade, pela improcedência do recurso de amparo interposto por José Pires Gomes, na medida em que o Supremo Tribunal de Justiça, através do Acórdão n.º 10/2021, de 11 de janeiro:

- a) Não violou a garantia à não utilização de meios de provas obtidas através de intromissão abusiva na sua correspondência ao considerar que o recorrente não foi condenado com base em provas contaminadas indiretamente pela utilização de provas obtidas por meio de ingerência ilícita em encomenda que se destinava ao recorrente;
- b) Não violou a garantia à não utilização de provas obtidas por meio de intromissão abusiva no seu domicílio ao considerar que o mandado de busca e apreensão que permitiu a recolha de provas na sua residência não estava caducado;
- c) Não violou a garantia à não utilização de provas obtidas por meios proibidos por violação da sua garantia contra autoincriminação e à garantia à proteção dos seus dados pessoais, ao considerar provas obtidas por meio de exame dactiloscópico efetuado sem o consentimento do recorrente com base em impressões digitais recolhidas em outro processo.

Praia, 20 de novembro de 2021.

João Pinto Semedo (Relator)

Aristides R. Lima

José Pina Delgado

Está conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 20 de novembro de 2021. — O Secretário, *João Borges*

Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 21/2021, em que é recorrente **Pedro dos Santos da Veiga** e entidade recorrida o **Supremo Tribunal de Justiça**.

Acórdão nº 51/2021**I – Relatório**

1. **Pedro dos Santos da Veiga**, com os demais sinais de identificação nos Autos, não se conformando com o Acórdão n.º 88/2021, de 20 de julho, proferido pelo Venerando Supremo Tribunal de Justiça, que indeferiu a Providência de *Habeas Corpus* n.º 80/2021, veio, nos termos do artigo 20.º, n.º 1, al. a) e b) e n.º 2 da Constituição da República, e dos artigos 1.º e 8.º da Lei n.º 109/IV/94, de 24 de Outubro (Lei do Amparo), interpor o presente recurso de amparo, requerendo ainda a adoção de medidas provisórias, nos termos dos artigos 11.º e 14.º da Lei do Amparo, alegando, em síntese, que:

1.1. Foi detido no dia 20 de julho de 2021 e, na sequência do primeiro interrogatório judicial, foi-lhe decretada como medida de coação pessoal a prisão preventiva, por estar indiciado na prática dos crimes de tráfico de drogas, associação criminosa para tráfico de drogas e lavagem de capitais, previstos na Lei n.º 78/IV/93 e na Lei n.º 38/VII/2009, respetivamente.

1.2. Findo o interrogatório de arguido detido, o Juiz do 3.º Juízo Crime do Tribunal Judicial da Comarca da Praia informou-lhe que tinha que aguardar os ulteriores termos do processo em prisão preventiva.

1.3. Até ao momento em que deu entrada a Providência de *Habeas Corpus* nem o recorrente nem o seu mandatário tinham sido notificados de qualquer despacho judicial fundamentado e que legitimasse que o recorrente continuasse na situação que se encontra.

1.4. Volvidos mais de quarenta e oito horas depois da realização do primeiro interrogatório do arguido detido, ainda não tinha conhecimento do despacho que restringiu o seu direito fundamental à liberdade sobre o corpo.

1.5. Por entender que se encontrava preso por facto que a lei não permite, requereu *Habeas corpus* junto do Supremo Tribunal de Justiça, alegando a violação do disposto no artigo 36.º da Constituição da República de Cabo Verde e na alínea c) do artigo 18.º do Código de Processo Penal.

1.6. O Supremo Tribunal de Justiça indeferiu a sua pretensão por entender que o despacho judicial que havia decretado a prisão preventiva não violou a norma da alínea c) do artigo 18.º do CPP, nem qualquer outra disposição legal sobre a liberdade sobre o corpo.

1.7. Para o impugnante, o despacho a que se refere o parágrafo anterior não se encontrava fundamentado, o que constitui violação dos artigos 30.º e 31.º da CRCV, segundo os quais, as decisões restritivas de direitos fundamentais têm de ser previamente fundamentadas.

1.8. O facto de não ter recebido nem assinado qualquer notificação relativamente à decisão de aguardar os ulteriores termos do processo em prisão preventiva, apesar do dever de notificação que se extrai das normas contidas nos artigos 141.º e 142.º do CPP, viola o direito ao contraditório, à audiência prévia, ao recurso, à presunção de inocência, a um processo justo e equitativo, à liberdade, previstos nos artigos 22.º, 29.º, 30.º, 35.º n.ºs 1, 6 e 7, todos da CRCV.

1.9. O presente recurso incorpora um pedido de adoção de medida provisória que será apreciado mais adiante.

1.10. Termina o seu requerimento, pedindo que o presente recurso seja admitido, que seja aplicada a medida provisória e sejam restabelecidos os direitos à liberdade, à presunção de inocência, a um processo justo e equitativo, à audiência, ao contraditório e ao recurso.

2. Cumprindo o estabelecido no artigo 12.º da Lei do Amparo, foram os autos com vista ao Ministério Público para emitir o Parecer sobre a admissibilidade do recurso.

Sua Excelência o Senhor Procurador-Geral da República emitiu o douto Parecer constante de fls. 18 a 22 dos presentes Autos, tendo concluído que o presente o recurso de amparo constitucional pode ser admitido, desde que ao recorrente fosse dada oportunidade para indicar com precisão qual o amparo que pretende que lhe seja concedido.

3. É, pois, chegado o momento de apreciar e decidir sobre a admissibilidade do presente recurso de amparo.

II - Fundamentação

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

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

- a) *O Recurso de amparo pode ser interposto contra atos ou omissões dos poderes públicos lesivos dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, depois de esgotadas todas as vias de recurso ordinário;*
- b) *O recurso de amparo pode ser requerido em simples petição, tem carácter urgente e o seu processamento deve ser baseado no princípio da sumariedade.”*

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

Acompanha-se a análise de Manuel Carrasco Durán, citado por Catarina Santos Botelho na obra intitulada *A Tutela Direta dos Direitos Fundamentais, Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional*, Almedina, 2010, p. 217, quando diz que o recurso de amparo apresenta-se como um instrumento jurisdicional vocacionado para a proteção de determinados direitos fundamentais, cujo conhecimento se atribui ao Tribunal Constitucional, e que se caracteriza pelos princípios da subsidiariedade e excecionalidade.

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

O recurso de amparo está destinado unicamente à proteção de direitos fundamentais, pelo que está vedado ao Tribunal Constitucional conhecer de questões de legalidade ordinária conexas, como se depreende do teor literal do n.º 3 do art.º 2.º da Lei do Amparo.

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

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

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

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

2. Tratando-se de um recurso de amparo contra uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça, importa verificar se existe alguma razão que possa impedir a sua admissão, atento o disposto no artigo 16.º da Lei do Amparo.

O recurso não será admitido quando:

a) *Tenha sido interposto fora do prazo*

O recurso de amparo é interposto no prazo de vinte dias contados da data da notificação da decisão, sempre que a questão seja suscitada em processo que corre termos nos tribunais, atento o disposto no artigo 5.º da Lei do Amparo.

Nos casos em que se interpõe recurso de amparo constitucional contra decisões de órgão judicial, o prazo a que se refere o artigo 5.º conta-se da data da notificação do despacho que tenha recusado a violação alegadamente praticada.

No caso *sub judice* o Acórdão n.º 88/2021, de 30 de julho foi notificado ao mandatário do recorrente, em 04 de agosto de 2021, através do respetivo email e o presente recurso de amparo deu entrada na Secretaria do Tribunal Constitucional a 27 de agosto de 2021, pelo que o mesmo se mostra tempestivamente apresentado, atento o estabelecido no n.º 1 do artigo 5.º da Lei do Amparo, conjugado com o disposto no n.º 2 do artigo 137.º do CPC, aplicável com as necessárias adaptações ex vi do artigo 1.º da Lei do Amparo.

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

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

Conforme o artigo 8.º da lei do amparo:

“1. Na petição o recorrente deverá:

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

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

Para o recorrente, a conduta da entidade recorrida traduziu-se no indeferimento do seu pedido de *Habeas Corpus* com fundamento na inexistência da alegada ilegalidade por falta de notificação do despacho que lhe aplicou a prisão preventiva, o que seria, do ponto de vista do Tribunal *a quo*, uma mera irregularidade, encontrando-se o Acórdão n.º 88/2021 motivado nos seguintes termos:

(...)

“Assim, a questão central que se coloca respeita não à ausência de notificação que aplicou a prisão preventiva, mas sim à não entrega imediata da correspondente cópia no momento em que “o Mm.º Juiz procedeu a leitura do despacho”.

(...)

“Tal como se decidiu no aresto mencionado, a situação concreta dos presentes autos, embora reflita uma prática que não deve prevalecer, todavia, não evidencia uma ilegalidade manifesta, mas sim mera irregularidade na notificação do despacho que decretou a prisão preventiva do arguido, o que não se reconduz a nenhum dos fundamentos para se decretar a providência HC, mormente o alegado fundamento previsto na al. c) do art.º 18.º do CPP- ser a prisão motivada por fato pela qual a lei não permite-, atendendo à natureza excepcional da mencionada providência.

O que se pode apontar no caso em tela é a existência de uma irregularidade na notificação do despacho proferido pelo Mmo Juiz “a quo”, e não ausência de notificação.

com os fundamentos expostos, acordam os juízes desta Secção em indeferir providência requerida por falta de fundamento bastante, nos termos do art.º 20º nº 4, al. d), do CPP.”

Na perspetiva do impetrante, o acórdão recorrido violou o seu direito ao contraditório, à audiência prévia, ao recurso, à presunção de inocência, a um processo justo e equitativo, à liberdade, previstos nos artigos 22º, 29º, 30º, 35.º s.º 1, 6 e 7, todos da CRCV.

Mas o Tribunal, a partir das condutas impugnadas, pode, officiosamente, adequar os parâmetros de escrutínio, tendo em conta o disposto no n.º 1 do artigo 24.º da Lei do Amparo, segundo o qual *“O Tribunal pode decidir com fundamento diverso do invocado pelo recorrente e outorgar amparo distinto daquele que foi requerido”* e as orientações constantes dos Acórdãos n.º 15/2020, de 30 de abril de 2020 e n.º 26/2020, de 09 de julho de 2020, publicados no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 86, de 23 de julho de 2020 e no site do Tribunal Constitucional, respetivamente. Portanto, os parâmetros de escrutínio serão o direito à liberdade sobre o corpo e o direito ao recurso.

Apesar da exigência legal no sentido de se resumir as razões de facto e de direito que sustentam a petição, a fundamentação do presente recurso apresenta-se relativamente extensa, o que pode ser compreensível tendo em conta o facto de o recorrente ter pretendido descrever o percurso e as vicissitudes processuais desde o início até ao presente, procurando ainda demonstrar o desacerto da posição vertida no acórdão impugnado e as razões que militam a seu favor. O impetrante formulou conclusões de acordo com as exigências legais. Nos termos do n.º 2 do artigo 8.º da Lei do Amparo: *“a petição terminará com o pedido de amparo constitucional no qual se indicará o amparo que o recorrente entende dever ser-lhe concedido para preservar ou restabelecer os direitos.”*

O recorrente requer que seja admitido e julgado procedente o seu recurso, com a consequente revogação da decisão impugnada, que sejam restabelecidos os seus direitos, liberdades e garantia fundamentais alegadamente violados e solicita, a título de medida provisória, a sua soltura imediata.

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

c) O requerente não tiver legitimidade para recorrer

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

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

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

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

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

A partir do Acórdão n.º 11/17, de 22 de junho, o Tribunal Constitucional começou a escrutinar especificadamente os requisitos previstos na alínea c) do artigo 3.º da Lei do Amparo. Nesse sentido, veja-se o Acórdão n.º 13/2017, de 20 de julho, publicado na I Série do *Boletim Oficial* n.º 47, de 8 de agosto de 2017, no âmbito do qual se firmou o entendimento de que, sempre que possível, é de se exigir que o recorrente demonstre ter invocado perante a instância recorrida a violação do direito alegadamente violado em termos perceptíveis, que tenha requerido a sua reparação e que a violação não tenha sido reparada.

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

Tendo, no entanto, constatado que não havia nos Autos elementos que permitissem que o Tribunal aquilatasse se o mesmo recorrente tinha interposto outros recursos em que eventualmente tivesse requerido medidas substancialmente equivalentes ao amparo que ora solicita, a Corte Constitucional houve por bem solicitar informação junto do Supremo Tribunal de Justiça e do Tribunal da Relação de Sotavento no sentido de se informar

se havia processos pendentes que poderiam obstar ao conhecimento deste recurso, por falta de esgotamento das vias ordinárias de recurso.

O Egrégio Supremo Tribunal de Justiça informou que não se encontrava pendente nenhum recurso ou reclamação a favor do Senhor Pedro dos Santos da Veiga e que o único processo que tramitou no STJ tendo como requerente o ora recorrente é a Providência de Habeas Corpus n.º 80/2021, o qual já foi decidido através Acórdão n.º 88/2021, de 30 de julho.

Já o Venerando Tribunal da Relação de Sotavento dignou-se informar que se encontra pendente o Recurso Ordinário registado sob o n.º 146/2021, tendo sido autuado desde o dia 15 de setembro de 2021.

Da leitura da cópia da petição desse recurso, constatou-se que o recorrente, juntamente com os arguidos José Rui Tavares Afonseca e Ailson Semedo Mendes, recorreram da decisão do Mm.º Juiz do Tribunal da Comarca da Praia que lhes tinha aplicado a prisão preventiva, sem justificar a insuficiência das outras medidas de coação pessoal, como previsto na lei processual penal, e pediram a substituição da prisão preventiva por outra medida de coação não privativa de liberdade, tendo, para o efeito, formulando as seguintes conclusões:

“a) As provas existem (as alegadas escutas que até hoje os arguidos desconhecem apesar de solicitado acesso, sem sucesso) são frágeis e insustentáveis para a aplicação da medida tão grave como a prisão preventiva.

b) A medida de coação aplicada – prisão preventiva – não tem qualquer suporte de facto ou de direito, constituindo outrossim, um atentado à sua identidade, como sujeito, livre e responsável, à sua dignidade, como ser humano, à sua equidade – igualdade de direitos e obrigações – e sobretudo à sua liberdade de acção e opinião.

c) O despacho, que aplica aos arguidos a medida de prisão preventiva carece de fundamentos, concretos e ajustados ao caso concreto, que levou o Tribunal a quo aplicar a medida de coação – prisão preventiva, aos recorrentes, pois a prisão preventiva não é nem pode ser nunca uma antecipação de uma pena.

d) No caso concreto não estão preenchidos os pressupostos de “perigo de continuação da actividade criminosa”

e) A medida de coação de prisão preventiva fixada aos recorrentes viola flagrantemente os princípios da “necessidade, adequação e proporcionalidade”.

Nestes termos e nos melhores de direito deve o despacho, ora recorrido, ser revogado e a medida de coação pessoal que aos arguidos estão sujeitos, ser substituída por outra não privativa de liberdade, pois a medida de coação aplicada, prisão preventiva é inadequada às exigências cautelares que a situação requer, devendo ser substituída por apresentações periódicas ainda que diárias e/ou obrigação de permanência na habitação, procedendo assim estar a V. Exa. A fazer a acostumada justiça.”

Neste recurso de amparo, apesar da fundamentação do mesmo se basear na alegada falta de notificação do despacho judicial que decretou a prisão preventiva, o amparo pretendido traduz-se na restituição da liberdade sobre o corpo.

Parece, pois, evidente que o amparo que se requer nestes Autos é substancialmente idêntico ao pedido que se formulou no âmbito do recurso ordinário pendente no Tribunal da Relação de Sotavento.

Portanto, a tutela do direito alegadamente violado pela decisão confirmada pelo indeferimento da Providência de *Habeas Corpus* ainda poderá ser concedida pelo Tribunal da Relação de Sotavento, caso este venha a conceder provimento ao seu recurso ordinário.

Por tudo o que fica exposto, não deixa de ser anómala a estratégia adotada pelo recorrente, com a qual o sistema de proteção de direitos, liberdades e garantias não pode pactuar, sob pena de se permitir a introdução de perturbações incompatíveis com a confiança e a segurança que o sistema judicial, em geral, e a Justiça Constitucional, em especial, devem transmitir à sociedade.

Esta Corte tem uma jurisprudência firme sobre o esgotamento de todos os meios legais de defesa dos direitos, liberdades e garantias e todas as vias de recurso ordinário estabelecidas pela respetiva lei do processo, como se pode comprovar através das orientações vertidas, nomeadamente, para os seguintes arestos: Acórdão nº 28/2020, de 24 de julho, proferido nos Autos de Recurso de Amparo Constitucional nº 19/2020, reiterado no Acórdão nº 57/2020, de 2 de dezembro e Acórdão nº 40/2021, de 14 de setembro, em que foi recorrente Alex Nain Saab Moran e o Acórdão nº 45/2021, de 06 de outubro, em que foi recorrente Amadeu Fortes Oliveira e entidade recorrida o Supremo Tribunal de Justiça.

O Tribunal Constitucional não admitiu aqueles recursos por falta de esgotamento das vias de recurso ordinário, exatamente, porque tinham sido apresentados recursos de amparo em que se solicitava proteção para alegadas violações de direitos, quando pendiam nas instâncias judiciais comuns processos no âmbito dos quais ainda era possível remediar a situação do recorrente.

Nesses arestos, o Tribunal Constitucional reiterou a orientação constante do Acórdão nº 6/2017, de 21 de abril, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 27, de 16 de maio de 2017 (com o desenvolvimento que conheceu através do Acórdão nº 7/2017, de 25 de maio, publicado no *Boletim Oficial*, I Série nº 42, de 21 de julho de 2017), cujo trecho relevante para a questão em apreço se transcreve: *“O Tribunal Constitucional é um órgão judicial especial especificamente concebido para servir uma ordem objetiva de valores públicos que tem na sua base o indivíduo e que se assenta na dignidade da pessoa humana. Sendo instância de proteção da Constituição, da Democracia e dos Direitos, não pode ser concebida nem como jurisdição concorrente, nem alternativa e muito menos suplente em relação à ordinária. Dada a sua composição e natureza, incompatíveis com qualquer banalização, pressupõe-se que quando lhe sejam dirigidos pedidos, processos paralelos não estejam a tramitar em qualquer outra instância, nacional ou internacional.”*

O Tribunal Constitucional tem reiterado a orientação no sentido de que *“antes de se recorrer para o Tribunal Constitucional, existem outros órgãos competentes para apreciar e eventualmente conceder a devida proteção aos titulares desses direitos, nomeadamente os tribunais comuns que também são concebidos como primeiros protetores de direitos, liberdades e garantias. A verificação do esgotamento prévio das vias de recurso ordinário previstas na lei do processo não se basta com a interposição de qualquer recurso. Pelo contrário, pressupõe que o interessado faça uso das vias de impugnação legais de forma que todos os órgãos competentes possam pronunciar-se sobre as condutas alegadamente lesivas de posições jurídicas subjetivas fundamentais antes que se franqueiem as portas do Tribunal Constitucional. Como é evidente, visa-se com esse procedimento evitar a subversão do sistema de proteção de direitos fundamentais desenhado pelo legislador constitucional.”* Veja-se, nesse sentido, o Acórdão nº 26/2020, de 09 de julho, publicado no *Boletim Oficial*,

I Série, nº 139, de 23 de dezembro, e os acórdãos n.ºs 49/2020, de 5 de novembro e 51/2020, de 6 de novembro, publicados no *Boletim Oficial*, I Série, nº 16, de 12 de fevereiro 2020.

Essa tem sido a posição firme desta Corte que tem sido evidenciada através dos seguintes arestos: Acórdão nº 14/2018, de 28 de junho, publicado no *Boletim Oficial* nº 49, I Série, de 20 de julho de 2018; Acórdão nº 21/2018, de 16 de outubro, publicado no *Boletim Oficial* nº 68, I Série, de 25 de outubro de 2018; Acórdão nº 04/2019, de 24 de janeiro, publicado no *Boletim Oficial* nº 28, I Série, de 13 de março de 2019; Acórdão nº 21/2019, de 27 de junho, publicado no *Boletim Oficial* N.º 79, I Série, de 22 de julho de 2019, Acórdão nº 22/2019, de 27 de junho, publicado no *Boletim Oficial* nº 79, I Série, de 22 de julho de 2019; Acórdão nº 25/2019, de 1 de agosto, publicado no *Boletim Oficial* nº 100, I Série, de 26 de setembro de 2019; Acórdão nº 40/2019, de 11 de outubro, publicado no *Boletim Oficial* nº 6, I Série, de 14 de janeiro de 2020; Acórdão nº 44/2019, de 20 de dezembro, publicado no *Boletim Oficial* nº 6, I Série, de 14 de janeiro de 2020; Acórdão nº 47/2019, de 31 de dezembro, publicado no *Boletim Oficial* nº 14, I Série, de 4 de fevereiro de 2020; Acórdão nº 04/2020, de 14 de fevereiro, publicado no *Boletim Oficial* nº 25, I Série, de 3 de março de 2020; Acórdão nº 07/2020, de 6 de março, publicado no *Boletim Oficial* nº 86, I Série, de 23 de julho de 2020, Acórdão nº 28/2020, de 24 de julho, Acórdão nº 57/2020, de 2 de dezembro e os Acórdãos n.ºs 40/2021, de 14 de setembro e 45/2021, de 6 de outubro, ambos publicados no *Boletim Oficial* nº 100, I Série, de 15 de outubro de 2021.

O Tribunal Constitucional não teria problemas em escrutinar qualquer conduta de qualquer poder público que um titular de direitos considere lesiva, caso se mostrassem preenchidos todos os pressupostos constitucionais e legais.

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

O esgotamento de todas os meios legais de defesa dos direitos, liberdades e garantias e todas as vias de recurso ordinário estabelecidas pela respetiva lei do processo constitui um pressuposto insuperável e a prática deste Tribunal tem sido no sentido de escrutinar sequencialmente os pressupostos previstos no artigo 16.º, bastando a ausência de um para se determinar a não admissão do recurso.

Termos em que, sem que seja necessário escrutinar os demais pressupostos, se conclui que não se pode admitir o presente recurso de amparo, porque é manifesta a falta do esgotamento de todos os meios legais de defesa dos direitos, liberdades e garantia previstos nas disposições conjugadas da alínea c) do n.º 1 do artigo 3.º, do artigo 6.º e da alínea d) do n.º 1 do artigo 16.º da Lei do Amparo.

III - Medidas Provisórias

O recorrente roga a esta Corte que aplique a medida provisória de restituição imediata à liberdade, porque a prisão preventiva teria sido aplicada sem que tenha sido notificado do despacho que mandou aplicar esta medida de coação privativa de liberdade, à revelia da Lei Fundamental e de certos preceitos do Código de Processo Penal.

Todavia, não sendo admissível o presente recurso de amparo pelos fundamentos já apresentados, fica prejudicado o conhecimento do pedido de decretação da

medida provisória, em coerência com a orientação sobre a relação de dependência que existe entre a admissibilidade do recurso de amparo e o incidente do pedido para a adoção de medidas provisórias, orientação fixada desde o Acórdão n.º 08/2019, de 14 de fevereiro, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 28, de 14 de março, nos seguintes termos: “*Existe uma relação indissociável entre o recurso de amparo e as medidas provisórias; o facto de as medidas provisórias serem legalmente tratadas como incidentes inerentes ao recurso pendente de decisão, a forma como o pressuposto fumus boni iuris é concebida em sede de medidas provisórias, não nos termos em que é aferido no processo civil, ou seja, de probabilidade séria de existência do direito, mas simplesmente de avaliar a sua presença à luz do juízo de viabilidade decorrente da alínea e) do artigo 16 dessa lei, e ao contrário das providências cautelares cíveis em relação às quais a lei processual civil prevê expressamente a possibilidade de se adotar medidas cautelares preventivas, ou seja, para evitar danos que possam ocorrer ainda antes da propositura da ação (Cf. o disposto no n.º 1 do artigo 350.º do CPC), a natureza excepcional do recurso de amparo que implica que a violação do direito ou liberdade fundamental não tenha encontrado reparação através do sistema de garantias normais, exigindo-se, por isso, que haja recurso prévio aos tribunais ordinários e o esgotamento dos recursos adequados, associada à excepcionalidade está a denominada subsidiariedade do recurso de amparo, que espelha com clareza o facto de este não ser uma via alternativa, mas uma via sucessiva, de proteção de direitos fundamentais, terão levado o legislador a conceber as medidas provisórias apenas como incidentes lite pendente.*”

Essa orientação tem sido adotada, sem qualquer desvio, pelos seguintes arestos: Acórdão n.º 21/2018, de 16 de outubro, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 68, de 25 de outubro; Acórdão n.º 4/2019, de 24 de janeiro, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 28, de 13 de março; Acórdão n.º 22/2019, de 27 de junho, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 100, de 26 de setembro; Acórdão n.º 40/2019, de 11 de outubro; Acórdão n.º 44/2019, de 20 de dezembro, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 6, de 14 janeiro de 2020; Acórdão n.º 26/2020, de 09 de julho; Acórdão n.º 28/2020, de 24 de julho de 2020, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 139, de 23 de dezembro; Acórdão n.º 57/2020, de 27 de dezembro, *Boletim Oficial*, I Série, n.º 16, de 12 de fevereiro de 2021; Acórdão n.º 29/2021, de 03 de junho, Acórdão n.º 34/2021, de 11 de junho de 2021, publicados no *Boletim Oficial* n.º 88, de 16 de setembro, os Acórdãos n.ºs 40 e 41/2021, de 14 de setembro, os dois últimos publicados no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 100, de 15 de outubro de 2021 e o Acórdão n.º 45/2021, de 6 de outubro, publicado no *Boletim Oficial* n.º 100, I Série, de 15 de outubro de 2021.

IV - Decisão

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

Praia, 25 de novembro de 2021.

João Pinto Semedo (Relator)

Aristides R. Lima

José Pina Delgado

Está conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 25 de novembro de 2021. — O Secretário, *João Borges*.

Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 24/2021, em que é recorrente **Chuks Ogo Chianumba** e entidade recorrida o **Supremo Tribunal de Justiça**.

Acórdão nº 52/2021

I – Relatório

1. **Chuks Ogo Chianumba**, com os demais sinais de identificação nos Autos, não se conformando com o Acórdão n.º 109/2021, de 16 de setembro, proferido pelo Venerando Supremo Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de *habeas corpus*, vem, nos termos do artigo 20.º, n.º 1, alíneas a) e b), e n.º 2, da Constituição, interpor o presente recurso de amparo constitucional e requerer a adoção de medidas provisórias, nos termos da Lei n.º 109/IV/94, de 24 de outubro, alegando, no essencial, o seguinte:

“(…)

6. *Por ordem do Juízo Crime do Tribunal Judicial da Comarca de Santa Catarina, o recorrente encontra-se detido e privado de liberdade, desde 06 de setembro de 2019.*

7. *O mesmo foi acusado e julgado pela prática do crime de tráfico de estupefaciente de alto risco, p e p pelo artigo 3º nº 1, da Lei nº 78/IV/93, de 12 de julho.*

8. *E em consequência condenado na pena de 4 (quatro) ano e 6 (seis) meses de prisão pela prática de um crime de tráfico de menor gravidade.*

9. *Ora, a sentença foi lida no dia 10 e depositada apenas no dia 18 de dezembro de 2020, mas antes da sua leitura os autos foram declarados de especial complexidade, artigo 137º do CPP.*

10. *Com base nisso no dia 04 de janeiro de 2021, dentro do Prazo de quinze dias que refere o nº 2 do artigo 137º, do CPP, o recorrente juntamente com os demais arguidos interpuseram recurso, que não foi admitido por extemporaneidade,...*

11. *E desse despacho houve reclamação para o Presidente do Tribunal da Relação de Sotavento, com o fundamento de que o despacho proferido pelo Tribunal Judicial da Comarca de Santa Catarina, é passível de violar os direitos liberdades e garantias fundamentais do recorrente e dos demais arguidos, entre as quais, presunção de inocência, direito do contraditório, ampla defesa, recurso e processo justo e equitativo, artigos 1º e 5º, todos do CPP, e, 22.º e 35º n.º1, 6 e 7, todos da CRCV e 77º n 1 al. h), do CPP.*

12. *Mas no entanto, a reclamação do recorrente foi julgado improcedente, conforme se pode ver no Acórdão n.º 18/2021, datado de 11 de fevereiro de 2021.*

13. *Na mesma linha, o recorrente e os demais arguidos não se conformando com o duto acórdão, interpuseram recurso de amparo constitucional e de fiscalização concreta, junto do Tribunal Constitucional, sustentando de que o tribunal recorrido deu ao artigo 137º do CPP, uma interpretação passível de violar os preceitos constitucionais e consequentemente inconstitucional.*

14. *Ora, o recurso de amparo foi admitido e o recurso de fiscalização concreta não foi admitido, conforme acórdão nº 16/2021 e 26/2021.*

15. *E face a admissão do recurso de amparo não se pode falar em transito em julgado da decisão do Tribunal Judicial da Comarca de Santa Catarina.*

16. *Por outro lado, o Tribunal da Relação de Sotavento declarou o processo de especial complexidade e aumentou o prazo de prisão preventiva, de 20 (vinte) para 24 (vinte quatro) meses.*

17. É de realçar que o *Tribunal da Relação de Sotavento*, ao tomar conhecimento do acórdão de admissibilidade do recurso de amparo constitucional, no dia 2 de junho de 2021, ordenou a soltura dos Co-arguidos Okechukyu Onuzuruibgo, Emeka Uyamadu, Micael António Moreira Moreno e Maria Augusta Garcia Lopes Cabral.

18. E o recorrente não só foi posto em liberdade, porque foi condenado na pena superior a 3 (três) anos de prisão e o *Tribunal da Relação de Sotavento*, ter aumentado o prazo de prisão preventiva para 24 (vinte quatro) meses.

19- Assim sendo, neste momento não há nenhuma Sentença/Acórdão judicial condenatória transitado em julgado, que legitimasse que o recorrente continue na situação que se encontra, ou seja, em prisão preventiva, por mais de 24 (vinte quatro) meses,

20- Por outro lado, o número 1 alínea d) e 2 do artigo 279.º do CPP, que “vinte quatro meses sem que tenha havido condenação com trânsito em julgado;

21. Sucede que no Caso em apresso como se pode ver, até a presente data o recorrente não foi condenado em segunda instância, nem muito menos a decisão proferida transitou em julgado, face a pendência de recurso de amparo sobre a reclamação.

22. Assim sendo, estamos perante violação e restrição ilegal do direito a liberdade do recorrente, que tem ainda o direito de ser julgado no mais curto prazo possível, artigo 35º nº 1 e 22º nº1, todos da CRCV, que não é o caso concreto.

23. Finalmente, por estar detido para além dos prazos previstos na lei, nos termos dos artigos 18º al. c) do CPP e 36º da CRCV, requereu habeas corpus e a consequente libertação.

24. Mas no entanto o tribunal recorrido veio a indeferir o referido pedido de habeas corpus, com os fundamentos plasmados no acórdão n.º 109/2021, datado de 16 de setembro de 2021, que ora se recorre, (junta documento).

- a) “No entanto, com a prolação pelo T.C. do Acórdão n.º 26/2021 de 25 de maio a não admitir esse recurso de fiscalização, por regra, tramitou a prisão preventiva em vigor, logo que tal decisão tenha passado em julgado, com o arguido a passar para o efetivo cumprimento da pena de 4 anos e 6 meses aplicada pela 1ª instância”.
- b) “Pretende ainda que a interposição do recurso de amparo produz o mesmo efeito do recurso da fiscalização concreta de constitucionalidade, evitando o trânsito em julgado da decisão proferida na jurisdição comum”.
- c) “Aquilo que igualmente não parece ser de admitir é a atribuição de força obrigatória geral (arts. 279º/1, 280º, 284 e 93, aqueles da Constituição da República e este da L.T.C) aos pronunciamentos de T.C, em sede do recurso de amparo, no sentido de entender que este recurso (de amparo) é equiparável ao recurso de fiscalização concreta de constitucionalidade, quando é ainda sabido que neste recurso não prevê a lei qualquer possibilidade de adopção de providências provisórias, algo amplamente reconhecido e usado na decisão do recurso de amparo, de forma oficiosa, inclusive”.
- d) “Ora, semelhante aplicação retroactiva somente se colocaria, com propriedade, se não fosse de concluir pelo trânsito em julgado da decisão objecto do recurso rejeitado na Jurisdição comum, embora a sua apreciação esteja ainda em aberto na jurisdição especial. De maneira que, se e quando esta jurisdição vier a pronunciar favoravelmente, tudo se renovara, por respeito da decisão do recurso de amparo, ainda que com prejuízo para o caso julgado anteriormente formado”.

e) “Enfim, estando o arguido em cumprimento da pena de 4 anos e 5 meses de prisão, que lhe foi aplicada, por sentença proferida pelo tribunal competente, e já sem qualquer possibilidade de sua alteração em sede de recurso extraordinário (onde se deve incluir o próprio recurso de amparo), de se entender é que o arguido já não está em regime de prisão preventiva e, por consequência, não existe inobservância de um qualquer prazo regulador dessa condição”.

f) “Nesta conformidade, e sem necessidade de maiores indagações, acordam os Juizes-conselheiros do STJ, em regime de turno, pelo indeferimento do pedido”.

(...)

38. Dai que estando o mesmo detido e privado de liberdade por mais de 24 (vinte e quatro) meses, não temos dúvidas que a sua prisão tornou-se ilegal.

39. Não temos dúvidas de que estamos perante um caso de violação do principio de igualdade previsto nos termos do artigo 24º da CRCV, uma vez que o próprio *Tribunal da Relação de Sotavento*, veio admitir de que ainda o recorrente encontra-se em prisão preventiva.

40. Pois estes são os direitos fundamentais que foram violados pelo tribunal recorrido:

- a) Presunção de Inocência, artigo 35º nº 1 da CRCV;
- b) Igualdade, artigos 24º da CRCV;
- c) Liberdade, artigo 29º da CRCV.

41. Não resta margem para quaisquer dúvidas de que os fundamentos constantes no acórdão n.º 109/2021, que ora se impugna, viola os direitos de liberdade e garantias fundamentais dos recorrentes, “presunção de inocência, igualdade e liberdade”.

42. Uma vez que os recorrentes foram condenados na pena inferior a três anos e recorreram do despacho que não admitiu o recurso ordinário.

43. Assim sendo, a decisão que só impugna deve ser revogado e alterado por uma outra que atende o pedido do recorrente, uma vez que, o acórdão que ora se recorre viola flagrantemente os direitos fundamentais dos mesmo, que esta em prisão preventiva e não em cumprimento da pena.”

1.2. Solicitou ainda que seja adotada medida provisória, incidente que será apreciado mais adiante.

1.3. Termina o seu arrazoado, formulando, em síntese, os seguintes pedidos:

“TERMOS EM QUE, com o douto suprimento de V. Ex., deve e, presente recurso:

- A) - Ser admitido, por ser legalmente admissível, nos termos do art.º 20.º, n.º 1 e 2, da Constituição da República de Cabo Verde;
- B) Ser aplicado a medida provisória e em consequência restituir o recorrente á liberdade, artigos 11º e 14º, da Lei de Amparo
- C) - Ser julgado procedente e, conseqüentemente, revogado o acórdão n.º 109/2021, datado de 16/09/21, do Supremo Tribunal de Justiça, com as legais consequências;
- D) Restabelecer os direitos, liberdades e garantias fundamentais violados, (Presunção da Inocência, igualdade e liberdade);
- E) Ser oficiado ao Supremo Tribunal de Justiça, para juntar aos presentes autos a certidão de todo o processo de Habeas Corpus n.º 94/2021,.”

2. Cumprindo o estabelecido no artigo 12.º da Lei n.º 109/IV/94, de 24 de outubro (Lei do Amparo), foram os Autos com vista ao Ministério Público para emitir o parecer sobre a admissibilidade do recurso, tendo-o feito, essencialmente, nos seguintes termos:

“1. Nos termos do n.º 1 do artigo 16º da Lei n.º 109/IV/94 de 24 de outubro, doravante designada lei do amparo, “O recurso não será admitido quando: a) Tenha sido interposto fora do prazo; b) A petição não obedeça aos requisitos estabelecidos nos artigos 7º e 8º; c) O requerente não tiver legitimidade para recorrer; d) Não tiverem sido esgotadas, ainda, todas as vias de recurso; e) Manifestamente não estiver em causa a violação de direitos, liberdades e garantias fundamentais constitucionalmente reconhecidos como susceptíveis de amparo. f) O Tribunal tiver rejeitado, por decisão transitada em julgado, um recurso com objecto substancialmente igual.”

2. A decisão recorrida foi proferida a 16 de setembro de 2021 (fis. 41), pelo que, tendo o requerimento de recurso de amparo constitucional sido entregue a 29-09-2021, o mesmo mostra-se tempestivo porque interposto dentro do prazo de vinte dias, que corresponde ao prazo legal previsto no n.º 1 do artigo 5º da lei do amparo, porquanto para a contagem do prazo se aplicam as disposições do Código de Processo Civil, nomeadamente o artigo 137º, ex vi do artigo 1º da lei do amparo.

3. O recorrente não indica expressamente que o seu recurso tem a natureza de recurso de amparo constitucional como manda a norma do n.º 2 do artigo 7º da lei do amparo. Contudo, pelo Tribunal ao qual se dirige, assim como enquadramento jurídico-constitucional do recurso e ainda pela referência expressa no n.º 4 da fundamentação, e perceptível que pretende interpor um recurso de amparo constitucional.

4. Com excepção do pedido de medida provisória de restituição a liberdade, o recorrente não indica, com suficiente clareza, o amparo que entende dever ser-lhe concedido, limitando-se a pedir a fls. 13, “c) Ser julgado procedente e, conseqüentemente, revogado o acórdão n.º 109/2021 datado de 16/09/21, do Supremo Tribunal de Justiça, com as legais consequências; d) Restabelecer os direitos, liberdades e garantias fundamentais violados (presunção da inocência, igualdade e liberdade).

5. Assim, a formulação do pedido não parece cumprir, em rigor, o disposto no n.º 2 do artigo 8º da lei do amparo, segundo o qual “A petição terminará com o pedido de amparo constitucional no qual se indicará o amparo que o recorrente entende dever ser-lhe concedido para preservar ou restabelecer os direitos, liberdades ou garantias fundamentais violados”.

6. Com efeito, a simples revogação do acórdão que deu causa ao recurso de amparo constitucional, ainda que fosse possível, não teria só por si o efeito de restabelecer quaisquer direitos, liberdades ou garantias, uma vez que deixaria intocada a decisão judicial anterior que terá dado causa ao pedido de Habeas Corpus, que foi entretanto indeferido.

7. Por outro lado, o restabelecer de direitos, liberdades e garantias corresponde ao efeito de algum amparo concreto, que deve ser solicitado no requerimento em vista à apreciação da admissibilidade do recurso interposto.

8. Com efeito, se com alguma complacência se pode admitir que o recorrente pretende que seja decretado como amparo a restituição à liberdade por decurso do prazo de prisão preventiva apoiado na tese de que por efeito dos recursos, incluindo o de amparo constitucional, a decisão condenatória não chegou a transitar em julgado antes do recurso daquele prazo, já não é tido evidente que amparo pretende, ao invocar a violação da presunção de inocência e da igualdade, que elenca entre os direitos fundamentais violados.

9. O cumprimento rigoroso da disposição do n.º 2 do artigo 8º da Lei do amparo mostra-se, por isso, necessário para que o juízo de admissibilidade se faça em termos também adequados

10. Contudo, o requerimento de recurso de amparo interposto, salvo as insuficiências já indicadas, as quais podem ser supridas, parece cumprir os demais requisitos de fundamentação previstos no artigo 8º da lei do amparo.

11. O requerente mostra ter legitimidade para recorrer por ser a pessoa, directa, actual e efetivamente afetada pela decisão de indeferimento da providência de Habeas Corpus conforme consta do acórdão n.º 109/2021 do Supremo Tribunal de Justiça.

12. O recorrente alega que a decisão recorrida violou os seus “direitos fundamentais” que elenca como sendo: “a) Presunção de inocência, artigo 35º CRCV; b) Igualdade, artigo 24º da CRCV, c) Liberdade, artigo 29º da CRCV;

13. A decisão recorrida foi proferida pela secção criminal do STJ, pelo que parecem estar exauridas “todas as vias de recurso ordinário permitidas na lei do processo em que tenha ocorrido tal violação” como exige o disposto na alínea a) artigo 3º da lei do amparo

14. Os “direitos fundamentais” cuja violação o requerente imputa a decisão recorrida constituem direitos, liberdades e garantias fundamentais reconhecidos na Constituição e, por isso, susceptíveis de recurso de amparo constitucional.

15. Não é evidente que no caso exposto pelo recorrente não estejam em causa violações de direitos, liberdades e garantias fundamentais constitucionalmente reconhecidos como susceptíveis de amparo.

16. Não consta que o Tribunal Constitucional tenha rejeitado, por decisão transitada em julgado, um recurso com objecto substancialmente igual.

17. Assim, se supridas as insuficiências referentes ao pedido nos termos do n.º 2 do artigo 8º da lei do amparo, ao abrigo do artigo 17º da mesma lei, estarão preenchidos os pressupostos para a admissão do presente recurso de amparo constitucional, conforme o disposto nos artigos 2º a 8º e 16º da lei do amparo.

18. Ainda que se possa antever-se a pretensão subjacente, mostra-se necessário, por razões formais e materiais, que o recorrente indique com precisão qual amparo pede que lhe seja decretado, tendo em conta os direitos fundamentais que indica terem sido violados.

Do exposto, somos de parecer que, caso seja clarificado, ao abrigo do artigo 17º da lei do amparo, o pedido de amparo concretamente pretendido, o recurso de amparo constitucional interposto preencherá todos os pressupostos de admissibilidade.”

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

II – Fundamentação

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

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

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

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

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

Acompanha-se a análise de Manuel Carrasco Durán, citado por Catarina Santos Botelho na obra intitulada *A Tutela Direta dos Direitos Fundamentais, Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional*, Almedina, 2010, p. 217, quando diz que o recurso de amparo apresenta-se como um instrumento jurisdicional vocacionado para a proteção de determinados direitos fundamentais, cujo conhecimento se atribui ao Tribunal Constitucional, e que se caracteriza pelos princípios da subsidiariedade e excecionalidade.

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

O recurso de amparo está destinado unicamente à proteção de direitos fundamentais, pelo que está vedado ao Tribunal Constitucional conhecer de questões de legalidade ordinária conexas, como se depreende do teor literal do n.º 3 do art.º 2.º da Lei do Amparo.

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

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

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

Antes de proceder à identificação e análise dos pressupostos e requisitos do recurso de amparo e aferir se no caso vertente se verificam, importa consignar que o seu objeto não se identifica com qualquer ato de natureza legislativa ou normativa, como resulta expressamente do n.º 2 do artigo 2.º da Lei do Amparo.

2. Tratando-se de um recurso de amparo contra uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça, importa verificar se existe alguma razão que possa impedir a sua admissão, atento o disposto no artigo 16.º da Lei do Amparo.

O recurso não será admitido quando:

a) *Tenha sido interposto fora do prazo*

O recurso de amparo é interposto no prazo de vinte dias contados da data da notificação da decisão, sempre que a questão seja suscitada em processo que corre termos nos tribunais, atento o disposto no artigo 5.º da Lei do Amparo.

Nos casos em que se interpõe recurso de amparo constitucional contra decisões de órgão judicial, o prazo a que se refere o artigo 5.º conta-se da data da notificação do despacho que tenha recusado a violação alegadamente praticada.

Tendo a decisão impugnada sido proferida a 16 de setembro de 2021, e a petição de recurso dada entrada na Secretaria do Tribunal Constitucional a 29 de setembro de 2021, o recurso foi tempestivamente interposto, atento o disposto no n.º 2 do artigo 3.º, e no n.º 1 do artigo 5.º da Lei do Amparo, conjugado com o disposto no n.º 2 do artigo 137.º do CPC, aplicável *ex vi* do artigo 1.º da Lei do Amparo.

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

O recurso de amparo ora em análise foi interposto por meio de um requerimento entregue na Secretaria do Tribunal Constitucional, tendo sido identificado pelo recorrente como recurso de amparo constitucional, pelo que se considera preenchido o requisito previsto no artigo 7.º da Lei do Amparo.

Conforme o artigo 8.º da Lei do Amparo:

1. Na petição o recorrente deverá:

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

b) *Identificar com precisão o ato, facto ou a omissão que, na sua opinião, violou os seus direitos fundamentais;*

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

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

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

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

Compulsados os autos, verifica-se que o recorrente identifica o Venerando Supremo Tribunal de Justiça como entidade que, através do acórdão recorrido, violou o seu direito à presunção de inocência, artigo 35.º, n.º 1, o princípio da igualdade, artigo 24.º e o direito à liberdade, artigo 29.º, todos da Constituição, tendo-lhe imputado as seguintes condutas:

1. Não lhe ter concedido a liberdade sobre o corpo, apesar de ter argumentado que se encontrava em prisão preventiva há mais de vinte e quatro meses, em violação ao disposto na alínea d) do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 279.º do CPP, em conjugação com o disposto na alínea c) do artigo 18.º do Código de processo Penal e artigo 36.º da Constituição, que dispõem sobre o *habeas corpus*;

2. Não ter observado o princípio da igualdade, na medida em que “o próprio Tribunal da Relação de Sotavento veio admitir que ainda o recorrente encontra-se em prisão preventiva”;

3. Ter o relator do acórdão recorrido entrado em contradição com a posição que assumira na declaração de voto constante do acórdão n.º 03/2019, em que tinha defendido que “*mesmo que se discorde das decisões da Jurisdição Constitucional, não se pode ignorar o disposto no artigo 6.º da lei n.º 56/VI/ 2005, de 28 de fevereiro, segundo o qual “as decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional em matérias sujeitas à sua jurisdição prevalecem sobre as de quaisquer tribunais e são obrigatórias para todos os tribunais”.*”

Não parece que as condutas descritas em 2 e 3 possam ser admitidas a trâmite, na medida em que sequer foram objeto de pedido de reparação perante o Tribunal a quo.

Por conseguinte, a única conduta que pode ser escrutinada é aquela que se indicou no parágrafo primeiro.

Tomando como referência essa conduta, o parâmetro que parece ser mais evidente e forte é a garantia de não ser mantido em prisão preventiva além dos prazos previstos no artigo 279.º do CPP.

Assim sendo, o Tribunal, a partir da conduta impugnada, pode, oficiosamente, adequar os parâmetros de escrutínio, tendo em conta o disposto no n.º 1 do artigo 24.º da Lei do Amparo, segundo o qual “*O Tribunal pode decidir com fundamento diverso do invocado pelo recorrente e outorgar amparo distinto daquele que foi requerido*” e as orientações constantes dos seguintes arestos: Acórdão n.º 8/2018, de 25 de abril, publicado no *Boletim Oficial* I Série, n.º 25, de 2 de maio de 2018; Acórdão n.º 15/2020, de 30 de abril e n.º 26/2020, de 09 de julho, publicados no *Boletim Oficial* I Série, n.º 86, de 23 de julho de 2020 e no site do Tribunal Constitucional.

Portanto, o parâmetro de escrutínio será o direito a não ser mantido em prisão preventiva além dos prazos indicados no artigo 279.º do CPP.

A fundamentação do presente recurso é extensa, apesar da exigência legal imposta ao recorrente de resumir as razões de facto e de direito que sustentam a petição.

Considerando que a fundamentação vem acompanhada da formulação de conclusões e contém pedidos de amparo que se consideram inteligíveis, dá-se por verificado, no essencial, o pressuposto previsto no artigo 8.º da Lei do Amparo.

c) O requerente não tiver legitimidade para recorrer

Adotando o conceito de legitimidade ativa recortado pelo n.º 1 do artigo 25.º do Código de Processo Civil, conjugado com o disposto no n.º 1 do artigo 4.º da Lei do Amparo, segundo o qual “*tem legitimidade quem tiver interesse directo em demandar*”, não se pode negar ao recorrente a legitimidade para interpor recurso de amparo contra condutas que alegadamente violaram os direitos, liberdades e garantias acima referenciados.

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

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

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

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

Na verdade, esta Corte Constitucional, através do Acórdão n.º 11/2017, de 22 de junho, publicado na I Série-n.º 42, do *Boletim Oficial*, de 21 de julho de 2017, considerou que o disposto na alínea c) do artigo 3.º da Lei do Amparo, deve ser apreciado e integrado no juízo de admissibilidade a ser feito em relação a cada recurso de amparo, designadamente para se preservar a subsidiariedade desse tipo de queixa constitucional, mas a abordagem a ser adotada deve ser temperada no sentido de garantir o acesso à justiça constitucional aos titulares de direitos, liberdades e garantias e, em simultâneo, salvaguardar o papel da jurisdição ordinária na preservação das posições jurídicas individuais fundamentais protegidas pela Constituição.

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

Compulsados os presentes Autos, verifica-se que o recorrente invocou expressa e formalmente a violação da garantia de não ser mantido em prisão preventiva além dos prazos estabelecidos no artigo 279.º do CPP, mas o Supremo Tribunal de Justiça não lhe concedeu provimento. E dessa decisão não cabia qualquer outro recurso ordinário.

Tendo, no entanto, constatado que não havia nos Autos elementos que permitissem que o Tribunal aquilatasse se o recorrente tinha interposto outros recursos em que eventualmente tivesse requerido medidas substancialmente equivalentes ao amparo que ora solicita, a Corte Constitucional houve por bem solicitar informação junto do Supremo Tribunal de Justiça e do Tribunal da Relação de Sotavento no sentido de se informar se havia processos pendentes que poderiam obstar ao conhecimento deste recurso, nomeadamente, por falta de esgotamento das vias ordinárias de recurso.

O Egrégio Supremo Tribunal de Justiça informou que compulsado o livro de registo de processos encontra-se pendente um Recurso Ordinário n.º 31/2021, mas da leitura da petição de recurso dirigido à mais alta instância judicial comum conclui-se que Chuks Chianumba não integra o rol de co-arguidos que recorreram para o Supremo Tribunal de Justiça.

Da mesma forma, o Venerando Tribunal da Relação de Sotavento dignou-se informar que o recorrente Chuks Chianumba não tem qualquer recurso ou reclamação pendente naquela instância.

Portanto, não há elementos a partir dos quais se possa dizer que existe processo pendente com objeto substancialmente idêntico ao do presente recurso que possa obstar que o Tribunal dê por verificado esse pressuposto.

Considera-se, pois, que o recorrente esgotou, nos termos do disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 3.º e no artigo 6.º, conjugados com o estabelecido na alínea d) do artigo 16.º da Lei do Amparo, todos os meios legais razoavelmente exigíveis de defesa dos direitos, liberdades e garantias antes de interpor o presente recurso de amparo.

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

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

A fundamentalidade da garantia admitida como parâmetro não parece suscitar dúvidas, desde logo pela sua inserção sistemática na Lei Magna na Parte II, Título II sobre “Direitos, Liberdade, Garantias” e Capítulo I sobre Direitos, Liberdades e Garantias Individuais, aos quais se aplicam os princípios enunciados no Título I.

Mas ainda não se pode afirmar, com grau de certeza que se exige para a formação da convicção do Tribunal, que manifestamente não foi violada a referida garantia fundamental de que o impetrante se arroga titularidade.

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

Devido à incerteza no que diz respeito à conexão entre os factos e essa garantia alegadamente violada e à viabilidade do pedido, mostra-se prematuro afirmar-se que manifestamente não está em causa a violação de tal garantia. Pelo que a decisão definitiva sobre este requisito será tomada na fase de apreciação do mérito deste recurso de amparo.

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

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

Assim, não se verifica nenhum motivo que possa justificar a inadmissibilidade deste recurso.

III – Medida Provisória

1. Como medida provisória, o recorrente pede ao Tribunal Constitucional que lhe seja restituído imediatamente direito à liberdade sobre o corpo, por, alegadamente, encontrar-se em prisão preventiva para além do prazo máximo de 24 meses, conforme o previsto na alínea d) do n.º 1 e n.º 2 do artigo 279.º do CPP.

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

“2.1. *Competência: considerando o disposto nas disposições conjugadas do artigo 134.º da Lei de Organização do Tribunal e do n.º 1 dos artigos 11º e 14º da Lei do Amparo, ao estipularem que os pedidos de decretação de medidas provisórias são decididos pelo Tribunal Constitucional, não se suscita qualquer dúvida quanto à competência desta Corte para conhecer e decidir sobre esse incidente.*

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

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

3. O *periculum in mora* previsto na alínea a) do n.º 1 dos artigos 11.º e 14.º, ao qual se tem acrescentado a versão limitada do *fumus boni juris* constitui mais um pressuposto a se ter em conta na apreciação do incidente em apreço.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

É certo que o Tribunal Constitucional não considera que a aplicação da medida provisória tenha como pressuposto a possibilidade séria da existência da violação do direito, mas não deixa de ser uma razão ponderosa a beneficiar o pedido de decretação da medida.

O recorrente alega que se encontra em prisão preventiva há mais de vinte e quatro meses, por entender que o Acórdão n.º 16/2021, de 08 de abril, que admitiu o Recurso de Amparo Constitucional n.º 5/2021, em que também foi recorrente, impediu o trânsito em julgado da sentença que o condenou, tendo em conta a orientação jurisprudencial maioritária do Tribunal Constitucional concernente aos efeitos da admissão do recurso de amparo sobre o trânsito em julgado da decisão impugnada.

Segundo os Autos, o recorrente foi detido no dia 6 de setembro de 2019.

A 10 de setembro de 2021, quando apresentou a Providência de *Habeas Corpus* na Secretaria do Supremo Tribunal de Justiça, já tinha passado exatamente vinte quatro meses e quatro dias sobre a data em que foi detido.

O decurso desse lapso de tempo poderia justificar a concessão da medida provisória requerida, caso o recurso que ele interpôs da decisão que o condenou tivesse sido admitido e os respetivos Autos tivessem subido para o Tribunal da Relação de Sotavento.

Acontece, porém, que o referido recurso não foi admitido, nem a sua reclamação teve provimento. Por conseguinte, os Autos no âmbito dos quais foi condenado não subiram para o Tribunal da Segunda Instância, tendo permanecido no Tribunal da Comarca de Santa Catarina.

Considerando esses factos e as concretas vicissitudes que caracterizam este processo, desde a prolação da sentença condenatória até este momento, há dúvidas quanto ao limite do prazo de prisão preventiva intercalar a que se sujeita o recorrente, até se atingir o limite máximo de trinta e seis meses previsto no n.º 4 do artigo 31.º da Constituição da República de Cabo Verde e n.º 4 do artigo 279.º do CPP.

O Tribunal Constitucional, diversamente do que alega o recorrente, não está seguro de que ao caso *sub judice* se deve aplicar, sem mais, o prazo de vinte e quatro meses que resultou da prorrogação feita pela Senhora Veneranda Juíza Presidente do Tribunal da Relação de Sotavento.

Por outro lado, esta Corte ainda não dispõe de jurisprudência sobre esta matéria, por ser a primeira vez que, diretamente, se confronta com um pedido concreto com estas características específicas, pelo que, neste momento, não pode dizer que orientação seguir em casos do tipo.

Por conseguinte, nesta fase e, sem proceder a uma reflexão mais exaustiva, não se pode dar por verificada a forte probabilidade de o Supremo Tribunal de Justiça ter violado a garantia de o recorrente não ser mantido em prisão preventiva além do prazo de vinte e quatro meses, ao não considerar que houve excesso de prisão preventiva.

Se não é certa a inviabilidade do pedido, pelo que se vota no sentido de se o admitir, a ausência de forte probabilidade de o Supremo Tribunal de Justiça ter violado a garantia de o recorrente não ser mantido em prisão preventiva além do prazo de vinte e quatro meses, ao que se acresce o facto de o Tribunal ainda não ter jurisprudência que lhe indique que orientação pode seguir em casos do tipo, por ser a primeira vez que se confronta diretamente com um pedido com estas características específicas, não permitem que se adote qualquer medida provisória antes que o recurso seja apreciado no mérito.

5. O recorrente considera o recurso de amparo constitucional como processo moroso, complexo e especial, em razão do mérito, ao nosso ver existe sérios riscos de o processo não ser concluso nos próximos meses, e caso isso venha a acontecer, a prisão do recorrente, ainda que preventiva, viola o direito à liberdade e o sentimento de justiça.

Apesar da notória intenção do legislador constituinte e ordinário em imprimir uma especial celeridade à tramitação do recurso de amparo, que se traduz no dever de o recurso de amparo ser requerido em simples petição, o seu processamento ser baseado no princípio da sumariedade, a realidade tem demonstrado que nem sempre tem sido possível decidir as questões de fundo num prazo tão célere. Portanto, o risco de, em certos casos, a demora na obtenção de uma decisão final poder comportar prejuízo irreparável ou de difícil reparação ou a própria inutilidade do amparo é real, como de resto, o próprio Tribunal tem vindo a reconhecer. Pelo que se compreende o receio de que a demora na conclusão do processo poderia acarretar o prejuízo que teria que suportar, mas isso tem de ser relativizado em função da verificação ou não de forte probabilidade da ocorrência da violação do direito invocado.

6. Os efeitos sobre interesses públicos que no caso sejam prevalentes

No caso em apreço existe interesse público na manutenção da situação em que se encontra o requerente até que se decida sobre o mérito do seu recurso de amparo.

7. No que tange a outras circunstâncias exteriores que possam agravar o prejuízo decorrente da privação da liberdade sobre o corpo, constata-se que o recorrente alegou que a prisão preventiva prova “o sofrimento, a dor, angústia, tristeza e sentimento de injustiça, por estar em prisão ilegal, uma vez que são presos preventivos e não no cumprimento da penas, tudo isso, não existe nenhum valor monetário passível de reparar, ressarcir esses danos, que a prisão preventiva provocou e continua a provocar na vida do recorrentes. Não resta margem para quaisquer dúvidas, que a prisão preventiva deixa marca na vida das pessoas, e quem mais sofre são os filhos.”

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

8. Nestes termos, considera-se que não se verifica a forte probabilidade de a garantia de não ser mantido preso preventivamente além do prazo legal ter sido violada pelo acórdão recorrido, falecendo, por conseguinte, o pressuposto previsto na alínea b) do artigo 11º da Lei do Amparo, que se traduz em razões ponderosas que justifiquem a necessidade da imediata adoção de medidas provisórias julgadas necessárias para a conservação dos direitos, liberdades ou garantias violados ou para o restabelecimento do seu exercício até ao julgamento do recurso.

IV - Decisão

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

a) Admitir o presente recurso de amparo restrito à garantia de não ser mantido em prisão preventiva além dos prazos constitucional e legalmente estabelecidos.

b) Indeferir o pedido de decretação de medida provisória.

Registe, notifique e publique.

Praia, 2 de dezembro de 2021.

João Pinto Semedo (Relator)

Aristides R. Lima

José Pina Delgado

Está conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 2 de dezembro de 2021. — O Secretário, João Borges.

Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 25/2021, em que é recorrente **Anilton Martins Almeida** e entidade recorrida o **Supremo Tribunal de Justiça**.

Acórdão n.º 53/2021**I – Relatório**

Anilton Martins Almeida, com os demais sinais de identificação nos autos, não se conformando com o Acórdão n.º 110/2021, de 20 de setembro, proferido pelo Egrégio Supremo Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de *Habeas Corpus* n.º 95/2021, vem nos termos do artigo 20.º, n.º 1, al. a) e b), e n.º 2 da Constituição da República de Cabo Verde (Constituição), interpor o presente recurso de amparo e requerer a adoção de medidas provisórias, nos termos dos artigos 11.º e 14.º da Lei n.º 109/IV/94, de 24 de Outubro, com base na exposição que se passa a reproduzir:

“6. Por ordem do Juízo Crime do Tribunal Judicial da Comarca de Santa Cruz, o recorrente encontra-se detido e privado de liberdade, desde Novembro de 2020.

7. O mesmo foi acusado, julgado e condenado pela prática de um crime de armas, p. e P., pelo art.º 90.º al. c) da Lei de Armas, na pena parcelar de 02 (dois) anos de prisão, e na prática de um crime de consumo, p. e P., pelo art.º 20.º da Lei de Droga, na pena de 02 (dois) meses de prisão. Feito cúmulo vai condenado na pena única de 02 (dois) anos e 01 (um) mês de prisão, condenado ainda na taxa de justiça, procuradoria e emolumentos a favor de defensor oficioso, absolvido da prática dos restantes crimes pelos quais vinha acusado.

8. Ora, não se conformando com a decisão do Tribunal Judicial da Comarca de Santa Cruz, dela interpôs recurso para o Tribunal da Relação de Sotavento.

9. Face a interposição do recurso não se pode falar em trânsito em julgado da decisão do Tribunal Judicial da Comarca de Santa Cruz.

10. Por outro lado, uma vez que o recorrente foi condenado na pena inferior a três anos de prisão, a medida preventiva aplicada ao mesmo tornou-se ilegal.

11. Isto, porque a pena aplicada não permite a aplicação da medida preventiva de liberdade, por violação das seguintes disposições.

12. Dispõe a nossa Constituição que, “Detenção ou prisão preventiva por fortes indícios da prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão, cujo limite máximo seja superior a três anos” pode ser total ou” (artigo 30.º, n.º 1, al. b) CRCV).

13. De igual modo o CPP, “poderá o juiz sujeitar o arguido a prisão preventiva, quando houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com prisão cujo limite máximo seja superior a três anos” (artigo 290º n.º 1).

14. Assim sendo, neste momento não há nenhuma sentença/acórdão judicial condenatória transitado em julgado, que legitimasse que o recorrente continue na situação que se encontra, ou seja, em prisão preventiva.

15. Recentemente o Tribunal da Relação de Sotavento mudou de posicionamento e tem alterado medida de coação dos arguidos condenados na pena inferior a três anos.

16. Na mesma linha o tribunal recorrido nos acórdãos ns.º 43 e 46/2021, também tinha entendido assim e com base nesses entendimentos é que impetramos o pedido de *habeas corpus*, sem contar com o acórdão n.º 28/2021, datado de 15 de Junho de 2021, proferido por esta Corte

17. Finalmente, por entender que esta detido por facto na qual a lei não permite, nos termos dos artigos 18º al. c) do e 36º da CRCV, requereu *habeas corpus* e a consequente libertação, (conforme requerimento datado de 02 de março de 2021, que ora se junta).

18. Mas, no entanto, o tribunal recorrido veio a indeferir o referido pedido de *habeas corpus*, com os fundamentos plasmados no acórdão n.º 110/2021 datado de 20 setembro de 2021, que ora se recorre (junta documento).

19. Assim sendo, por uma questão de economia processual demos aqui por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais os conteúdos do referido acórdão.

20. Ademais, o acórdão que trazemos para o escrutínio da Vossa Excelência entra em contradição com vários outros acórdãos proferidos pelo tribunal recorrido, daí que mantivemos o nosso posicionamento sufragado no acórdão proferido por esta Corte sobre esta matéria.

21. A fundamentação do tribunal recorrido para indeferir o pedido de *habeas corpus* e em consequência negar a reparação dos direitos fundamentais do recorrente é contraditório e põe em causa a estabilidade e segurança jurídica,

22. Sem contar que viola e de que maneira o princípio de igualdade previsto nos termos do artigo 24º da CRCV.

23. Por tudo isso, ficou visível que o tribunal recorrido violou os direitos fundamentais do recorrente, quando indeferiu o pedido de *habeas corpus* do mesmo.

24. Até porque o fundamento para manter o recorrente privado de liberdade é a condenação em primeira instância, (que foi objecto de recurso) na qual a pena aplicada é inferior a três anos de prisão, que não permite a aplicação de prisão preventiva.

25. E não se pode atender o fundamento do tribunal recorrido, que analisa a moldura abstracta da pena aplicado em relação ao crime na qual o recorrente foi condenado e esquecendo-se da pena realmente aplicado, (o que contraria o disposto no artigo 450º do CPP).

26. Pois estes são os direitos fundamentais que foram violados pelo tribunal recorrido:

- a) Presunção de inocência, artigo 35º n.º 1 da CRCV;
- b) Igualdade, artigos 24º da CRCV;
- c) Liberdade, artigo 29º da CRCV;

27. Não resta margem para qualquer dúvida de que os fundamentos constantes no acórdão n.º 110/2021, que ora se impugna, viola os direitos de liberdades e garantias fundamentais dos recorrentes. “presunção de inocência. “igualdade e liberdade.”

28. Uma vez que o recorrente foi condenado na pena inferior a três anos e interpôs recurso para o Tribunal da Relação de Sotavento,

29. Assim sendo, a decisão que se impugna deve ser revogada por uma outra que atende o pedido do recorrente, uma vez que o acórdão que ora se recorre viola flagrantemente os direitos fundamentais do mesmo.”

1.2. Solicitou ainda que seja adotada medida provisória, incidente que será apreciado mais adiante.

1.3. Termina o seu arrazoado, formulando pedidos nos seguintes termos:

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

- B) Ser aplicado a medida provisória e, conseqüentemente, restituir o recorrente à liberdade, artigos 11º e 14º da Lei de Amparo
- C) - Ser julgado procedente e, conseqüentemente, revogado o acórdão nº 110/2021, datado de 20/09/21, do Supremo Tribunal de Justiça com as legais consequências;
- D) Restabelecer os direitos, liberdades e garantias fundamentais violados, (Presunção da Inocência, igualdade e liberdade);
- E) Ser oficiado ao Supremo Tribunal de Justiça, para juntar aos presentes auto certidão de o processo de Habeas Corpus nº 95 2021.”

2. Cumprindo o estabelecido no artigo 12.º da Lei n.º 109/IV/94, de 24 de outubro (Lei do Amparo), foram os Autos com vista ao Ministério Público para emitir o Parecer sobre a admissibilidade do recurso, tendo-o feito, nos seguintes termos:

“1. Nos termos do nº I do artigo 16º da Lei nº 109/1V/94 de 24 de Outubro, doravante designada lei do amparo, "O recurso não será admitido quando: a) Tenha sido interposto fora do prazo; b) A petição não obedeça aos requisitos estabelecidos nos artigos 7º e 8º; c) O requerente não tiver legitimamente para recorrer; d) Não tiverem sido esgotadas, ainda, todas as vias de recurso; e) Manifestamente não estiver em causa a violação de direitos, liberdades e garantias fundamentais constitucionalmente reconhecidos como susceptíveis de amparo. f) O Tribunal tiver rejeitado, por decisão transitada em julgado, um recurso com objecto substancialmente igual.

2. A decisão recorrida foi proferida a 20 de julho de 2021 (fls. 28), pelo que, tendo o requerimento de recurso de amparo constitucional sido entregue a 06-19-2021, o mesmo mostra-se tempestivo porque interposto dentro do prazo de vinte dias, que corresponde ao prazo legal previsto no nº 1 do artigo 5º da lei do amparo, porquanto para a contagem do prazo se aplicam as disposições do Código de Processo Civil, nomeadamente o artigo 137.º, ex vi do artigo 1º da lei do amparo.

3. O recorrente não indica expressamente que o seu recurso tem a natureza de recurso de amparo constitucional como manda a norma do nº 2 do artigo 7º da lei do amparo, contudo, pelo enquadramento jurídico-constitucional do recurso e pela referência expressa na alínea k) da conclusão apresentada, é perceptível que pretende interpor um recurso de amparo constitucional.

4. Com excepção do pedido de medida provisória de restituição à liberdade, o recorrente não indica, com suficiente clareza, o amparo que entende dever ser-lhe concedido, limitando-se a pedir a fls. 10, "c) Ser julgado procedente e, conseqüentemente, revogado o acórdão nº 110/2021 datado de 20/09/21, do Supremo Tribunal de Justiça, com as legais consequências; d) Restabelecer os direitos, liberdades e garantias fundamentais violados (presunção da inocência, igualdade e liberdade).

5. Assim, a formulação do pedido não parece cumprir, em rigor, o disposto no nº 2 do artigo 8º da lei do amparo, segundo o qual "A petição terminará com o pedido de amparo constitucional no qual se indicará o amparo que o recorrente entende dever ser-lhe concedido para preservar ou restabelecer os direitos, liberdades ou garantias fundamentais violadas.”

6. Com efeito, a simples revogação do acórdão que deu causa ao recurso de amparo constitucional, ainda que fosse possível, não teria só por si o efeito de restabelecer quaisquer direitos, liberdades ou garantias, uma vez que deixaria intocada a decisão do juiz da instância que terá dado causa ao pedido de Habeas Corpus, que foi, entretanto, indeferido.

7. Por outro lado, o restabelecer de direitos, liberdades e garantias corresponde ao efeito de algum amparo concreto, que deve ser solicitado no requerimento em vista à apreciação da admissibilidade do recurso interposto.

8. Ainda assim, é de admitir que o recorrente pretende que seja decretado como amparo a sua restituição à liberdade para aguardar a tramitação da decisão do recurso interposto para a relação, o que coincide com a medida provisória requerida.

9. Sendo assim, revela-se que, no caso, o recorrente vem suscitar o recurso de amparo constitucional quando ainda aguarda a decisão num recurso ordinário interposto sobre matéria afim, porque relativa ao mesmo processo judicial.

10. Tal situação suscita a questão do cumprimento do esgotamento das vias ordinárias de recurso como pressuposto de admissibilidade do recurso de amparo.

11. Entretanto, parece que o fundamento do pedido foi suficientemente apreciado pelo tribunal recorrido, pelo que é de se considerar que quanto ao segmento fáctico-jurídico fundamental para estes autos, porque a decisão foi adoptada pelo STJ, deve-se admitir o esgotamento das vias de recurso ordinário nos termos previsto nos artigos 3º nº 1 alínea a) e 16º nº 1 alínea d) da Lei do amparo. Uma apreciação apenas literal dessas normas, reconduziria a posição contrária. A essencialidade dos direitos susceptíveis do amparo assim como a sumariada do próprio processo de amparo constitucional, ademais na sequência de uma providência de habeas corpus, parecem justificar uma interpretação que não se aprisione na literalidade da norma.

12. O requerente mostra ter legitimidade para recorrer por ser a pessoa, directa, actual e efectivamente afetada pela decisão de indeferimento da providência de Habeas Corpus conforme consta do acórdão nº 95/2021 do Supremo Tribunal de Justiça.

13. O recorrente alega que a decisão recorrida violou os seus "direitos fundamentais", que elenca como sendo: "a) Presunção de inocência, artigo 35º CRCV; b) igualdade, artigo 24º do CRCV) Liberdade, artigos 29º, 30º e 31º da CRCV.

14. Os "direitos fundamentais" cuja violação o requerente imputa à decisão recorrida constituem direitos, liberdades e garantias fundamentais reconhecidos na Constituição e, por isso, susceptíveis de recurso de amparo constitucional.

15. Não é evidente que no caso exposto pelo recorrente não estejam em causa violações de direitos, liberdades e garantias fundamentais constitucionalmente reconhecidos como susceptíveis de amparo.

16. Não consta que o Tribunal Constitucional tenha rejeitado, por decisão transitada em julgado, um recurso com objecto substancialmente igual.

17. Assim, porque apesar das insuficiências indicadas, o requerimento se mostra inteligível, e os fundamentos específicos do recurso foram apreciados pelo Tribunal judicial de última instância, parecem estar preenchidos os pressupostos de admissibilidade do recurso interposto.

Do exposto, somos de parecer que o recurso de amparo constitucional interposto preenche os pressupostos de admissibilidade.”

“Do exposto, somos de parecer que o recurso de amparo constitucional interposto preenche os pressupostos de admissibilidade”.

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

II – Fundamentação

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

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

- a) *O Recurso de amparo pode ser interposto contra atos ou omissões dos poderes públicos lesivos dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, depois de esgotadas todas as vias de recurso ordinário;*
- b) *O recurso de amparo pode ser requerido em simples petição, tem carácter urgente e o seu processamento deve ser baseado no princípio da sumariedade.*

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

Acompanha-se a análise de Manuel Carrasco Durán, citado por Catarina Santos Botelho na obra intitulada *A Tutela Direta dos Direitos Fundamentais, Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional*, Almedina, 2010, p. 217, quando diz que o recurso de amparo apresenta-se como um instrumento jurisdicional vocacionado para a proteção de determinados direitos fundamentais, cujo conhecimento se atribui ao Tribunal Constitucional, e que se caracteriza pelos princípios da subsidiariedade e excecionalidade.

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

O recurso de amparo está destinado unicamente à proteção de direitos fundamentais, pelo que está vedado ao Tribunal Constitucional conhecer de questões de legalidade ordinária conexas, como se depreende do teor literal do n.º 3 do art.º 2.º da Lei do Amparo.

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

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

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

Antes de proceder à identificação e análise dos pressupostos e requisitos do recurso de amparo e aferir se no caso vertente se verificam, importa consignar que o seu objeto não se identifica com qualquer ato de natureza legislativa ou normativa, como resulta expressamente do n.º 2 do artigo 2.º da Lei do Amparo.

2. Tratando-se de um recurso de amparo contra uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça, importa verificar se existe alguma razão que possa impedir a sua admissão, atento o disposto no artigo 16.º da Lei do Amparo.

O recurso não será admitido quando:

a) *Tenha sido interposto fora do prazo*

O recurso de amparo é interposto no prazo de vinte dias contados da data da notificação da decisão, sempre que a questão seja suscitada em processo que corre termos nos tribunais, atento o disposto no artigo 5.º da Lei do Amparo.

Nos casos em que se interpõe recurso de amparo constitucional contra decisões de órgão judicial, o prazo a que se refere o artigo 5.º conta-se da data da notificação do despacho que tenha recusado a violação alegadamente praticada.

Tendo a decisão impugnada sido proferida a 20 de setembro de 2021 e a petição de recurso dada entrada na Secretaria do Tribunal Constitucional no dia 06 de outubro do mesmo ano, o recurso foi tempestivamente interposto, atento o disposto no n.º 2 do artigo 3.º, e no n.º 1 do artigo 5.º da Lei do Amparo, conjugado com o disposto no n.º 2 do artigo 137.º do CPC, aplicável *ex vi* do artigo 1.º da Lei do Amparo.

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

O recurso de amparo ora em análise foi interposto por meio de um requerimento entregue na Secretaria do Tribunal Constitucional, tendo sido identificado pelo recorrente como recurso de amparo constitucional, pelo que se considera preenchido o requisito previsto no artigo 7.º da Lei do Amparo.

Conforme o artigo 8.º da Lei do Amparo:

1. Na petição o recorrente deverá:

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

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

Compulsados os autos, verifica-se que o recorrente identifica o Venerando Supremo Tribunal de Justiça como entidade que, através do acórdão recorrido, violou o seu direito à presunção de inocência, artigo 35.º, n.º 1, o princípio da igualdade, artigo 24.º e o direito à liberdade, artigo 29.º, todos da Constituição, tendo-lhe imputado as seguintes condutas:

1. Não lhe ter concedido a liberdade sobre o corpo, apesar da fundamentação do pedido de *habeas corpus* que se baseou no facto de ter sido condenado em pena de prisão efetiva inferior a três anos, ou seja, uma pena efetiva cuja pequena gravidade não permite a manutenção da prisão preventiva;

2. Não ter aplicado o princípio da igualdade, encontrando-se o recorrente numa situação materialmente igual aos coarguidos condenados em pena de prisão inferior a três anos e por força disso libertados pelo Tribunal da Relação de Sotavento;

3. Ter o acórdão recorrido entrado em contradição com os acórdãos n.ºs 43 e 46/2021, proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça no âmbito de Providências de *Habeas Corpus*, em que tinha acolhido o entendimento de que não se podia manter a prisão preventiva em situação de condenação em pena de prisão inferior a três anos.

Não parece que as condutas descritas em 2 e 3 possam ser admitidas a trâmite, na medida em que sequer foram objeto de pedido de reparação perante o Tribunal *a quo*.

Por conseguinte, a única conduta que pode ser escrutinada é aquela que se indicou no parágrafo primeiro. Ou seja, a conduta que se traduziu no indeferimento do pedido de libertação pela inexistência da situação prevista na alínea c) do artigo 18.º do CPP.

Tomando como referência essa conduta, o parâmetro que parece ser mais evidente e forte neste caso concreto é o direito a não ser mantido em prisão preventiva quando o arguido seja condenado em pena de prisão inferior a três anos, atento o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 30.º da Constituição.

Assim sendo, o Tribunal, a partir da conduta impugnada, pode, oficiosamente, adequar os parâmetros de escrutínio, tendo em conta o disposto no n.º 1 do artigo 24.º da Lei do Amparo, segundo o qual “*O Tribunal pode decidir com fundamento diverso do invocado pelo recorrente e outorgar amparo distinto daquele que foi requerido*” e as orientações constantes dos seguintes arestos: Acórdão n.º 8/2018, de 25 de abril, publicado no *Boletim Oficial I Série*, n.º 25, de 2 de maio de 2018; Acórdão n.º 15/2020, de 30 de abril e n.º 26/2020, de 09 de julho, publicados no *Boletim Oficial I Série*, n.º 86, de 23 de julho de 2020 e no site do Tribunal Constitucional.

Portanto, o parâmetro de escrutínio será o direito a não ser mantido em prisão preventiva quando a pena aplicada não exceda ou fique aquém dos três anos de prisão.

A fundamentação do presente recurso é extensa, apesar da exigência legal imposta ao recorrente de resumir as razões de facto e de direito que sustentam a petição. Os recorrentes formularam conclusão e pedido de amparo que se consideram inteligíveis.

A fundamentação que enforma o presente recurso de amparo respeita, no essencial, os requisitos previstos no artigo 8.º da Lei do Amparo.

c) O requerente não tiver legitimidade para recorrer

Adotando o conceito de legitimidade ativa recortado pelo n.º 1 do artigo 25.º do Código de Processo Civil, conjugado com o disposto no n.º 1 do artigo 4.º da Lei do Amparo, segundo o qual “*tem legitimidade quem tiver interesse directo em demandar*”, não se pode negar ao recorrente a legitimidade para interpor recurso de amparo contra condutas que alegadamente violaram os direitos, liberdades e garantias acima referenciados.

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

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

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

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

A partir do Acórdão n.º 11/17, de 22 de junho, o Tribunal Constitucional começou a escrutinar especificadamente os requisitos previstos na alínea c) do artigo 3.º da Lei do Amparo. Nesse sentido, veja-se o Acórdão n.º 13/2017, de 20 de julho, publicado na I Série do *Boletim oficial* n.º 47, de 8 de agosto de 2017, no âmbito do qual se firmou o entendimento de que sempre que possível é de se exigir que o recorrente demonstre ter invocado perante a instância recorrida a violação do direito alegadamente violado em termos perceptíveis, que tenha requerido a sua reparação e que a violação não tenha sido reparada.

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

Compulsados os autos verifica-se que o recorrente invocou expressamente e requereu ao Supremo Tribunal de Justiça a reparação da alegada violação dos seus direitos fundamentais. Tendo sido recusada a reparação da referida violação através do Acórdão recorrido, o recorrente não poderia interpor qualquer outro recurso ordinário.

Tendo, no entanto, constatado que não havia nos Autos elementos que permitissem que o Tribunal aquilatasse se o recorrente tinha interposto outros recursos em que eventualmente tivesse requerido medidas substancialmente equivalentes ao amparo que ora solicita, a Corte Constitucional houve por bem solicitar informação junto do Supremo Tribunal de Justiça e do Tribunal da Relação de Sotavento no sentido de se informar se havia processos pendentes que poderiam obstar ao conhecimento deste recurso, nomeadamente, por falta de esgotamento das vias ordinárias de recurso.

A Secretaria do Egrégio Supremo Tribunal de Justiça informou que compulsados o livro de registo de processos a partir de 15/09/21, data correspondente a entrada dos Autos de Providência de Habeas Corpus n.º 95/2021, não se encontrou nenhum registo de recurso ou reclamação apresentado por Anilton Martins Almeida.

A Secretaria do Venerando Tribunal da Relação de Sotavento dignou-se informar que o recorrente Anilton Martins de Almeida não tem qualquer recurso ou reclamação naquela instância.

Entretanto, compulsados os Autos da Providência de *Habeas Corpus* n.º 95/2021, verificou-se que ao ter sido solicitada resposta no âmbito da referida Providência, o Meritíssimo Juiz do Tribunal Judicial da Comarca de Santa Cruz informou que, na sequência de interposição de recurso, os autos, referindo-se ao Processo Ordinário registado sob o n.º 51/2021, tinham sido remetidos ao Tribunal da Relação de Sotavento para os devidos efeitos.

Com base nessa informação, foram solicitadas cópias do requerimento de interposição daquele recurso. A Secretaria do Tribunal Judicial da Comarca de Santa Cruz remeteu-as acompanhadas de cópia de folha do processo onde se encontra o despacho do Juiz a determinar a subida dos autos para o Tribunal da Relação de Sotavento e a informação de que os autos ainda não tinham sido remetidos ao Tribunal da Segunda Instância.

Da leitura da motivação do recurso que o ora recorrente interpôs para o Tribunal da Relação de Sotavento, constatou-se que a sua inconformação se baseou no facto de, apesar de ter sido condenado em pena de prisão inferior a três anos, o Tribunal *a quo* o ter mantido em prisão preventiva, o que do seu ponto de vista constitui violação dos artigos 30.º, n.º 2, al. b) da CRCV e 262.º, 290.º, n.º 1 do CPP. Ao interpor recurso para o Tribunal da Relação de Sotavento, requereu, expressamente, que

fosse alterada a medida de coação a que se encontrava sujeito para uma menos gravosa e em consequência fosse restituída a sua liberdade sobre o corpo. Concretamente, no parágrafo q) das conclusões daquele recurso, expressou-se da seguinte forma: “Finalmente, como medida cautelar, deve o recorrente Anilton ser posto imediatamente em liberdade, uma vez que a pena aplicada 2 (dois) anos e 1 (um) mês de prisão, por isso a pena (preventiva) não permite a aplicação/manutenção da medida mais gravosa, “prisão preventiva”.

Neste presente recurso de amparo, assim como no recurso ordinário já admitido, mas pendente de remessa para o Tribunal *ad quem*, a pretensão do recorrente é a restituição do direito à liberdade sobre o corpo.

Parece, pois, evidente que o amparo que se requer nestes Autos é substancialmente idêntico ao pedido que se formulou no âmbito do recurso ordinário interposto.

Portanto, a tutela do direito alegadamente violado pela decisão recorrida no âmbito da jurisdição comum poderá ser concedida pelo Tribunal da Relação de Sotavento, caso este venha a conceder provimento ao seu recurso ordinário.

Por tudo o que fica exposto, não deixa de ser anómala a estratégia adotada pelo recorrente e que se traduziu em formular pretensão substancialmente idêntica através de um recurso ordinário, uma Providência de *Habeas Corpus* e um recurso de Amparo Constitucional, quando sequer o recurso ordinário foi apreciado.

É claro que o sistema de proteção de direitos, liberdades e garantias não pode pactuar com esse procedimento, sob pena de se permitir a introdução de perturbações incompatíveis com a confiança e a segurança que o sistema judicial, em geral, e a Justiça Constitucional, em especial, devem transmitir à sociedade.

Esta Corte tem uma jurisprudência firme sobre o esgotamento de todos os meios legais de defesa dos direitos, liberdades e garantias e todas as vias de recurso ordinário estabelecidas pela respetiva lei do processo, como se pode comprovar através das orientações vertidas, nomeadamente, para os seguintes arestos: Acórdão n.º 28/2020, de 24 de julho, proferido nos Autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 19/2020, reiterado no Acórdão n.º 57/2020, de 2 de dezembro e Acórdão n.º 40/2021, de 14 de setembro, em que foi recorrente Alex Nain Saab Moran, o Acórdão n.º 45/2021, de 06 de outubro, em que foi recorrente Amadeu Fortes Oliveira e o Acórdão n.º 51/2021, de 25 de novembro de 2021, tendo como recorrente Pedro dos Santos da Veiga e entidade recorrida o Supremo Tribunal de Justiça.

O Tribunal Constitucional não admitiu aqueles recursos por falta de esgotamento das vias de recurso ordinário, exatamente, porque tinham sido apresentados recursos de amparo na sequência do indeferimento de Providências de *Habeas Corpus*, em que se solicitava proteção para alegadas violações de direitos, quando pendiam nas instâncias judiciais comuns processos no âmbito dos quais ainda era possível remediar a situação dos recorrentes.

Nesses arestos, o Tribunal Constitucional reiterou a orientação constante do Acórdão n.º 6/2017, de 21 de abril, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 27, de 16 de maio de 2017 (com o desenvolvimento que conheceu através do Acórdão n.º 7/2017, de 25 de maio, publicado no *Boletim Oficial*, I Série n.º 42, de 21 de julho de 2017), cujo trecho relevante para a questão em apreço se transcreve: “o *Tribunal Constitucional* é um órgão judicial especial especificamente concebido para servir uma ordem objetiva de valores públicos que tem na sua base o indivíduo e que se assenta na dignidade da pessoa humana. Sendo instância de proteção da Constituição, da Democracia e dos Direitos, não pode ser concebida nem como jurisdição concorrente, nem alternativa e muito menos suplente em relação à ordinária. Dada a sua composição e natureza,

incompatíveis com qualquer banalização, pressupõe-se que quando lhe sejam dirigidos pedidos, processos paralelos não estejam a tramitar em qualquer outra instância, nacional ou internacional.”

O Tribunal Constitucional tem reiterado a orientação no sentido de que “antes de se recorrer para o Tribunal Constitucional, existem outros órgãos competentes para apreciar e eventualmente conceder a devida proteção aos titulares desses direitos, nomeadamente os tribunais comuns que também são concebidos como primeiros protetores de direitos, liberdades e garantias. A verificação do esgotamento prévio das vias de recurso ordinário previstas na lei do processo não se basta com a interposição de qualquer recurso. Pelo contrário, pressupõe que o interessado faça uso das vias de impugnação legais de forma que todos os órgãos competentes possam pronunciar-se sobre as condutas alegadamente lesivas de posições jurídicas subjetivas fundamentais antes que se franqueiem as portas do Tribunal Constitucional. Como é evidente, visa-se com esse procedimento evitar a subversão do sistema de proteção de direitos fundamentais desenhado pelo legislador constitucional.” Veja-se, nesse sentido, o Acórdão n.º 26/2020, de 9 de julho, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 139, de 23 de dezembro, e os acórdãos n.ºs 49/2020, de 05 de novembro e 51/2020, de 06 de novembro, publicados no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 16, de 12 de fevereiro 2020.

Essa tem sido a posição firme desta Corte que tem sido evidenciada através dos seguintes arestos: Acórdão n.º 14/2018, de 28 de junho, publicado no *Boletim Oficial* n.º 49, I Série, de 20 de julho de 2018; Acórdão n.º 21/2018, de 16 de outubro, publicado no *Boletim Oficial* n.º 68, I Série, de 25 de outubro de 2018; Acórdão n.º 04/2019, de 24 de janeiro, publicado no *Boletim Oficial* n.º 28, I Série, de 13 de março de 2019; Acórdão n.º 21/2019, de 27 de junho, publicado no *Boletim Oficial* n.º 79, I Série, de 22 de julho de 2019, Acórdão n.º 22/2019, de 27 de junho, publicado no *Boletim Oficial* n.º 79, I Série, de 22 de julho de 2019; Acórdão n.º 25/2019, de 1 de agosto, publicado no *Boletim Oficial* n.º 100, I Série, de 26 de setembro de 2019; Acórdão n.º 40/2019, de 11 de outubro, publicado no *Boletim Oficial* n.º 6, I Série, de 14 de janeiro de 2020; Acórdão n.º 44/2019, de 20 de dezembro, publicado no *Boletim Oficial* n.º 6, I Série, de 14 de janeiro de 2020; Acórdão n.º 47/2019, de 31 de dezembro, publicado no *Boletim Oficial* n.º 14, I Série, de 4 de fevereiro de 2020; Acórdão n.º 04/2020, de 14 de fevereiro, publicado no *Boletim Oficial* n.º 25, I Série, de 3 de março de 2020; Acórdão n.º 07/2020, de 6 de março, publicado no *Boletim Oficial* n.º 86, I Série, de 23 de julho de 2020, Acórdão n.º 28/2020, de 24 de julho, Acórdão n.º 57/2020, de 2 de dezembro, os Acórdãos n.ºs 40/2021, de 14 de setembro e 45/2021, de 06 de outubro, ambos publicados no *Boletim Oficial* n.º 100, I Série, de 15 de outubro de 2021 e o Acórdão n.º 51/2021, de 25 de novembro, publicado no site desta Corte.

O Tribunal Constitucional não teria problemas em escrutinar qualquer conduta de qualquer poder público que um titular de direitos considere lesiva, caso se mostrassem preenchidos todos os pressupostos constitucionais e legais.

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

O esgotamento de todas os meios legais de defesa dos direitos, liberdades e garantias e todas as vias de recurso ordinário estabelecidas pela respetiva lei do processo constitui um pressuposto insuprível e a prática deste Tribunal tem sido no sentido de escrutinar sequencialmente os pressupostos previstos no artigo 16.º, bastando a ausência de um para se determinar a não admissão do recurso.

Termos em que, sem que seja necessário escrutinar os demais pressupostos, se conclui que não se pode admitir o presente recurso de amparo, porque é manifesta a falta do esgotamento de todos os meios legais de defesa dos direitos, liberdades e garantia previstos nas disposições conjugadas da alínea c) do n.º 1 do artigo 3.º, do artigo 6.º e da alínea d) do n.º 1 do artigo 16.º da Lei do Amparo.

III - Medidas Provisórias

O recorrente roga a esta Corte que decrete a medida provisória de restituição imediata à liberdade, pelo facto de ter sido mantido em prisão preventiva apesar de ter alegado que foi condenado em pena de prisão inferior a três anos, o que significa que deixou de subsistir um pressuposto essencial da prisão preventiva que é a gravidade do crime punível com pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos.

Todavia, não sendo admissível o presente recurso de amparo pelos fundamentos já apresentados, fica prejudicado o conhecimento do pedido de decretação da medida provisória, em coerência com a orientação sobre a relação de dependência que existe entre a admissibilidade do recurso de amparo e o incidente do pedido para a adoção de medidas provisórias, orientação fixada desde o Acórdão n.º 08/2019, de 14 de fevereiro, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 28, de 14 de março, nos seguintes termos: “*Existe uma relação indissociável entre o recurso de amparo e as medidas provisórias; o facto de as medidas provisórias serem legalmente tratadas como incidentes inerentes ao recurso pendente de decisão, a forma como o pressuposto fumus boni iuris é concebida em sede de medidas provisórias, não nos termos em que é aferido no processo civil, ou seja, de probabilidade séria de existência do direito, mas simplesmente de avaliar a sua presença à luz do juízo de viabilidade decorrente da alínea e) do artigo 16 dessa lei, e ao contrário das providências cautelares cíveis em relação às quais a lei processual civil prevê expressamente a possibilidade de se adotar medidas cautelares preventivas, ou seja, para evitar danos que possam ocorrer ainda antes da propositura da ação (Cf. o disposto no n.º 1 do artigo 350.º do CPC), a natureza excepcional do recurso de amparo que implica que a violação do direito ou liberdade fundamental não tenha encontrado reparação através do sistema de garantias normais, exigindo-se, por isso, que haja recurso prévio aos tribunais ordinários e o esgotamento dos recursos adequados, associada à excepcionalidade está a denominada subsidiariedade do recurso de amparo, que espelha com clareza o facto de este não ser uma via alternativa, mas uma via sucessiva, de proteção de direitos fundamentais, terão levado o legislador a conceber as medidas provisórias apenas como incidentes lite pendente.*”

Essa orientação tem sido adotada, sem qualquer desvio, pelos seguintes arestos: Acórdão n.º 21/2018, de 16 de outubro, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 68, de 25 de outubro; Acórdão n.º 4/2019, de 24 de janeiro, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 28, de 13 de março; Acórdão n.º 22/2019, de 27 de junho, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 100, de 26 de setembro; Acórdão n.º 40/2019, de 11 de outubro; Acórdão n.º 44/2019, de 20 de dezembro, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 6, de 14 janeiro de 2020; Acórdão n.º 26/2020, de 9 de julho; Acórdão n.º 28/2020, de 24 de julho de 2020, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 139, de 23 de dezembro; Acórdão n.º 57/2020, de 27 de dezembro, *Boletim Oficial*, I Série, n.º 16, de 12 de fevereiro de 2021; Acórdão n.º 29/2021, de 03 de junho, Acórdão n.º 34/2021, de 11 de junho de 2021, publicados no *Boletim Oficial* n.º 88, de 16 de setembro, os Acórdãos n.ºs 40 e 41/2021, de 14 de setembro, os dois últimos publicados no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 100, de 15 de outubro de 2021, o Acórdão n.º 45/2021, de 06 de outubro, publicado no *Boletim Oficial* n.º 100, I Série, de 15 de outubro de 2021 e o Acórdão n.º 51/2021, de 25 novembro de 2021, publicado no site do Tribunal Constitucional.

IV - Decisão

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

Praia, 2 de dezembro de 2021.

João Pinto Semedo (Relator)

Aristides R. Lima

José Pina Delgado

Está conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 2 de dezembro de 2021. — O Secretário, *João Borges*.

Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 36/2020, em que é recorrente **Anderson Mendes Fernandes** e entidade recorrida o **Supremo Tribunal de Justiça**.

Acórdão nº 54/2021

(*Anderson Mendes Fernandes v. STJ*, sobre violação do direito a não ser mantido em prisão preventiva além dos prazos legais)

I. Relatório

1. O relatório desses autos já se encontra em larga medida recortado pelo *Acórdão nº 9/2021, de 25 de fevereiro*, Rel. JCP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 57, 31 de março de 2020, pp. 1789-1794, que admitiu este recurso, pelo que se remete para essa decisão, retendo-se uma síntese do mesmo.

1.1. O recorrente, Senhor Anderson Mendes Fernandes, sustenta que o Supremo Tribunal de Justiça, através do seu *Acórdão 63/2020*, fez uma interpretação do CPP passível de violar os seus direitos, liberdades e garantias, nomeadamente à defesa e à informação, legalidade e duração da prisão preventiva e contraditório.

1.2. Isso resultando da forma como o processo foi gerido, posto não se ter notificado o arguido e à mandatária da dedução da acusação conforme imporia o número 2 do artigo 142 do Código de Processo Penal, constituindo tal preterição numa nulidade insanável à luz da alínea h) do artigo 151 do mesmo diploma na sua opinião. Assim, impedindo-o de “fazer valer os seus direitos”, nomeadamente o de requerer ACP e o de obter elementos de prova no processo e de conhec[er] as diligências que foram realizadas na instrução pelo MP, garantindo o direito da defesa do arguido, que, “com base nesses elementos prepara o julgamento ou depois de ser notificada da acusação pode requer[er] consulta de alguns elementos),(...)”.

1.3. Apesar disso, o Supremo Tribunal de Justiça indeferiu o seu requerimento de *habeas corpus* por falta de fundamento bastante com o “argumento, de que a mandatária constituída, ao alegar que não foi notificada da acusação, está a pressupor ou admitir que a acusação foi proferida no processo-crime em causa”, que o artigo 279 do CPP não menciona em parte alguma que a ação relevante é a notificação da acusação ou o momento em que esta é efetuada” e que a “ausência de notificação, a tardia notificação ou a notificação irregular não constituem fundamento que a lei preveja para a procedência de *habeas corpus*”.

1.4. Conclui dizendo textualmente que “1. A não notificação da acusação constitui nulidade insanável;

2. Houve violação do direito de acesso [às] provas; 3. Existe erro notório na interpretação do art.º 279 do CPP, ignorando os demais dispositivos legais relativos a fase [de] instrução; O S.T[.J]. deve ter em conta que a atuação do MP, no quadro geral da instrução do processo, rege-se por critérios de vinculação à lei e objetividade; 4. Falta de fundamentação da sentença, onde não ficou demonstrada pelo STJ os efeitos concretos da dedução da acusação e a não notificação da mesma, para se conseguir entender a posição deferida de que a prisão do arguido é legal”;

1.5. E pede que “[e]stando assim o duto acórdão recorrido recheado de vícios e contradições jurídicas insanáveis, e manifesta inconstitucionalidade, pois, em coerência, deve ser ordenada a restituição [à] liberdade do recorrente, concedendo-lhe o amparo constitucional”.

2. Tendo o pedido sido admitido e os autos distribuídos a 29 de março ao JC Pina Delgado,

2.1. O processo foi de seguida à entidade recorrida no dia 5 de abril a fim de responder ao pedido, caso assim quisesse, tendo, entretanto, optado por nada dizer dentro do prazo que legalmente dispunha.

2.2. Na ausência de resposta da entidade recorrida, os autos foram no dia 15 do mesmo mês e ano ao Ministério Público para a vista final sobre o mérito da questão, tendo esta entidade, através de peça de promoção, que juntou aos autos no dia 20 desse mês, oferecido importantes elementos de ponderação a esta Corte Constitucional.

A alta entidade referida já havia opinado pela inadmissibilidade do pedido de amparo constitucional, porque do seu ponto de vista o recorrente não havia indicado que direitos, liberdades e garantias de sua titularidade haviam sido violados pela entidade recorrida e, portanto, o assento constitucional do direito violado, requisitos exigidos pela alínea c) do número 1 do artigo 8º da Lei do Amparo e do *Habeas Data*. Desta feita, reiterou o recurso interposto é desprovido de mérito porquanto “a prisão preventiva do arguido recorrente não estava extinta, uma vez que a acusação tinha sido deduzida antes do termo do prazo de quatro meses”. Daí que, na sua opinião, “a petição de restituição à liberdade com fundamento em extinção do prazo de prisão preventiva ao abrigo da alínea a) do nº 1 do artigo 279 do CPP não parece ter qualquer acomodação legal, o que aliás já era manifesto”. Assim, “não se descortina necessária qualquer medida em vista o restabelecimento do exercício dos direitos, liberdades ou garantias violados, porque não há sinais de quaisquer violações de direitos, liberdades ou garantias reconhecidos na Constituição”.

3. Depois de analisado o autuado,

3.1. O Relator, a 23 de novembro de 2021, depositou o projeto de acórdão, solicitando a marcação de sessão de julgamento para efeitos de apreciação e decisão da súplica de amparo;

3.2. Por despacho do Venerando JCP Pinto Semedo a supracitada sessão foi marcada para o dia 1 de dezembro, data em que efetivamente se realizou, contando com a presença dos juizes do Tribunal Constitucional e do secretário da Corte.

3.2.1. Depois de o Presidente ter declarada aberta a sessão, transmitiu a palavra ao Juiz-Conselheiro Relator para apresentar sinteticamente o projeto de acórdão, o que fez, partilhando um resumo oral do texto anteriormente distribuído e encaminhando votação no sentido de se desestimar o pedido.

3.2.2. O Juiz-Conselheiro Aristides R. Lima concordou com a apresentação, com a fundamentação, com a metodologia e com a solução proposta no sentido de que não houve violação da garantia invocada.

3.2.3. O Juiz-Conselheiro Presidente acompanhou os votos anteriormente formulados no sentido proposto pelo projeto de acórdão quanto à solução e quanto ao fundamento.

3.2.4. Apurado o sentido decisório, ficou incumbido o Relator de apresentar a versão final do acórdão precedendo arbitragem interna.

II. Fundamentação

1. Na peça de interposição do presente recurso, o recorrente impugnou duas condutas alegadamente empreendidas pelo Supremo Tribunal de Justiça. A primeira, relacionada ao facto de não ter sido notificado do despacho que o acusou, não será objeto do presente escrutínio de amparo constitucional. Não foi admitida a trâmite porque o Tribunal, aquando do exame de admissibilidade, entendeu que ela não poderia ser atribuída ao órgão recorrido. Porquanto, o meio que se utilizou para a impugnar – uma providência de *habeas corpus* ao invés de um recurso ordinário – não era o adequado. Nos termos da decisão de admissibilidade (*Acórdão nº 9/2021, de 25 de fevereiro, Rel. JCP Pinto Semedo*) “[a] alegada omissão de notificação da acusação não seria imputável ao STJ, além de que o *habeas corpus* não seria um meio idóneo para a sua impugnação”. Pelo que é segunda conduta – concernente ao facto de, conforme fundamentado pelo recorrente, o órgão *a quo* não ter deferido o seu pedido de *habeas corpus*, mantendo-o alegadamente em prisão preventiva além dos prazos legalmente previstos – que justifica a atenção desta Corte.

1.1. Assim, traçada a conduta objeto de escrutínio, afastando-se qualquer questão que tenha a ver com eventual violação de direito por não notificação da acusação ao arguido e/ou ao seu mandatário, resta precisar o direito, liberdade ou garantia que a ele deve servir de parâmetro. O recorrente diz que a conduta em causa violou um conjunto de princípios, alguns podendo ser reconduzidos a posições jurídicas fundamentais de sua titularidade, que elenca como sendo “o princípio da legalidade, na duração dos prazos da prisão preventiva, o “princípio do contraditório”, o “princípio da fundamentação de um ato decisório” que estaria associado a outras garantias constitucionais, o princípio de igualdade, o princípio do contraditório, além do direito de defesa e do direito à informação em processo penal, o que releva alguma dificuldade e imprecisão no estabelecimento do direito-parâmetro de escrutínio. Insuficiências que levaram inclusive o Digníssimo Senhor Procurador-Geral da República a pugnar pelo indeferimento do pedido de amparo constitucional solicitado pelo recorrente.

1.2. Atendendo à sua argumentação, parece que o direito que eventualmente poderá ter sido violado diretamente é a sua garantia de não ser mantido em prisão preventiva para além dos prazos legalmente estabelecidos decorrente do número 4 do artigo 31 da Constituição da República. O comportamento que ele impugna que foi admitido a trâmite foi exatamente o facto de o órgão recorrido ter recusado o seu pedido de *habeas corpus*, mantendo-o em prisão preventiva, do seu ponto de vista, ilegalmente, pois já estaria nesta situação há mais quatro meses sem que tivesse sido notificado da acusação contra ele deduzida. Correção e aperfeiçoamento que, outrossim, se reitera daquilo que já havia sido estabelecido pelo acórdão de admissão citado com fundamento no número 1 do artigo 24 da Lei do Amparo e do *Habeas Data* e na jurisprudência do Tribunal Constitucional e nos termos de consolidada jurisprudência desta Corte (*Acórdão nº 19/2020, de 8 de maio, Paulo Alexandre v. STJ, sobre garantia a não ser mantido em prisão preventiva fora dos prazos legais, Rel: JC Pina Delgado, publicado no Boletim Oficial, I Série, N. 86, 23 de julho de 2020, pp. 1836-1847, 1; Acórdão nº 20/2020, de 11 de junho, Joel Ermelindo*

Pereira de Brito e Rider Janó Miranda Tavares v. STJ, sobre violação da garantia a não ser mantido em prisão preventiva fora dos prazos legais, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 86, 23 de julho de 2020, pp. 1847-1853, 1.1; *Acórdão nº 27/2020, Éder Yanick v. TRS, sobre violação dos direitos à liberdade sobre o corpo, do direito à presunção da inocência e da garantia de não ser mantido em prisão preventiva além dos prazos legalmente estabelecidos*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 139, 23 de dezembro de 2020, pp. 2157-2165, 3).

1.3. Trata-se, assim, de direito fundamental amplamente considerado pelo Tribunal Constitucional (*Acórdão nº 26/2019, de 9 de agosto, Osmond Nnaemeka Odo v. STJ*, Rel: JC Pina Delgado, sobre violação do direito à liberdade, da garantia da presunção da inocência e da garantia de não ser mantido em prisão preventiva fora dos prazos legais, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 100, 26 de setembro de 2019, pp. 1590-1595; *Acórdão nº 20/2020, de 11 de junho, Joel Ermelindo Pereira de Brito e Rider Janó Miranda Tavares v. STJ, sobre violação da garantia a não ser mantido em prisão preventiva fora dos prazos legais*, Rel: JC Pina Delgado; *Acórdão nº 27/2020, Éder Yanick v. TRS, sobre violação dos direitos à liberdade sobre o corpo, do direito à presunção da inocência e da garantia de não ser mantido em prisão preventiva além dos prazos legalmente estabelecidos*, Rel: JC Pina Delgado), cuja violação se atesta necessariamente pela verificação, nos termos do *Acórdão nº 19/2020, de 8 de maio, Paulo Alexandre v. STJ, sobre garantia a não ser mantido em prisão preventiva fora dos prazos legais*, Rel: JC Pina Delgado, de duas condições fundamentais: a) que o recorrente, sendo arguido em processo penal, se encontre em prisão preventiva, não havendo decisão que o condene em prisão efetiva que tenha transitado em julgado; e, b) que o prazo constitucional previsto pelo primeiro segmento do número 4 do artigo 31 da Constituição ou prazo legal definido pelo número 1 do artigo 279 do Código de Processo Penal tenham sido ultrapassados (4.2). Situação que a configurar-se imporia que a sua liberdade seja restituída caso suplicasse *habeas corpus* ou pedido de amparo.

2. Portanto, feito este enquadramento prévio de delimitação do objeto e parâmetro de escrutínio, o Tribunal já se encontra em condições de decidir o presente problema constitucional que lhe foi colocado, no sentido de averiguar se a conduta da entidade recorrida que negou deferir pedido de *habeas corpus* suplicado pelo recorrente violou o seu direito de não ser mantido em prisão preventiva além do prazo legal e, deste modo, a sua liberdade sobre o corpo, do que depende de ter havido manutenção em prisão preventiva por mais de quatro meses sem dedução de acusação e de isto ser imputável ao órgão judicial recorrido.

2.1. O recorrente fundamenta a sua petição de amparo constitucional e a providência de *habeas corpus* com base na alínea a) do número 1 do artigo 279 do CPP, pois, no seu entender, haviam passado seis meses – na verdade, cerca de seis meses, pois ainda faltavam seis dias quando deu entrada ao pedido de *habeas corpus* – sem que tivesse sido notificado da acusação pela prática de qualquer crime.

2.2. Entretanto, o Egrégio Supremo Tribunal de Justiça discordou desse argumento, porque, com base na sua jurisprudência consolidada sobre o artigo 279 do CPP, independentemente do momento da sua notificação, o que importaria na aferição da ultrapassagem ou não dos prazos legais intercalares da prisão preventiva é a data da prolação das decisões referidas e não a data da sua notificação aos arguidos. Assim, na medida em que o despacho de acusação já havia sido prolatado antes de o prazo de quatro meses ter expirado, no entender desse órgão, o fundamento invocado pelo recorrente não tinha razão de ser, pelo que indeferiu o pedido.

3. É relevante registar que se dá por provado que:

3.1. O arguido foi detido no dia 23 de maio de 2020 pela Polícia Nacional, e, na sequência de primeiro interrogatório, foi-lhe decretada medida de coação de prisão preventiva;

3.2. A acusação foi deduzida no dia 21 de setembro de 2000.

3.3. Até ao dia 25 de setembro o recorrente ainda não tinha sido notificado da dedução de acusação.

4. Tendo em conta os dois argumentos apresentados, respetivamente, pelo recorrente e pelo órgão recorrido, o problema jurídico que requer consideração não tem que ver com prazo em que um arguido deve ficar em prisão preventiva durante a fase processual de instrução, pois todos concordam e a Corte Constitucional também, que ele está fixado, nos termos da lei, em quatro meses. Relaciona-se, outrossim, com o modo de contagem do *dies ad quem*, no sentido de se apurar se o mesmo coincide com a data da prolação da decisão que põe termo à essa fase processual – concretamente, a da instrução – ou com o momento da sua notificação ao arguido. Problema que se estende relativamente a todos os outros prazos intercalares da prisão preventiva, com exceção do prazo final de trinta e seis meses e do prazo de vinte e seis meses da alínea e) que parecem exigir a notificação da decisão condenatória, pois pode-se considerar que esta, em princípio, não transita em julgado se não for notificada.

4.1. Não é a primeira vez que questão associada é colocada ao Tribunal Constitucional que já teve de a ponderar em algumas ocasiões referentes a pedidos de adoção de medidas provisórias e, pelo menos uma vez, em escrutínio de mérito, embora o problema jurídico suscitado não tenha sido exatamente este. Em todas essas decisões, o Tribunal salientou as dificuldades evidentes em acolher a solução proposta por recorrentes no sentido de considerar que o prazo final de cada fase intercalar da prisão preventiva deve coincidir com o momento da notificação da decisão correspondente ao arguido e não com a data em que essa decisão é prolatada.

Com efeito, algumas decisões de admissibilidade (*Acórdão nº 6/2020, Pedro Helena v. STJ*, Rel: JP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 86, 23 de julho de 2020, 1716-1722, 3.3, e *Acórdão nº 9/2020, Adilson Staline Batista v. STJ*, Rel: JP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 86, 23 de julho de 2020, 1725-1731, 3.4), que se pronunciaram sobre a questão aquando da avaliação da adoção de medidas provisórias consideraram que não havia em situações do tipo forte probabilidade de existência do direito, por não parecer, ainda que a partir de análise perfunctória própria daquele tipo de juízo, desrazoável a interpretação dada pela entidade recorrida. Todavia, além de o primeiro acórdão ter colocado em discussão a possibilidade de ser relevante saber-se se a construção normativa seria “suficientemente garantística dos direitos de defesa em processo penal”, ambos deixaram a indicação de que, *prima facie*, a formulação legal não dava muita margem de interpretação ao aplicador da norma, ainda que o Tribunal tenha reservado um pronunciamento mais definitivo para depois da análise do mérito. Daí ter-se admitido o pedido, para que esta Corte dispusesse de mais tempo para poder formular fundamentadamente a sua posição a respeito desta questão.

4.2. A razão prende-se com a formulação legal vertida para o artigo 279 do CPP que utiliza expressões como “(...) sem que tenha sido deduzida acusação”, “(...) sem que tenha sido (...) proferido despacho de pronúncia”, “(...) sem que tenha havido condenação em primeira instância”, e “sem que tenha havido condenação em segunda instância”.

4.3. E a conclusão evidente que se pode tirar é que essas expressões parecem se referir ao momento da prolação da decisão, sendo esta a data que releva para efeitos de

determinação do dia final do prazo intercalar da prisão preventiva e não a data da sua notificação ao arguido, como, de resto, o Tribunal já deixara assentado através do *Acórdão nº 20/2020, de 11 de junho, Joel Ermelindo e Rider Janó v. STJ, sobre violação da garantia a não ser mantido em prisão preventiva fora dos prazos legais*, Rel: JC Pina Delgado, 3.3.

4.4. Da análise das *Atas da Sessão de 26 de abril de 2004*, Praia, AN, 2004, p. 139, a entidade proponente ao justificar a opção do regime no sentido de que “não havendo acusação, decorridos esses prazos [de instrução] o despacho é necessariamente de arquivamento” deu a entender que a razão que determina a ilegalidade da prisão é a não dedução da acusação nesse prazo e não a ausência da sua notificação ao arguido. Por isso, a expressão da alínea a) do número 1 do artigo 279 “sem que seja deduzida acusação” somente permite inferir o sentido evidente de que o efeito de ilegalidade da manutenção da medida de coação de prisão preventiva somente ocorre nas situações em que no prazo de quatro meses não se tenha praticado esse ato, independentemente de isso ter sido comunicado nesse intervalo temporal ao arguido ou ao seu mandatário ou não.

4.5. No caso concreto, considerando os factos indisputados e dados por provados de que o recorrente foi privado da sua liberdade por decretação de medida de coação de prisão preventiva no dia 23 de maio e que a acusação foi deduzida no dia 21 de setembro, não há qualquer base para se imputar qualquer conduta lesiva ao órgão judicial recorrido.

5. Ainda que essa formulação normativa pudesse conduzir a alguma inconstitucionalidade, ela seria meramente normativa e não de conduta. O sentido adotado pelo acórdão recorrido é o único que se logra inferir do artigo 279 do CPP, ou seja, de que o releva para a determinação do *dies ad quem* do prazo da prisão preventiva é a data da decretação da decisão e não a data em que ela é notificada ao arguido. Ainda que se considere legítimo que dúvidas se levantem sobre a compatibilidade da solução legal com a Lei Fundamental por poder ser insuficientemente garantística, na medida que passível de permitir alguma margem de arbitrariedade ao poder público em relação à data efetiva de dedução da acusação, tal possibilidade sempre poderia ser mitigada pelo próprio arguido através do controlo de atos por via de requerimento de obtenção de cópias, extratos e certidões nos termos dos artigos 110 e ss do Código de Processo Penal, que, pacificamente (v. *Atas da Sessão de 26 de abril de 2004*, pp. 139-140), permitem ao arguido sujeito a prisão preventiva a elas aceder para efeitos de impugnação.

5.1. Donde não se estar perante uma inconstitucionalidade normativa evidente justificadora, nos termos do número 3 do artigo 25 da Lei do Tribunal Constitucional, da remissão do processo ao Senhor Procurador-Geral da República para efeitos de fiscalização concreta e sucessiva da constitucionalidade, como se fez em outras ocasiões (*Acórdão nº 10/2018, de 3 de maio, Joaquim Wenceslau v. STJ, sobre violação dos direitos de audiência e de defesa e da garantia de não ser despedido com base em motivos políticos ou ideológicos e de não ser prejudicado em virtude das suas opções político-partidárias*, Rel: JP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 35, 6 de junho de 2018, pp. 869-884, 3; *Acórdão nº 22/2018, de 11 de outubro, Martiniano v. STJ, sobre a violação do direito de acesso aos tribunais por decisão de deserção de recurso*, Rel: JC José Pina Delgado, *Boletim Oficial*, I Série, N. 76, 22 de novembro de 2018, pp. 1824-1835, 6; *Acórdão nº 24/2018, de 13 de novembro, Alexandre Borges v. STJ, sobre violação dos direitos ao contraditório, de audiência e de defesa em processo criminal, a processo justo e equitativo, da liberdade sobre o corpo e da garantia de presunção da inocência e do direito a não se ser discriminado*, Rel: JC José Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série,

N. 88, 28 de dezembro de 2018, pp. 1824-1835, 5.1; *Acórdão nº 27/2018, de 20 de dezembro, Judy Ike Hills v. STJ, sobre violação de garantia de inviolabilidade de domicílio, de correspondência e de telecomunicações e de garantia da presunção da inocência na sua dimensão de in dubio pro reo*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 11, 31 de janeiro de 2019, pp. 146-178, 10).

5.2. Não havendo, pelos motivos mencionados, a forte probabilidade de que depende tal ato, a questão de inconstitucionalidade normativa dependeria de ter sido colocada pelo recorrente através de um de um recurso de fiscalização concreta. Precisamente porque, conforme consta da jurisprudência consolidada do Tribunal sobre esta matéria, na medida em que o recurso de amparo não pode ter por objeto atos normativos, não pode ser outorgado amparo quando a conduta do poder judicial se ancorar em formulação legal cuja única interpretação sustentada for inconstitucional, sob pena de confusão entre os recursos de amparo e de fiscalização concreta da constitucionalidade (*Acórdão nº 11/2017, de 22 de junho, Maria de Lurdes v. STJ, sobre violação do direito de constituir família por não reconhecimento de união de facto*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 42, 21 de julho, pp. 933-950 e na *Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional de Cabo Verde*, Vol. III, Praia, INCV, 2018 (2017), pp. 423-477, 2.3.4; *Acórdão nº 22/2018, de 11 de outubro, Martiniano v. STJ, sobre a violação do direito de acesso aos tribunais por decisão de deserção de recurso*, 5-6; *Acórdão nº 27/2018, de 20 de dezembro, Judy Ike Hills v. STJ, sobre violação de garantia de inviolabilidade de domicílio, de correspondência e de telecomunicações e de garantia da presunção da inocência na sua dimensão de in dubio pro reo*, Rel: JC Pina Delgado, 5.10; *Acórdão nº 25/2021, de 30 de abril, Walter dos Reis v. STJ, sobre violação da garantia de não ser sujeito a prisão preventiva sem ser ouvido, do direito ao contraditório e à defesa, do direito de audiência prévia e ao recurso*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 62, 14 de junho de 2021, pp. 1895-1902, 4.5).

6. Concluindo: no caso concreto, o recorrente se encontra cercado de sua liberdade sobre o corpo desde 23 de maio de 2020 e foi acusado no dia 21 de setembro do mesmo ano, portanto dois dias antes de se esgotar o prazo de quatro meses. Logo, não podendo o órgão judicial recorrido ter atribuído qualquer outro sentido mais favorável ao direito à liberdade do recorrente e à garantia daí derivada de não ser mantido em prisão preventiva além dos prazos legais, não se lhe pode atribuir a violação de qualquer direito de que o recorrente é titular, justificando que o pedido de amparo não possa ser estimado.

III. Decisão

Pelo exposto, os Juizes do Tribunal Constitucional reunidos em Plenário decidem que o órgão judicial recorrido ao ter indeferido pedido de *habeas corpus* por alegado excesso de prisão preventiva em circunstância na qual o arguido já estava privado da sua liberdade há mais de quatro meses sem que tenha sido notificado de acusação contra si deduzida, não violou a garantia de não se ser mantido em prisão preventiva além dos prazos legais.

Registe, notifique e publique.

Praia, 3 de dezembro de 2021

José Pina Delgado (Relator)

Aristides R. Lima

João Pinto Semedo

Está conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 3 de dezembro de 2021. — O Secretário, João Borges

Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 18/2020, em que é recorrente **Helder Zidane dos Santos Pereira** e entidade recorrida o **Supremo Tribunal de Justiça**.

Acórdão nº 55/2021

(*Hélder Zidane dos Santos Pereira v. STJ*, sobre violação da garantia de não ser mantido em prisão preventiva além dos prazos legalmente estabelecidos)

I. Relatório

1. O relatório desses autos já se encontra em larga medida recortado pelo *Acórdão nº 59/2020, de 27 de novembro, Hélder Zidane v. STJ*, Rel: JCP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 20, 19 de fevereiro de 2021, pp. 667-673, que admitiu este recurso, pelo que se remete para essa decisão, retendo-se que:

1.1. O recorrente alega que depois de o MP ter deduzido acusação contra si no dia 10 de abril de 2020, requereu tempestivamente a abertura de ACP dando entrada ao pedido no dia 28 de abril. Prescrevendo o artigo 327 do CPP que o despacho proferido sobre o requerimento de realização de ACP é notificado aos intervenientes processuais e não tendo tomado conhecimento de qualquer decisão de elevação do prazo de prisão preventiva para doze meses, até à data de interposição do recurso de amparo não tinha sido pronunciado ou o processo declarado de especial complexidade.

1.2. Por estar preso preventivamente há mais de oito meses sem conhecer o despacho de pronúncia, decisão de reexam dessa medida de coação “ou qualquer outro que declarasse a especial complexidade do processo” colocou providência de *habeas corpus*, que, todavia, foi julgada, nas suas palavras, improcedente por decisão maioritária, evidenciando uma ausência de consenso no Supremo Tribunal de Justiça a respeito desta questão, na medida em que visível a oposição entre duas teses diferentes no seu seio. Manifestando o recorrente a sua concordância com a doutrina minoritária esposada pela posição vencida nos autos – também acolhida, segundo diz, pela antiga Juiz-Presidente desse alto órgão judicial –, que corresponderia, ainda na sua opinião, ao entendimento anterior do mesmo e também do Tribunal Constitucional.

1.3. Acresce que, segundo expõe, o Egrégio tribunal judicial em causa terá, para fundamentar “indiretamente a complexidade do processo”, substituído o tribunal de instância, a quem compete tomar tal decisão, contrariando o artigo 294 do CPP, imiscuindo-se em poderes judiciais alheios, o que conduziria a interpretação passível de violar o seu direito à liberdade e o seu direito à presunção da inocência.

1.4. Conclui o seu raciocínio dizendo que “o recorrente requereu *Habeas Corpus* na esperança de ser devolvido o direito [à] liberdade, uma vez que o mesmo está detido preventivamente há mais de oito meses, sem conhecer o despacho de pronúncia, não obstante (...) ter requerido abertura de ACP dentro do prazo legal, mas[,] no entanto [.] o Supremo Tribunal de Justiça, deu ao artigo 279 n.º 1 al. b) do CPP, uma interpretação passível de violar a nossa [C]onstituição e que repercutiu diretamente na violação dos direitos fundamentais (presunção de inocência, LIBERDADE e ser julgado no mais curto prazo possível)”.

1.5. E pediu que o seu pedido seja “julgado procedente e, conseqüentemente, [seja] revogado o [A]córdão nº 29/2020, de 03/07/20, do Supremo Tribunal de Justiça, com as legais conseqüências”, restabelecendo “os direitos, liberdades e garantias fundamentais violados, (liberdade, presunção de inocência, ser julgado no mais curto prazo possível)”.

2. Nos termos do artigo 18 da Lei do Amparo e do *Habeas Data* a entidade recorrida foi notificada no dia 9 de fevereiro de 2021 para, querendo, responder às questões suscitadas pelo recorrente, optando esse órgão por se manter em silêncio, seguindo os autos para o Ministério Público no dia 19 de fevereiro.

3. No dia 1 de março de 2021, esta alta entidade ofereceu ao Tribunal o seu parecer final sobre o fundo da questão considerando, após doura e analítica apreciação das questões de facto e de direito referentes ao juízo de mérito, que a interpretação promovida pelo órgão judicial recorrido de que haveria elevação automática dos prazos de prisão preventiva na fase da ACP em situações declaradas de especial complexidade em fase processual anterior, seria suscetível de pôr em causa o direito do arguido à liberdade, justificando uma “aferição de conformidade constitucional (...) da interpretação segundo a qual a declaração de especial complexidade na fase de instrução implica a elevação dos prazos máximos de prisão preventiva nos limites previstos” no número 2 do artigo 279 do CPP.

4. Depois de analisado o autuado,

4.1. O Relator, a 22 de novembro de 2021 depositou o projeto de acórdão, solicitando a marcação de sessão de julgamento para efeitos de apreciação e decisão da súplica de amparo;

4.2. Por despacho do Venerando JCP Pinto Semedo a supracitada sessão foi marcada para o dia 30 de novembro, data em que efetivamente se realizou, contando com a presença dos juizes do Tribunal Constitucional, do mandatário do recorrente e do secretário da Corte.

4.2.1. Depois de o Presidente ter declarada aberta a sessão, transmitiu a palavra ao Juiz-Conselheiro Relator para apresentar sinteticamente o projeto de acórdão, o que fez, expondo um resumo do texto anteriormente partilhado e encaminhando votação no sentido de se determinar a violação do direito e de conceder amparo nesse mesmo sentido.

4.2.2. O Juiz-Conselheiro Aristides R. Lima abriu divergência, salientando que, no seu entendimento, a lei remete para a complexidade do processo e não para a complexidade da fase do processo e que a interpretação pró-direitos humanos não pode deixar de considerar que os tribunais não têm todos os meios disponíveis e que devem ter o tempo necessário a adotar posições ponderadas. Pelo que entende que a prorrogação de prazos de prisão preventiva seria compatível com as garantias de defesa desde que reunidos os requisitos da lei, estando mais aberto a, tendencialmente, acolher a posição do STJ.

4.2.3. O Juiz-Conselheiro Presidente começou por dizer que subscreve a posição do projeto de acórdão quanto ao sentido da decisão, manifestando concordância em relação ao tratamento reservado à questão dos efeitos do pedido de realização da ACP sobre o prazo de prisão preventiva, pois considera que veio clarificar a questão, permitindo que o Tribunal adote uma orientação clara no sentido de que em tais situações ela deve ser apreciada e, sendo o caso, realizada dentro do prazo legal. No tocante à prorrogação do prazo de prisão preventiva, partindo do entendimento acolhido pelo Acórdão 25/2018, que já havia sugerido que a elevação do prazo não seria automática, pontuou que a complexidade do processo não é igual em todas as fases. Porque pode-se não deduzir acusação em relação a vários arguidos e porque a delimitação do objeto do processo é feita pela investigação conduzida na fase de instrução, deixando o processo estável na fase de julgamento. Além disso, o dever de reexaminar a prisão preventiva e a orientação do número 3 do artigo 279, associando a prorrogação a cada fase do processo, malgrado reconhecer que a interpretação do STJ é a

mais cómoda para o poder judicial, faz com que ele não seria a mais correta e tão-pouco a mais garantística. Daí que propenda no sentido de que a declaração de especial complexidade dever ser feita em cada fase processual com a devida fundamentação.

4.3. Apurado o sentido decisório, ficou incumbido o Relator de apresentar versão para arbitragem e redação final, o que se fez nos termos desenvolvidos a seguir:

II. Fundamentação

1. O recorrente impugna o ato do órgão recorrido de rejeitar pedido de *habeas corpus* por si suplicado – mantendo-o em prisão preventiva por mais de oito meses sem prolação do despacho de pronúncia, num caso em que havia requerido Audiência Contraditória Preliminar (ACP), com o argumento de que o prazo teria sido automaticamente elevado com a declaração de especial complexidade feita em fase anterior do processo – violando, desta forma, a sua liberdade sobre o corpo e outros direitos que indica.

2. Como o Tribunal passou a considerar (*Acórdão nº 19/2020, de 8 de maio, Paulo Alexandre v. STJ, sobre garantia a não ser mantido em prisão preventiva fora dos prazos legais*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 86, 23 de julho de 2020, pp. 1836-1847; *Acórdão nº 20/2020, de 11 de junho, Joel Ermelindo Pereira de Brito e Rider Janó Miranda Tavares v. STJ, sobre violação da garantia a não ser mantido em prisão preventiva fora dos prazos legais*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 86, 23 de julho de 2020, pp. 1847-1853, 1.1; *Acórdão nº 27/2020, Éder Yanick v. TRS, sobre violação dos direitos à liberdade sobre o corpo, do direito à presunção da inocência e da garantia de não ser mantido em prisão preventiva além dos prazos legalmente estabelecidos*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 139, 23 de dezembro de 2020, pp. 2157-2165, 3), e, como já se havia definido através do *Acórdão nº 59/2020, de 27 de novembro, Hélder Zidane v. STJ*, Rel: JCP Pinto Semedo, 2, que admitiu este recurso, o escrutínio que se tem operado relativamente a esse tipo de conduta não passa pela avaliação direta do direito à liberdade sobre o corpo, do direito à presunção de inocência, ao contraditório, etc., como muitos recorrentes invocam, mas sim pela análise da garantia de não ser mantido em prisão preventiva além do prazo legal previsto pelo número 4 do artigo 31 da Constituição da República, pois a violação, especialmente em relação à liberdade sobre o corpo, a existir, é subsequente.

3. Estabelecido o parâmetro, importa trazer à colação, primeiramente, os argumentos do Recorrente e da Egrégia Entidade recorrida, bem como do Digníssimo Representante do Ministério Público, e, segundo, sendo certo que não é a primeira vez que o Tribunal analisa essa garantia fundamental, as decisões tiradas em casos semelhantes.

3.1. A argumentação fáctica do recorrente, de forma resumida, é relativamente simples: do seu ponto de vista, tendo requerido a realização da Audiência Contraditória Preliminar no dia 13 de abril de 2020, até ao dia 22 de junho do mesmo ano, data em que intentara a providência de *habeas corpus*, não havia sido pronunciado pelo tribunal de instrução. Como se encontrava em prisão preventiva desde o dia 19 de outubro de 2019, já haviam decorridos mais de oito meses sem que tivesse conhecido aquele despacho. Assim, a sua prisão tinha se tornado ilegal, pelo que a entidade recorrida deveria ter ordenado a sua soltura quando requerida em sede de *habeas corpus*.

3.2. Por sua vez, a Egrégia Suprema Corte de Justiça, embora com voto vencido de um dos seus Colendos Juizes Conselheiros, empreendeu fundamentação no sentido de que a declaração de especial complexidade numa fase processual, implica na prorrogação automática desse

prazo nas fases subsequentes, sem necessidade de um despacho autónomo para este efeito em cada uma delas, o que se aplicaria igualmente ao prazo previsto pela alínea b) do número 1 do artigo 279.

3.3. O Ministério Público, no parecer final que ofereceu a este Pretório transmitiu entendimento de que a vontade do legislador de estabelecer limites inultrapassáveis para a prisão preventiva, a possibilidade aberta de haver uma discricionariedade controlada da própria prorrogação dos prazos de sua elevação, o dever de especial fundamentação da aplicação dessa medida de coação e da sua prorrogação, bem como o dever de reexame da subsistência dos seus pressupostos conduziram a um sentido oposto ao da interpretação adotada pelo órgão judicial recorrido. Esta resultaria em hermenêutica que facilitaria alguma comodidade por não exigir constantes apreciações e decisões a respeito da complexidade dos processos. Porém, isso deveria ter sido ponderado com a natureza cautelar e de *ultima ratio* da prisão preventiva e do facto de não ser o mesmo julgador (o que aprecia o requerimento de abertura de ACP, o juiz de julgamento ou o coletivo de juizes que sindicam eventual recurso) a verificar essa situação em todas as fases do processo. Dessa argumentação decorre entendimento de “a complexidade ou não do processo dever ser aferida em cada fase processual”. Por isso, a liberdade como direito fundamental, aliada ao disposto no artigo 294 ao determinar o reexame dessas medidas a cada três meses, imporiam “uma interpretação diversa da que fez vencimento”.

3.4. Por fim, o Tribunal Constitucional tem vasta jurisprudência ligada à garantia de não se ser mantido em prisão preventiva além do prazo legal, que não deixa de relevar para a análise desta questão concreta referente ao seu desdobraimento de, por força da lei, não se ser mantido em prisão preventiva por mais de oito meses sem que, havendo lugar a audiência contraditória preliminar, tenha havido despacho de pronúncia.

3.4.1. Pelo menos cinco casos decididos no mérito têm ligação com a questão geral: *Acórdão nº 26/2019, de 9 de agosto, Osmond Nnaemeka Odo v. STJ, sobre violação do direito à liberdade, da garantia da presunção da inocência e da garantia de não ser mantido em prisão preventiva fora dos prazos legais*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 100, 26 de setembro de 2019, pp. 1590-1595; *Acórdão nº 20/2020, de 11 de junho, Joel Ermelindo Pereira de Brito e Rider Janó Miranda Tavares v. STJ, sobre violação da garantia a não ser mantido em prisão preventiva fora dos prazos legais*, Rel: JC Pina Delgado; *Acórdão nº 19/2020, de 8 de maio, Paulo Alexandre v. STJ, sobre garantia a não ser mantido em prisão preventiva fora dos prazos legais*, Rel: JC Pina Delgado; *Acórdão 2/2021, de 2 de fevereiro, Elton Correia v. STJ, sobre violação do direito à liberdade sobre o corpo e garantias associadas*, Rel: JC Aristides R. Lima, publicado no *Boletim Oficial*, nº 25, 8 de março de 2021, pp. 836-842, 6.1, e *Acórdão 6/2021, Pedro Heleno Vaz v. STJ, sobre violação do direito à liberdade sobre o corpo e da garantia associada à presunção da inocência*, Rel: JC Aristides R. Lima, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 57, 31 de maio de 2021, pp. 1772-1776, 6.4).

3.4.2. Do ponto de vista geral, remete-se para o *Acórdão 1/2019, de 31 de janeiro, Aldina v. STJ, sobre violação do direito à liberdade sobre o corpo e à garantia de presunção de inocência – pedido de decretação de medidas provisórias*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 11, 31 de janeiro de 2019, pp. 178-187, 5.3.4 A; e para o *Acórdão nº 26/2019, de 9 de agosto, Osmond Nnaemeka Odo v. STJ, sobre violação do direito à liberdade, da garantia da presunção da inocência e da garantia de não ser mantido em prisão preventiva fora dos prazos legais*, Rel: JC Pina Delgado, 2.2, que apontaram para o caráter de regra da disposição constitucional em

análise; e também ao *Acórdão nº 27/2020, Éder Yanick v. TRS, sobre violação do direito à liberdade sobre o corpo, do direito à presunção da inocência e da garantia de não ser mantido em prisão preventiva além dos prazos legalmente estabelecidos*, Rel: JC Pina Delgado, 3.1, que considerou que o legislador constituinte fixou limites intercalares que não podem ser ultrapassados e que dependem do que estiver definido pela lei processual aplicável.

3.4.3. Nos termos do que ficara decidido pelo *Acórdão nº 19/2020, de 8 de maio, Paulo Alexandre v. STJ, sobre garantia a não ser mantido em prisão preventiva fora dos prazos legais*, Rel: JC Pina Delgado, 4.2, o Tribunal pontuou que as violações a essa garantia se configuram quando: primeiro, o recorrente, sendo arguido em processo criminal, se encontre em situação de prisão preventiva sem que tenha havido qualquer decisão que o condena a cumprimento de pena de prisão efetiva que tenha transitado em julgado (...); segundo, verificado o primeiro pressuposto, se certifique que o prazo legal ou constitucional para que o recorrente fique em prisão preventiva se tenha esgotado, o que importa, num recurso à lei – concretamente ao artigo 279 do CPP – que determina os prazos de prisão preventiva consoante a fase processual em que o processo se encontra (...). Em tais casos, como regra, a manutenção de prisão preventiva fora desses prazos, sendo clara e líquida, habilitaria o titular do direito a requerer *habeas corpus* e, em caso de recusa, de recorrer ao Tribunal Constitucional (Ibid., 4.2).

3.4.4. Em relação à aplicação dessa garantia concreta a situações em que a pessoa esteja a ser mantida em prisão preventiva por mais de oito meses sem que, havendo audiência contraditória preliminar, tenha havido despacho de pronúncia, o Tribunal considerou através do *Acórdão nº 26/2019, de 9 de agosto, Osmond Nnaemeka Odo v. STJ*, Rel: JC Pina Delgado, 5.5, mais um pressuposto adicional que é exatamente o facto de ter havido a fase processual de audiência contraditória preliminar. Do que decorre que o prazo-limite fixado pela alínea b) do número 1 do artigo 279 do CPP só é relevante nos casos em que tal fase facultativa se materializa no processo, não se contando nos casos em que a fase não é requerida ou em que é requerida, mas indeferida dentro do prazo legal.

4. Os factos que devem ser retidos para o escrutínio que nos ocupa são os seguintes:

4.1. O recorrente foi detido a 19 de outubro de 2020;

4.2. Foi-lhe aplicada medida de coação de prisão preventiva no dia 21 de outubro do mesmo ano;

4.3. A 5 de fevereiro de 2021, na sequência de pedido do Ministério Público, o processo foi declarado de especial complexidade pelo juiz de comarca, elevando-se o prazo de prisão preventiva de quatro para seis meses;

4.4. Depois de ter sido notificado da acusação contra si deduzida no dia 10 de abril, no dia 13 do mesmo mês e ano referido no número anterior requereu abertura de ACP, pedido o qual ainda não tinha sido apreciado no dia 22 de junho quando suplicou concessão de *habeas corpus*;

4.5. A audiência viria a ser realizada no dia 23 de julho desse ano, precedendo o deferimento do pedido.

5. As dúvidas colocadas pelo Tribunal no quadro da análise do pedido de decretação de medidas provisórias à luz do precedente *Osmond* que utilizou a expressão ambígua “tenha havido audiência preliminar”, podem ser ultrapassadas nesta fase de mérito. Não remetendo, por um lado, o presente escrutínio a uma situação em que ela foi requerida, deferida, mas não realizada, situação em que o Tribunal tem considerado haver “forte probabilidade” de violação de direito quando o prazo de subsistência da prisão preventiva tiver sido ultrapassado (*Acórdão 1/2019,*

de 31 de janeiro, Aldina v. STJ, sobre violação do direito à liberdade sobre o corpo e à garantia de presunção de inocência – pedido de decretação de medidas provisórias, Rel: JC Pina Delgado, 5.3.4. A), e *Acórdão 34/2019, de 15 de outubro, Sarney Mendes v. STJ*, Rel: JP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 110, 29 de outubro de 2019, pp. 1803-1812, 4.4), nem, do outro, a situação em que não houve pedido ou tendo sido colocado requerimento neste sentido este foi indeferido dentro do prazo e ainda que isso não tenha sido comunicado ao arguido. A questão aqui é diferente, pois tratar-se-ia de discutir as situações em que a) houve pedido de realização de ACP; b) que não foi indeferido dentro do prazo. Isso, na perspetiva de se saber se em tais casos se considera que havia lugar a audiência contraditória preliminar.

5.1. Assim, o problema aqui é verificar se quando a disposição legal que consagra o prazo em causa – a alínea b) do número 1 do artigo 279 do CPP – alude à audiência contraditória preliminar se refere à fase processual de audiência contraditória preliminar ou se remete à realização da própria audiência. Neste particular, o Tribunal Constitucional vinha, nomeadamente no *Acórdão nº 20/2020, de 11 de junho, Joel Ermelindo Pereira de Brito e Rider Janó Miranda Tavares v. STJ, sobre violação da garantia a não ser mantido em prisão preventiva fora dos prazos legais*, Rel: JC Pina Delgado, 2 e ss, associando o conceito de “havendo lugar à audiência preliminar” à existência dessa fase processual facultativa que decorre de um pedido do arguido e do seu deferimento pelo Tribunal, o que reiterou em *Elton Correia*, 6.1. Por esta razão afastou claramente a sua aplicação às situações em que não houve requerimento de sua realização (*Osmond e Elton Correia*) ou, havendo, este foi indeferido, pois “havendo decisão de rejeição do requerimento de abertura de ACP não tem como se concluir que a fase existe, pois nem sequer começou” (*Joel Ermelindo & Rider Janó*, 3.2.2), ainda que, neste último caso, em razão da letra da lei, tal decisão ainda não tinha sido notificada ao arguido (*Idem* e também *Pedro Heleno*, 6.4).

5.2. Porém, parece-nos que tais orientações não se aplicarão às situações em que é protocolado pedido nesse sentido, mas o tribunal não o rejeita. Verificando-se a existência de margem para uma hermenêutica mais favorável da disposição resultante do segmento “havendo lugar a audiência preliminar” que indica o preenchimento das condições para a sua realização, considerar que o facto de ela materialmente não ter ocorrido conduziria a uma interpretação restritiva dessa disposição e que teria o efeito de esvaziar a garantia em causa. A regra legal que prevê tal prazo ficaria sem qualquer tipo de propósito, podendo o mesmo ser facilmente contornado pela simples inércia do tribunal que pode fazê-lo com o intuito de ganhar mais tempo ou acidentalmente. Sobretudo, considerando a situação de ela, como neste caso, poder ser deferida transcorridos os oito meses, o que conduziria a problemas lógicos insuperáveis e à comprovação posterior de que, afinal, havia “lugar à audiência contraditória preliminar”, ainda que ela não tinha sido realizada a tempo, e, logo, não tendo sido proferido despacho de pronúncia dentro do prazo.

5.3. Pelo que, embora não se possa inferir com certeza que houve ACP sem que tenha havido pelo menos a decisão do tribunal que difira o pedido para a sua abertura, parece que esta decisão, além da realização da audiência e do proferimento do despacho que decorre do seu encerramento, têm que acontecer efetivamente dentro do prazo de oito meses, sob pena de esvaziamento completo da garantia.

5.4. Neste caso, o tribunal de instância quando diferiu o requerimento para a realização da ACP e quando veio a realizar essa audiência, o prazo de oito meses já se tinha esgotado, pelo que, em princípio, a garantia já havia sido colocada em causa. Pois, nos termos fundamentados, esses atos deveriam acontecer dentro daquele prazo para que a

garantia não perca o seu propósito e havia margem para se atribuir tal sentido mais conforme a partir da norma legal, pelo menos nas situações em que “haja lugar a audiência contraditória preliminar”.

6. Entretanto, nos presentes autos não é esta a questão central. Não se infere da douda argumentação esposada pelo órgão recorrido que tenha negado *habeas corpus* ao Recorrente por considerar que mesmo nos casos em que existindo requerimento de abertura de ACP que não é indeferido dentro do prazo de oito meses, considerar-se-ia que não haveria lugar a audiência contraditória nos termos do alínea b) do número 1 do artigo 279, mas sim porque entendeu que, decorrendo de processo cuja especial complexidade fora declarada, o prazo de sua manutenção tinha sido elevado para doze meses ao abrigo do número 2 da mesma disposição. É, pois, este o argumento utilizado pelo Venerando Supremo Tribunal de Justiça – no sentido de que o processo havia sido declarado de especial complexidade ainda na fase de instrução e, adotando o seu entendimento atual de que a declaração de especial complexidade do processo numa fase leva à prorrogação automática do prazo de prisão preventiva nas etapas processuais subsequentes, o prazo tinha deixado de ser o de oito meses para passar a ser aquele previsto pelo número 2 do artigo 279 do CPP, concretamente de doze meses –, é que está em discussão.

6.1. O Tribunal já havia considerado a declaração de especial complexidade do processo e o alargamento dos prazos de prisão preventiva (*Acórdão nº 25/2018, de 29 de novembro, Arlindo Teixeira v. STJ*, Rel: JCP Pinto Semedo, *Boletim Oficial*, I Série, N. 88, Suplemento, 28 de dezembro de 2018, pp. 11-21, 10), fixando entendimentos muito importantes sobre a legitimidade constitucional dessa figura e sobre o significado da expressão “especial complexidade” correspondente a um conceito que foi considerado “relativamente indeterminado”. Não se debruçou especificamente sobre a possibilidade de a sua declaração produzir efeitos prorrogatórios automáticos nas fases subsequentes do processo. E a questão aqui não é concretamente de se saber se as condições para a declaração de especial complexidade ao processo do recorrente estavam ou não preenchidas, conduta em nenhum momento impugnada pelo recorrente, mas sim de se averiguar se essa declaração numa fase processual tem o condão de automaticamente alargar os prazos de prisão preventiva nas fases seguintes.

6.2. É seguro, por um lado, que a construção normativa utilizada pelo legislador no número 2 do artigo 279 do CPP não é inequívoca, nem revela cristalinamente as suas pretensões. Limita-se a dispor que a elevação que poderá ocorrer nos casos em que a) o processo tiver por objeto crime punível com pena de prisão cujo limite máximo seja superior a oito anos; b) se se revelar de especial complexidade, devido, nomeadamente, ao número de arguidos ou de ofendidos ou do caráter altamente organizado do crime. Como se assevera na decisão recorrida, os trabalhos preparatórios não indicariam, à primeira vista, uma intencionalidade muito clara do produtor desta disposição quanto à questão específica que se constitui no objeto desta aferição de violação de direito, liberdade e garantia. Porém, do outro, na opinião do Tribunal Constitucional, uma interpretação sistemática cuidada que considere não só esse preceito, mas também o complexo normativo no qual, por vontade do legislador ordinário, apostado – através de um sistema equilibrado que, no dizer do próprio Preâmbulo, que segue por motivos naturais a vontade que expressou nos debates durante os debates parlamentares (*Atas da Sessão de 26 de abril de 2004, Praia, AN, 2004, pp. 113-171*) e na subsequente Lei de Autorização Legislativa – em “adequar o processo penal à Constituição do País”, se integra, fornece elementos suficientes para não se endossar a posição acolhida por maioria pelo órgão judicial recorrido em relação à garantia fundamental que serve de parâmetro ao presente escrutínio.

6.2.1. E, mais especificamente, porque, como já se tinha ressaltado antes, esta é uma questão com um pendão constitucional evidente, não fosse remeter a um dos mais importantes direitos reconhecidos pela Constituição: a liberdade sobre o corpo. Uma condição natural do ser humano que só pode ser limitada em circunstâncias muito específicas arroladas pelos números 2 e 3 do artigo 30. Se, por um lado, entre elas está a prisão preventiva for fortes indícios da prática de crime doloso a que corresponda a pena de prisão, cujo limite máximo seja superior a três anos, quando outras medidas cautelares processuais se mostrem insuficientes ou inadequadas, do outro, essa possibilidade é limitada, seja pelo facto de se reconhecer ao indivíduo uma garantia à presunção da inocência que o acompanha durante todo o período em que a sua culpa não está provada por decisão judicial transitada em julgado, seja pelo facto de aquela medida ficar sujeita a critérios muito apertados definidos pelo artigo 31 da Constituição. Num rol de garantias especiais em que se inclui a determinação de prazos máximos e intercalares de sua subsistência (número quatro) e que expõe posição clara do legislador constituinte no sentido de que a prisão preventiva não se mantém sempre que se mostre adequada ou suficiente aos fins da lei a sua substituição por medida cautelar processual mais favorável estabelecida pela mesma (número 2). Portanto, concebendo-a sempre como uma medida de *ultima ratio* (*Acórdão nº 24/2018, de 13 de novembro, Alexandre Borges v. STJ*, Rel: JC Pina Delgado, *sobre violação dos direitos ao contraditório, de audiência e de defesa em processo criminal, a processo justo e equitativo, da liberdade sobre o corpo e da garantia de presunção da inocência e do direito a não se ser discriminado*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 88, 28 de dezembro de 2018, pp. 2132-2157, 3.1. e ss; *Acórdão nº 25/2018, de 29 de novembro, Arlindo Teixeira v. STJ*, Rel: JCP Pinto Semedo, 2; *Acórdão nº 26/2019, de 9 de agosto, Osmond Nnaemeka Odo v. STJ, sobre violação do direito à liberdade, da garantia da presunção da inocência e da garantia de não ser mantido em prisão preventiva fora dos prazos legais*, 2.1).

6.2.2. Por conseguinte, a possibilidade de se adotar uma perspectiva de prorrogação automática de um prazo de subsistência de uma possibilidade que, por si só, já é tida por excecional, pois como registado pela representante do proponente da iniciativa legislativa, a Ministra da Justiça em funções, reservada para casos complexos a envolver o tráfico de drogas, o terrorismo ou que dependam de provas recolhidas no exterior (*Atas da Sessão de 26 de abril de 2004, p. 139*) e que o *Acórdão nº 25/2018, de 29 de novembro, Arlindo Teixeira v. STJ*, Rel: JCP Pinto Semedo, 10, já tinha considerado, mostra-se *a priori* de difícil harmonização com as razões constitucionais que justificam a existência do artigo 279 do Código de Processo Penal: as de limitar e controlar a sujeição de uma pessoa a prisão preventiva e a consequente privação da sua liberdade prévia à sua condenação com trânsito em julgado, que somente pode ser superada pela existência de interesses públicos prevalentes. Como assevera o Ministério Público na douda promoção que ofereceu a este Tribunal, a tese da prorrogação automática de todos os prazos subsequentes à declaração de especial complexidade parece de um ponto de vista sistemático pouco harmónica com os cuidados que o legislador tomou no sentido de garantir que a manutenção da medida de coação de prisão preventiva só se justificaria enquanto os pressupostos que lhe deram causa subsistissem, daí obrigar-se o juiz do tribunal onde estiver a correr a tramitação a revê-la de três em três meses como determina o número 1 do artigo 294.

Por este motivo, a elevação dos prazos de prisão preventiva está associada pela lei a juízos de balanceamento que dependem de uma avaliação caso a caso de elementos dinâmicos dentro de um processo penal que considera os seus diversos momentos à luz de aspetos fácticos e jurídicos que determinam objetivamente a complexidade

ou não do processo. Prendem-se com dificuldades especiais de investigação e/ou de julgamento, considerando o número de arguidos ou de ofendidos; a sofisticação do crime; a familiaridade com o delito; a dispersão, repetição e encadeamento dos factos; a deslocalização geográfica dos atos; a intensidade e pluralidade das intervenções processuais ou das questões jurídicas suscitadas, entre outras. Muitas dessas situações já haviam sido reconhecidas pelo *Acórdão n.º 25/2018, de 29 de novembro, Arlindo Teixeira v. STJ*, Rel: JCP Pinto Semedo, 9-10. Por isso, como lembra o douto parecer do Ministério Público, a expressão “até” do número 2 do artigo 279 não pode ser negligenciada, posto que parece indicar com alguma clareza que a prorrogação decorre de uma decisão judicial fundamentada e proporcional em cada fase do processo que pode alcançar o tempo máximo do prazo estabelecido na lei para cada uma dessas fases. No mesmo diapasão, a expressão “particularmente motivada”, cuja relevância o *Acórdão n.º 25/2018, de 29 de novembro, Arlindo Teixeira v. STJ*, Rel: JCP João Pinto Semedo, 10, já tinha ressaltado, e que aparece no número três da mesma disposição, indicia que devem ser ponderadas as razões que justificam tal elevação conducente ao aumento intercalar da privação da liberdade de forma segmentada. Sendo assim, pressupõe-se que ela deve ser avaliada pelo julgador, a quem caberá fazer a ponderação necessária a respeito da subsistência das razões que a permitem, em cada momento processual.

6.2.3. Note-se que a forma como o regime ordinário foi construído permite a declaração de especial complexidade do processo não só na fase de investigação do processo, mas também nas fases da ACP, de julgamento e de recurso, possibilitando-se às várias entidades judiciárias intervenientes proceder a tal determinação de forma autónoma, como de resto parece sugerir o próprio Preâmbulo do CPP e antes a Lei de Autorização Legislativa. Neste sentido, a solução legal decorre do facto de que numa ponderação entre a adequada administração da justiça em situações que envolvam processos que pelas dificuldades especiais de investigação e/ou de julgamento, com o conseqüente efeito sobre o acervo probatório a reunir e a considerar e as questões jurídicas a ponderar, exigem mais tempo para se fazer a instrução, mais tempo para se apreciar e julgar os factos alegados e respetivas provas e as questões de direito que levanta, conduz a percursos que podem ser diferenciados e que devem ser tratados autonomamente. De acordo com esse modelo, os fundamentos para a declaração de especial complexidade do processo que legitimam, nos termos do número 2 do artigo 279, o aumento do prazo de prisão preventiva numa fase processual podem não prevalecer nas seguintes, nomeadamente em relação ao número de envolvidos ou à delimitação decorrente da definição do objeto do recurso, seja porque, por exemplo, muitos arguidos não são acusados ou pronunciados, seja porque são absolvidos, seja porque não se atesta, afinal, o caráter organizado do crime ou uma especial dificuldade de investigação ou julgamento é ultrapassada.

6.2.4. Destarte, a tese de que a declaração de especial complexidade numa fase de processo, nomeadamente na fase de instrução, determina a sua manutenção em todas as outras etapas do processo porque, nomeadamente, a norma se refere a complexidade do processo no seu todo é, inclusive, passível de atingir princípios objetivos decorrentes da Constituição ou do regime ordinário de organização dos tribunais conduzindo a uma redução da independência dos juizes e a subversão da hierarquia entre os órgãos judiciais comuns. Além de ser estruturalmente favorável a sustentar igualmente um outro efeito: o de que uma vez não reconhecida a especial complexidade na fase instrutória do processo ela não mais poderia ser, nas fases mais adiantadas, posto que, conforme a mesma lógica, se um processo que é declarado de especial complexidade mantém-se como tal em todas as fases subsequentes, também aquele que não o é preservaria essa natureza também nas seguintes. É uma questão de modelo, o qual não pode ser acolhido apenas parcialmente.

6.2.5. O que nos remete para o elemento que parece decisivo para este Tribunal: o facto de o número 3 do artigo 279 conter uma indicação clara de que a elevação é feita pelo juiz, não necessariamente singular, “consoante a fase do processo em causa”, “devendo ser sempre particularmente motivada”, do que decorre que ela deve ocorrer em cada etapa do processo e é válida somente na fase em que tiver sido declarada. Por isso, a ideia de que a complexidade é do processo porque o número 1 diz que cabe tal declaração “quando o processo (...) se revelar de especial complexidade” não parece levar em consideração a fórmula utilizada pelo número seguinte que diz claramente que “a elevação dos prazos prevista no número antecedente deverá ser decidida pelo juiz (...) consoante a fase do processo em causa (...)”. E a razão é muito simples: o modelo adotado, que não limita a possibilidade de declaração de especial complexidade à fase de investigação tem consequências não só em relação ao arguido, mas também em relação ao julgador, pois este podendo fazê-lo a qualquer momento desde que preenchidos os demais pressupostos, fica com o ónus de, caso o entenda, proceder à ponderação devida para verificar se, no quadro de um típico juízo de proporcionalidade, ela se mostra ou se se mantém necessária e por quanto tempo de acordo com as balizas previstas pela lei, na respetiva fase em que intervenha, seja como juiz singular, seja como órgão judicial de recurso. Por isto, lembra-nos Augusto Silva Dias, “Medidas Cautelares no Novo Código de Processo Penal de Cabo Verde” in: *Direito Processual Penal de Cabo Verde. Sumários do Curso de Pós-Graduação sobre o Novo Processo Penal de Cabo Verde*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 211, que “o número 3 estipula que o alargamento dos prazos previstos pelo n.º 2 seja decidido pelo juiz (...), consoante a fase do processo (...). O prazo inicial só pode ser sucessivamente prorrogado se for comprovado pelo juiz, de cada vez, em sede de fundamentação do surgimento de novas necessidades de investigação num processo especialmente complexo”.

6.2.6. Acresce que, no caso concreto, a hipótese de uma prorrogação automática é problemática se se atentar ao próprio conteúdo do despacho da meritíssima juíza de instância que declara a especial complexidade do processo. Nomeadamente porque, naquela altura, além de mencionar a necessidade de cumprir “diligências investigatórias e instrutórias” no território nacional, ele mencionava a possibilidade de existirem “outros agentes do crime”. Por isso, estariam “preenchidos os pressupostos previstos no nº 2 do artigo 279”. É muito duvidoso que esse processo se mantivesse necessariamente de especial complexidade findas as diligências investigatórias e instrutórias ao ponto de ser mantido, sem mais, inclusive na fase de recurso e sem uma fundamentação específica, aspeto que conduziria a outras questões constitucionais que, por não terem sido impugnadas ou pelo menos admitidas, não fazem parte do objeto deste recurso.

6.3. Se ainda subsistissem dúvidas sobre a *mens legislatoris*, o facto é que, neste caso, elas deveriam ser dissipadas em benefício da proteção do direito em causa, a garantia associada à liberdade sobre o corpo de não se ser mantido em prisão preventiva além dos prazos legais. Conforme o Tribunal já havia deixado assentado no *Acórdão n.º 11/2017, de 22 de junho, Maria de Lurdes v. STJ, sobre violação do direito de constituir família por não reconhecimento de união de facto*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 42, 21 de julho, pp. 933-950 e na *Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional de Cabo Verde*, Vol. III, Praia, INCV, 2018 (2017), pp. 423-477, 2.3.5, no *Acórdão n.º 22/2018, de 11 de outubro, Martiniano v. STJ, sobre a violação do direito de acesso aos tribunais por decisão de deserção de recurso*, Rel: JC Pina Delgado, *Boletim Oficial*, I Série, nº 76, 22 de novembro de 2018, pp. 1824-1835, 5-6; no *Acórdão n.º 8/2018, de 25 de abril, Arlindo*

Teixeira v. STJ, sobre o direito do arguido ser julgado no mais curto espaço de tempo, o direito à liberdade sobre o corpo, a garantia de presunção da inocência, a garantia da subsidiariedade da prisão preventiva e o direito à legítima defesa, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 88, 28 de dezembro de 2018, pp. 11-21, 12; no *Acórdão nº 27/2018*, de 20 de dezembro, *Judy Ike Hills v. STJ*, sobre violação de garantia de inviolabilidade de domicílio, de correspondência e de telecomunicações e de garantia da presunção da inocência na sua dimensão de *in dubio pro reo*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 11, 31 de janeiro de 2019, pp. 146-178, 5.10, quando um regime jurídico infraconstitucional permite mais do que uma interpretação, o sentido normativo a atribuir-lhe deve ser o que melhor protege o direito, liberdade e garantia que lhe está subjacente. É essa é sem dúvida a interpretação mais favorável à garantia de não ser mantido em prisão preventiva além dos prazos legais e constitucionais e, por esta via, à liberdade sobre o corpo e à própria presunção da inocência.

A decisão recorrida, apesar de ter considerado duas teses que se desenvolveram no seu seio, parece sufragar a mais restritiva para o direito em causa, não obstante, no entendimento deste Tribunal, em razão dos normativos já discutidos, tinha alguma margem para adotar um entendimento que permitisse a realização mais ampla da posição jurídica do recorrente no processo. Permitir o alargamento automático em todas as fases do processo até ao máximo permitido, sem a respetiva avaliação da complexidade do processo em cada fase, só porque o processo assim foi declarado numa das fases processuais, parece vulnerar de forma desproporcional a garantia de não ser mantido em prisão preventiva além dos prazos legais. Caso se quisesse impor tal efeito restritivo adicional, o legislador ordinário deveria, no mínimo, tê-lo feito de forma clara, na medida em que estaria a restringir um direito, liberdade e garantia. Diga-se de forma inconstitucional. Mas, não o fazendo expressamente, de tal sorte a assumir a autoria do vício, não podem, por ser vedado pelo número 3 do artigo 17 da Constituição da República, os tribunais enquanto órgãos de aplicação do direito a casos concretos, empreender interpretações que limitem os direitos, liberdades e garantias, tendo espaço hermenêutico para promover interpretação mais benigna.

6.4. Esta conclusão não é, todavia, suficiente para se concluir que o órgão judicial recorrido vulnerou direito da titularidade do recorrente, considerando que a violação somente se materializa se isso lhe for imputável. O recurso de amparo ataca uma decisão tirada num processo de *habeas corpus*, o qual comporta as suas especificidades. Nomeadamente porque tratando-se de uma providência extraordinária e célere destinada a garantir a restituição de liberdade sobre o corpo em situações de privação ilegal flagrante da liberdade, só se pode atribuir ao órgão judicial a violação se tais pressupostos forem evidentes.

No caso concreto, apesar de não ser uma questão fácil de resolver e que, conforme autuado, tem merecido entendimentos diferentes no Supremo Tribunal de Justiça, o facto é que, por essa razão, o debate não é novo. Tendo já antecedentes e resultando de ponderação já feita pelo órgão recorrido, a interpretação que se promoveu parece ser o resultado de uma posição já amadurecida e convicta da maioria que em nome do Tribunal, decidiu o pedido. Sendo assim, não se trata de questão que o tenha surpreendido, impossibilitando, no curto espaço de tempo que tem para decidir essa providência, que adotasse uma opinião jurídica distinta a respeito. Por isto, pode-se imputar a vulneração do direito à interpretação feita pelo órgão judicial recorrido de indeferir um pedido de *habeas corpus* numa situação em que tendo havido pedido de realização de audiência contraditória preliminar não indeferido pelo juiz, o recorrente é mantido em prisão preventiva volvidos oito meses por considerar que, tendo ocorrido declaração de especial complexidade do processo em fase anterior, ela se aplica a todas as fases seguintes até final.

7. Pelo que a próxima questão se relaciona com o amparo adequado a remediar a violação do direito atribuída ao órgão judicial recorrido.

7.1. Na sua peça de interposição do recurso o recorrente deixa transparecer que pretendia a sua liberdade sobre o corpo.

7.2. Entretanto, o mesmo já não é remédio adequado, na medida em que o recorrente já se encontra em liberdade, visto que foi absolvido dos factos de que estava acusado, por meio do acórdão do tribunal coletivo de primeira instância de 19 de janeiro de 2021, conforme informação fornecida pela meritíssima juíza que consta de f. 80 dos presentes autos.

7.3. Assim, parece que o amparo adequado a reparar a presente situação é o reconhecimento da violação do direito de titularidade do recorrente.

III. Decisão

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

- a) Que o órgão judicial recorrido ao indeferir pedido de *habeas corpus* em situação na qual havendo lugar a audiência contraditória preliminar requerida por arguido e não indeferida pelo juiz este se encontrava em prisão preventiva por mais de oito meses, por considerar que tendo ocorrido declaração de especial complexidade do processo em fase anterior o prazo havia se prorrogado para doze meses, violou a garantia de não se ser mantido em prisão preventiva além dos prazos legalmente estabelecidos;
- b) Posto o recorrente já estar em liberdade, a declaração de violação do direito é amparo adequado a remediar a violação.

Registe, notifique e publique.

Praia, 6 de dezembro de 2021

José Pina Delgado (Relator)

Aristides R. Lima

(Conforme declaração de voto em anexo)

João Pinto Semedo

Está conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 6 de dezembro de 2021. — O Secretário, *João Borges*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Declaração de Voto do Juiz Conselheiro Aristides R. Lima

1. Sem intenção de promover mais uma discussão sobre a declaração de complexidade do processo, matéria sobre a qual existe jurisprudência abundante do Supremo Tribunal de Justiça e alguma manifestação doutrinária recente e relevante publicada em Cabo Verde¹, duas palavras deixarei aqui lavradas, apenas para registar a motivação do meu sentido de voto discordante em relação ao duto aresto prolatado. Com pena minha, não consegui acompanhar o duto acórdão quando atribuiu ao Supremo Tribunal de Justiça a violação da garantia de não ser mantido em prisão preventiva por mais de oito meses com base no entendimento nele formulado de que «*pode-se imputar a vulneração do direito à interpretação feita pelo órgão judicial recorrido de indeferir um pedido de habeas corpus numa situação em que tendo havido pedido de realização de audiência contraditória preliminar não indeferido pelo juiz, o recorrente é mantido em prisão preventiva volvidos oito meses por considerar que, tendo*

¹ Um exemplo é o trabalho de *João Félix Cardoso: Especial Complexidade do Processo Penal no Ordenamento Jurídico cabo-verdiano*, Iseditorial, Portugal, 2021. No que respeita à jurisprudência do STJ, cf., por exemplo, os acórdãos nºs 57/2018, 53/2019 e 29/2020.

ocorrido declaração de especial complexidade do processo em fase anterior, ela se aplica a todas as fases seguintes até final».

2. Na verdade, entendo ser defensável a posição atual e aparentemente maioritária do Egrégio Supremo Tribunal de Justiça no sentido de que a declaração de especial complexidade do processo «implica a elevação automática dos prazos de prisão preventiva nas fases subsequentes.» (cfr. Acórdão do STJ nº 29/2020). Com efeito, embora ao longo do processo possa haver momentos em que a complexidade do processo possa ser mais ou menos percebida e sentida pelos operadores judiciais, certo é o processo em si não deixa de ser único e uno. É assim que o legislador no artigo 279º, nº 2, do CPP, fala da elevação dos prazos dos números antecedentes «quando o processo tiver por objeto crime punível com pena de prisão cujo limite máximo seja superior a oito anos e se revelar de especial complexidade». O legislador não fala da complexidade de qualquer fase, mas sim da complexidade do processo.

3. Além disso, não me pareceu que o Egrégio Supremo Tribunal de Justiça tenha feito uma interpretação arbitrária ou que desconsiderou o valor dos direitos fundamentais e, em particular, da garantia constitucional em causa de não estar preso para além dos prazos previstos na lei.

4. Entendo que são compatíveis com as garantias de defesa e de liberdade, incluindo o direito a não ser mantido em prisão fora dos prazos previstos na lei (nº 4 do artigo 31º), quer os prazos estabelecidos no nº 1, quer os prazos mais elevados determinados por força do nº 2 do artigo 279º do CPP.

5. De resto, parece-me mais prudente optar-se, após a declaração de complexidade feita, pelo efeito automático da declaração de complexidade nas fases seguintes, até porque algumas exigências dadas como exemplo para se fundamentar a complexidade, como o número de arguidos e o caráter altamente organizado do crime, se mantêm ou podem manter-se ao longo do processo.

6. Considero também que uma perspetiva legítima de interpretação pró-direitos do arguido - designadamente, quando se recorre ao nº 1 do artigo 35º da Carta Magna que postula o direito de ser julgado «no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa» - não pode fazer esquecer a unidade da Constituição e a relevância de valores constitucionais que devem ser salvaguardados, como o da funcionalidade do sistema de justiça penal, cuja importância na repressão da violação da legalidade democrática (artigo 219º) e na garantia da liberdade de todos em tempo devido não precisa de ser lembrada, por evidente que é.

7. Com frequência, no dia a dia, quando se olha para os tribunais, julga-se que esses órgãos do Estado estão munidos de todos os meios disponíveis - humanos, materiais, organizativos, de assessoria - para fazerem justiça no mais curto espaço de tempo legitimamente reclamado pelos arguidos e seus patronos. Todavia, não se pode olvidar também que a resposta dos tribunais depende dos meios que tiverem efetivamente à sua disposição, os quais devem ser garantidos pelo legislador democrático. Não deixando de reconhecer que a celeridade é um elemento qualitativo da reação da justiça às demandas do cidadão que pede a decisão do poder judicial, certo também é que a Justiça, para além dos recursos humanos, materiais e outros que tem à sua disposição, deve poder contar - no processo decisório - com prazos razoáveis para a prática dos seus atos, por forma a garantir também a qualidade substantiva e a prudência das suas decisões, sem que ela seja colocada numa situação de reagir de afogadilho, o que seria certamente contraproducente. Para mim, a declaração de especial complexidade é uma decisão séria que não é, nem deve ser tomada de ânimo leve². Pelo contrário, a lei exige que para tanto estejam

reunidas as condições previstas nela e que haja uma particular fundamentação por parte do juiz. Juiz este que não é um intérprete comum do direito, mas sim um intérprete privilegiado, um intérprete autêntico do direito no sentido de Kelsen, e que está em condições de avaliar se um processo é complexo ou não o é. Aliás, no caso do nº 2 do artigo 279º do CPP, o juiz para a sua decisão ponderada, recebe indicações concretas do legislador para a sua tarefa hermenêutica, quando este refere, como se viu anteriormente, o seguinte: «quando o processo ... se revelar de especial complexidade, devido, nomeadamente ao número de arguidos ou de ofendidos ou ao caráter altamente organizado do crime».

Assim, tendo em conta estas considerações, não consegui acompanhar a douta posição expressa no eloquente Acórdão do TC, pelo que não acolho a pretendida violação da garantia por parte do STJ, nem tampouco o amparo decretado ao recorrente em liberdade.

O Juiz Conselheiro,

Aristides R. Lima

Está conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 6 de dezembro de 2021. — O Secretário, *João Borges*.

Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 23/2021, em que é recorrente **Ognochukwo Basir Udenkwo Barros** e entidade recorrida o **Supremo Tribunal de Justiça**.

Acórdão nº 56/2021

I – Relatório

1. **Ognochukwo Basir Udenkwo Barros**, com os demais sinais de identificação nos autos, não se conformando com o Acórdão nº 103/2021, de 30 de agosto, através do qual o Venerando Supremo Tribunal de Justiça indeferiu o seu pedido de *Habeas Corpus* nº 90/2021, vem, ao abrigo do artigo 20º, nº 1, alíneas a) e b), e nº 2 da Constituição da República, interpor recurso de amparo constitucional e requerer que seja adotada medida provisória, nos termos dos artigos 11º e 14º da Lei nº 109/IV/94, de 24 de outubro (Lei do Amparo), apresentado para tal a fundamentação que a seguir se transcreve *ipsis verbis*:

“1. No dia 14 de setembro de 2019, foi ordenada a prisão preventiva do ora recorrente, pelo Tribunal Judicial da Comarca do Sal, ou seja, há vinte e quatro meses.

2. O Recorrente foi julgado por este Tribunal e condenado pela prática de um crime de tráfico de droga de alto risco p.p. pelo artigo 3º nº 1 e 8º alínea c) da Lei nº 78/IV/93, de 12 de julho, na pena de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de prisão efetiva.

3. Inconformado com a douta decisão proferida, este interpôs recurso de apelação, para o Tribunal da Relação de Barlavento, mas sucede que até o dia 25 de Agosto de 2021, não havia sido notificado de qualquer decisão.

4. Assim sendo, a esta data, considerando ilegal a sua prisão requereu um pedido de *Habeas Corpus* junto do Supremo Tribunal de Justiça, alegando, de que não foi notificado pessoalmente de qualquer Acórdão do Tribunal da Relação de Barlavento, conseqüente, foi violado o seu direito à liberdade conforme preceituado no artigo 279º nº 1 alínea d) do CPP, por exceder o prazo fixado pela lei para submissão a prisão preventiva.

5. Entretanto por Acórdão n.º 103/2021, o Supremo Tribunal de Justiça indeferiu o requerimento, com base nas seguintes informações “os factos relevantes para apreciação e decisão desta providência são no essencial os

² Sobre a discussão em Cabo Verde, cf. *João Félix Cardoso*, ob. cit., p. 140 e seg.

seguintes: o arguido está em prisão preventiva (adiante pp) desde 14 de setembro de 2019; foi julgado pelo Tribunal da Comarca do Sal pela prática de um crime de tráfico de droga previsto e punido pelo art.º 3º/1 e 8º al. c) da Lei nº 78/IV/93, de 12.07., e condenado na pena de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de prisão efetiva, inconformado com a dita decisão proferida interpôs recurso, para o Tribunal da Relação de Barlavento, recurso que não foi admitido; o arguido deduziu reclamação para o Presidente da Relação de Barlavento que não admitiu o recurso por ter sido extemporâneo.” – Sublinhado nosso.

6. Sem margem de dúvida, o Supremo Tribunal de Justiça, cingiu pelo caminho mais fácil, não procurando saber o porque do Recorrente alegar não ter conhecimento de qualquer decisão do Tribunal da Relação de Barlavento e consequentemente considerar ter excedido os prazos para a sua prisão.

7. O ultimo ato do Processo pelo qual o Recorrente foi notificado foi a sentença do Tribunal da Comarca do Sal.

8. Após o indeferimento do habeas corpus, compulsados os autos o Requerente veio a verificar que realmente o seu advogado deduziu reclamação ao Tribunal da Relação de Barlavento e que não foi admitido.

9. Fato que, não lhe foi dado conhecimento de nenhuma forma possível, nem através do seu advogado e nem através do Tribunal.

10. Para agravar, conforme as folhas 445 dos autos o juiz do Tribunal da Comarca do Sal emitiu o mandado nº 1071/2021, para notificar a arguida/reclamante Bucola Tajudeen, da baixa dos autos de Reclamação nº 31/20-21 do Tribunal da Relação de Barlavento, que não admitiu o recurso interposto, cuja cópia do Acórdão foi entregue em anexo.

11. O recorrente por sua vez na qualidade de arguido/reclamante não constou do mandado e nem foi notificado de nenhuma decisão favorável ou desfavorável do seu processo.

12. Deste modo, a decisão tem-se por transitada em julgado, após ser notificado o Advogado dos reclamantes, e a arguida/Reclamante, mas em nenhum momento o Recorrente foi notificado, pelo que permaneceu todos esses meses crente de que se encontrava em prisão preventiva.

13. Sem atender a este facto, o Supremo Tribunal de Justiça improcedeu o pedido de Habeas Corpus do Recorrente por considerar sem fundamento a sua pretensão, visto que este já se encontra a cumprir pena efetiva de prisão.

Ora,

14. Em regra, da interpretação literal do disposto do artigo 142º do CPP, o arguido ser notificado de todas as decisões que lhe afete diretamente, que é o caso em concreto;

15. Não resta dúvida, que a não notificação do Recorrente do conteúdo do Acórdão do Tribunal de Relação de Barlavento, em negar admissão ao recurso interposto, consubstancia na violação de um direito fundamental, constitucionalmente salvaguardado, isto é, direito a liberdade, direito ao contraditório e ampla defesa, recurso, presunção de inocência, nos termos dos artigos 2º, nº 1, 30º, 35º, todos da CRCV, conjugado com os artigos 1º, nº 1, 5º, 77º nº 1 al. h), 142º nº 1 e 2, 279º nº 1 al. d), todos do Código de Processo Penal.

16. Constitui nulidades insanáveis e devem ser oficiosamente declaradas em qualquer fase do procedimento a obrigatoriedade de presença ou intervenção do arguido e/ou do seu defensor em ato processual e da notificação da acusação, do despacho de pronúncia ou despacho materialmente equivalente conforme o art.º 151º d) e h) da CPP;

17. O Recorrente é o maior interessado processual, qualquer decisão desfavorável, afeta-o, diretamente, não o seu defensor, art.º 77º, nº 1 al. h) CPP, pelo que deveria igualmente ser notificado

18. A omissão do acto de notificação ao Recorrente do Acórdão do Tribunal da Relação de Barlavento, constitui uma violabilidade do direito ao contraditório e à ampla defesa e direito ao recurso, constitucionalmente consagrado.

19. O recorrente após ser notificado da inadmissibilidade do seu recurso, poderia ainda ter esgotado todos os meios legais de defesa dos direitos, liberdades e garantias e todas as vias de recurso ordinário estabelecidas pela respetiva lei do processo.

20. Nos termos do preceituado no artigo 279º nº 1 alínea d) do CPP, “a prisão preventiva extinguir-se-á quando, desde o seu início, tiverem decorrido vinte meses, sem que tenha havido condenação em segunda instância.”

21. À semelhança dos restantes prazos máximos fixados na lei processual penal para a manutenção de medidas de coação, o prazo máximo de vinte meses de submissão a prisão preventiva visa precaver eventuais violações e injustiças proporcionadas pela manutenção da medida de coação mais gravosa a arguidos que beneficiam, de resto, até ao trânsito em julgado de decisão válida do princípio constitucional in dúbio pro reo.

22. A lei confere aos prazos máximos de prisão preventiva a dignidade de imperativo constitucional.

23. Dispõe o artigo 28º nº 1 da CRCV, “É inviolável o direito à liberdade.”

24. Urge, aplicar ao Recorrente uma medida provisória para repor a legalidade, acautelando os prejuízos nefastos que a prisão ilegal possa causar-lhe, visto que se passaram 24 meses de prisão preventiva.

25. Pelo que, o Recorrente pede que lhe sejam concedidos os amparos que se traduzem na sua soltura imediata, a título de medida provisória, e, na revogação do Acórdão ora impugnado.

26. Assim sendo, nos termos dos artigos 11º e 14º da Lei do Amparo, o Recorrente requerer seja marcada a conferência para as vinte e quatro horas seguintes ao do recebimento da cópia da petição para nela se decidir sobre a admissibilidade do recurso e sobre as medidas provisórias a adotar, necessárias para a conservação dos direitos liberdades ou garantias ou para o restabelecimento do exercício desses mesmos direitos, liberdades e garantias até ao trânsito em julgado da sentença que vier a ser proferida.

Conclusão:

27. Tudo exposto para concluir que a não notificação do Recorrente do conteúdo do Acórdão do Tribunal de relação de Barlavento, que nega admissão ao recurso interposto, consubstancia na violação de vários direitos fundamentais, constitucionalmente salvaguardado, isto é, direito a liberdade, direito ao contraditório e ampla defesa, recurso, presunção de inocência,

28. O Supremo Tribunal de Justiça improcedeu o pedido de Habeas Corpus do Recorrente por considerar sem fundamento a sua pretensão, por se encontrar a cumprir pena efetiva de prisão, mesmo sabendo que não foi notificado de nenhuma decisão favorável ou desfavorável do seu processo, permanecendo todos esses meses crente de que se encontrava em prisão preventiva.

29. A omissão do acto de notificação ao Recorrente além de constituir nulidades insanáveis, nos termos do art. 151º d) e h) da CPP, constitui uma violabilidade do direito ao contraditório e à ampla defesa e direito ao recurso, constitucionalmente consagrado.

30. Após vinte e quatro meses de prisão preventiva, prisão essa ilegal nos termos do artigo 279º nº 1 alínea d) conjugado com o artigo 18º al. d) todos do CPP, urge, aplicar ao Recorrente os amparos que se traduzem na sua soltura imediata, a título de medida provisória, e, na revogação do Acórdão ora impugnado, e consequentemente restabelecer os direitos, liberdades e garantias fundamentais violados;

Nestes termos, nos demais e melhores de direito, que por certo os Venerandos Juizes Conselheiros, doutamente suprirão, deve o Tribunal Constitucional:

- a) *Admitir, por ser legalmente admissível, nos termos do art.º 20, nº 1 e 2, CRCV;*
- b) *Decretar medida provisória, restituindo o recorrente em liberdade.*
- c) *Decidir sobre violação de direito liberdade e garantias, concretamente direito de liberdade, contraditório e ampla defesa, direito do recurso e presunção de inocência, art. 2º, nº 1, 30º, 35º todos da CRCV, conjugado com artigo, 1º nº 1, 5º, 77º, n.º 1 al. h), 142 nº 1 e 2, 279º nº al. d), todos do Código Processo Penal, e consequentemente restabelecer os direitos, liberdades e garantias fundamentais violados;*
- d) *Julgar procedente e, consequentemente, revogado o Acórdão 103/2021, do Supremo tribunal de Justiça, com as legais consequências;*
- e) *Oficiar o SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA para juntar aos presentes autos a certidão de todo o processo de providência de Habeas Corpus n.º 90/2021,;*

2. Cumprindo com o estabelecido no artigo 12.º da Lei do Amparo, foram os autos com vista ao Ministério Público para emitir o Parecer sobre a admissibilidade do recurso, tendo Sua Excelência o Senhor Procurador-Geral da República emitido o seguinte douto Parecer:

“1. Nos termos do nº 1 do artigo 16º da Lei nº 109/IV/94 de 24 de Outubro, doravante designada lei do amparo, “O recurso não será admitido quando: a) Tenha sido interposto fora do prazo; b) A petição não obedeça aos requisitos estabelecidos nos artigos 7º e 8º; c) O requerente não tiver legitimamente para recorrer; d) Não tiver sido esgotadas, ainda, todas as vias de recurso; e) Manifestamente não estiver em causa a violação de direitos, liberdades e garantias fundamentais constitucionalmente reconhecidos como susceptíveis de amparo. f) o Tribunal tiver rejeitado, por decisão transitada em julgado, um recurso com objecto substancialmente igual.”

2. A decisão recorrida foi proferida a 30 de agosto de 2021, conforme se consta a fls. 32, e consta que a mandatária do recorrente foi dela notificada no dia 31 de agosto de 2021 8fls. 36, pelo que, tendo o requerimento de recurso de amparo constitucional sido enviado a 21-09-2021, o mesmo mostra-se tempestivo porque interposto dentro do prazo de vinte dias, que corresponde ao prazo legal previsto no nº 1 do artigo 5º da lei do amparo, porquanto para a contagem do prazo se aplicam as disposições do Código de Processo Civil, nomeadamente o artigo 137º, ex vi do artigo 1º da lei do amparo.

3. O requerimento parece cumprir os requisitos formais e de fundamentação constantes dos artigos 7º e 8º da lei do amparo.

4. O requerente mostra ter legitimidade para recorrer por ser a pessoa, directa, actual e efectivamente afetada pela decisão de indeferimento da providência de Habeas Corpus conforme consta do acórdão nº 103/2021 do Supremo Tribunal de Justiça.

5. O recorrente alega que a decisão recorrida violou os seus “direitos fundamentais”, que elenca como sendo o direito a liberdade, direito ao contraditório e ampla defesa, recurso e presunção de inocência, que refere estarem insitos nos artigos “2º, nº 1, 3º, 35 todos da CRCV” c) Ser julgado no mais curto prazo possível, artigo 22º da CRCV;

6. A decisão recorrida foi proferida pela secção criminal do STJ, pelo que parecem estar exauridas “todas as vias de recurso ordinário permitidas na lei do processo em que tenha ocorrido tal violação” como exige o disposto na alínea a) artigo 3º da lei do amparo

7. Os “direitos fundamentais” cuja violação o requerente imputa à decisão recorrida constituem direitos, liberdades e garantias fundamentais reconhecidos na Constituição e, por isso, susceptíveis de recurso de amparo constitucional.

8. Não é evidente que no caso exposto pelo recorrente não estejam em causa violações de direitos, liberdades e garantias fundamentais constitucionalmente reconhecidos como susceptíveis de amparo.

9. Não consta que o Tribunal Constitucional tenha rejeitado, por decisão transitada em julgado, um recurso com objecto substancialmente igual.

10. Assim, não parecem estar presentes quaisquer dos pressupostos de inadmissibilidade previstos no artigo 16º da lei do amparo.

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

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

II – Fundamentação

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

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

- a) *O Recurso de amparo pode ser interposto contra atos ou omissões dos poderes públicos lesivos dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, depois de esgotadas todas as vias de recurso ordinário;*
- b) *O recurso de amparo pode ser requerido em simples petição, tem carácter urgente e o seu processamento deve ser baseado no princípio da sumariedade.*

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

Acompanha-se a análise de Manuel Carrasco Durán, citado por Catarina Santos Botelho na obra intitulada *A Tutela Direta dos Direitos Fundamentais, Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional*, Almedina, 2010, p. 217, quando diz que o recurso de amparo apresenta-se como um instrumento jurisdicional vocacionado para a proteção de determinados direitos fundamentais, cujo conhecimento se atribui ao Tribunal Constitucional, e que se caracteriza pelos princípios da subsidiariedade e excepcionalidade.

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

O recurso de amparo está destinado unicamente à proteção de direitos fundamentais, pelo que está vedado ao Tribunal Constitucional conhecer de questões de legalidade ordinária conexas, como se depreende do teor literal do n.º 3 do art.º 2.º da Lei do Amparo.

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

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

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

Antes de proceder à identificação e análise dos pressupostos e requisitos do recurso de amparo e aferir se no caso vertente se verificam, importa consignar que o seu objeto não se identifica com qualquer ato de natureza legislativa ou normativa, como resulta expressamente do n.º 2 do artigo 2.º da Lei do Amparo.

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

O recurso não será admitido quando:

a) *Tenha sido interposto fora do prazo*

O recurso de amparo é interposto no prazo de vinte dias contados da data da notificação da decisão, sempre que a questão seja suscitada em processo que corre termos nos tribunais, atento o disposto no artigo 5.º da Lei do Amparo.

Nos casos em que se interpõe recurso de amparo constitucional contra decisões de órgão judicial, o prazo a que se refere o artigo 5.º conta-se da data da notificação do despacho que tenha recusado a violação alegadamente praticada.

Tendo a decisão impugnada sido proferida a 30 de agosto de 2021, o recorrente dela notificado, através da sua ilustre Mandatária, no dia 31 de agosto e a petição de recurso dado entrada na Secretaria do Tribunal Constitucional a 28 de setembro de 2021, o recurso foi tempestivamente interposto, atento o disposto no n.º 2 do artigo 3.º, e no n.º 1 do artigo 5.º da Lei do Amparo, conjugado com o disposto no n.º 2 do artigo 137.º do CPC, aplicável *ex vi* do artigo 1.º da Lei do Amparo.

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

O recurso de amparo ora em análise foi interposto por meio de um requerimento enviado ao Secretário do Tribunal Constitucional conforme e-mail cuja cópia consta dos autos. Foi claramente identificado pelo recorrente como amparo constitucional, pelo que se dá por verificado o requisito previsto no artigo 7.º da Lei do Amparo.

Conforme o artigo 8.º da lei do amparo:

1. Na petição o recorrente deverá:

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

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

Compulsados os autos verifica-se que o recorrente atribuiu ao Supremo Tribunal de Justiça a responsabilidade pela violação dos direitos fundamentais à liberdade, ao contraditório, à ampla defesa, ao recurso e à presunção de inocência, previstos nos art. 2.º, n.º 1, 30.º, 35.º todos da Constituição da República de Cabo Verde, tendo-lhe imputado as seguintes condutas:

1. *Ter considerado sem fundamento a sua pretensão, por se encontrar a cumprir pena efetiva de prisão, mesmo sabendo que não foi notificado de nenhuma decisão favorável ou desfavorável do seu processo, permanecendo todos esses meses crente de que se encontrava em prisão preventiva;*

2. *Ter omitido o acto de notificação ao Recorrente, o que, além de constituir nulidades insanáveis, nos termos do art. 151.º d) e h) da CPP, constitui uma violabilidade do direito ao contraditório e à ampla defesa e direito ao recurso, constitucionalmente consagrado.*

3. *Ter mantido o recorrente em prisão preventiva durante mais de vinte e quatro meses, o que fez com que essa medida de coação se tornasse ilegal, atento o disposto no artigo 279.º, n.º 1, alínea d), conjugado com o artigo 18.º al. d), todos do CPP.*

Não parece que os fundamentos relacionados com as condutas descritas em 1 e 2 tenham sido invocados pelo Supremo Tribunal de Justiça para indeferir a Providência de *Habeas Corpus* que foi requerida pelo recorrente. Por outro lado, é pouco provável que o Supremo Tribunal de Justiça tenha sido confrontado com as alegações associadas às condutas mencionadas em 1 e 2. Mas esses aspetos serão esclarecidos mais adiante, quando for escrutinado o pressuposto do esgotamento de todos os meios legais de defesa dos direitos, liberdades e garantias e todas as vias de recurso ordinário estabelecidas pela respetiva lei do processo.

Apesar de o recorrente ter alegado que lhe foram violados os direitos à liberdade, ao contraditório, à ampla defesa, ao recurso e à presunção de inocência, nenhum desses direitos será tomado como parâmetro.

Pois, o Tribunal, a partir da ou da (s) conduta (s) impugnada (s), pode, officiosamente, adequar os parâmetros de escrutínio, tendo em conta o disposto no n.º 1 do artigo 24.º da Lei do Amparo, segundo o qual “*O Tribunal pode decidir com fundamento diverso do invocado pelo recorrente e outorgar amparo distinto daquele que foi requerido*” e as orientações constantes dos seguintes arestos: Acórdão n.º 8/2018, de 25 de abril, publicado no *Boletim Oficial I Série*, n.º 25, de 2 de maio de 2018; Acórdão n.º 15/2020, de 30 de abril e n.º 26/2020, de 09 de julho, publicados no *Boletim Oficial I Série*, n.º 86, de 23 de julho de 2020 e no site do Tribunal Constitucional.

Assim sendo, e, no caso em apreço, o parâmetro de escrutínio será a garantia de tomar conhecimento de qualquer decisão que afete os seus direitos, liberdades e garantias fundamentais como condição para o exercício do direito ao recurso. A garantia de não ser mantido em prisão preventiva além dos prazos constitucional e legalmente estabelecidos, neste caso, seria um parâmetro subsequente, ou seja, dependente do parâmetro principal.

A fundamentação do presente recurso é extensa, apesar da exigência legal imposta ao recorrente de resumir as razões de facto e de direito que sustentam a petição.

Considerando que a fundamentação vem acompanhada da formulação de conclusões e contém pedidos de amparo que se consideram inteligíveis, dá-se por verificado, no essencial, o pressuposto previsto no artigo 8.º da Lei do Amparo.

c) *O requerente não tiver legitimidade para recorrer*

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

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

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

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

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

A partir do Acórdão n.º 11/17, de 22 de junho, o Tribunal Constitucional começou a escrutinar especificadamente os requisitos previstos na alínea c) do artigo 3.º da Lei do Amparo. Nesse sentido, veja-se o Acórdão n.º 13/2017, de 20 de julho, publicado na I Série do *Boletim Oficial* n.º 47, de 08 de agosto de 2017, no âmbito do qual se firmou o entendimento de que sempre que possível é de se exigir que o recorrente demonstre ter invocado perante a instância recorrida a violação do direito alegadamente violado em termos perceptíveis, que tenha requerido a sua reparação e que a violação não tenha sido reparada.

Em relação às condutas descritas em 1 e 2, além de carecerem de suporte fáctico, não foram levadas ao conhecimento do Supremo Tribunal de Justiça, como facilmente se pode constatar pela comparação entre o teor dessas condutas e o essencial da fundamentação do acórdão recorrido, que se transcreve:

“Os factos relevantes para a apreciação e decisão desta providência são no essencial os seguintes: o arguido está em prisão preventiva (adiante pp) desde 14 de Setembro de 2019; foi julgado pelo Tribunal da Comarca do Sal pela prática de um crime de tráfico de droga, previsto e punido pelo artº 3º, nº 1, e 8º, al. c), da Lei nº 78/IV/93, de 12.07., e condenado na pena de 7 anos e 6 meses de prisão efectiva; inconformado com a decisão proferida, interpôs recurso para a Relação de Barlavento, recurso que não foi admitido; o arguido deduziu reclamação para o Presidente da Relação de Barlavento que não admitiu o recurso por ter sido extemporâneo.

Atendendo a esses factos, é de constatar que o arguido já não se encontra em prisão preventiva, contrariamente àquilo que alega, mas sim, em situação de cumprimento de pena.

Na verdade, uma vez que a Relação não admitiu o recurso e confirmou o despacho de rejeição do mesmo, proferido pela 1ª instância, a sentença condenatória proferida pela 1ª instância condenando o arguido na pena de sete anos e seis meses de prisão transitou em julgado.

Assim sendo, o arguido e ora Requerente deixou efectivamente de estar em prisão preventiva e passou a estar em situação de cumprimento da pena de prisão aplicada.

Assim, não se confirma o fundamento alegado, previsto na alª c) do artº 18º do CPP, não havendo excesso do prazo da prisão preventiva pelo que o pedido formulado carece de fundamento para ser atendido.

III. Pelo exposto, julga-se improcedente o solicitado habeas corpus por falta de fundamento bastante, nos termos do artº 20º, nº 4, alínea d), do CPP. Custas pelo Requerente à taxa de justiça que se fixa em 10. 000\$00.”

Está claro que as duas condutas atribuídas ao Supremo Tribunal de Justiça não podem ter sido adotadas pela entidade recorrida uma vez que os factos que as enformam não foram submetidos à sua apreciação. No que se refere às suprarreferidas condutas, é, pois, manifesta a falta de esgotamento de todos os meios legais de defesa dos direitos, liberdades e garantias e todas as vias de recurso ordinário estabelecidas pela respetiva lei do processo a que se referem os artigos 3.º, al. c), 6.º e 16.º, n.º 1, al. d).

Entretanto, compulsados os Autos verifica-se que, através da Providência de *Habeas Corpus*, o recorrente invocou expressamente e requereu ao Supremo Tribunal de Justiça a reparação da alegada violação da garantia a não ser mantido em prisão preventiva além dos prazos constitucional e legalmente estabelecidos. Mas essa alegada violação aparece como subsequente àquela outra que teria afetado a sua garantia de ser colocado em condições de tomar conhecimento da decisão que indeferiu a reclamação contra a decisão que não admitiu o recurso para o Tribunal da Relação de Barlavento.

Teria o recorrente esgotado todos os meios legais de defesa dos direitos, liberdades e garantias e todas as vias de recurso ordinário estabelecidas pela respetiva lei do processo em relação à conduta principal, caso a suprarreferida providência tivesse o condão de fazer chegar ao seu conhecimento a decisão que alega não lhe ter sido notificada e pudesse impedir o trânsito em julgado da sentença que o condenou. Mas o *Habeas Corpus* não é o mecanismo processual adequado para esse fim.

Com feito, o Tribunal Constitucional tem vindo a emitir orientações nesse sentido, visto que a Providência de *Habeas Corpus* é um mecanismo especial, extraordinário e, por natureza célere, de proteção do direito à liberdade sobre o corpo, da competência exclusiva do Supremo Tribunal de Justiça, que não se compadece com apreciação de questões muito mais complexas e que, por conseguinte, demandam mais tempo de ponderação e decisão.

Tendo sido consultados os Autos de Providência de *Habeas Corpus*, constatou-se que a Secretaria do Venerando Tribunal da Relação de Barlavento havia informado que além da Reclamação n.º 111/20-21 apresentada pelo ora recorrente, a qual tinha sido indeferida pela Meritíssima Juíza Relatora e remetida ao Tribunal Judicial da Comarca do Sal, desde o dia 08 de março de 2021, não havia registo de nenhum Recurso Ordinário em que fosse recorrente Ognochukwu Basir Udenkwo Barros e recorrido o Tribunal Judicial da Comarca do Sal.

Partindo da afirmação do recorrente de que se tivesse sido notificado da inadmissibilidade do seu recurso, poderia ter esgotado todos os meios legais de defesa dos direitos, liberdades e garantias e todas as vias de recurso ordinário estabelecidas pela respetiva lei do processo, conclui-se que, antes de apresentar o presente recurso de amparo, não interpôs qualquer recurso ordinário.

Por outro lado, afirmou que “após o indeferimento do habeas corpus, compulsados os autos (...) veio a verificar que o seu advogado deduziu reclamação ao Tribunal da Relação de Barlavento e que não foi admitido”.

Significa que a partir do momento em que tomou conhecimento de que o recurso não tinha sido admitido, deveria, em vez de requerer o *Habeas Corpus*, interpor recurso ordinário ou constitucional contra essa decisão, os quais se apresentam como idóneos para obstar o trânsito em julgado da sentença que o condenou.

Por razões imputáveis exclusivamente ao impetrante, este optou por lançar mão da Providência de *Habeas Corpus* que, como já se demonstrou, não é um meio idóneo para assegurar, no caso concreto, a garantia que alega ter-lhe sido violada.

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

Quando os meios processuais acionados não sejam aqueles que legalmente são previstos como idóneos para a tutela dos direitos alegadamente violados, não se dá por verificado o pressuposto esgotamento das vias ordinárias de recurso. Vide, nesse sentido, o Acórdão n.º 57/2020, de 22 de dezembro, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 16, de 12 de fevereiro de 2021.

O Tribunal Constitucional não teria problemas em escrutinar qualquer conduta de qualquer poder público que um titular de direitos considere lesiva, nomeadamente quando se imputa ao poder público violação à liberdade sobre o corpo por manutenção em prisão preventiva além do prazo estabelecido por lei ou por qualquer outra conduta desconforme com os princípios e normais relativas aos direitos, liberdades e garantias.

Porém, só o pode fazer quando já tenham sido esgotadas todas as vias legais de proteção previstas pelo direito cabo-verdiano e em situação em que falece jurisdição aos órgãos judiciais ordinários para eles próprios poderem conferir essa tutela.

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

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

Termos em que, sem que seja necessário escrutinar os demais pressupostos, se conclui que não se pode admitir o presente recurso de amparo, porque falta o esgotamento das vias ordinárias de recurso previsto nas disposições conjugadas da alínea c) do n.º 1 do artigo 3.º; do artigo 6.º e da alínea d) do n.º 1 do artigo 16.º da Lei do Amparo.

III - Medidas Provisórias

O recorrente roga a esta Corte que decrete a medida provisória de restituição imediata à liberdade, pelo facto de ter sido mantido em prisão preventiva apesar de ter alegado que não tomou conhecimento da decisão que indeferiu a reclamação contra a não admissão do recurso.

Todavia, não sendo admissível o presente recurso de amparo pelos fundamentos já apresentados, fica prejudicado o conhecimento do pedido de decretação da medida provisória, em coerência com a orientação sobre a relação de dependência que existe entre a admissibilidade do recurso de amparo e o incidente do pedido para a adoção de medidas provisórias, orientação fixada desde

o Acórdão n.º 08/2019, de 14 de fevereiro, publicado no Boletim Oficial, I Série, n.º 28, de 14 de março de 2019, nos seguintes termos: “*Existe uma relação indissociável entre o recurso de amparo e as medidas provisórias; o facto de as medidas provisórias serem legalmente tratadas como incidentes inerentes ao recurso pendente de decisão, a forma como o pressuposto fumus boni iuris é concebida em sede de medidas provisórias, não nos termos em que é aferido no processo civil, ou seja, de probabilidade séria de existência do direito, mas simplesmente de avaliar a sua presença à luz do juízo de viabilidade decorrente da alínea e) do artigo 16 dessa lei, e ao contrário das providências cautelares cíveis em relação às quais a lei processual civil prevê expressamente a possibilidade de se adotar medidas cautelares preventivas, ou seja, para evitar danos que possam ocorrer ainda antes da propositura da ação (Cf. o disposto no n.º 1 do artigo 350.º do CPC), a natureza excepcional do recurso de amparo que implica que a violação do direito ou liberdade fundamental não tenha encontrado reparação através do sistema de garantias normais, exigindo-se, por isso, que haja recurso prévio aos tribunais ordinários e o esgotamento dos recursos adequados, associada à excecionalidade está a denominada subsidiariedade do recurso de amparo, que espelha com clareza o facto de este não ser uma via alternativa, mas uma via sucessiva, de proteção de direitos fundamentais, terão levado o legislador a conceber as medidas provisórias apenas como incidentes lite pendente.*”

Essa orientação tem sido adotada, sem qualquer desvio, pelos seguintes arestos: Acórdão n.º 21/2018, de 16 de outubro, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 68, de 25 de outubro de 2018; Acórdão n.º 4/2019, de 24 de janeiro, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 28, de 13 de março de 2019; Acórdão n.º 22/2019, de 27 de junho, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 79, de 22 de julho de 2019; Acórdão n.º 40/2019, de 11 de outubro; Acórdão n.º 44/2019, de 20 de dezembro, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 6, de 14 janeiro de 2020; Acórdão n.º 26/2020, de 09 de julho; Acórdão n.º 28/2020, de 24 de julho de 2020, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 139, de 23 de dezembro de 2020; Acórdão n.º 57/2020, de 27 de dezembro, *Boletim Oficial*, I Série, n.º 16, de 12 de fevereiro de 2021; Acórdão n.º 29/2021, de 03 de junho, Acórdão n.º 34/2021, de 11 de junho de 2021, publicados no *Boletim oficial* n.º 88, de 16 de setembro, os Acórdãos n.ºs 40 e 41/2021, de 14 de setembro, os dois últimos publicados no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 100, de 15 de outubro de 2021, o Acórdão n.º 45/2021, de 6 de outubro, publicado no *Boletim Oficial* n.º 100, I Série, de 15 de outubro de 2021, o Acórdão n.º 51/2021, de 25 novembro de 2021, publicado no site do Tribunal Constitucional.

IV - Decisão

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

Registe, notifique e publique.

Praia, 6 de dezembro de 2021

João Pinto Semedo (Relator)

Aristides R. Lima

José Pina Delgado

Está conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 6 de dezembro de 2021. — O Secretário, *João Borges*.

Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade n.º 2/2021, em que é recorrente **Alex Nain Saab Moran** e entidade recorrida o **Supremo Tribunal de Justiça**

Acórdão n.º 57/2021**I - Relatório**

1. **Alex Nain Saab Moran**, com os demais sinais de identificação nos autos, tendo tido conhecimento da certidão do trânsito em julgado do Acórdão n.º 39/2021, de 30.08.2021, notificado a 07.09.2021, com a fixação da data do trânsito em julgado em 13.10.2021, veio arguir a nulidade processual e reclamar do ato da Secretaria Judicial que emitiu a certidão de trânsito em julgado do acórdão n.º 39/2021, de 30 de agosto, tendo apresentado a fundamentação que se transcreve *ipsis verbis*:

“1. A certidão emitida pelo Secretário do Tribunal Constitucional indica o dia 13.10.2021 como sendo a data do trânsito em julgado do Acórdão n.º 39/2021, de 30 de Agosto.

2. Ora, a noção de trânsito em julgado consta do artigo 586.º do Código de Processo Civil de Cabo Verde.

3. Pelo acórdão n.º 47/2021, de 13 de outubro, notificado a 13.10.2021, o Tribunal Constitucional julgou improcedente o pedido de declaração de nulidade do acórdão n.º 39/2021, de 30 de agosto, notificado a 07.09.2021.

4. Não podendo esse acórdão transitar em 13.10.2021, por que sujeito a retificação e reclamação por nulidades ou para aclaração.

5. O Requerente apresentou um requerimento de retificação no mesmo dia.

6. Ainda no mesmo dia 13 de outubro de 2021, a Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional emitiu uma certidão, nos termos da qual o acórdão n.º 39/2021 transitou em julgado.

7. Na sequência da emissão desta certidão, a Ministra da Justiça de Cabo Verde comunicou à Embaixada dos E.U.A. em Cabo Verde, por carta datada de 14 de outubro de 2021, que a decisão do Tribunal Constitucional n.º 39/2021, “que tinha ordenado a extradição” se tinha tornado definitiva e que a execução da remoção do extraditando seria feita pelo Ministério da Administração Interna “sob cuja custódia” se encontrava o Sr. Saab.

8. A entrega do Requerente teve lugar no dia 16.10.2021.

9. Sucede que, nos termos do artigo 586.º do CPC, aplicável aos acórdãos proferidos pelo Tribunal Constitucional, as decisões judiciais só transitam em julgado quando não forem susceptíveis de recurso ou reclamação, nos termos dos artigos 575.º a 579.º do CPC,

10. Pelo que o acórdão n.º 47/2021, proferido no dia 13 de outubro, pelo Tribunal Constitucional e, por consequência o acórdão n.º 39/2021, de 30 de agosto, notificado a 07.09.2021, só transitará em julgado decorridos 5 dias úteis após a data da prolação do acórdão n.º 47/2021, de 13 de outubro,

11. Prazo durante o qual o mesmo pode ser objecto de retificação ou reclamação, nomeadamente para arguição de nulidades ou aclaração, nos termos dos artigos 575.º a 579.º do CPC.

12. Isto sem prejuízo dos recursos constitucionais de amparo e de fiscalização concreta em relação as normas aplicadas no acórdão n.º 47/2021 e aos direitos violados pelo mesmo acórdão.

13. Não havendo trânsito em julgado do acórdão n.º 47/2021, de 13.10.2021, não pode haver trânsito em julgado do acórdão n.º 39/2021.

14. O acórdão n.º 39/2021, de 30 de agosto, notificado em 07.09.2021, só constitui decisão definitiva quando o acórdão n.º 47/2021, transitar em julgado,

15. Já que, por exemplo, uma decisão favorável em relação à retificação, à arguição de nulidades ou à aclaração do acórdão n.º 47/2021 tem efeitos em relação ao acórdão n.º 39/2021,

16. Pelo que é obrigatório aguardar o decurso do prazo para os actos da responsabilidade das partes processuais (qualquer das partes) previstos nos artigos 575.º a 579.º do CPC para se poder emitir a declaração de trânsito de qualquer dos acórdãos.

17. Os prazos para a retificação, a arguição de nulidades ou a aclaração não correm simultaneamente,

18. E o direito a requerer a retificação, a arguição de nulidades ou a aclaração existe em relação a qualquer decisão judicial e com obrigação do tribunal respeitar o decurso desse prazo.

19. Acresce que o prazo judicial é contínuo (artigo 137.1 do CPC).

20. Porém, “quanto ao seu cômputo, não se conta no prazo, o dia, nem se for de horas, a hora, em que começar, mas conta-se aquele em que findar. É a aplicação da regra dies a quo non computatur in termino, dies ad quem computatur in termino - Cód Civil, artigos 279.º e 296.º” (Castro, Artur Anselmo de, *Direito Processual Civil Declaratório*, Volume III, Almedina, Coimbra, 1982, pag. 52),

21. Pelo que em circunstância alguma o trânsito poderia ocorrer no dia 13.10.2021.

22. Devendo assim ser anulado o acto praticado pela Secretaria Judicial, anulando-se a emissão da certidão de trânsito em julgado e comunicando-se a revogação da mesma ao Ministério da Justiça e ao Ministério da Administração Interna, bem como ao Supremo Tribunal de Justiça e ao Tribunal da Relação de Barlavento, com as legais consequências.

23. Deve salientar-se que compete ao tribunal de primeira instância emitir os necessários mandados de desligamento, sem os quais a entrega do extraditando ao Estado requerente não é possível.

24. De outra forma não poderia ser, desde logo não podendo o Tribunal Constitucional emitir tais mandados, porquanto o extraditando não se encontra privado de liberdade à sua ordem ou sob sua autoridade, e porque este Colendo Tribunal apenas tem competência em matérias de constitucionalidade - ver artigo 2 da Lei n.º 56/VI/2005, de 28 de fevereiro.

25. Assim, este Colendo Tribunal não tem jurisdição sobre o mérito de uma extradição ou quaisquer outras ordens pertinentes à admissibilidade, à execução ou ao adiamento de decisões de extradição.

26. Alias, o artigo 645.º do CPC (e igualmente o artigo 632.º do mesmo diploma) preceitua que tirado o acórdão e depois do trânsito em julgado e cumpridos os trâmites necessárias, procede-se à baixa do processo de extradição para o tribunal judicial competente, no caso o Tribunal da Relação de Barlavento, ordenar o cumprimento da ordem de extradição.

27. O artigo 60.º da LCJ, não atribui qualquer competência ao TC ou ao STJ, para o cumprimento da ordem de extradição.

28. *Essa competência é conferida pela lei ao tribunal que ordenar a extradição e que é o TRB.*

29. *O TRB é o único tribunal competente para emitir o título necessário e suficiente para a entrega do Extraditando,*

30. *Sendo obrigatória a decisão judicial e não sendo suficiente qualquer decisão administrativa nomeadamente a da Ministra da Justiça,*

31. *Que só poderia receber o título — acórdão que ordena a extradição, com o devido trânsito em julgado — do TRB e não de qualquer outro tribunal.*

32. *Sendo que este Tribunal deveria ainda, previamente à entrega, ter decidido o requerimento apresentado pelo extraditando através do qual se solicitava que fosse declarada a inadmissibilidade da extradição, em virtude de factos supervenientes, em particular a violação do direito a não ser julgado duas vezes (“ne bis in idem”) consagrado no artigo 32, numero 5, da Constituição da República de Cabo Verde.*

33. *Por todas estas razões, a entrega do Requerente, Senhor Alex Saab ao Estado requerente em data anterior ao trânsito em julgado da decisão do Tribunal da Relação de Barlavento que concedeu a extradição e sem que o processo tenha baixado ao tribunal de primeira instância (Tribunal da Relação de Barlavento) para conhecimento e decisão das questões pendentes e para emissão dos competentes mandados de desligamento constitui uma patente e flagrante ilegalidade, em violação do direito à liberdade do ora requerente, bem como do direito ao processo justo e equitativo consagrados nos artigos 22.º e 30.º da Constituição e dos princípios pertinentes a um Estado de direito conforme o artigo 2.º da Lei Fundamental.*

Assim, ao abrigo dos artigos 145.º, 154.º, 586.º do CPC, ex vi artigos 50.º e 75.º da Lei n.º 56/VI/2005, de 28 de fevereiro, se argui a nulidade do acto do Secretário do Tribunal da emissão da certidão por ainda não ter decorrido o prazo para o trânsito em julgado do acórdão n.º 47/2021, de 13 de outubro, notificado em 13 de outubro pelo Tribunal Constitucional e, por consequência, o não trânsito do acórdão n.º 39/2021, de 30 de agosto, notificado a 07.09.2021, que só transitarão em julgado decorridos 5 dias úteis após a data da prolação do acórdão de 13.10.21, e que só terminaria no dia 20.10.2021, às 17 horas, declarando-se a nulidade do acto referido acto processual.”

2. Tendo sido notificado para, querendo, dizer o que tivesse por conveniente, Sua Excelência o Senhor Procurador Geral da República considerou que o requerimento do Senhor Alex Nain Saab Moran é um incidente manifestamente inútil, porquanto, a extradição se concretizou desde o dia 16 de outubro de 2021, como se pode constatar pelos documentos que apresentou.

I - Fundamentação

1. No que se refere às condições de admissibilidade, o requerimento foi apresentado num momento em que o Tribunal Constitucional já tinha proferido a última decisão nos limites dos seus poderes jurisdicionais e numa altura em que os autos já tinham sido remetidos à proveniência. Pelo que, a rigor, o presente incidente anómalo seria extemporâneo.

Porém, como o objeto do requerimento parece ser duplo, o de expressamente impugnar ato da Secretaria Judicial, relacionado com a tese sobre o trânsito em julgado e o de sugerir, que, de alguma forma, sem base legal, o Tribunal Constitucional terá emitido alguma ordem de extradição, ou atuado fora do âmbito das suas competências ou poderes, admite-se apreciar este requerimento.

Porém, por motivos evidentes, afastando qualquer matéria que não tem qualquer ligação com o ato da Secretaria do Tribunal Constitucional, que se limitou a certificar o trânsito em julgado do Acórdão n.º 39/2021, de 30 de agosto.

Pois, nem a Corte Constitucional nem tampouco a sua Secretaria emitiram mandado de desligamento, figura essa cuja existência na nossa ordem jurídica é, no mínimo, duvidosa; enviaram o título de extradição a qualquer órgão administrativo; decidiram o mérito da extradição do requerente; proferiram “ordens pertinentes à admissibilidade, à execução ou ao adiamento de decisões de extradição”, ou “cumpriram” ou executaram ordem de extradição do recorrente.

2. Considerando que se arguiu a nulidade do ato do Senhor Secretário do Tribunal Constitucional, que se limitou a emitir uma certidão de trânsito em julgado do Acórdão n.º 39/2021, de 30 de agosto, é, pois, chegado o momento de verificar se o mesmo padece de nulidade como pretende o requerente, porque, na ótica dele, o Acórdão n.º 47/2021, de 13 outubro, ainda poderia ter sido alvo de reclamação para retificação, esclarecimento ou arguição de nulidade.

2.1. A impugnação de decisões judiciais, seja pela via de recurso, seja através da reclamação, tem por efeito, entre outros, retardar o trânsito em julgado de decisões que sejam desfavoráveis ao impugnante, desde que seja legalmente possível. A possibilidade de se impugnar decisões dos tribunais, em geral, não se reduz a um mero capricho do legislador ordinário, na medida em que se constitui como um verdadeiro direito, liberdade e garantia - o direito ao recurso - cuja natureza fundamental o Tribunal já atestou em alguns processos.

Por outro lado, o Tribunal tem enfatizado a natureza não absoluta desse direito, em prol de um interesse coletivo de extrema importância que é a segurança jurídica. Pois, se se permite recursos ou reclamações intermináveis, nunca se alcança a segurança jurídica, e, por esta via, a tão desejada justiça que o direito visa em última instância alcançar.

O Tribunal Constitucional emitiu orientação nesse sentido quando prolatou o Acórdão n.º 19/2020, de 08 de maio de 2020, no âmbito dos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 31/2019 e se expressou nos seguintes termos: *“O problema que, neste particular, suscita um conjunto de questões constitucionais que inclusive o Tribunal tem vindo a desenvolver e aperfeiçoar tem que ver com o momento em que uma decisão penal condenatória transita em julgado. Quesito que não é resolvido pela Lei Fundamental. Por conseguinte, cabe ao legislador ordinário estipular os termos do trânsito em julgado das decisões judiciais condenatórias, todavia, não de forma arbitrária, mas conciliando exigências de diversos postulados constitucionais, tais como as garantias de segurança jurídica e os diversos direitos processuais do arguido, pois se é certo que não é adequado à estabilidade das relações reguladas pelo direito que se permitam suspensões, interrupções ou cláusulas resolutivas do trânsito em julgado ad aeternum, não é menos certo que se deve impor certas condições para que este efeito se produza, sob pena de violação de direitos, liberdades e garantias de extrema importância em qualquer Estado de Direito Democrático, como é o cabo-verdiano”.*

É exatamente isto que acontece quando, numa perspetiva absolutista, se faz apologia da possibilidade de se interpor recurso e de se apresentar reclamação contra qualquer decisão judicial, como se o processo fosse concebido para nunca ter fim. Fosse procedente a tese esposada pelo requerente, ou seja, se fosse possível numa mesma cadeia processual, especialmente perante os tribunais superiores,

mormente o constitucional, reclamar das suas decisões, pedindo retificação, esclarecimento ou arguindo nulidade indefinidamente, nunca haveria um verdadeiro fim do processo. Pois, bastava que os recorrentes continuassem, vezes sem conta, a impugnar por esta forma qualquer decisão que o Tribunal tivesse proferido.

2.2. O Tribunal admite a impugnação de algumas de suas decisões, mormente nos processos em que existam partes interessadas, onde os efeitos do direito ao recurso, contraditório e defesa se fazem sentir em maior medida, através de incidentes pós-decisórios que englobam naturalmente a retificação, a esclarecimento e a arguição de nulidades. Todavia, não são permitidos incidentes pós-decisórios de incidentes pós-decisórios, como o recorrente sugere.

Pois, para o requerente podia reclamar do Acórdão 47/2021, de 13 de outubro e reclamar de eventual decisão do Tribunal que recaísse sobre a decisão desta reclamação anterior. Ora, isto nunca teria um fim e o direito ao recurso ter-se-ia por ilimitado.

As funções do Tribunal Constitucional são especiais e a natureza específica dos processos da sua jurisdição não se compadecem com a ideia peregrina de que seria possível a suscitação de um incidente pós-decisório que incide sobre um acórdão que aprecia e decide um incidente pós-decisório. Isso, num contexto em que o requerente teve uma decisão de um tribunal que atuou como primeira instância num processo de extradição; recorreu para o Supremo Tribunal de Justiça que confirmou a decisão de autorizar a extradição que havia sido proferida pelo Tribunal da Relação de Barlavento e dessa decisão interpôs recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade impugnando certas normas aplicadas por esse tribunal, entretanto, considerado improcedente pelo Tribunal Constitucional. Relativamente a essa decisão, primeiro, pediu uma esclarecimento; segundo, introduziu um requerimento, de todo absurdo, em que solicitou que o acórdão lhe fosse traduzido para o castelhano e que o prazo fosse prorrogado para lhe permitir colocar uma esclarecimento, que já tinha apresentado; em seguida, arguiu a nulidade do acórdão. Todos esses incidentes pós-decisórios foram apreciados e julgados improcedentes pela Corte Constitucional.

Seria impensável que se permitisse que o extraditado continuasse a suscitar novos incidentes pós-decisórios de decisões de incidentes pós-decisórios.

Mesmo à luz do Código de Processo Civil, cuja aplicação deve ser sempre ajustada à natureza própria do processo constitucional, a tese que o requerente adotou não faz o mínimo sentido, bastando ver que os mesmos artigos que suportariam os seus pedidos são absolutamente claros no sentido de que tais decisões são insuscetíveis de qualquer decisão judicial, posto que de forma cristalina o número 2 do artigo 579.º, para o qual remete o artigo 629.º, indica que da decisão que “indeferir o requerimento de retificação, esclarecimento ou reforma não cabe recurso”.

Ora, no caso concreto, pediu-se a reforma do Acórdão 39/2021, de 30 de agosto, alegando que padecia de nulidades, tendo sido considerado improcedente pelo Acórdão n.º 47/2021, de 13 de outubro, a consequência lógica é que esta decisão é insuscetível de qualquer reação processual, tendo transitado em julgado após ter sido notificado ao recorrente e ao Ministério Público, na qualidade de parte contrainteressada. Consequentemente, os respetivos autos foram remetidos à proveniência, como, de resto, determinam os artigos 631.º, 632.º, 644.º e 645 do CPC.

2.3. Apesar de ter a perfeita noção que a decisão constante do Acórdão n.º 47/2021, de 13 de outubro é insuscetível de recurso de amparo ou de fiscalização concreta da

constitucionalidade, insinua o requerente que haveria ainda essa possibilidade. Essa hipótese, porém, não seria compatível com qualquer sistema minimamente racional em que decisões de um tribunal que decide em última instância questões constitucionais, nomeadamente decorrentes de recursos constitucionais, fossem passíveis de mais recursos para o mesmo Tribunal.

A Constituição é absolutamente cristalina quando limita o recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade das decisões dos “tribunais” para o “Tribunal Constitucional” e o artigo 3º da Lei do Amparo é absolutamente inequívoco quando dispõe que “a violação por órgão judicial de direitos, liberdades e garantias fundamentais constitucionalmente reconhecidos, só pode ser objeto de recurso de amparo se for praticada em processo que corra os seus termos pelos tribunais (...)”.

O quadro da lei é de absoluta heteronímia e de separação entre o Tribunal Constitucional e os demais tribunais e, por razões evidentes, incumbiu ao primeiro a fiscalização de condutas e normas que tenham sido adotadas ou aplicadas pelos segundos e exclui, em termos absolutos, a sindicância das decisões do próprio Tribunal Constitucional.

Para todos os efeitos, as decisões do Tribunal Constitucional sobre questões constitucionais, porque definem de forma inexorável o direito aplicável às matérias da sua competência, são definitivas e obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas.

3. Por tudo o que fica exposto, conclui-se que:

- a) O Acórdão 47/2021, de 13 de outubro, que indeferiu a arguição de nulidade do Acórdão 39/2021, de 30 de agosto, é insuscetível de permitir qualquer reação processual pós-decisória ou qualquer recurso constitucional, tendo transitado em julgado logo após a notificação aos intervenientes processuais;
- b) Tendo a Secretaria do Tribunal Constitucional atestado que os intervenientes processuais tinham sido notificados do Acórdão 47/2021, de 13 de outubro, o Senhor Secretário emitido a certidão de trânsito em julgado e os autos do recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade n.º 2/2021 remetidos à proveniência, mais não se fez do que cumprir a lei.
- c) Não existe base legal para anular o ato que se limitou a emitir a certidão do trânsito em julgado do Acórdão n.º 39/2021, de 30 de agosto.

III - Decisão

Pelo exposto, os Juízes Conselheiros do Tribunal Constitucional, reunidos em Plenário, decidem julgar improcedente o requerimento do Senhor Alex Nain Saab Moran sobre a arguição de nulidade da certidão do trânsito em julgado do Acórdão n.º 39/2021, de 30 de agosto.

Registe, notifique e publique.

Praia, 6 de dezembro de 2021

Pelo Tribunal:

João Pinto Semedo

Aristides R. Lima

José Pina Delgado

Está conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 6 de dezembro de 2021. — O Secretário, *João Borges*.

Cópia:

Do Acórdão proferido nos autos de Fiscalização Sucessiva da Constitucionalidade n.º 04/2018, requerida por Sua Excelência o **Provedor de Justiça**, tendo por objeto a norma do n.º 1 do artigo 28.º da Lei n.º 42/VII/2009, de 27 de julho, alterada pela Lei n.º 117/VIII/2016, de 24 de março.

Acórdão n.º 60/2021

(Referente à constitucionalidade de norma que limita o ingresso na função pública de cidadãos com idade igual ou superior a trinta e cinco anos para provimento de lugares correspondentes a categoria inferior ao de pessoal da carreira técnica ou equiparado fora das exceções mencionadas pelo número 1 do artigo 28 da Lei 42/VII/2009, de 27 de julho)

I. Relatório

1. O Senhor Provedor de Justiça dirige a este Tribunal um pedido de fiscalização sucessiva da constitucionalidade do artigo 28, parágrafo primeiro, da *Lei n.º 42/VII/2009, de 27 de julho, conforme alterada pela Lei n.º 117/VIII/2016, de 24 de março*, que estabelece o regime da função pública, posto que, no seu entendimento, ela seria desconforme ao artigo 24 e ao n.º 2 do artigo 42 da Constituição da República de Cabo Verde.

2. As razões que o levam a chegar a tal conclusão são relacionadas a partir de uma construção de acordo com a qual:

2.1. Por força do número 2 do artigo 42 da Lei Fundamental, que refletiria o princípio geral da igualdade do artigo 24 e portaria tal natureza, qualquer restrição ao acesso à função pública só seria constitucional se tivesse na sua base uma justificação assente em interesse público ou que seja inerente ao exercício do cargo e seja proporcional nos termos do número 5 do artigo 17 da Constituição.

2.2. A idade de um cidadão, em si considerada, não determinaria, de forma genérica, a defesa ou prejuízo ao interesse público, porquanto apesar de a robustez física ou mental poder ser relevante para o exercício de certos cargos em função da natureza específica dos mesmos, isso deve ser tipificado de forma particularizada em lei, o que não acontece com a norma que se desafia porque estabelece uma limitação de caráter genérico para todo e qualquer cidadão que tenha atingido os trinta e cinco anos de idade.

2.3. Configurando tratamento desigual porque esse limite de idade aplica-se somente para o “ordinário”, mas já não a quem possa seguir carreira técnica ou equiparada, uma diferenciação que teria a ver com a qualificação académica do cidadão/candidato, indiciadora do estatuto social de quem teve recursos económicos para financiar a sua formação de base. A este se permite ingressar na função pública tendo trinta e cinco anos, somente se limitando esse acesso em funções específicas que o justificam, ao passo que os demais ficam sujeitos generalizadamente ao impedimento da idade, independentemente da natureza específica da função, uma distinção que não faria o mínimo sentido à luz dos parâmetros indicados. Destarte, conclui que “há uma discriminação entre cidadãos pela via da limitação de idade para ingresso em cargos de regime de emprego na função pública, o que claramente viola o mencionado nos artigos 24.º e n.º 2 do artigo 42.º, todos da CRCV”.

2.4. E formula pedido do seguinte modo: “Termos em que se requer ao Tribunal Constitucional que aprecie e declare, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma constante do n.º 1 do artigo 28.º da Lei n.º 42/VII/2009, de 27 de julho e alterada pela Lei n.º 117/VIII/2016 de 24 de março”.

3. No Tribunal Constitucional, o pedido conheceu a seguinte tramitação:

3.1. Tendo dado entrada no dia 7 de dezembro de 2018, foi devidamente autuado e numerado, com conclusão a 13 do mesmo mês.

3.2. Foi admitido pelo Exmo. Senhor JC Presidente que a respeito emitiu o despacho de ff. 8-9, o qual atestou o preenchimento dos pressupostos de competência, legitimidade e oportunidade necessários à sua admissão, e ordenou que a Assembleia Nacional, enquanto entidade prolatora da norma, fosse notificada para responder, em querendo. A comunicação de f. 11 veio a ser efetivada por meio de nota datada de 21 de dezembro, recebida no Parlamento Nacional a 26 de dezembro; esta alta entidade da República, optou, porém, por não responder, deixando transcorrer o prazo para tanto.

3.3. Posto isto, o processo foi distribuído ao JC Pina Delgado, que, assim, assumiu a posição de relator, tendo recebido os autos a 31 de janeiro conforme f. 4 v do livro de processos conclusos.

3.4. A 26 de fevereiro o relator emitiu despachos dirigidas à Assembleia Nacional, à Direção Nacional de Administração Pública e ao Instituto Nacional de Previdência Social visando recolher elementos que considerou pertinentes em ordem à boa apreciação do desafio de constitucionalidade, os quais foram imediatamente executados pela Secretaria. Dos pedidos feitos, foram enviados ao Tribunal poucos elementos que pudessem trazer dados novos ao processo deliberativo, sobretudo os destinados a identificar a vontade do legislador e o interesse público subjacentes à inserção/manutenção da norma no ordenamento jurídico pátrio.

3.5. Depois de analisar todo o processado preparou e depositou a 27 de fevereiro de 2019 um memorando para efeitos de fixação do *thema decidendu* que marca este processo de fiscalização da constitucionalidade. Na data marcada para a audiência – 14 de março – uma vez aberta pelo Presidente, tomou a palavra o Senhor Procurador Geral da República que ofereceu douta promoção oral. No seu decurso, depois de chamar a atenção para indicação incorreta de uma norma, fez considerações a respeito do mérito do pedido, destacando-se que, na sua opinião,

3.5.1. Existem limites ao tratamento desigual que o legislador pode promover – considerando que havia necessidade de se tratar de forma igual situações iguais e de modo desigual as que assim o fossem – desde que não sejam arbitrários e tenham razoabilidade e racionalidade;

3.5.2. A questão seria de se saber se haveria fundamento bastante para tanto em relação a esta medida legislativa. Recorrendo ao percurso legislativo de regulação do acesso a carreiras não-técnicas da função pública, sublinhou que o direito de acesso à função pública não é impassível de ser restringido, nomeadamente porque a correspondente liberdade de acesso à profissão poderá ser exercida fora do Estado, através de relações jurídico-laborais entre particulares, e porque deve levar-se em conta a qualificação das pessoas para acederem a esses cargos.

3.5.3. Haveria razões de interesse público que justificam a medida adotada pelo Estado, nomeadamente porque existem normas relevantes do Estatuto da Aposentação que estabelecem uma comparticipação de 7%. Neste contexto, um funcionário que entra aos 35 anos pode, de certa forma, pôr em risco a sustentabilidade do sistema de segurança social. Além disso, em atividades não-técnicas, normalmente mais operacionais, o desgaste físico seria muito mais intenso para a pessoa que as empreende do que é, comparativamente, para o servidor público que desempenha funções técnicas, cujo exercício teria menor impacto para o corpo. Por isso, nessa linha de pensamento, isso poderia obrigar a aposentações precoces, permitindo justificar a solução legislativa ora desafiada.

3.5.4. Em conclusão, diz que o interesse coletivo pode levar-nos à conclusão que não é desproporcional e nem fora de razoabilidade que o Estado estabeleça essa distinção.

3.5.5. Por este motivo, pugnou pela não declaração de inconstitucionalidade da norma.

3.5.6. Na sequência das intervenções dos juízes conselheiros que se seguiram, no geral concordante com a proposta de Memorando, foram aprovadas as questões, de acordo com os termos que serão recuperados adiante.

4. No dia 10 de novembro de 2021, o JCR depositou o projeto de acórdão e solicitou marcação de conferência para se apreciar o requerimento de fiscalização da constitucionalidade protocolado pelo Senhor Provedor de Justiça.

4.1. Por despacho do Venerando JCP de 12 de novembro, a mesma foi marcada para o dia 2 de dezembro, data em que efetivamente se realizou.

4.2. Após amplo debate, os juízes conselheiros adotaram por unanimidade a decisão que se identifica e se fundamenta nos segmentos seguintes deste aresto.

II. Fundamentação

1. Do ponto de vista geral, este escrutínio de constitucionalidade gravita em volta da igualdade, um valor comunitário constitucionalizado (Preâmbulo), com natureza de princípio objetivo (artigo 1(2)) e de direito subjetivo, seja de não se ser discriminado (artigo 24), seja de ser tratado de formal igual no que toca ao acesso à função pública (artigo 42(2); artigo 56(1)); aos cargos eletivos (artigo 56(1)); de resposta e de retificação (artigo 48(7)); à igualdade de retribuição entre o homem e a mulher por igual trabalho (artigo 62(2)).

1.1. O Tribunal Constitucional já tinha reservado a esta matéria extensas considerações através de um conjunto de decisões que têm, como é natural, guiado escrutínios subsequentes sobre a mesma matéria, nomeadamente 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, publicado no *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, 2.1; o *Acórdão nº 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, 2; o *Parecer nº 1/2017, de 2 de maio, Fiscalização Preventiva da Constitucionalidade referente ao Estatuto do Pessoal Oficial de Justiça*, Rel: JP João Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 27, de 16 de maio de 2017, pp. 672-682 e na *Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional de Cabo Verde*, Vol. III, Praia, INCV, 2018 (2017), pp. 19-53, 1 e 3; o *Acórdão nº 6/2018, de 22 de março, Adilson Danielson v. STJ, sobre a violação do direito a não se ser discriminado, à liberdade do corpo e à presunção da inocência*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 21, de 11 de abril de 2018, pp. 495-505, 3; o *Acórdão nº 7/2018, de 29 de março, Joaquim Monteiro v. STJ, Recurso de Deliberação da CNE sobre recusa de concessão de subvenção da campanha eleitoral decorrente de aplicação de norma inconstitucional*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 21, de 11 de abril de 2018, pp. 505-530, 11; o *Acórdão 10/2018, de 3 de Maio, Joaquim Wenceslau v. STJ*, Rel: JCP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 35, de 6 de junho de 2018, pp. 869-884, 4; o *Acórdão*

nº 23/2018, de 20 de outubro, Fiscalização Sucessiva da Constitucionalidade referente 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, 2; o *Acórdão nº 24/2018, de 13 de novembro, Alexandre Borges v. STJ, sobre violação dos direitos ao contraditório, de audiência e de defesa em processo criminal, a processo justo e equitativo, da liberdade sobre o corpo e da garantia de presunção da inocência e do direito a não se ser discriminado*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 88, 28 de dezembro, pp. 2132-2157, 4; o *Acórdão nº 10/2020, de 20 de março, proferido nos autos de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade de normas constantes do Acordo sobre o Estatuto das Forças dos EUA em CV (SOFA)*, publicado no *Boletim Oficial*, Rel: JC Aristides R. Lima, I Série, N. 86, 23 de julho de 2020, pp. 1731-1782, A.1; o *Acórdão nº 17/2020, de 2 de junho, Rui e Flávio Alves v. STJ*, Rel: JC Aristides Lima, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 86, 23 de julho de 2020, pp. 1813-1825, 2.6; e o *Acórdão 39/2021, de 7 de setembro, Alex Saab v. STJ, referente à 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 internacionais por inconstitucionalidade*, Red. JC Pina Delgado; JC Aristides R. Lima e JCP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 100, 15 de outubro de 2021, pp. 2508-2570, 3.2.10, B.

1.2. Como base do tratamento que este Tribunal tem dedicado, degrau a degrau, à conceção constitucional da igualdade não se pode deixar de partir do *Acórdão 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, II, decisão em que o Tribunal Constitucional teve, pela primeira vez, que a) lidar com a questão e em que assentou orientações no sentido de que se trata de realidade plural que se materializa como valor constitucional e princípio estruturante, como direito a não se ser discriminado e como direito especial a não se ser tratado diferenciadamente; e em que, b) atestou a ligação entre a proteção contra a discriminação e a dignidade da pessoa humana; c) estabeleceu a distinção entre tratamento discriminatório e tratamento diferenciado; d) fixou escalas de escrutínio consoante a sua configuração como uma distinção simples, ordinária, quase-suspeita ou suspeita, gradando, em conformidade e em ordem crescente, a intensidade do inquérito promovido pelo tribunal.

Ainda que chegando a resultados diversos, reiterou essa linha de entendimento em outros processos de fiscalização da constitucionalidade decididos por meio do *Acórdão nº 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, 2; do *Parecer nº 1/2017, de 2 de maio, Fiscalização Preventiva da Constitucionalidade referente ao Estatuto do Pessoal Oficial de Justiça*, Rel: JP João Pinto Semedo, 1 e 3, e do *Acórdão nº 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, 2.

Em suma, o Tribunal adotou, nos termos da Constituição, um entendimento equilibrado e multifacetado de fortalecimento de proteção da pessoa humana de tratamentos diferenciados malignos que atingem a sua essência e dignidade, mas também afastando, por esses mesmos motivos, a banalização da utilização da proteção forte para situações corriqueiras da vida económica e social, precisamente para permitir que o poder democrático tenha espaço para implementar as políticas públicas que formule nessas matérias.

2. Tendo este quadro em mente, por motivos evidentes, o Tribunal Constitucional é confrontado com um desafio de constitucionalidade que tem no seu bojo alegação de que o Estado tratou de modo diferenciado pessoas – e com a qualidade de cidadãos – por motivos de idade, uma base que, na dicção do Ilustre Requerente, convocaria uma causa de discriminação, posto que também recoberta por cláusulas que tratam a igualdade, invocando expressamente o artigo 24 da Constituição e o número 2 do artigo 42. O pedido sugere igualmente que a norma impugnada, além de tratar de forma distinta as pessoas em razão da idade, vedando acesso à função pública de cidadãos com idade igual ou superior a trinta e cinco anos para provimento de lugares correspondentes a categoria inferior ao de pessoal da carreira técnica ou equiparada fora das exceções mencionadas na parte final do preceito – que convocaria situação de discriminação direta –, geraria igualmente efeitos de discriminação indireta sobre pessoas que, por não terem condições financeiras suficientes, não conseguem dispor dos recursos necessários a obter uma formação qualificada que as permita concorrer a carreiras técnicas ou equiparadas da função pública.

Seriam bases mais do que suficientes para se guiar o escrutínio que foi solicitado a este Tribunal, mas parece que, além disso, coloca-se a possibilidade de a norma colocada em crise também poder atingir outros princípios ou direitos constitucionais, respetivamente o que se verte para o número 6 do artigo 241, segundo o qual “[n]a Função Pública, o acesso e o desenvolvimento profissional baseiam-se no mérito e na capacidade dos candidatos ou agentes”, eventualmente o princípio republicano decorrente do número 1 do artigo 1º da Constituição, e ainda o direito ao livre desenvolvimento da personalidade reconhecido pelo número 1 do artigo 41 da Lei Fundamental. Justificando que se desdobre o inquérito constitucional no sentido de se apreciar em dois segmentos destinados a responder à mesma questão, isto é:

3. De se saber se a norma decorrente do n.º 1 do artigo 28.º da *Lei n.º 42/VII/2009, de 27 de julho*, alterada pela *Lei n.º 117/VIII/2016 de 24 de março*, na medida em que trata de forma diferenciada pessoas em razão da idade ou de condição socioeconómica no que diz respeito à limitação de ingresso na função pública de cidadãos com idade igual ou superior a trinta e cinco anos de idade para provimento de lugares correspondentes a categoria inferior ao de pessoal da carreira técnica ou equiparada fora das exceções mencionadas na parte final do preceito, é desconforme:

3.1. Ao princípio geral da igualdade reconhecido pelo artigo 1º, parágrafo segundo, ou ao direito a não se ser discriminado reconhecido pelo artigo 24;

3.2. Ao direito de igual acesso à função pública previsto pelo artigo 42, parágrafo segundo, e pelo artigo 56, parágrafo primeiro, considerando a cláusula do artigo 241(6) que condiciona o acesso à função pública somente ao mérito e à capacidade, e, por esta via, o princípio republicano reconhecido pelo artigo 1º, parágrafo primeiro, ou ainda o direito ao desenvolvimento da personalidade, todos da Carta Magna.

3.3. Esta norma não é nova no ordenamento jurídico cabo-verdiano. Outrossim, perpassa vários períodos da história jurídica nacional.

3.3.1. Já se encontra solução normativa similar, com as devidas adaptações, no artigo 12, parágrafo primeiro, do Estatuto do Funcionalismo Ultramarino em vigor à data da independência e da criação da República de Cabo Verde com formulação conforme a qual “os indivíduos que tenham completado 35 anos não podem ser providos em lugares de acesso de categoria inferior à do grupo F do artigo 90 deste diploma” (*Decreto do Ministério do*

Ultramar 46.982, de 27 de abril de 1966, publicado no *Diário do Governo*, I Série, N. 99, 27 de abril de 1966, pp. 649-795 e no *Boletim Oficial de Cabo Verde*, N. 26, Sup., 1 de julho de 1966, pp. 1-57, conforme redação inserta pelo *Decreto do Ministério do Ultramar 49.165*, de 18 de julho de 1969, publicado no *Diário do Governo*, I Série, N. 180, 2 de agosto de 1969, pp. 947-950, e no *Boletim Oficial de Cabo Verde*, N. 39, 27 de setembro de 1969, pp. 778-780), solução que, no quadro do Direito Português da Função Pública, já tinha sido adotada pelo artigo 4º do *Decreto 16.563 de 1929*, publicado no *Diário do Governo*, I Série, N. 52, 5 de março de 1929, pp. 607-608, que dispunha que “[d]e futuro nenhum cidadão poderá ter primeira nomeação para lugar de acesso em qualquer repartição pública do Estado, corporações e corpos administrativos, de categoria ou vencimentos inferiores aos de chefe de repartição, com mais de trinta e cinco anos”, e que teve continuidade no Estatuto do Funcionário Ultramarino de 1956, aprovado pelo *Decreto n.º 40.708, de 31 de julho de 1956*, publicado no *Diário do Governo*, I Série, N. 161, de 31 de julho de 1956, pp. 1129-1176, o qual prescrevia no número 1 do seu artigo 12 que “[o]s indivíduos que tenham completado 35 anos não podem ser nomeados para lugares de acesso, de categoria inferior ao grupo F do artigo 190 deste diploma, se à data da nomeação não estiverem providos noutra lugar pública, do qual transitem sem interrupção”. Note-se que tanto a solução aplicada ao território metropolitano desde 1929, como a que com conteúdo idêntico vigeu no ultramar português, foram afastadas legislativamente por terem sido consideradas incompatíveis com a liberdade de trabalhar. Nomeadamente em Portugal pelo *Decreto-Lei n.º 232/76, de 2 de abril*, publicado no *Diário da República*, I Série, N. 79, 2 de abril de 1976, p. 658, artigo único, e em Macau pelo *Decreto-Lei n.º 9/76/M, de 1 de maio*, publicado no *Boletim Oficial de Macau*, N. 18, de 1 de maio de 1976, p. 636, artigo único.

3.3.2. Depois da independência, a solução geral, passível de ceder perante normas especiais (v. João Ferreira Semedo, *Estatuto do Funcionalismo Ultramarino Comentado e Anotado*, 3. ed., Coimbra, Almedina, 1973, p. 26), não tendo sido antes expressamente revogada, também veio a ser adotada pelo número 1 do artigo 5º da *Lei 102/IV/93, de 31 de dezembro, que fixa o regime jurídico da constituição, modificação e extinção da relação jurídica de emprego na função pública*, publicada pelo *Boletim Oficial*, I Série, N. 49, Sup., 31 de dezembro, pp. 9-15, o qual dispunha que “os indivíduos que tenham completado 35 anos de idade não podem ser providos em lugares de acesso de categoria inferior ao de pessoal de carreira técnica ou equiparado, salvo se à data da constituição da relação jurídica de emprego já desempenhavam outras funções no Estado ou nos municípios com direito a aposentação, com idade inferior àquela e desde que a transição se faça sem interrupção de serviço”.

4. Isso num contexto que, conforme desenvolvido pelo *Acórdão n.º 7/2016, de 21 de abril, Fiscalização Abstrata Sucessiva do n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 90/VIII/2011, de 14 de fevereiro*, Rel: JC Pina Delgado, 2.3-2.8, não deixa de ecoar dimensões que recuam séculos na História do povo cabo-verdiano e que, de alguma forma, integram aspetos que ajudam a construir a dimensão institucional da identidade nacional, nomeadamente de o cidadão poder aceder a cargos públicos no sentido lato e de usar ferramentas adquiridas através da educação que o permitem ingressar na função pública e assim ascender social e economicamente.

4.1. No primeiro caso, como é sabido, desde o século XVI, cabo-verdianos peticionaram ao Rei de Portugal para, independentemente da sua raça ou cor, poderem aceder aos cargos camarários, demanda que foi reconhecida pelo soberano lusitano e que acabou por permitir que, de forma gradual, os locais se candidatassem aos cargos políticos e administrativos nos municípios das Ilhas. E mesmo depois

de os poderes da Coroa se terem firmado de forma mais extensa no Arquipélago a partir do período pombalino, o facto é que muitos compatriotas continuaram a assumir cargos na administração local e até em outras colónias/províncias ultramarinas seja debaixo da monarquia novecentista lusitana, seja depois do advento da República Portuguesa em 1910, ou mesmo no período do Estado Novo. Ademais, depois da independência, ainda que se sujeitando a princípios de lealdade para com o regime, por motivos evidentes, com o Estado Independente, a maioria dos cabo-verdianos ficou habilitada a exercer funções públicas. Até porque no quadro de um sistema estatizado, seria provavelmente a alternativa laboral mais viável ou pelo menos mais asseguradora que as pessoas tinham para garantir o seu próprio sustento e o dos seus familiares.

Naturalmente, depois do advento da República Liberal Democrática e Social em 1990/1991 e com a Constituição atualmente em vigor de 1992, por um lado, e com a crescente abertura económica e redução paulatina do papel do Estado na Economia e incremento de atividade privada, as alternativas à função pública, do ponto de vista existencial, aumentaram substancialmente, mas não a conseguiram substituir integralmente como um dos maiores empregadores do país, ao qual as pessoas recorrem para prestar os seus serviços laborais e, ao mesmo tempo, contribuir para o funcionamento da República de forma mais direta. Naturalmente, a partir de um quadro diferente – talvez, na sua essência, mais instrumental – na medida que reconduzível a uma relação de benefícios mútuos entre uma entidade abstrata que se locomove com o trabalho dos seus próprios integrantes e alguém que recebe uma remuneração para esse efeito, da qual obtém os recursos necessários para manter-se a si e à sua família.

Apesar disso, o carácter sinalagmático dessa relação não pode ser exagerado, pois enquadra-se num xadrez ainda mais complexo porque, por um lado, a administração pública é um meio de concretização de finalidades coletivas da comunidade política, na medida em que constitucionalmente prossegue o interesse público (artigo 240 (1)) e é estruturada de modo a prestar aos cidadãos um serviço eficiente e de qualidade (artigo 240(2)), concretizando as tarefas que a Constituição incumbe ao Estado (artigo 7º). Donde justificar-se que tenha por critério escolher como servidores públicos os integrantes da República que sejam mais aptos à realização de uma determinada função, afastando-se do modelo utilizado, por exemplo, na Antiga Atenas, da escolha por sorteio. Mas, do outro, remete a contexto em que o servidor público é, em princípio, também um cidadão. Portanto, ele próprio possuidor de parte da soberania do Estado, perante o qual tem direitos e deveres, aspeto que, por motivos evidentes, deve ser devidamente considerado pelo legislador ordinário quando desenvolve o regime-base da função pública.

4.2. Não sendo indiferente a esta questão o papel que tradicionalmente a população do Arquipélago atribuiu à educação enquanto instrumento de mobilidade social. Pretensões que justificaram, desde há muito, demandas enviadas às autoridades metropolitanas, articulações com entidades religiosas e arengas públicas promovidas contra as omissões nesse sentido do poder colonial. Exigências representadas pelos escritos de luminares pátrios como Eugénio de Paula Tavares e Pedro Cardoso, pela atividade de parlamentares Ilhéus como o Senador Vera-Cruz ou pelo seu papel como causa, instrumento e objetivo da luta de independência liderada por Amílcar Cabral, e que, ao longo do tempo, foi permitindo que pessoas menos afortunadas financeiramente pudessem almejar uma vida mais folgada do que as gerações que as precederam. Com este enquadramento em mente pode-se avaliar a questão que emerge do pedido feito pelo Excelentíssimo Senhor Provedor de Justiça.

5. Em relação aos primeiros parâmetros, pretende-se saber se a norma decorrente do n.º 1 do artigo 28.º da Lei n.º 42/VII/2009, de 27 de julho e alterada pela Lei n.º 117/VIII/2016 de 24 de março, na medida em que trata de forma diferenciada pessoas em razão da idade no que diz respeito à limitação de ingresso na função pública de cidadãos a pessoas com idade igual ou superior a trinta e cinco anos de idade para provimento de lugares correspondentes a categoria inferior ao de pessoal da carreira técnica ou equiparada fora das exceções mencionadas na parte final do preceito é desconforme ao princípio geral da igualdade reconhecido pelo número 2 do artigo 2º da Constituição e/ou às garantias de não se ser discriminado previsto pelo artigo 24, seja por motivos etários, seja por motivos de condição económica.

Para o Tribunal Constitucional, o efeito de tratamento diferenciado é indiscutível em duas dimensões. Neste momento, o que acontece é que, primeiro, ao passo que um cidadão não pode ingressar numa carreira não técnica ou equiparada na administração pública depois dos trinta e cinco anos, aqueles que ainda não tenham atingido essas idades poderão fazê-lo, o que configuraria um tratamento diferenciado por motivos etários; segundo, enquanto o cidadão que preencha as condições estabelecidas pela lei para aceder às carreiras técnicas ou equiparadas da função pública poderá fazê-lo em qualquer idade, o mesmo não se passa com aquele que não as possua, o qual fica limitado a fazê-lo somente até à idade fixada e nunca depois disso. Se se ativer à discussão que já se promoveu em relação à diferença entre a igualdade enquanto princípio e o direito a não se ser discriminado, o problema aqui será verificar se, em primeiro lugar, a norma legal desafiada em causa é incompatível com o direito a não se ser discriminado ou com o princípio geral da igualdade por configurar discriminação direta por motivos de idade e, num segundo momento, de eventualmente verificar se não havendo elementos para se o comprovar, ela produz uma discriminação indireta por motivos socioeconómicos.

5.1. A primeira dimensão depende de se poder considerar que a idade é um fator proibido de tratamento diferenciado que configura situação de discriminação vedada pelo artigo 24 da Constituição. Uma conclusão que não se revela automática na medida em que se trata de causa não tipificada por essa disposição que se limita a mencionar a raça, o sexo, a ascendência, a língua, a origem, a religião, as condições sociais e económicas ou as convicções políticas e ideológicas. Tampouco é mencionada pelo número 2 do artigo 1º da Lei Fundamental.

5.1.1. Todavia, isso não é decisivo ou impeditivo, pois o facto de não se encontrar referência a um fator específico de discriminação no artigo 24 da Constituição não significa que ele não se integre dentro dos critérios de tratamento diferenciados vedados, como regra, pela Lei Fundamental. Neste sentido, esta Corte Constitucional já assentou entendimento de que a disposição constitucional em causa cobre tratamentos diferenciados que levam em conta aspetos biológicos humanos imutáveis, escolhas essenciais que passam a fazer parte da identidade da pessoa ou eventualmente aqueles que são adotados ao abrigo do princípio da liberdade e da autonomia individuais e do decorrente direito ao desenvolvimento da personalidade, ainda que não estejam expressamente consagrados na Lei Fundamental (*Acórdão n.º 6/2018, de 22 de março, Adilson Danielson v. STJ*, Rel: JC Pina Delgado, 3). Por conseguinte, o importante aqui é verificar se, ao abrigo desse entendimento, a idade seria um fator biológico imutável da pessoa humana, marcado pela involuntariedade e pela sua propensão em deixar o indivíduo numa posição de vulnerabilidade perante o Estado ou perante os seus pares, muitas vezes utilizado para ostracizar o diferente, o outro, ou, como se disse numa outra decisão deste Tribunal, para “os hilotas, para os *infra classes*, para os servos da gleba, para os *sans-*

cullote, para os *coloured*, para ‘as raças impuras’, para os ‘associais’, para os ‘estranhos’, para o lúmpen, para os que não têm ‘sangue limpo’, para os que têm uma coloração epidérmica diferente, para os ‘indígenas’, para os que adoram divindades distintas ou de “modo equivocado” tal idólatras, blasfemos, heréticos e apóstatas, para aqueles que alguém entende arbitrariamente que não deviam ter nascido, para aqueles que são considerados por outrem 3/5 humanos ou inumanos” (*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, 2.9).

5.1.2. A idade como fator de tratamento diferenciado poderá operar a níveis diferenciados, especificamente de garantir um tratamento mais favorável aos que têm mais idade ou, alternativamente, reservando a essas pessoas um quadro menos benéfico.

A – A própria Constituição não é alheia a esta questão, na medida em que, pelo menos uma vez, estabelece um limite de idade para acesso a um cargo público, o de Presidente da República, o qual, pelo exercício de uma função essencialmente moderadora, é associada a exigências de maior maturidade e experiência que seria o resultado da idade mais avançada desejável para os titulares desse cargo, estabelecendo-se a idade mínima em trinta e cinco anos (artigo 110). A Lei Fundamental impõe ainda ao poder público a obrigação de garantir aos idosos prioridade no atendimento nos serviços públicos (artigo 77, parágrafo 2º, c).

B – Há, ainda, casos em que a Constituição insere cláusulas que integram injunções legislativas para estabelecer limites baseados na idade das pessoas, os quais têm o condão de limitar o acesso a atividade laboral. Nomeadamente, no caso das crianças ao acolher preceito segundo o qual “é proibido o trabalho infantil” (artigo 74(4)) e outro nos termos do qual “a lei define os casos e as condições em que pode ser autorizado o trabalho de menores” (artigo 74(5)). Significando que, mesmo que o exercício de atividade laboral por criança não corresponda a trabalho infantil, ainda assim envia-se injunção de fixação de idade mínima de acesso ao emprego por pessoas, que nos termos do direito, sejam consideradas crianças.

C – Claro está que as crianças correspondem a uma categoria especial coberta por um estatuto especial de base constitucional que legitima a inserção de certas normas restritivas especiais. Em última instância justificadas pela incompletude do seu processo de amadurecimento físico e intelectual, logo de uma incapacidade relativa para, de forma autónoma e informada, autodeterminar-se do ponto de vista laboral. Donde se extrai ao abrigo da injunção prevista pelo número 1 do artigo 74 da Lei Fundamental, poderes-deveres especiais de um Estado ter a capacidade de, legitimamente, ainda que dentro de um quadro de proporcionalidade, limitar direitos de que são titulares com a finalidade de garantir o seu saudável e harmónico desenvolvimento físico, psicológico e moral e a preservação da sua capacidade de escolha futura, evitando hipotecar as suas oportunidades, fruto de uma entrada precoce no mundo laboral. Portanto, limitando-se certos direitos que podem ser exercidos de forma prejudicial, para que, mais tarde, sejam “mestres do seu destino”, para utilizar uma feliz expressão utilizada por juiz de outra jurisdição constitucional (Justice Douglas, Dissenting in Part, *Wisconsin v. Yoder et al.* in: *US Reports*, v. 406, 1971, p. 245).

O Tribunal já havia considerado que quando é o próprio legislador constituinte originário a estabelecer ou a impor o tratamento diferenciado não lhe caberá proceder a qualquer tipo de controlo (*Acórdão 39/2021, de 7 de setembro, Alex Saab v. STJ, referente à 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 internacionais por inconstitucionalidade, Red. JC Pina Delgado; JC Aristides R. Lima e JCP Pinto Semedo, 3.2.10, B). Assim sendo, essas considerações destinam-se simplesmente a ilustrar os diversos modos como critérios de idade poderão cruzar-se com a Constituição. Para efeitos deste escrutínio de constitucionalidade, o que interessa são as situações em que se usa tal critério para deixar em desvantagem as pessoas que têm idade mais avançada.

5.1.3. Não havendo qualquer diferenciação direta estabelecida pelo legislador constituinte nessa matéria, nem tão-pouco uma injunção legislativa específica no sentido aqui relevante de estabelecimento de idades máximas, o importante é verificar se a idade em si é um fator biológico imutável, marcado pela involuntariedade e pela vulnerabilização das pessoas.

A – Falecendo à pessoa qualquer controlo sobre um percurso biológico que, mesmo considerando os notáveis avanços da ciência médica e do incremento da longevidade e qualidade de vida dos seres humanos que proporciona e pelo menos antes que se invente um elixir para a juventude eterna, é inexorável, não seria difícil considerar que se trata de característica imutável, no sentido de involuntária, que se impõe ao indivíduo mesmo contra a sua resistência e vontade.

B – Não haverá dúvidas de que a idade – sobretudo nas sociedades modernas em que se quebram as relações sociais tradicionais que ainda reservavam às pessoas de maior idade uma senioridade da qual resultava maior deferência – poderá colocar o indivíduo em situação de grande vulnerabilidade, facilitando o arbítrio com que poderá ser tratado por entidades externas, portanto pelo poder público ou por outros particulares, reduzindo-se-lhe oportunidades existenciais e eventual consideração social, impondo-lhe preconceitos e estigmas, nomeadamente relacionados às suas capacidades e valor individual.

5.1.4. Sendo correta essa conclusão, não se pode deixar de considerar as particularidades da idade. Porquanto, por um lado, ela está associada a determinadas características humanas naturais que poderão se mostrar relevantes em relação ao exercício de certas atividades na medida em que inerentemente marcadas pela dinâmica que resulta dos ciclos vitais pelos quais as pessoas podem passar: infância, juventude, maturidade e terceira idade. Por este motivo, tal imutabilidade é relativa. Além disso, por outro lado, estabelecer um padrão de tratamento diferenciado para pessoas mais idosas, não decorre, num sentido próprio, de uma ação completamente heterónoma destinada ao outro. É também autónoma, porque é criar um regime que será aplicado a todos no futuro. Sendo assim, não haverá dúvidas de que a idade é passível de ser um fator de discriminação, mas com características muito particulares e complexas. Portanto, é certo, pelo menos em relação a situações que deixem em desvantagem os mais idosos, elementos típicos de uma causa suspeita de tratamento diferenciado, pelas suas especificidades, ela deverá ser considerada como uma causa, no mínimo, quase-suspeita para efeitos de controlo judicial, ensejando sempre um escrutínio denso para se escrutinar medidas, nomeadamente legislativas, que a ela recorram, o que é suficiente nesta situação concreta.

5.2. Em processo de fiscalização abstrata da constitucionalidade, a partir do momento em que se atesta ser a igualdade fator de discriminação, afasta-se da discussão uma possível violação por parte do legislador da igualdade enquanto princípio objetivo que todos os poderes públicos estão obrigados a considerar sem jamais poder tratar distintamente as pessoas sem que tenha um objetivo relevante a concretizar – quando basicamente se faz um

controlo de mera racionalidade meio-fim – e enfatiza-se que é causa de tratamento discriminatório, esta absorve aquela por garantir o regime de proteção e de escrutínio mais estritos, tornando desnecessário que o Tribunal prossiga por esta outra via de inquérito.

5.3. Se a idade é uma causa de tratamento discriminatório, como já se avançou, o que é importante verificar antes de mais é se realmente a norma legal que se coloca em crise produz efetivamente um tratamento diferenciado por motivos de idade vedado pela Constituição.

5.3.1. Neste particular, o Tribunal já havia considerado no *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, 2.12, que aplicaria quatro escalas de escrutínio quando se confrontasse com alegações de tratamento diferenciado, reservando-se a mais estrita para as situações de discriminação que envolvem causas suspeitas que tenham que ver com características involuntárias e imutáveis das pessoas ou se se associam ontologicamente ao seu ser, e por ordem decrescente as que sendo quase-suspeitas tenham na sua base características transitórias da pessoa ou que tenham que ver com o livre desenvolvimento da sua personalidade, as ordinárias necessárias à gestão da vida económica e social e, por fim, as simples. O que justifica que, no caso concreto, envolvendo característica transitória da pessoa, mas que ela não consegue controlar, se lance um nível de escrutínio que, não sendo estrito, seja suficientemente forte no sentido de avaliar todo o contexto de aprovação da medida de tratamento diferenciado em questão, da sua existência, do seu impacto e, sobretudo, da intenção, expressa ou implícita, de se tratar as pessoas de forma diferenciada por motivos de idade e pela existência ou não de interesse público prevalente invocado e provado pelo legislador para justificá-la.

5.3.2. Na argumentação do Requerente a resposta é positiva. Havendo tratamento discriminatório por motivos de idade, estabelecendo-se regimes diferenciados no acesso à função pública para o desempenho de funções que não exigem elevada formação técnica ou equiparadas para quem tenha trinta e cinco anos ou mais e para aqueles que não tenham atingido essa idade.

5.3.3. Chegados aqui, esta Corte depara-se com uma dificuldade originária, de certa forma similar à que se confrontou no quadro do pedido de fiscalização da constitucionalidade do Estatuto dos Oficiais de Justiça decidido pelo *Parecer nº 1/2017, de 2 de maio, Fiscalização Preventiva da Constitucionalidade referente ao Estatuto do Pessoal Oficial de Justiça*, Rel: JP Pinto Semedo, 3.5; 3.8. Não só porque, como naquele caso, não houve qualquer justificação específica por parte do poder público da medida adotada, como também porque a Corte Constitucional cabo-verdiana, a partir da análise do processo legislativo, não conseguiu sequer obter elementos suficientemente esclarecedores sobre as razões do legislador para manter a medida desafiada. Portanto, o ónus que cabe ao Estado de provar que a medida que engendra, no mínimo, uma situação que merece ser vista como quase-suspeita, não é discriminatória em razão do interesse legítimo supremo ou forte que a justifica por motivos constitucionalmente legítimos, não foi cumprido pelo poder público. Por si só, isso já seria suficiente para se considerar a inconstitucionalidade de tal tratamento, não tivesse o Tribunal de balancear os elementos já constantes dos autos, os emergentes da justificação geral do ato legislativo ou aqueles que podem ser obtidos a partir das suas diligências instrutórias que podem suprir a omissão de justificação do poder legislativo. Porém, malgrado esse esforço, da análise dos trabalhos preparatórios não emerge qualquer razão específica para a manutenção desta regra, com a exceção do comentário feito pelo proponente de que se tratava de uma opção legislativa (*Atas da Reunião Plenária de 28 de*

maio de 2009, Praia, Assembleia Nacional, 2009, p. 297), não sendo coberta igualmente pelos objetivos genéricos que presidiram à adoção do diploma de “melhoria do sistema de gestão de recursos humanos” (*Idem.*, p. 268), visando “pôr de pé uma Administração Pública que seja ágil, flexível e que funcione, isto é, orientad[a] para a resolução de problemas” (*Idem.*, p. 266; *Exposição de Motivos, I*) e almejando “eliminar disfunções burocráticas e fazer a transformação da cultural organizacional” (*Atas da Reunião Plenária de 28 de maio de 2009, p. 266*). Neste sentido, foi somente o Senhor Procurador-Geral da República, que, na conferência de discussão do memorando, avançou argumentos específicos de que os objetivos da norma seriam, por um lado, o de não criar fatores de desestabilização do sistema de segurança social quanto à sua sustentabilidade e, do outro, garantir que quem exerce funções mais operacionais, estando sujeito a maior desgaste físico, é aproveitado pela administração pública quando ainda goza do vigor necessário ao seu cabal desempenho.

5.3.4. São argumentos ponderosos, mas dificilmente sustentam a medida porque, por um lado, a criação de uma elite administrativa suportada exclusivamente por um conjunto de funcionários públicos altamente qualificados não seria passível de se atingir com a pura e simples exclusão de admissão para as funções não-técnicas daqueles que tenham trinta e cinco anos ou mais. Não se colocando a possibilidade de a administração prescindir de certas funções não-técnicas, a menos que o impacto da norma se reduzisse a regular transitoriamente aqueles que ainda nela estivessem. Não é o caso, até porque sendo elas imprescindíveis para o seu funcionamento, continuariam a ser admitidos aqueles que tivessem menos de trinta e cinco anos para as mesmas funções. O Tribunal não conseguiu encontrar elementos que indiquem tal sentido, mas pode considerar que seria um desdobração da ideia de que a intenção do legislador fosse não a de prescindir de tais funções, até porque continuou a contemplar várias delas (nomeadamente as de ajudante de serviços gerais, telefonista, condutor auto, auxiliar administrativo, etc.) no *Plano de Cargos, Carreiras e Salários* que subsequentemente aprovou, mas, simplesmente, retirá-las do regime de carreira – uma questão que será apreciada no quadro de outro desafio de constitucionalidade que tramita no Tribunal – remetendo-as para uma base regulatória mais privatística, ou terceirizá-las parcialmente como também é sugerido pelo *Perfil dos Recursos Humanos da Administração Pública Cabo-Verdiana*, Praia, Gabinete do Secretário de Estado da Administração Pública, 2007, p. 13. Donde decorreriam desafios constitucionais óbvios, a respeito dos quais esta Corte não sente qualquer necessidade de se pronunciar, pois o facto é que em relação ao problema de base que se lhe colocou, a constitucionalidade da regra de não admissão de pessoas com idade de trinta e cinco anos em funções que não exigem um alto nível de formação técnica na função pública não teria relação direta na sua concretização, mas, quando muito, lateral, na medida em que a própria norma continua a admitir a existência dessas funções. Simplesmente, limita o acesso a elas a pessoas que ainda não tenham atingido a idade de trinta e cinco anos. Por conseguinte, as únicas finalidades legítimas que o Estado poderia eventualmente invocar em tais casos teria a ver com dois efeitos.

A – Primeiro, um de teor previdenciário da entrada de pessoas com idade muito alta na função pública, atendendo aos anos de contribuição necessários para efeitos de aposentação *vis à vis* a idade máxima que poderão trabalhar. É verdade que esse objetivo poderá ser relevante, nomeadamente para garantir não só a sustentabilidade do sistema de segurança social – uma preocupação genérica do proponente do diploma, como decorre da *Exposição de Motivos*, 11 – como igualmente

a justiça – nomeadamente inter-geracional – entre os contribuintes desse mesmo sistema. Contudo, assim considerado, esse objetivo em si, e sem sequer se analisar a sua proporcionalidade, cairia em inconsistência quando fosse confrontado com a sua aplicação de forma diferenciada a pessoas que entram com mais de trinta e cinco anos em carreiras técnicas ou equiparadas, porque a entrada neste tipo de carreira produziria o efeito similar sobre o sistema de segurança social.

Por isso, o Digníssimo Senhor Procurador-Geral da República qualificou o seu entendimento acrescentando a ideia de que em função do tipo de atividade exercido em carreiras não-técnicas, a pessoa estaria sujeita a desgaste físico mais intenso, o que aumentaria a probabilidade de situações que propiciariam reformas antecipadas por razões de saúde. Naturalmente, o Tribunal Constitucional não tem elementos quantitativos para o atestar e para considerar que seria uma justificação suficiente teria de se demonstrar que disso resultaria um impacto claro sobre a sustentabilidade do sistema de segurança social. E, mesmo assim, isso só seria aceitável como causa suficiente de justificação se, de facto, não houvesse a possibilidade de desenvolver regime alternativo que agredisse de forma menos intensa o direito e que compensasse esses efeitos, como, de resto, a legislação aplicável mostra-nos ser possível absorver (ver igualmente Parecer UNTC-CS, *Anteprojeto de Lei de Bases do Regime da Função Pública*, p. 6).

B – Segundo, outro de natureza mais administrativa, dependente da verificação da existência de uma correlação direta entre a idade e elementos objetivos médios que elas indiciam a respeito da capacidade de as pessoas exercerem determinadas atividades laborais, neste caso na função pública. Naturalmente, o Tribunal não ignora que algumas delas exigem certa força e destreza que podem, no geral, decrescer a partir de determinada idade, tendo, por este motivo, o legislador legitimidade para considerar tais efeitos. Nomeadamente, sendo justificado que, em tais circunstâncias, ele cuide de fixar regime que permita tirar proveito suficiente da pessoa que integre os quadros da função pública para exercer tais atividades. Tal medida poderá ter que ver com isto e nessas bases contém elementos relevantes de ponderação no quadro do presente desafio de constitucionalidade. No entanto, um problema de fundo coloca-se porque a norma em causa é suscetível de conduzir a problemas de proporcionalidade, especificamente de igualdade proporcional, posto que, conforme este Tribunal já havia decidido “mesmo que uma medida de tratamento diferenciado seja constitucionalmente aceitável, a intensidade da desigualdade que promove deve ela própria ser proporcional” (*Acórdão nº 7/2018, de 29 de março, Joaquim Monteiro v. STJ, Recurso de Deliberação da CNE sobre recusa de concessão de subvenção da campanha eleitoral decorrente de aplicação de norma inconstitucional*, Rel: JC Pina Delgado, 11.8.4).

Nos termos do teste de proporcionalidade aplicado pelo Tribunal desde o *Acórdão nº 7/2016, de 21 de abril, Fiscalização Abstrata Sucessiva do nº 2 do artigo 9.º da Lei n.º 90/VII/2011, de 14 de fevereiro*, Rel: JC Pina Delgado, 4.3.2, apesar de a medida poder ser considerada adequada para que o legislador atinja as finalidades indicadas, além de haver meios que afetam menos o direito nos termos assinalados, ela sempre seria excessiva por abranger não só atividades especialmente exigentes do ponto de vista físico, como também outras que não são, de modo nenhum, afetadas pela idade, impondo, assim, um sacrifício excessivo ao direito. Destarte, a sua fixação em trinta e cinco anos que foi acompanhando, de forma deliberada, os sucessivos regimes da função pública aplicáveis em Cabo Verde desde o período colonial, parece, na atualidade, dificilmente justificável, o que, de alguma forma, foi sugerido durante os debates parlamentares pelo Deputado

António Monteiro (*Atas da Reunião Plenária de 28 de maio de 2009*, p. 294) e antes pelo Parecer da UNTC-CS, *Anteprojeto de Lei de Bases do Regime da Função Pública*, pp. 5-6. Não só porque a esperança de vida e a qualidade de vida cada vez maiores e melhores são relevantes nesta matéria, o que foi curiosamente admitido pelo proponente do diploma aquando da apresentação da proposta de lei, mas sem tirar as devidas consequências para a questão da definição da idade mínima de ingresso, limitando-se a considerá-la para propósitos de alerta para a necessidade de se ir aumentando a idade da aposentação em função dessas razões (*Atas da Reunião Plenária de 28 de maio de 2009*, p. 273). Mas também porque com a evolução médica e biotecnológica, o desgaste físico natural, a perda muscular gradativa e o decréscimo de capacidade aeróbica decorrentes da idade (cf. Robert Mazzeo *et al.*, “Exercise and Physical Activity for Older Adults”, *Medicine & Science in Sports & Exercise*, v. 30, n. 6, 1998, pp. 992-1008), além de não serem tão significativos pelo menos até à meia idade (c. 52 anos), conforme o estudo de M. Westerståhl *et al.*, “Longitudinal changes in physical capacity from adolescence to middle age in men and women”, *Nature. Scientific Reports*, v. 8, 2018), ou até mais tarde (54 anos) conforme Raija Gould *et al.*, *Dimensions of Work Ability*, Helsinki, ETK/Kela/KTL/FIOH, 2008, cap. 3, podem ser compensados com medidas preventivas, que, a) ligadas à alimentação e ao exercício físico e terapêuticas médicas e farmacológicas prolongam a capacidade de trabalho por muitos mais anos; b) proporcionam equipamento que pode ser utilizado sem grande esforço, nomeadamente físico (por exemplo, Vegard Skirbeek, “Age and Productivity Capacity: Descriptions, Causes and Policy”, *Ageing Horizons*, n. 8, 2008, pp. 4-12); c) impõe adaptações ao ambiente de trabalho para facilitar o seu desempenho por pessoas mais idosas (Glen P. Kenny *et al.*, “Age, human performance, and physical employment standards”, *Applied Physiology, Nutrition and Metabolism*, v. 41, 2016, ss. 92-107). Não sendo despidendo considerar que por aquilo que se demonstrou, na prática, em 1960 – quando ainda estava em vigor a norma homóloga do *Estatuto do Funcionalismo Ultramarino* de 1956 –, de acordo com dados do Banco Mundial, disponíveis na sua página oficial <https://data.worldbank.org/indicador/SP.DYN.LE00.IN?locations=CV>, consultados em dezembro de 2021, a esperança de vida à nascença em Cabo Verde era de quarenta e oito anos, menos vinte e dois anos do que os setenta de 2009 e menos vinte e quatro dos setenta e dois de 2019.

Por conseguinte, mesmo que se aceitasse a premissa de que idade poderá estar associada a algum decréscimo de capacidade física, isso, em relação à maior parte das atividades, pode ser contornado pela maior experiência e maturidade que os anos podem trazer (por exemplo, Vegard Skirbeek, “Age and Productivity Capacity: Descriptions, Causes and Policy”, p. 6 e ss; e Juhani Ilmarinen, “Ageing Workers”, *Occupational and Environmental Medicine*, v. 58, 2001, p. 546 e ss.). Onde, mesmo que se siga uma visão clássica e naturalista da idade como a celeberramente apresentada por Cícero, *De Senectute*, A. Peabody (trad.), Boston, Little, Brown and Co., 1887, p. 25, no sentido de que “[c]omo a vida tem o seu curso fixo e a natureza opera de modo invariável, a cada idade se atribui o que a ela melhor se adequa, para que a inconstância da infância, o temperamento sanguíneo da juventude, a sobriedade da meia idade e a maturidade da idade avançada, (...) que deve ficar disponível no seu próprio momento”, a idade não significa necessariamente perda de produtividade do trabalhador.

Desse ponto de vista não podia ser admissível uma formulação legal tão ampla e baseada numa idade que, até demonstração em contrário, não se justifica do ponto de vista biológico e poderá estar ancorada em crenças e preconceitos desprovidos de base científica segundo as quais há um decréscimo generalizado de produtividade

das pessoas a partir de determinada idade. Foi, de resto, a razão utilizada pelo *Decreto nº 16.569, de 5 de março de 1929*, para justificar a inserção de limites máximos de ingresso e de permanência na função pública. Argumentando-se que como a eficiência do serviço público depende das “qualidades dos cidadãos que os prestam” e da sua “perfeita adaptação às novas condições de vida que constantemente se criam”, e que só excepcionalmente se encontrando tais qualidades em “funcionários que tenham ultrapassado um certo limite de idade, além do que o espírito de iniciativa desaparece, para ceder lugar à rotina”, não sendo “para a exceção, mas para o normal que deve estabelecer-se um certo regime de direito”, conclui-se que seria necessário estabelecer esses limites rígidos de idade.

5.3.5. Por conseguinte, a intenção de tratamento diferenciado é óbvia e depreende-se do próprio texto da norma impugnada que utiliza o critério da idade expressamente e é reforçada pelos efeitos do ónus da prova, já que o poder legislativo não apresentou qualquer argumento que permitisse a este tribunal considerar que houvesse finalidade mais benigna por detrás. Uma medida de tratamento diferenciado que usa a idade como base, e que não é justificada pelo poder público a partir de uma razão constitucionalmente legítima, só poderá ser tida como uma discriminação injustificada e, logo, inconstitucional, retirando uma parcela importante da população do usufruto de uma oportunidade de prestar serviço na administração pública por motivos de idade e de retirar o seu sustento dessa atividade laboral.

5.4. O segundo eixo deste inquérito de constitucionalidade impõe que se considere eventual discriminação indireta resultante da mesma medida legislativa, desta feita por razões socioeconómicas. O que resulta do pensamento jurídico da Entidade Requerente é que, apesar de não se explicitar esse critério na norma desafiada, ela atingiria em particular cidadãos menos afortunados financeiramente porque estes não teriam condições para suportar os custos de formações de nível superior que habilitariam aos concursos de acesso às carreiras técnicas e equiparadas da administração pública, um efeito que seria vedado pela cláusula anti-discriminação do artigo 24 da Constituição da República, que expressamente menciona as “condições sociais e económicas” como uma causa de tratamento inigualitário vedado.

5.4.1. Não há, com efeito, elementos textuais que remetam para uma discriminação direta por esse motivo, até porque o único critério que é utilizado além da idade que pode estar subjacente à maioria das carreiras abrangidas pela norma seria o da formação académica, o que, por si só, não seria uma causa proibida de tratamento diferenciado, muito pelo contrário. No mesmo diapasão não há indicações de que o legislador pretendesse excluir diretamente as pessoas com menos posses ou até de famílias menos abonadas da sociedade cabo-verdiana de aceder à função pública, contrariando o credo constitucional liberal e a história deste país que sempre atribuiu à educação um papel fundamental de justiça política, concebendo-a como um instrumento privilegiado de ascensão social e de garantia de equidade de oportunidades para a fruição dos bens comunitariamente gerados. Destarte, em tal contexto, faltariam precisamente os elementos objetivo e subjetivo necessários à configuração de discriminação direta, a intenção de discriminar ou o descaso em relação ao sentido discriminatório objetivados pela forma como a norma foi construída com referência explícita à situação socioeconómica, o que não se verifica. O mesmo não pode ser dito da possibilidade de haver discriminação indireta, situação na qual, sendo irrelevantes o texto normativo e a motivação, o que é determinante é o efeito particularmente nocivo de uma medida em relação a pessoas com determinadas características comuns.

5.4.2. Em tais casos, a determinação de discriminação, sempre possível em abstrato, depende, em última instância, de uma avaliação – se necessário, com os elementos estatísticos, quantitativos e qualitativos disponíveis – do impacto material e psicológico das medidas em causa sobre esse grupo de pessoas. Contudo, nesta ocasião, tendo a Corte Constitucional determinado a existência de discriminação direta não será necessário desenvolver muito além disto a possibilidade de haver também discriminação indireta por motivos de condição social e económica que também poderia ser considerada como uma hipótese decorrente da possível correlação entre capacidade financeira e formação superior ou técnica, ainda que carente de reflexão mais fina e demonstração empírica cabal. Contudo, tratando-se de um sucedido passível de utilização nos casos de incapacidade para se determinar a existência de discriminação direta, o Tribunal fica-se pela determinação de inconstitucionalidade por discriminação direta motivada pela idade da pessoa.

6. A outra dimensão a que se associa a mesma questão seria se essa norma resultante do n.º 1 do artigo 28.º da Lei n.º 42/VII/2009, de 27 de julho e alterada pela Lei n.º 117/VIII/2016 de 24 de março, na medida em que trata de forma diferenciada pessoas em razão da idade no que diz respeito à limitação de ingresso na função pública de cidadãos com idade igual ou superior a trinta e cinco anos de idade para provimento de lugares correspondentes a categoria inferior ao de pessoal da carreira técnica ou equiparada fora das exceções mencionadas na parte final do preceito é desconforme ao direito de igual acesso à função pública previsto pelo artigo 42, parágrafo segundo, e pelo artigo 56, parágrafo primeiro, e, por esta via, ao princípio republicano reconhecido pelo artigo 1.º, parágrafo primeiro, à cláusula do artigo 241, parágrafo sexto, que condiciona o acesso à função pública somente ao mérito e capacidade e ao direito de livre desenvolvimento da personalidade previsto pelo artigo 41, parágrafo primeiro, todos da Carta Magna.

Além disso, a norma desafiada por meio deste pedido de fiscalização da constitucionalidade contém sentido de duvidosa compatibilidade com outras disposições fundamentais, nomeadamente o direito especial de igualdade de acesso à função pública reconhecida especificamente pelo artigo 42, parágrafo segundo, e também pelo artigo 56, parágrafo primeiro, associado ao princípio republicano reconhecido pelo artigo 1.º, parágrafo primeiro, a cláusula do artigo 241, parágrafo sexto, que condiciona o acesso à função pública somente ao mérito e à capacidade, e, finalmente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade previsto pelo artigo 41, parágrafo primeiro, todos da Constituição.

6.1. O número 2 do artigo 42 da Lei Fundamental especialmente o número 1 do artigo 56 da Lei Fundamental de forma genérica, respetivamente, consagram ou abarcam, um direito especial de igualdade: o de acesso à função pública. Esse direito é uma consequência natural do princípio da liberdade e do princípio republicano que emerge da consagração do número 1 do artigo 1.º segundo o qual Cabo Verde é uma República. Etimologicamente, a coisa de todos, poucos elementos têm acompanhado de modo mais central a ideia da República do que um dos seus desdobramentos mais clássicos que remonta à Antiga Atenas e ao valor da isonomia: o direito a ascender de forma igual a cargos públicos. O qual também não deixa de estar ligado a uma perspetiva liberal de a pessoa não poder ser impedida de escolher uma profissão e prestar serviço ao Estado se assim o entender.

6.1.1. Não é assim desprovido de sentido, dada a consagração desse princípio, que a própria Constituição desta República contenha ainda essa dupla e complementar formulação, pois além de estabelecer no número 2 do artigo 42 que “todos os cidadãos têm direito de acesso à função pública, em condições de igualdade (...)”, também

o dispõe no número 1 do artigo 56 quando estipula que “todos os cidadãos têm o direito de aceder, em condições de igualdade e liberdade, às funções públicas (...)”. Portanto, respetivamente no capítulo de direitos, liberdades e garantias individuais e no capítulo de direitos, liberdades e garantias de participação política e de exercício da cidadania. O que pode decorrer do facto de o legislador constituinte, não obstante a sua natureza clássica de direito político, na medida em que associado à gestão da polis pelo cidadão, ter querido atribuir ao direito de igualdade de acesso à função pública uma dimensão individual de teor mais liberal, ligando-o igualmente à esfera profissional dos indivíduos, a qual neste momento histórico talvez seja predominante.

6.1.2. Existindo tal direito, e sendo até mais estrito, as razões que foram articuladas para suscitar a possível inconstitucionalidade por desconformidade com a cláusula da não-discriminação do artigo 24, também, por maioria de razão, podem ser aplicadas a este outro parâmetro. Considerando que a medida legislativa em apreciação veda o acesso de certas pessoas à função pública a partir de uma formulação englobante e totalizante sem justificação suficiente, além de atingir a garantia a não se ser discriminado, inclusive por motivos de idade, também se mostra desconforme a esse direito especial à igualdade reconhecido pelo número 2 do artigo 42 e pelo número 1 do artigo 56 da Constituição, nos termos já assinalados. Isso com a agravante de agredir o princípio republicano, que comporta a ideia de que existe uma República, uma coisa de todos, criada e mantida por cidadãos, os quais, além de terem deveres para com ela, nomeadamente os deveres fundamentais arrolados nos artigos 83, 85 e 86 da Lei Fundamental, são igualmente titulares de direitos subjetivos públicos, nomeadamente direitos de participação política e de exercício da cidadania e o direito de prestar serviço público, que, por este motivo, são segregados dos direitos, liberdades e garantias de primeira geração, que também o legislador associa à função pública.

6.2. Designadamente, porque o faz num contexto em que não o sustenta socorrendo-se das exceções constitucionais que permitem estabelecer distinções nesta matéria. Porque do artigo 241, parágrafo sexto, da Constituição, infere-se que o acesso à função pública só pode ser condicionado ao mérito e capacidade dos candidatos. Logo, não sendo líquido que ele legitimaria a utilização de critérios etários, de forma direta ou indireta, para condicionar esse acesso e o consequente tratamento desigual. Não havendo qualquer referência explícita à idade nessa disposição, a única alternativa seria de considerar que ela estaria absorvida pela expressão capacidade, algo que pode ser relevante em certos contextos, nomeadamente no profissional-laboral. Atendendo ao que se chamou a atenção, ou seja, de que poderá haver situações em que esse critério poderá manifestar-se razoável, senão determinante, considerando-se que o desempenho de certas atividades profissionais possa a isso estar relacionado.

6.2.1. Para que se possa fazer tal exercício é decisivo que atentemos para a natureza da formulação do supracitado preceito. Esta poderá ser determinada a partir de um viés cuja finalidade essencial de ser uma norma objetiva da qual resulta uma diretriz de teor negativo de o Estado não poder condicionar o acesso à função pública a outros critérios além do que disser respeito ao mérito – a este respeito, por meio do *Acórdão nº 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, 5.5.8 (entendimento reproduzido *ipsis verbis* no *Acórdão nº 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, 5.6.8.) esta Corte acolheu

o entendimento de que se quis que o mérito no acesso à função pública “fosse aferível do modo o mais objetivo possível, nomeadamente através de concursos destinados a testar a valia relativa de cada um e em que este deveria ser o elemento prevalecte e decisivo. Sendo isto por si só um interesse público digno de proteção constitucional porque, no seu bojo, contempla princípios constitucionais importantes, nomeadamente o da imparcialidade e, em certos níveis, o da igualdade, (...)” – e o que se refere à capacidade.

6.2.2. O facto é que a idade em nenhum momento é mencionada como um dos critérios autónomos que podem ser utilizados para condicionar esse acesso e, concomitantemente, não parece que a injunção exposta pelo legislador constituinte permitiria o recurso a critérios não-enumerados, nem implícitos, constituindo-se num círculo fechado.

6.2.3. A questão a saber é se indiretamente a idade não podia ter que ver com o mérito ou com a capacidade. Sendo o mérito um critério decorrente da capacidade relativa e comparativa das pessoas a partir do qual alguém demonstra uma maior aptidão para a realização de determinada coisa, não está em causa no presente debate. Não porque não poderá haver alguma conexão entre o mérito e a idade, até porque, como se disse, a própria Constituição condiciona a aptidão para o exercício de certos cargos públicos à idade, tendo na sua base também tais motivações. Outrossim, porque, no caso concreto, a idade de corte em causa a partir de critérios objetivos muito dificilmente seria relevante para o mérito, pois, na maior parte dos casos, nem se pode dizer que a pessoa de trinta e cinco anos ou mais, por si só, tenha menos mérito do que as mais jovens para exercer certas funções.

Daí que que a ligação entre uma coisa e a outra dependerá mais da inclusão da idade como possível elemento relevante da capacidade. Conforme os dicionários da língua portuguesa, *máxime o Houaiss*, v. I, p. 766, o termo capacidade tem uma aceção não muito distante de mérito ou pelo menos gera espaços de sobreposição com o mesmo, na medida em que podendo significar “habilidade física ou mental de um indivíduo; aptidão, perícia (...)”. Mas a sua utilização poderá ter-se justificado, do ponto de vista constitucional, para se referir mais à aptidão física e, eventualmente, emocional para o exercício de uma determinada função. Naturalmente, a avaliação natural de uma solução reconduzível às premissas liberais, sociais e republicanas que, em última instância, também marcam a Ordem Fundamental do Arquipélago, determinaria que a avaliação da capacidade de cada um fosse feita individualmente e não a partir da sua respetiva idade, o que teria até corroboração científica, considerando estudos conduzidos no domínio da capacidade laboral (e.g., Glen P. Kenny *et al.*, “Age, human performance, and physical employment standards”, *passim*), pois dizer-se que em média pessoas com uma certa idade podem ser menos propensas a realizar certas atividades centrais à função pública, não significa que indivíduos específicos com essa mesma idade também sejam abarcados pela média geral.

6.2.4. Seja como for, não sendo a questão em apreciação puramente tributária da aplicação de critérios científicos, mas de natureza eminentemente jurídico-política, para o Tribunal Constitucional, o legislador, em respeito ao princípio democrático (*Acórdão nº 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, 1), terá liberdade para poder estabelecer de modo razoável idades a partir das quais a pessoa deixaria de ter capacidade para realizar certas funções, desde que o faça de modo proporcional, considerando critérios objetivos debaixo dos quais parte significativa das pessoas nessa faixa etária ficaria abrangida, e, sobretudo,

a partir de uma avaliação individualizada de cada função específica, restringindo, desta forma, o ingresso a elas por esse motivo. No caso concreto, ainda que se parta do princípio de que a idade possa influir na capacidade e, logo, não se estando a estabelecer novos critérios de limitação o acesso à função pública, além dos que são autorizados pela Lei Fundamental da República, o facto é que o modo como o legislador concretizou-os por via da norma concreta que se impugna é deveras discutível. Designadamente, porque partiu de uma fórmula geral não individualizada que abarca atividades diferentes e heterogêneas. Em relação a algumas delas, argüivelmente, a idade poderá ser determinante em termos da capacidade física individual e outras julgadas relevantes, noutras não. Assim, mesmo que se fosse admitir a relevância média da idade enquanto fator de produtividade, seria sempre desprezível em relação ao desempenho de muitas dessas funções.

6.2.5. Nesta conformidade, o Tribunal Constitucional considera que a norma cuja fiscalização sucessiva foi requerida pelo Senhor Provedor de Justiça é desconforme à regra que estabelece os critérios que podem limitar o acesso de um cidadão à função pública: o mérito e a capacidade.

6.3. Poderia ainda discutir-se um efeito possível sobre o direito ao desenvolvimento da personalidade reconhecido pelo número 1 do artigo 41 da Lei Básica, o qual estabelece posições jurídicas individuais de reconhecimento de um espaço de liberdade no qual a pessoa, sem constrangimento do poder público, molda a sua personalidade a partir de opções livres que vai tomando sobre a sua existência. A esfera natural de concretização desse direito é, por motivos evidentes, a privada. Donde que, sem se negar totalmente a possibilidade de uma limitação desigual de acesso à função pública poder projetar efeitos sobre as dimensões jurídicas protegidas desse direito, nomeadamente quando ela se intersecta com a possibilidade de as pessoas redireccionarem a sua vida, nomeadamente profissional, não haverá, no sentido próprio da palavra, uma ingerência constitucionalmente desconforme nesses casos.

7. Neste sentido, o Tribunal Constitucional limita-se a declarar a inconstitucionalidade da norma com fundamento na sua desconformidade com a garantia a não se ser discriminado por motivos de idade, com o direito de igualdade no acesso à função pública, com o princípio republicano e com os critérios constitucionais que podem limitar o acesso do cidadão à função pública, nos exatos termos que constam da parte dispositiva.

8. Ocorre que essa determinação a respeito da norma desafiada ainda impõe uma análise complementar. Esta resulta do facto de a Constituição, no artigo 285, parágrafo primeiro, prever efeitos automáticos que decorrem de uma declaração de inconstitucionalidade normativa, nomeadamente a repristinação da norma que haja sido revogada por aquela que se atesta padecer de vício de inconstitucionalidade. Daí que, em tais casos, como o Tribunal já havia assentado através do *Acórdão 1/2017, de 12 de janeiro, Constitucionalidade do Artigo 13 da Lei da Taxa Ecológica que Estabelece o Regime de Gestão, Consignação e Destinação das Receitas Arrecadadas*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, Nº 10, 27 de fevereiro de 2017, pp. 218-260, 5.4, deve-se “também avaliar se as razões que determinam a consideração de inconstitucionalidade também se aplicam à norma repristinada e, se assim for, [o Tribunal] deverá também declará-la inconstitucional, impedindo a sua entrada no ordenamento jurídico”.

8.1. Como se disse, o atual número 1 do artigo 28 substituiu número 1 do artigo 5º da *Lei 102/IV/93, de 31 de dezembro*, o qual dispunha que “os indivíduos que tenham completado 35 anos de idade não podem

ser providos em lugares de acesso de categoria inferior ao de pessoal de carreira técnica ou equiparado, salvo se à data da constituição da relação jurídica de emprego já desempenhavam outras funções no Estado ou nos municípios com direito a aposentação, com idade inferior àquela e desde que a transição se faça sem interrupção de serviço”.

8.1.1. Portanto, a produzir-se o efeito previsto pelo número 1 do artigo 285 da Constituição esta norma seria repristinada em função da declaração de inconstitucionalidade do número 1 do artigo 28 da *Lei n.º 42/VII/2009, de 27 de julho*, conforme alterada pela *Lei n.º 117/VIII/2016, de 24 de março*.

8.1.2. Como se pode observar com a exceção da alteração da expressão “município” por “pessoa coletiva de direito público” e ajustes na redação sem efeitos normativos substanciais, as normas mantêm uma identidade quase completa, do que decorre que as razões que determinaram a inconstitucionalidade do número 1 do artigo 28 da *Lei n.º 42/VII/2009, de 27 de julho*, conforme alterada pela *Lei n.º 117/VIII/2016, de 24 de março*, também são aplicáveis ao número 1 do artigo 5º da *Lei 102/IV/93, de 31 de dezembro*, o qual também deve ser declarado inconstitucional, assim não podendo ser repristinado.

8.2. Na medida em que o legislador constituinte pretendeu aparentemente evitar vazios normativos quando se declara a inconstitucionalidade de uma norma, ficaria ainda por discutir se também se deveria verificar a compatibilidade do número 1 do artigo 12 do *Estatuto do Funcionalismo Ultramarino* – revogado expressamente pelo artigo 46 da *Lei 102/IV/93, de 31 de dezembro* – com a Constituição e que, enquanto tal, não tinha sido tocado pelo *Decreto-Lei n.º 152/79, de 31 de dezembro*, publicado no *Boletim Oficial*, N. 52, 3º Sup., de 31 de dezembro, pp. 1-14, ou pelo *Decreto-Lei n.º 154/81, de 31 de dezembro*, publicado no *Boletim Oficial*, N. 52, Sup., de 31 de dezembro de 1981, pp. 2-6.

8.2.1. A razão para tanto é que essa norma poderia ser repristinada pela declaração de inconstitucionalidade do número 1 do artigo 5º da *Lei 102/IV/93, de 31 de dezembro*, na medida em que integra ato normativo que, apesar de ter sido aprovado no período colonial, foi mantido em vigor por força do artigo 22 da *Lei de Organização Política do Estado* e do artigo 99 da *Constituição de 1980*, o qual prescreviam que “a legislação portuguesa em vigor nessa data mantém transitoriamente a sua vigência em tudo o que não for contrário à soberania nacional, à presente Lei/Constituição, às restantes Leis da República e aos princípios e objetivos do P.A.I.G.C” e, ainda, pelo artigo 317 da versão originária da Constituição de 1992, nos termos da qual “o direito anterior à entrada em vigor da Constituição mantém-se em vigor, desde que não seja contrário à Constituição ou aos princípios nela consagrados”.

8.2.2. Apesar de a condição de validade do direito anterior à entrada da Constituição depender da sua compatibilidade com a Constituição, isso não exime o Tribunal Constitucional de ter de declarar a sua inconstitucionalidade para expurgá-la do ordenamento jurídico.

8.2.3. Neste caso, apesar de a técnica de redação contemplar as suas diferenças em relação à norma concretamente desafiada nos presentes autos, o sentido normativo do número 1 do artigo 12 do *Estatuto do Funcionalismo Ultramarino* geraria o mesmo problema de incompatibilidade constitucional, sendo-lhe aplicável o mesmo raciocínio dirigidos às outras normas, nomeadamente porque o acesso de pessoas com mais de trinta e cinco anos estava limitado às categorias referidas cujo provimento dependia de possuírem “um curso superior adequado”. Sendo assim, esta norma também é inconstitucional e não pode ser repristinada.

III. Decisão

Pelo exposto, os Juizes Conselheiros do Tribunal Constitucional, acordam em Plenário,

a) *Declarar a inconstitucionalidade da norma constante do número 1 do artigo 28 da Lei n.º 42/VII/2009, de 27 de julho, conforme alterada pela Lei n.º 117/VIII/2016, de 24 de março, que limita o ingresso de cidadãos com idade igual ou superior a trinta e cinco anos para efeito de provimento de lugares correspondentes a categoria inferior ao de pessoal de carreira técnica ou equiparado fora das exceções nele mencionadas, por desconformidade com o direito a não se ser discriminado consagrado no artigo 24, com o direito de igualdade de acesso à função pública estabelecido pelo artigo 42, parágrafo segundo, e artigo 56, parágrafo primeiro, e com o princípio republicano do artigo 1º, parágrafo primeiro, todos da Constituição da República.*

b) *O artigo 5º, parágrafo primeiro, da Lei 102/IV/93, de 31 de dezembro, que fixa o regime jurídico da constituição, modificação e extinção da relação jurídica de emprego na função pública, e o artigo 12, parágrafo primeiro, do Estatuto do Funcionalismo Ultramarino, aprovado pelo Decreto do Ministério do Ultramar 46.982, de 27 de abril de 1966, conforme redação inserta pelo Decreto do Ministério do Ultramar 49.165, de 18 de julho de 1969, não podem ser ripristinados.*

Registe, notifique e publique.

Praia, 06 de dezembro de 2021

José Pina Delgado (Relator)

Aristides R. Lima

João Pinto Semedo

Está conforme

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 6 de dezembro de 2021. — O Secretário, *João Borges*.



I SÉRIE BOLETIM OFICIAL

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

Endereço Electronico: www.incv.cv



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

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