



Cópia:

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

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acórdão n.º 06/2018

(Adilson Danielson Barbosa v. Supremo Tribunal de Justiça, sobre a violação dos direitos a não se ser discriminado, à liberdade do corpo e à presunção da inocência)

I. Relatório

1.1. “Adilson Danielson Barbosa, maior, solteiro, estudante, não se conformando com o Acórdão n.º 16/2016 que confirmou a sentença recorrida e do indeferimento do pedido de aclaração do mesmo, vem interpor e fazer seguir para o VENERANDO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL recurso de amparo, nos termos do art. 20º, n.º 1, als. e) e b) e n.º 2 da CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE CABO VERDE, conjugado com os arts. 3º/1, al. a), e 5º, n.º 1, da Lei n.º 109/IV/94, de 24 de Outubro e, porque está em tempo, tem legitimidade e o recurso é admissível, o que faz com os fundamentos seguintes”:

1.1.1. No essencial, o pedido de amparo se ancora num ato do poder judicial de confirmação de uma sentença condenatória do recorrente pela prática de um crime de homicídio qualificado em coautoria e de um crime de detenção ilegal de arma de fogo.

Pois, no entender do mesmo, os tribunais envolvidos não consideraram provas importantes, que implicariam em “*decisão diversa*”, atendendo que um exame de balística terá comprovado que não foi o disparo feito com a sua arma artesanal que atingiu mortalmente a vítima. Daí que, para ele, não se lhe pode imputar esse crime.

Outrossim, estaria a defender-se de “*agressão atual e iminente, com o intuito de a forçar a desistir da referida agressão, tanto é que o seu disparo foi em direção diferente donde a mesma, [a vítima], se encontrava*”. Assim, conclui que “*o seu disparo sequer*

atingiu a vítima, pelo que seria mais razoável, justo e proporcional enquadrá-lo no crime de tentativa de homicídio”.

Isso demonstraria, sempre no seu entender, que o Supremo Tribunal de Justiça, violando os seus deveres, limitou-se a reproduzir acriticamente os argumentos do tribunal de instância, sem considerar de forma independente o laudo pericial produzido pela política científica, o qual evidenciaria claramente que não foi o recorrente a efetuar o disparo letal.

1.1.2. Ademais, o referido órgão judicial, de cujo aresto se recorre, terá reservado um tratamento diferenciado à sua pessoa em comparação com outros arguidos que estiveram envolvidos na mesma situação fáctica que levou ao cometimento do delito. Acusa o tribunal de incongruência, pois, de uma parte, considerou a coautoria para condenar o recorrente à mesma pena do que o autor do disparo letal, mas, de outra, valorou positivamente a *“diferente contribuição de outros dois arguidos”* para reduzir a pena aplicada pelo tribunal de instância.

Como, ademais, o recorrente perdeu a visão num dos seus olhos, não compreende a razão desse procedimento por parte do Supremo Tribunal de Justiça. Por isso, foi com espanto que recebeu a argumentação que este tribunal superior terá apresentado no sentido de ser irrelevante a identificação o autor do disparo que lançou o projétil sobre a vítima, pois toda a tese condenatória do tribunal de primeira instância foi construída em cima do pressuposto da coautoria. Quando, no seu entendimento, nunca poderia ter feito tal enquadramento. Partindo do que entende ter sido uma colaboração irrelevante, qualificar-se-ia o seu comportamento antes como de mera participação, jamais como o de autor.

Ora, continua, *“para que se verifique o primeiro requisito, de natureza subjectiva, torna-se mister, que se prove que os participantes quiseram a execução do mesmo crime, que fosse conseguido ou atingido um determinado resultado qualquer que seja o meio (e com expressa anuência a certo ou certos meios) para tanto ser conseguido. Já relativamente à execução propriamente dita, não é indispensável que cada um dos agentes intervenha em todos os atos a praticar para obtenção do resultado desejado e pretendido, bastando que a atuação de cada um, embora parcial, seja elemento componente de todo e indispensável à produção do resultado”*, o que não se terá provado na situação concreta, já que *“com base nos elementos supra expostos note-se que não houve por parte do recorrente uma atuação relevante na produção do resultado, pois o facto de ele ter dado*

um tiro não pode por si só ser relevante para que o arguido Ravidson tivesse atirado e matado a vítima. Pergunta-se se o ora recorrente não tivesse dado o tiro, se a vítima sobreviveria ao tiro letal de Ravidson? Se sim a coautoria deve-se prevalecer. Também deve-se questionar o tal acordo prévio, pois o mero facto dos coarguidos estarem no local, não deve servir de base para a convicção dum tribunal do gabarito do nosso colendo STJ para existência de tal acordo. A título complementar tratava-se do local onde todos residiam e perfeitamente poderiam cruzar-se com facilidade. Também se torna pertinente saber para efeitos de coautoria se o ora recorrente foi quem entregou, doou ou emprestou a arma e as munições ao Ravidson? Não se confirmando estas questões ora formuladas, deve cair a coautoria e em consequência condenar os coarguidos consoante a atuação de cada um. No caso do ora recorrente em caso de condenação devia ser condenado em crime de homicídio na sua forma tentada e não homicídio doloso como querem a todo o custo de forma arbitrária e vexatoria condená-lo, violando o princípio da proporcionalidade em todas as suas dimensões e proporções, assim como o princípio da igualdade entre os demais princípios supramencionados”.

1.1.3 Daí que, na sua opinião, terão sido violados o seu direito de defesa enquanto arguido, a presunção da inocência, na sua vertente de *in dubio pro reo*, direitos que advoga decorrerem da Constituição da República, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 11) e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (14 (2)), sugerindo, inclusive, que “*essas garantias penais básicas e fundamentais corporizam mesmo, nos dias de hoje, um como que ‘Ius cogens’, sendo protegidas, é certo, pelo Direito Internacional, assim como pelas leis internas dos Estados civilizados*”.

Além disso, alega que houve violação do princípio da igualdade, da individualização das condutas e da proporcionalidade da pena. Para si, “*tratando-se de temática de participação criminosa sob a forma de co-autoria, são essenciais dois requisitos, uma decisão conjunta, tendo em vista a obtenção de um determinado resultado e uma execução igualmente conjunta*”.

1.2. O Ministério Público chamado a pronunciar-se sobre a admissibilidade do recurso, de entre as diversas promoções que ofereceu ao Tribunal, rejeitou que houvesse a possibilidade de ter havido violação ao direito de acesso à justiça e ao direito de defesa. Daí considerar que se tratava de petição inepta por ininteligibilidade e impossibilidade do pedido. Acrescendo ainda que, no seu entender, não caberia à Corte Constitucional

conceder os amparos requeridos no sentido de se alterar penas aplicadas. Por conseguinte, considerava, caso se comprovasse por meio de junção de certidão de notificação, a tempestividade do recurso, conceder-se oportunidade para o recorrente aperfeiçoar a sua peça por não estar em conformidade com o artigo 8º da Lei do Amparo, sob pena de sua rejeição.

1.3. O Tribunal Constitucional apreciou o recurso interposto pelo recorrente, por meio do Acórdão nº 10/2017, 8 de junho, Rel: JP Pinto Semedo admitiu-o, considerando estarem preenchidos os pressupostos recursais decorrentes da lei e nada obstar ao seu conhecimento.

1.4. Foi sorteado para assumir a relatoria o JC Pina Delgado no dia 8 de junho, com subsequente entrega do processo no seu Gabinete, depois de concluso, a 15 de junho,

1.5. Nos termos da lei, no dia 19 do mesmo mês, determinou o relator a sua remessa ao órgão autor do ato impugnado, o Supremo Tribunal de Justiça, para efeitos de eventual resposta, o que veio a acontecer no dia 21, que também corresponde ao dia da sua receção conforme consta dos autos.

1.6. Esta Corte, todavia, optou por não fazer uso de tal faculdade, devolvendo os autos a 3 de julho.

1.7. Em seguida, no dia 13 de julho foi despachado pelo relator, e, seguindo a marcha prevista pela Lei, foi o processo ao Ministério Público para vistas passado um dia. Do douto parecer assinado pelo Ilustre Senhor Procurador Geral da República recebido pelo Tribunal Constitucional a 23 de outubro e entregue a 24, destaca-se posição no sentido de que o recurso deve ser declarado improcedente por não ter havido nem violação do princípio da igualdade, tão-pouco do princípio da culpa e da proporcionalidade da pena e sequer do princípio da presunção da inocência na sua dimensão de *in dubio pro reo*, que considera um seu subprincípio.

1.7.1. Não obstante considerar que o princípio da igualdade poder ser a base deste escrutínio tendente à concessão de amparo, oferece o Ministério Público a tese de que perante a coautoria que se provou não há nenhum fundamento para justificar qualquer tratamento diferenciado. Outrossim, entende que “*não foi d[i]scriminado porque, em face*

da matéria de facto considerad[a] como provad[a], todos os co-arguidos e o recorrente actuaram em co-autoria material e com dolo directo, beneficiando todos das mesmas circunstâncias atenuantes e agravantes, pelo que não poderia o recorrente, em face disso, ser tratado, como pretende, diferentemente, porque se assim fosse, o tribunal violaria o princípio invocado, na medida em que tal tratamento não teria sustentação fáctica e fundamento de direito bastante”.

1.7.2. Acresce que, em relação ao segundo quesito, “*considerando a moldura penal abstrata, o grau elevado de ilicitude, a intensidade do dolo, as razões de prevenção e todas as demais circunstâncias que legalmente a lei determina que fossem ponderadas e, que foram, a pena aplicada ao recorrente e coarguidos mostra-se justa, proporcional e adequada e não ultrapassa a medida da culpa do recorrente”.*

1.7.3. No que diz respeito à violação do princípio do *in dubio pro reo*, entende que “*basta uma análise atenta do acórdão, e bem assim dos elementos de prova constantes dos autos, para se concluir que a decisão judicial objecto de amparo encontra-se suficientemente sustentada nos meios de prova descritos na decisão recorrida, que concatenados e analisados de acordo com as regras de experiência, critérios de lógica e princípio da livre apreciação da prova, permitem concluir que esse princípio não se encontra violado. Apreciad[a] a prov[a] produzida em sede de julgamento, decorre dos autos que não resultaram no espírito do julgador, dúvidas sobre factos com relevância para condenação do recorrente, razão pela qual não ocorreu violação do princípio da presunção da inocência e [do] seu subprincípio do *in dubio pro reo*. Não havendo uma situação de dúvida inultrapassável quanto à matéria de facto, ou seja, uma situação de *non liquet* não pode ser aplicado o princípio do *in dubio pro reo*”. Portanto, em suma, inexistindo um pressuposto básico, a dúvida, não é aplicável o princípio do *in dubio pro reo*.*

1.8. O projeto de acórdão, nos termos da lei, foi depositado na secretaria para efeitos de distribuição aos juízes, no dia 9 de março de 2018.

1.9. Marcada a sessão de julgamento a 15 de março, a mesma realizou-se a 22 do mesmo mês, com a competente apresentação dos votos dos juízes e adoção deste acórdão.

II. Fundamentação

1. Portanto, o Tribunal Constitucional foi acionado a conceder amparo a cidadão arguido em processo penal que foi condenado na pena total de vinte anos de prisão pela prática de um crime de homicídio, em coautoria, e por um crime de detenção ilegal de arma de fogo. O recorrente alega que, na decisão objeto do presente recurso, registam-se violações de vários direitos e princípios, designadamente: presunção da inocência; livre apreciação da prova; igualdade; proporcionalidade, entre outros.

2. Antes de entrar na análise do caso concreto convém registar certos aspetos sobre o recurso de amparo enquanto mecanismo de tutela dos Direitos, Liberdades e Garantias fundamentais na nossa ordem jurídica, que se mostram essenciais para a condução da resposta que cabe a este Tribunal.

Assim, é necessário fazer-se um enquadramento no sentido de se lembrar que o recurso de amparo é um recurso extraordinário para a proteção dos direitos, liberdades e garantias e, por esta via, do próprio sistema constitucional de direitos fundamentais, como decorre do Acórdão nº 6/2017, de 21 de abril, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 27, 16 de maio de 2017, pp. 659-668).

A noção de direito, liberdade e garantia decorre primacialmente da própria Constituição, sendo considerados como tais, em princípio, todos os que fazem parte da Parte II, Título II, da Constituição da República, e, por força do artigo 26 da Constituição qualquer outra norma dispersa pelo texto constitucional que preveja posições jurídicas fundamentais com caráter de direito, liberdade ou garantia, bem assim como de eventuais normas com a mesma textura recebidas por via de uma das cláusulas de abertura do sistema de direitos fundamentais. Conforme o *leading* nesta matéria, *Maria de Lurdes v. STJ*, Acórdão nº 11/2017, Rel: JC Pina Delgado decidido por esta Corte a 22 de junho de 2017, e remetendo para uma decisão de admissibilidade anteriormente adotada, “o recurso de amparo, é limitado a uma das suas espécies, os direitos, liberdade e garantias, o que significa que para que o Tribunal se possa pronunciar sobre esta matéria necessário é que a posição jurídica aparentemente lesada por conduta de órgão do poder judicial do qual se recorre seja, pela sua essência, decorrente de um direito com tal natureza previsto pela Constituição, ou, nos termos do artigo 26, seja analogamente um direito, liberdade e garantia ou seja um direito, liberdade e garantia atípico recebido por cláusula de abertura

do sistema constitucional de direitos fundamentais, conforme já se havia registado com o Acórdão 11/2016, de 21 de junho, Maria de Lurdes Gomes Ferreira v. STJ, de 23 de junho, Rel: JP Pinto Semedo, segmento e)” (2.1.2) (publicado no Boletim Oficial, I Série, n. 42, 21 de julho de 2017, pp. 933-950). Entendimento este reiterado pelo Tribunal no mais recente Ovídio de Pina v. STJ, de 5 de dezembro de 2017, Rel: JC Aristides R. Lima, publicado no Boletim Oficial, I Série, n. 6, 1 de fevereiro de 2018, pp. 75-93: “O Tribunal Constitucional, em matéria de amparo, só intervém quando se tratar de violação de direitos, liberdades e garantias constitucionalmente reconhecidos” (20.1).

Aqui o que coloca em discussão desde já é saber se os princípios que o recorrente invoca podem ser, de facto, base para o escrutínio que o Tribunal deve fazer na sequência da admissão do pedido. Neste particular, assume-se posição de que nem toda a potencial violação de princípio objetivo do sistema constitucional, ainda que se projete sobre o sistema de direitos fundamentais, pode ser atacado por meio de um recurso de amparo. Para tanto, mostra-se necessário que ele seja subjetivável, portanto dele derivando direito ou posição jurídica subjetivos. Com esta consideração passaremos a analisar a alegada violação de direitos, liberdades e garantias.

3. A primeira questão levantada pelo recorrente é de o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de que se recorre ter violado o princípio da igualdade, mais especificamente, na sua opinião, previsto pelo artigo 24 da Constituição. Nas suas palavras, “*o referido Acórdão do Supremo, objecto, aliás, do presente Recurso, de forma inesperada, deu tratamento diferenciado entre o recorrente e os arguidos (Bruno e Sandro) que estavam na mesma situação fáctica, usando critérios diferenciados, violando o princípio de igualdade. (...) O STJ violou o artigo 24º da Constituição, de acordo com o qual todos os cidadãos são iguais perante a lei. Em matéria de determinação das penas criminais pelos tribunais, o princípio da igualdade impõe ao julgador que o faça de acordo com os critérios legais fixados nos arts. 82º e seguintes do Código Penal*”.

Neste caso, não é líquido que se esteja perante um direito, liberdade e garantia em concreto, embora *prima facie*, possa parecer. Que o princípio à igualdade é uma norma objetiva do sistema constitucional não se discute. Que desse estatuto decorrem deveres para todos os órgãos públicos, nas suas respetivas áreas de atuação, obedecerem ao comando de igualdade formal – isto é, de tratar a todos os que estejam nas mesmas condições de forma

igual e de apresentar justificações ancoradas em interesses públicos sempre que se afastaram de tal direção – é inquestionável.

Mas, não é essa a questão. Como se disse, o recurso de amparo é um meio de proteção de direitos e do sistema de proteção de direitos, não, no sentido amplo, da ordem constitucional. Esta, no sistema cabo-verdiano, tem os seus meios de defesa, nomeadamente as ações ou recursos de constitucionalidade, que, naturalmente, também se relacionam com o sistema de direitos fundamentais. Portanto, a questão a saber é se o princípio da igualdade contempla dimensão subjetivável assente na existência de direito no sentido específico da expressão de conjunto de posições jurídicas fundamentais e que não tenha natureza de direito, liberdade ou garantia suscetível de ser amparada.

Para isso, remete-se para discussão que o Tribunal já havia feito nesta matéria no Acórdão 7/2016, de 28 de abril, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 35, 10 de maio de 2016, pp. 1226-1239, e reproduzido na *Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional de Cabo Verde*, Praia, INCV, 2016, pp. 29-65, e no Parecer nº 1/2017, de 2 de maio, Rel: JP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 27, 16 de maio de 2017, pp. 672-682, e que constituiu jurisprudência firme a respeito deste preceito. A igualdade, além de ser um princípio objetivo – cuja proteção sempre pode ser feita por meio de ações ou recursos de constitucionalidade, e que tem merecido a devida consideração e tutela por esta Corte –, manifesta-se igualmente numa aceção subjetiva como direito a não se ser discriminado. Contudo, o direito a não se ser discriminado não é o mesmo do que um direito amplo a não se ser tratado de forma diferenciada, mas outrossim a não ser objeto deste tratamento por motivos especiais. Obviamente, os que são determinados pela raça, sexo, ascendência, língua, origem, religião, condições sociais e económicas ou convicções política ou ideológicas, nos termos do artigo 24 da Constituição. Mas, dado o rol meramente exemplificativo da norma, outras bases que tenham estrutura similar, nomeadamente por dizerem respeito a características perenes, das quais a pessoa não pode nem consegue se dissociar por fazerem parte do seu ser ou identidade, outras que ela adota como elemento constitutivo no quadro do desenvolvimento que legitimamente pode ir fazendo da sua personalidade ou as que lhe são incrustadas externamente pela própria sociedade, podem também gerar tratamento discriminatório.

Neste sentido, poderia, em abstrato, em contexto deste género, haver situação de tratamento diferenciado em razão de origem do recorrente, da sua condição económica, da

sua religião, etnia ou raça, ou outras, haja em vista as sempre presentes possibilidades de estigmatização da pessoa em processo penal. O que acontece no caso concreto, todavia, não se enquadra em tal cenário. O que o recorrente alega é que foi tratado de forma diferenciada em relação a dois outros co-arguidos que viram a sua pena reduzida pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça enquanto este confirmava a que lhe foi aplicada pelo tribunal de instância. Sem mais, *prima facie* não há qualquer base distintiva entre o recorrente e os dois coarguidos mencionados, além das que individualizam toda e qualquer pessoa das outras. Aparentemente são jovens do sexo masculino cabo-verdianos, moradores do mesmo bairro, que estiveram envolvidos numa situação da qual resultou a morte de um homem. Se não há base objetiva para diferenciar as pessoas que seja vedada pelo artigo 24 muito menos se demonstra que alguma diferença dessa natureza foi considerada no quadro da formação da convicção dos tribunais que intervieram e que fosse reveladora de qualquer hostilidade para com a pessoa do recorrente baseada num ânimo discriminatório.

Portanto, em bom rigor, o Tribunal considera que neste quadro concreto, falecendo esses elementos, eventuais tratamentos diferenciados conduzidos pelos tribunais não são atacáveis por via de amparo. Remeteriam, em última instância, à atribuição de sentidos inconstitucionais a normas legais de incriminação ou de processo penal e para isso sempre se pode fazer uso, como tem sido prática no ordenamento jurídico pátrio, do recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade.

Porém, mesmo que fosse possível conduzir tal escrutínio em sede de amparo, é difícil concluir que houve violação autónoma do princípio da igualdade, pelo facto de o tribunal *a quo* não lhe ter reduzido a pena ao passo que reduziu a de dois dos coarguidos, que com ele partilham a característica que será mais intensamente discutida abaixo, de não terem sido responsáveis pelo disparo fatal que vitimou Desidery, até porque considerou a questão da coautoria para lhes considerar culpados pelo crime cometido.

Aqui, naturalmente, não há uma identidade total entre o estabelecimento da culpa e a determinação da pena, mesmo que se esteja perante um quadro de coautoria. O tratamento desigual que decorreria da situação fática relatada relaciona-se à determinação da pena e não à coautoria, podendo o tribunal considerar os elementos assinalados neste caso concreto, do que poderá resultar a aplicação de penas diferentes. Mesmo que suscite a este Tribunal dúvidas se tal se pode ancorar somente na consideração em abstrato de que houve

utilização de meios com um potencial lesivo diferente, nomeadamente uma arma de fogo artesanal e pedras, e embora não se chegue a identificar a sua dimensão, no caso concreto não ultrapassaria o razoável e o logicamente possível considerar-se que tal lesividade seria, no caso concreto, consideravelmente menor quando ambas atiradas ou disparadas a curta distância. Neste sentido, apesar de o trecho do acórdão recorrido poder suscitar alguma dúvida sobre a justificação para o tratamento diferenciado, não há, pelos motivos expostos, elementos suficientes que levassem a considerar que os órgãos do poder judicial a quem se imputa violação do direito a não se ser discriminado, realmente trataram dessa forma o arguido. Logo, não se pode estimar neste segmento o pedido de amparo.

4. No que diz respeito a possível violação do princípio da proporcionalidade cai-se num problema similar de inexistência de subjetivação óbvia para efeitos de controlo, embora, neste caso, mais facilmente se pode resolver este obstáculo através da invocação do direito à liberdade sobre o próprio corpo que pode ser ilegitimamente afetado sempre que o julgador aplica uma norma contrária ao princípio da proporcionalidade, uma vez que exclui uma das bases de proteção desse direito.

4.1. O Tribunal, pode, por esse motivo e no quadro de um pedido de amparo, avaliar se houve, violação do princípio da proporcionalidade na aplicação de uma pena na medida em que disso resulte uma violação ao direito à liberdade garantido pelo artigo 30 da Constituição da República, sendo este o fundamento do escrutínio. Portanto, a situação deve ser sempre avaliada em termos que levem em consideração a projeção do princípio da proporcionalidade a partir de um direito, liberdade e garantia que seja indevidamente considerado no quadro da aplicação do direito ao caso concreto. Precisamente porque a consideração da proporcionalidade em matéria penal é, em primeiro lugar, uma responsabilidade do legislador e, enquanto tal, controlável normativamente, uma vez que é pela sua natureza um ato restritivo de direito, liberdade e garantia. Sendo assim, este ao incriminar uma conduta e nos termos constitucionais definir a moldura penal para esse crime, na medida em que materializa uma operação de restrição, está sujeito ao princípio da proporcionalidade. Neste sentido, já o legislador a isto está vinculado quando fixa a pena mínima de um homicídio agravado em razão dos meios ou dos motivos em quinze anos e a máxima em vinte e cinco nos termos da norma penal aplicável à data dos factos, ou permitindo que a uma conduta de porte e uso de arma de fogo sem autorização ou à margem da lei uma pena que pode ir até cinco anos.

4.2. O julgador também está vinculado ao princípio da proporcionalidade, devendo fazer um juízo complementar dessa natureza dentro do espaço decisório que lhe é criado pelos limites mínimos e máximos da pena, devendo fazê-lo com auxílio dos critérios fixados pelo artigo 83 do Código Penal, o qual remete em parte para as penas proibidas pelo artigo 45 (morte, as que tenham caráter perpétuo ou de duração ilimitada, as que configurem tortura ou sejam cruéis, desumanas ou degradantes) e para as formulações positivas do seu número 2, de acordo com as quais *“deverão ser considerados na fixação da medida concreta da pena os seus esperados efeitos no que respeita à reintegração social do agente e valoradas todas as circunstâncias que militarem em favor do agente ou contra ele, na medida em que foram já foram valoradas no tipo de crime, nomeadamente: a) os objetivos perseguidos pelo agente e os motivos que o levaram à prática do facto; b) os sentimentos manifestados através da realização do facto; c) o grau de ilicitude do facto, incluindo o modo de execução deste; d) a natureza e a extensão das consequências do facto, nomeadamente em relação à vítima; e) a intensidade, consoante os casos, do dolo ou da negligência; f) as condições pessoais e a condição económica do agente; g) a conduta anterior ou posterior à prática do facto”*.

4.3. Naturalmente, não sendo um recurso de fiscalização da constitucionalidade, o Tribunal não se vai pronunciar se o legislador fez devidamente as ponderações resultantes do princípio da proporcionalidade, nem também se deparou com norma que não pode aplicar por ser claramente inconstitucional.

4.3.1. O que importa, outrossim, salientar, perante o caso concreto, é que o Juízo Crime do Tribunal da Comarca da Praia, aplicou ao recorrente uma pena de vinte anos de cárcere, justificando-o do seguinte modo: *“os factos em si são muito graves, pois consubstanciam ofensas directas à vida de Desidere e à segurança das pessoas com a livre circulação de armas de fogo sem licença ou autorização de autoridades competentes. Para além disso vislumbramos que os arguidos (...) agiram como autor material dos factos criminosos. Pelo que respeita à personalidade dos mesmos, pôde este tribunal notar que eles são réus primários. Para isso atendemos ao teor das suas próprias declarações”*.

Continua arrazoando o seguinte: *“No que se refere aos elementos subjetivos do tipo, é de se concluir em face dos factos provados que os arguidos agiram com dolo de homicídio; nem pensemos em aqui alegar que o dolo era de ofensas corporais contra a vítima Desidery e que houve negligência consciente pois que tais seriam no mínimo*

absurdo. Na verdade, os arguidos, fazendo uso de duas armas de fogo e de pedras, desferindo disparos e arremessos contra a vítima, não são forçosos concluir que queriam a sua morte. Logo o dolo só poderá ser o de homicídio”.

E que “*pela forma como os arguidos agiram, a curta distância, desferindo disparos com arma de fogo e arremessos de pedras contra a vítima Desidere, é de se concluir que eles agiram com dolo direto, pois que tinham o propósito conseguido de alcançar a sua morte*”.

Pesou, ainda, o seguinte: “*Como atenuantes se denotam a ausência de antecedentes criminais, ou seja, o facto de serem primários no mundo da criminalidade e serem relativamente jovens à data dos factos. Contra eles falam as elevadas exigências de prevenção geral*”, concluindo no sentido de que “*os arguidos não têm antecedentes criminais, não se vislumbrando que tenham uma personalidade criminógena, julgo adequada uma condenação em 18 (dezoito) anos de prisão pelo crime de homicídio agravado e em 2(dois) e 6(seis) meses de prisão, para o crime de detenção ilegal de arma de fogo*”.

4.3.2. De sua parte, a este respeito, o Supremo Tribunal de Justiça na parte relevante considerou que o “*crime em causa é punido com a pena de 15 a 25 anos de prisão. As razões de prevenção geral são acentuadas e prementes, num contexto social marcado pela frequência dos crimes de homicídio cometidos por grupos com recursos a armas de fogo, gerando crescente inquietação na sociedade e a perturbação do sentimento de segurança, o que demanda uma reação penal adequada, de modo a reforçar a confiança da comunidade na validade da norma jurídica violada, e a protecção de bens jurídicos, finalidade primeira da punição. Deste modo, julga-se adequada a pena aplicada ao arguido Adilson Danielson (...)*”.

4.4. A Corte Constitucional não pode nesta matéria recorrer a parâmetros estritos de escrutínio para sindicar o ato de determinação da pena pelo julgador dentro da moldura penal legalmente estabelecida, sem que se coloquem questões, por exemplo, de aplicação de penas não previstas, de sua determinação fora dos limites legais ou de sua agravação *contra legem*. Não compete, dentro dos limites dos seus poderes, ao Tribunal Constitucional substituir-se ao Supremo Tribunal de Justiça ou a qualquer outro tribunal, assumindo poderes para determinar qual seria a pena mais adequada face às circunstâncias

ponderáveis, mas simplesmente verificar se nesse processo, ao fixar a pena, não extrapolaram a margem de atuação que tinham, consideradas circunstâncias e demais elementos legais relevantes, com desconsideração concomitante do princípio da proporcionalidade. Por conseguinte, um pronunciamento sobre a dosimetria da pena somente é possível a partir de um controlo lasso de cariz negativo tendente a apurar se a solução é insustentável do ponto de vista do direito, liberdade e garantia que serve de base ao pedido de amparo. Para mais sendo operação que, no limite, não pode ser reduzida a nenhum modelo que possa indicar matematicamente a pena objetiva mais adequada.

4.5. E aqui, claramente, não se pode considerar que o acórdão recorrido ao confirmar a sentença de 1ª instância violou o direito à liberdade do recorrente por meio de desconsideração do princípio da proporcionalidade na sua operação de determinação da pena. Partindo da fundamentação adotada pelos dois órgãos judiciais não se pode dizer que as decisões adotadas sejam desadequadas, desnecessárias ou fora da justa medida em moldes passíveis a degenerar numa violação do direito à liberdade.

Não cabendo ao Tribunal Constitucional determinar qual é a pena concretamente mais adequada, mas singelamente afastar situações claramente fora do âmbito da proporcionalidade no caso concreto, não pode considerar que, perante as circunstâncias do caso e os elementos sujeitos a ponderação, nomeadamente as necessidades particulares de prevenção geral associada à reintegração da norma jurídica violada, e à responsabilidade do agente pela lesão de bem jurídico individual, uma pena definida abaixo do terço inferior em relação aos limites mínimo e máximo no caso do homicídio agravado e em pouco mais da metade no do crime de detenção ilegal de arma de fogo possa ser considerada como violadora do direito à liberdade por ter sido determinada de modo desproporcional.

Improcede, pois, o recurso nesta parte. Assim sendo, em abstrato, com base em avaliação autónoma, não se pode razoavelmente constatar que houve violação de tal princípio, na medida em que colocasse obstáculos à afetação da liberdade sobre o corpo num caso concreto, como também, neste sentido, não houve do princípio da igualdade, caso fosse passível de escrutínio nas presentes circunstâncias e na opinião deste Tribunal não é. O que pode acontecer é que o recorrente fez uso dessas duas alegações sempre em estreita ligação com a terceira – de que houve desconsideração do princípio da presunção da inocência – e é nesta medida é que poderão decorrer eventuais efeitos sobre os princípios da igualdade e da proporcionalidade, o que se tentará verificar em seguida. Por conseguinte,

o Tribunal não pode acolher esta parte da argumentação no quadro da sua avaliação para efeitos de possível concessão do amparo pretendido.

5. Alega ainda o recorrente que o Acórdão do STJ viola o princípio da presunção da inocência previsto pelo artigo 35, nº 1, da Constituição da República de Cabo Verde.

5.1. O princípio da presunção da inocência é um dos mais importantes do Estado de Direito e, seguramente, a pedra de toque do próprio sistema jurídico-processual penal pátrio, o que é sufragado pelos principais especialistas cabo-verdianos na matéria, como Jorge Carlos Fonseca, que, a seu respeito, assevera: *“A presunção de inocência do arguido encabeça, assim, uma sequência de outros artigos que, de uma forma ou de outra, traduzem seus corolários ou exigências, vista ela como o mais emblemático e fundamental dos princípios porque deve reger-se um processo penal de um Estado de Direito. Como o centro da constituição do processo penal cabo-verdiano”* (“O Novo Direito Processual Penal de Cabo Verde. Dados de um percurso. Estrutura e Princípios Fundamentais” in: Augusto Silva Dias & Jorge Carlos Fonseca (Coord.), *Direito Processual Penal de Cabo Verde. Sumários do Curso de Pós-Graduação sobre o Novo Processo Penal de Cabo Verde*, Lisboa/Praia, ICJ-FDUL/ISCJS, 2009, pp.121-122).

5.1.1. Ela decorre, como é sabido, de um dos direitos mais importantes reconhecidos pelo sistema jurídico, o direito à liberdade, especificamente o direito à liberdade sobre o corpo, e que, em última instância, acaba por envolver qualquer situação de privação da capacidade natural de alguém movimentar o seu corpo num espaço nacional não confinado.

A sua importância é inquestionável se considerarmos que é garantia também consagrada em diversos instrumentos internacionais que vinculam o Estado de Cabo Verde. É assim que se o encontra consagrado pelo artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos que estipula que *“toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”*, e do número 2 do artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, conforme o qual *“qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que a culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida”*, acrescentando-se ainda a alínea b) do número 1 do artigo 7º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos

Povos, fixando-se que “*toda a pessoa tem o direito a que a sua causa seja atendida. Esse direito abrange (...) a presunção que todo o indivíduo é inocente até que a sua culpa seja estabelecida pela jurisdição competente*”.

Sendo assim, em qualquer situação, tais normas integram, por força do número 2 do artigo 12º da Lei Fundamental da República, o Direito Cabo-verdiano, atendendo que o país é parte desses tratados, na sequência de um processo regular de vinculação, estão em vigor e foram publicados no jornal oficial da República. O recorrente invocou alguns desses instrumentos, inclusivamente extraiu consequências significativas, atribuindo a essas normas um estatuto especial de norma de *jus cogens*.

Mas, em concreto, crê-se que tal incursão terá tido o intuito de reforço retórico da sua douta argumentação, mais do que indicar alguma pretensão especial em relação às mesmas, de onde pudesse resultar a necessidade de o Tribunal discutir a compatibilidade entre a conduta de um poder público e obrigações convencionais, precedendo determinação de competência da Corte para proceder a tal escrutínio.

Muito menos seria de se discutir se tais normas teriam efetivamente um estatuto de *jus cogens* de Direito Internacional, considerando o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados – que reflete atualmente o Direito Internacional Costumeiro nesta matéria, e, por isso, vincula Cabo Verde, ainda que formalmente não sejamos parte dessa convenção –, isso por aplicação do número 1 do artigo 12 da Constituição que incorpora normas costumeiras internacionais ordinárias ou imperativas, e se estão preenchidas as condições que a definem como norma especial e de onde decorrem efeitos de inderrogabilidade e um processo modificatório agravado (“*uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceite pela comunidade internacional de Estados no seu todo como uma norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de Direito Internacional geral com a mesma natureza*”). Ou ainda relevante seria determinar as consequências constitucionais de portar tal natureza caso a resposta à indagação anterior fosse positiva, nomeadamente no que concerne à sua posição hierárquica. Nem sequer revelar-se-ia importante discutir a questão para efeitos de se avaliar uma possível incorporação desses direitos no sistema cabo-verdiano de direitos fundamentais.

5.1.2. Isto porque é decisivo que essa norma o integra, de forma explícita e inequívoca, pois, no artigo especificamente reservado para as principais garantias de processo penal – o artigo 35 – desponta como o primeiro princípio, segundo o qual “*todo o arguido presume-se inocente até ao trânsito em julgado de sentença condenatória (...)*”.

Neste caso, havendo uma clara formulação constitucional a reconhecer o princípio da presunção da inocência não seria necessário apelar a normas internacionais homólogas. Naturalmente, caso o pedido de proteção de direito previsto em norma internacional incorporada por meio do número 1 do artigo 17 ou do número 2 do artigo 29 revelar-se-ia caminho desnecessário atendendo à explícita previsão da Lei Fundamental. Disso, todavia, não decorre que não se deva reservar, para a situação concreta, a possibilidade de se recorrer à Declaração Universal dos Direitos Humanos para efeitos de interpretação ou integração dessas normas

5.2. Dito isto, a estipulação constitucional também deixa límpida a ideia de que se está perante uma norma inserta no Título II do Capítulo II da Constituição da República, mas fica a dúvida, relevante pelos motivos já invocados, de se saber se tal princípio é subjetivável e se ele alberga direitos e posições jurídicas. Não parece que existirão dúvidas a respeito porque a forma como o artigo foi concebido, com uma construção típica de uma garantia fundamental que deve ser entendida no contexto da Constituição Penal erguida em torno do direito à liberdade sobre o corpo reconhecido pelo número 1 do artigo 30, conforme o qual “*todos têm direito à liberdade (...)*”. De resto, o Tribunal já havia considerado no Acórdão *Ovídio v. STJ*, neste segmento sem reservas, quando sublinhou que “*a presunção da inocência é uma garantia do direito à liberdade que emerge da dignidade da pessoa humana*” (para. 23.3).

5.2.1. Havendo este direito fundamental co-originário ao Estado de Direito que adotamos entre nós e ao princípio da dignidade da pessoa humana, qualquer afetação que lhe atinja, nas hipóteses decorrentes dos números 2 e 3 do mesmo artigo, é sempre excecional e salvaguardada por um conjunto de garantias igualmente fundamentais dentre as quais desponta o princípio da presunção da inocência, sem o qual o Estado de Direito simplesmente não podia existir. Assim sendo, quando se diz que “*todo o arguido presume-se inocente*” está-se a sustentar que todo o arguido tem o direito a ser presumido inocente até que venha a ser julgado e condenado com decisão transitada em julgado.

5.2.2. Uma conclusão que, em todo o caso, sempre decorreria da natureza de direito que lhe é atribuída pela Declaração Universal de Direitos Humanos, instrumento ao qual, nos termos do número 3 do artigo 17, se deve recorrer em matéria de interpretação de normas e de preceitos de direitos fundamentais. Não lhe sendo estranho igualmente a forma como foi caracterizada pelo Código de Processo Penal, logo no artigo 1º, sugestivamente denominado de “*Direito fundamental à presunção da inocência*” quando o legislador optou por usar expressão segundo a qual “*Todo arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado de sentença condenatória*”, extraindo-se um corolário importante segundo o qual “*a presunção da inocência do arguido exige que a prova da sua culpabilidade seja feita por quem acusa e pelo tribunal, na obediência das regras estabelecidas pelo presente Código ou outras leis de processo penal*” e outro, particularmente relevante para este caso, assente na ideia de que “*Havendo dúvida sobre quaisquer factos relativos à infracção cuja existência se procura verificar ou à responsabilidade que se pretende apurar, ela será resolvida em favor do arguido*”.

5.2.3. Tal escolha não foi inocente se considerarmos o que a seu respeito destaca obra de apresentação do anteprojeto – de autoria de Jorge Carlos Fonseca, *Um Novo Processo Penal para Cabo Verde. Estudo sobre o Anteprojeto de novo Código*, Lisboa, AAFDL, 2003 – que o “*primeiro artigo do Anteprojeto refere-se à presunção da inocência, a encimar igualmente o Título I do Livro Preliminar, dedicado aos princípios fundamentais do processo penal cabo-verdiano. Aliás, o artigo, em três números, pretende explicitar o seu conteúdo garantístico (...)*” (p. 41). Também não deixa dúvidas da sua posição em relação a isso, Rui Patrício, “O direito fundamental à presunção da inocência (revisitado – a propósito do novo Código de Processo Penal de Cabo Verde)”, *DeC*, n. 22, 2005, pp. 9-25, quando conclui que “*a presunção da inocência é, sim, um direito do arguido – assim, aliás, e bem, lhe chama (sintomática e, cremos, também intencionalmente) o legislador cabo-verdiano, ao epigrafar o artigo 1º do Código (...)*” (p. 19).

Por conseguinte, está-se perante uma verdadeira garantia fundamental intimamente associada à liberdade sobre o corpo, a qual pode ser objeto de proteção por meio de recurso de amparo. Dela emerge uma posição jurídica subjetiva de acordo com a qual havendo dúvida sobre a culpa do arguido – uma base que poderia legitimar a privação da sua liberdade –, dever-se-á decidir em seu benefício. Como lembra Rui Patrício, “Da Prova no Novo Código de Processo Penal de Cabo Verde” in: Augusto Silva Dias & Jorge Carlos

Fonseca (Coord.), *Direito Processual Penal de Cabo Verde. Sumários do Curso de Pós-Graduação sobre o Novo Processo Penal de Cabo Verde*, pp. 225-226, “o princípio da presunção da inocência surge articulado com o princípio da presunção *in dubio pro reo*. (...) é um dos corolários do princípio da presunção da inocência do arguido. Corolário que já não nos elucida acerca de quem deve provar o que no processo penal (...), mas acerca do modo como o julgador (...) deve valorar a prova feita e decidir com base nela. O princípio em causa procura, pois, responder ao problema da dúvida na apreciação do caso criminal, não a dúvida sobre o sentido da norma, mas a dúvida sobre o facto. Resumindo o *in dubio pro reo* parte da premissa de que o juiz não pode terminar o julgamento com um *non liquet*, ou seja, não pode abster-se de optar pela condenação ou pela absolvição, existindo uma obrigatoriedade de decisão, e determinar que, na dúvida quando ao sentido em que aponta a prova feita, o arguido seja absolvido”.

Não deixa de ser uma manifestação, dentre outras, da orientação hermenêutica que emana do princípio da liberdade, o *in dubio pro libertate*. Portanto, entre os interesses públicos da segurança e da justiça e da finalidade de prevenção geral e especial, nomeadamente assentes na reintegração da norma penal violada ou até no propósito de responsabilização do indivíduo, e a salvaguarda da liberdade natural do indivíduo, a ausência de certeza de culpa faz pender a balança para esta.

Como diz o penalista cabo-verdiano e autor material do anteprojeto de Código de Processo Penal, Jorge Carlos Fonseca, “a presunção da inocência do arguido, melhor, a verdade interina ou provisória da inocência – já que se não trata de presunção no sentido técnico, como quando se fala em prova por presunção -, a ideia que releva de uma base metajurídica, consubstancia-se no facto de o interesse na tutela da inocência prevalecer sobre o interesse na perseguição e eventual condenação penais do arguido. Ela é a concretização, no plano constitucional das liberdades e dos direitos fundamentais, do favor rei, visto como princípio geral básico e informador de toda a legislação penal e processual de um Estado ‘inspirado na sua política e no seu ordenamento jurídico, por um critério superior de liberdade’ e emanção direta do Estado de Direito” (“O Novo Direito Processual Penal de Cabo Verde. Dados de um Percorso. Estrutura e Princípios Fundamentais”, *op. cit.*, p. 122).

5.3. Em termos de escrutínio, recortamos o seguinte:

5.3.1. O Tribunal Constitucional rejeita qualquer perspectiva com base na qual a determinação da dúvida que constitui pressuposto de decisão favorável ao arguido seja uma questão meramente subjetiva que, dependa, ao abrigo do princípio processual penal da livre apreciação da prova, exclusivamente de critérios interiores do próprio juiz, de onde resultaria uma consequência de insindicabilidade. Na verdade, como qualquer princípio e posição jurídica dele emergente, como entendemos ser o *in dubio pro reo*, este também integra elementos racionais e se ainda não é possível aceder à mente individual para se determinar a dúvida, isso é secundário porque os primeiros, até certo ponto, estão ao alcance do avaliador neutro, a partir de critérios lógicos, e são suscetíveis de escrutínio dentro dos limites recortados adiante.

O Tribunal não considera que se pode extrair do princípio da livre apreciação da prova algum elemento subjetivável, ainda que, naturalmente, o seu percurso histórico denote que também o justifica preocupações com a posição jurídica do arguido, afastando-se qualquer noção pré-constituída e hierarquizada das provas como era usual fazer-se até ao século XIX. Mas, essencialmente, se deve à afirmação de uma garantia de liberdade do julgador que também se relaciona à sua independência e porque se considera que o interesse público exige uma avaliação caso a caso de cada situação, com uma apreciação não constrangida das evidências apresentadas pelo acusador para provar a culpa do arguido em que o julgador pode usar a sua experiência, a sua prudência e o seu acesso imediato às mesmas para tirar as suas próprias conclusões e formar a sua convicção a respeito da culpa.

Porém, se tal espaço se garante ao mesmo, ele não cria propriamente um território de arbitrariedade, insuscetível de valoração externa. Outrossim, criam-se mecanismos de controlo que passam primeiro pela obrigação de fundamentação da decisão judicial que se impõe de forma taxativa, firme e sempre com maior incidência quando esteja em jogo a possibilidade do exercício do chamado *jus puniendi* do Estado e a consequente afetação da liberdade natural das pessoas. Neste âmbito, o julgador demonstra a racionalidade e a razoabilidade do processo mental que utilizou para a formação da sua convicção à luz das provas que foram produzidas e a partir das quais determina a culpa de um arguido.

Como assevera a doutrina, o “*sistema de livre convicção não deve, actualmente, configurar-se de um jeito negativo, também designado por sistema de íntima convicção e prova moral. Este sistema de livre convicção não deve, actualmente, configurar-se de um jeito negativo, como desaparecimento ou ausência de regras legais de apreciação das*

*provas pois não consiste na afirmação do arbítrio, sendo, antes, a apreciação da prova também vinculada aos princípios em que consubstancia o direito probatório. (...) Esta é uma liberdade para a objetividade, aquela que se concede e que se assume em ordem a fazer triunfar a verdade objetiva, isto é, uma verdade que transcenda a pura subjetividade e que se comunique e imponha aos outros. Isto significa, por um lado, que a exigência de objetividade é ela própria um princípio de direito, ainda no domínio da convicção probatória, e implica, por outro lado, que essa convicção só será válida se for fundamentada, já que de outro modo não poderá ser objetiva. A livre valoração da prova não deve, pois, ser entendida como uma operação puramente subjetiva, pela qual se chega a uma conclusão unicamente por meio de impressões ou conjeturas de difícil ou impossível objetivação, mas valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos, que permita objetivar a apreciação, requisito necessário para uma efetiva motivação da decisão” (Rui Patrício, “Da Prova no Novo Código de Processo Penal de Cabo Verde” in: *op. cit.*, pp. 232-233).*

Usando figura inspirada numa categoria kelseniana (*Teoria Pura do Direito*, trad. J.B Machado, São Paulo, MF, 1999, cap. VIII (Interpretação)), a racionalidade se expressa dentro da moldura na qual a sua decisão se sustenta, no sentido de ser possível que não se tenha suscitado qualquer dúvida, mas já não fora da mesma, pois perante os elementos apresentados haveria no olhar de qualquer observador externo especializado um efeito de incerteza que determinaria o recurso ao princípio do *in dubio pro reo*. Sustentar o contrário seria, no fundo esvaziar de qualquer normatividade o direito à presunção da inocência porque caberia, em exclusivo, ao próprio aplicador da lei determinar arbitrariamente o âmbito do direito, liberdade e garantia no caso concreto, sem que fosse possível qualquer escrutínio ancorado em critérios externos e gerais. E isto, naturalmente, contraria a Constituição, não só porque pode levar à violação de direitos, pois, em concreto, debilita-os acentuadamente, como até ultrapassa a margem de discricionariedade que se concede aos mesmos, atendendo que se o julgador deve julgar de acordo com a sua consciência, é conforme a sua consciência dentro da lei, por isto precede esta palavra em relação à outra na construção do artigo 222 da Lei Fundamental. Como H.L.A. Hart salientou uma vez, “*num dado momento, juízes, mesmo aqueles de tribunais superiores, fazem parte de um sistema de regras que são suficientemente determinadas no centro para fornecer padrões para uma decisão correta. Estes são considerados pelos tribunais como algo que não*

podem desrespeitar livremente no exercício da sua autoridade para tomar decisões/at any given moment judges, even those of a supreme court, are parts of a system of rules of which are determinated enough at the centre to supply standards of correct decision. These are regarded by the courts as something which they are not free to disregard in the exercise of the authority to make those decisions (...)” (*The Concept of Law*, 2. ed., Oxford, Clarendon, 1994, p. 153).

5.3.2. Em tal contexto, cabe ao Tribunal Constitucional fazer avaliação tendente a concessão de amparo por violação de direito, liberdade e garantia. Contudo deve, por um lado, ficar claro, até pela porosidade do direito em que se ancora em parte o pedido, que não cabe a esta Corte servir de órgão recursal das decisões tomadas pelos órgãos judiciais, nomeadamente pelo Supremo Tribunal de Justiça, em matéria de aplicação do direito ordinário que não tenha qualquer conexão diretamente constitucional, nem se presta a ou pode fazer a revista plena no que diz respeito à apreciação das provas que serve de mote a este recurso. Portanto, se a abordagem de um órgão superior da justiça comum se destina a indagar e responder se perante os factos apurados e provados e o direito aplicável foi tomada a melhor decisão, a esta Corte só se permite, de modo limitado e numa dimensão negativa, verificar se nesse processo chegou-se a decisão que não se pode justificar à luz do *in dubio pro reo*.

5.4. A questão a saber é se se está perante uma situação em que, de forma notória, a dúvida deveria se ter colocado ao julgador, neste caso, tanto o que condenou em primeira instância, como o que confirmou a sentença, porque, neste particular, o agravo do recorrente é comum.

5.4.1. O primeiro órgão judicial que interveio no processo, nas suas próprias palavras, formou e sustentou a sua convicção quanto aos factos provados e arrolados “*em parte, nas declarações dos dois primeiros arguidos, Adilson Barbosa e Radidson da Silva, que apesar de em parte contraditórias, (...) serviram de alguma forma para a descoberta da verdade material, conjugada com os depoimentos das testemunhas que se encontravam na companhia da vítima Desidery, dos agentes da polícias ouvid[o]s em julgamento e das provas documentais juntas aos autos, designadamente do verbete de certificação do óbito de fls 12, do auto de exame pericial de folhas 35 a 41, do auto de extração do projectil que faz fls. 10 e do relatório de autópsia médico-legal de fls. 75 a 76. (...) Analisadas essas suas contradições, conjugad[a]s com os depoimentos das testemunhas José Carlos, Moisés*

Fernandes e Dilma Rosa e com o teor do laudo da perícia médica junto dos autos e com o exame pericial feit[o] às armas, dúvidas não poderão restar, que os dois principais arguidos, Adilson e Ravidson, em combinação de esforços e vontade, com armas de fogo e [pedras], desferiram ao mesmo tempo contra a vítima Desidery com o intuito de a matar, o que conseguiram. Na verdade, no que se refere aos arguidos Sandro Anderson Cardoso Martins e Bruno Rocha apesar de terem negado arremessado pedras contra a vítima Desidere, dada a forma credível porque os testemunhos Dilma Rosa e José Carlos, que se encontravam no local, descreveram os factos dizendo elas ao mesmo tempo que os arguidos Adilson e Ravidson disparam sobre a vítima e elas, também os mesmos apanharam pedras e arremessaram-nas também contra a vítima e contra elas, não subsistem dúvidas de que todos eles concorreram para o resultado morte de Desidere”.

5.4.2. Por seu turno, o Supremo Tribunal de Justiça apresentou motivação para a decisão que tomou, registando o seguinte: “*De acordo com os factos provados, os arguidos combinaram entre si matar a vítima, por causa de desavenças entre grupos rivais. Como vimos, os recorrentes contestam a matéria de facto provada no que respeita à sua participação nos factos. Para fundamentar a decisão da matéria de facto, o Tribunal recorrido teve em consideração as provas que enumerou, designadamente as declarações das testemunhas e dos arguidos. Ora, os recorrentes, como vimos, não negam que tenham estado no local, sendo certo que no que se refere ao Sandro e ao Bruno, negam ter apedrejado a vítima e o Adilson alega que fez um disparo em legítima defesa e que a vítima faleceu em consequência de um disparo efetuado pelo Ravidson, não recorrente. Depoimentos que porém não mereceram credibilidade da parte do tribunal, que justificou esta opção com recurso aos depoimentos das testemunhas que se encontravam no local e que presenciaram os factos. Vejamos se a prova produzida na audiência de discussão e julgamento constante do registo áudio, sobretudo as declarações das testemunhas presenciais, permitem alicerçar a convicção formada pelo tribunal. Pela testemunha José Carlos foi dito que conhece todos os arguidos e que eram todos amigos; estava com a vítima e o Moisés e que os arguidos chegaram e atacaram-nos a tiro e também arremessaram pedras contra eles. A testemunha Isaac, declarou que os arguidos surgiram em grupo-o Jinja, Sete, Uis Califa e Chiquinho-, sendo que os três primeiros tinham pistolas e o ultimo arremessou pedras. Por sua vez, a Dilma, companheira da vítima, declarou que, estando esta do lado de fora da varanda, pediu-lhe que fossem para casa; porém o Moisés disse-lhe que não o fizessem porque tinha visto o Jinja de pé, com as mãos*

no bolso; nisto, o Jinja aproximou-se e começou a disparar, ao mesmo tempo que os outros arguidos saíam de um beco, todos armados e faziam o mesmo, com excepção do Nivaldo. Que o primeiro a disparar contra a vítima foi o Adilson ou Jinja; que o Moisés correu, mas foram atrás dele e deram-lhe um tiro. Que o Sandro estava lá, saiu do beco junto com os outros também e disparou. Que viu a vítima com uma pistola na mão, mas não sabe se fez uso da mesma, porque eram muitos tiros. A instância da defesa, respondeu que embora não houvesse iluminação pública, havia luz à porta do bar e na casa da Neta e dava para ver tudo. A testemunha Moisés disse que estava com a vítima quando avistou o Uis Califa, Nivaldo e Chiquinho, que estes correram e foram chamar os outros; voltaram já acompanhados do Jinja, que deu um tiro e a vítima caiu; que os arguidos saíram cada um de uma rua, pelo que ela testemunha e a vítima ficaram “sem lugar para onde ir”, encurralados (“fechados no lugar”), cercados pelos arguidos, que se colocaram uns à frente, e outros atrás deles; quem disparou primeiro foi o Jinja e ela testemunha correu em direcção ao Sete, porque não sabia que estava armado; então, o Sete tirou a arma, correu atrás dele, acabando por fazer um disparo que lhe atingiu na perna; que o Sandro e o Bruno também estavam presentes; havia mais pessoas, mas algumas estavam encapuzadas e não viu se os demais arguidos estavam armados, por ter fugido. Já a testemunha Isaac, declarou que foi beber uma caipirinha no bar da Neta, quando viu o Jinja e o Sandro juntos; disse à vítima para tomar cuidado com os rapazes, porque sabia que tinham problemas, o Jinja saiu do beco, tirou a mão do casaco, tirou a pistola, aproximou-se e deu um tiro, tendo a vítima caído; que depois disso ainda apedrejaram a vítima. A testemunha Antonieta disse que estava a servir a caipirinha para o Isaac, Neido, Dery e Jose Carlos quando ouviu quatro ou cinco tiros; as pessoas entraram pela casa dentro e a porta até caiu; quando saiu, já não viu a vítima nem os arguidos. Que tinha as luzes da casa acesas. Ora, perante estas declarações, resulta à evidência que os arguidos, motivados por desentendimentos passados, combinaram entre si atacar a vítima, encurralando-a, para de seguida efetuarem disparos contra a mesma, seguido de arremesso de pedras, indiferentes à presença de outras pessoas, designadamente das testemunhas, acabando por atingi-la e causando-lhe a morte, resultado que foi querido pelos mesmos. O tribunal recorrido não teve dúvidas sobre a credibilidade das testemunhas, e este tribunal de recurso também não vislumbra qualquer fundamento sério para se pôr em crise esses depoimentos. Como vimos, para a co-autoria, é essencial uma decisão e uma execução conjuntas do facto criminoso e que esse acordo pode ser expresso ou tácito, acordo que no caso decorre com clareza dos autos. Assim, é irrelevante a

alegação do recorrente Adilson de que o disparo por si efetuado não foi o causador da morte da vítima, pois que o resultado é imputado a todos os arguidos. Igualmente, a alegação deste arguido, segundo a qual foi a vítima quem disparou primeiro e que agiu em legítima defesa, não tem qualquer respaldo na prova produzida na audiência de julgamento”.

5.4.3. Da prova constante dos autos resulta que o arguido participou do grupo de quatro indivíduos que enfrentou a vítima, o que é pacífico. Tanto das declarações das testemunhas como das do arguido, ora recorrente, ficou provado que o mesmo esteve no local. Mesmo na petição inicial do presente recurso de amparo, este admite que, estando munido de arma de fogo de fabrico artesanal, de sua propriedade, fez um disparo contra a pessoa da vítima que, entretanto, como se sabe, não o acertou, ainda que considere que se limitou a responder a agressão ilícita.

Contrariamente a esta tese da defesa, o tribunal recorrido e juízo de primeira instância, ancorando-se em declarações e testemunhos, considerou que se tinha tratado de um ataque concertado que atingiu letalmente a vítima. A este Tribunal, primeiro, a conclusão de que o recorrente estava presente e participou do enfrentamento do qual resultou o perecimento de Desidery é líquida e não parece ter sido contestada, e, a segunda, é que as provas presentes nos autos são suficientes para legitimar o afastamento da possibilidade da legítima defesa pelos dois órgãos judiciais ordinários envolvidos neste processo. Isto porque não parece, no âmbito do escrutínio que este Tribunal pode fazer, que seja conclusão desprovida de lógica, racionalidade e conexão com os factos e provas constantes dos autos.

O mais problemático nisso tudo é determinar realmente se disso se pode inferir que se está perante uma situação de coautoria, afastando-se, nomeadamente, a possibilidade de autoria paralela, atendendo que somente assim se consegue racionalizar a não consideração central do laudo pericial que determinou que o projétil que atingiu letalmente o falecido foi disparado por arma na posse do condenado Ravidson Silva e não por aquela que se encontrava na posse do recorrente.

Aparentemente, a base para tal conclusão decorre, como assumido, essencialmente dos testemunhos das pessoas que acompanhavam a vítima, as quais terão dado a entender ter havido um ataque organizado e premeditado perpetrado por quatro pessoas devidamente

identificadas nos autos, dentre as quais o recorrente, que portava arma de fogo artesanal, a pessoa acima referida, que terá desferido o disparo letal, e mais duas na posse de pedras, que usavam como arma de arremesso.

5.5. Como se mencionou, a coautoria, cuja análise para os propósitos que o Tribunal Constitucional deve perseguir não depende diretamente das diversas concepções da dogmática-penal que têm por objeto a sua discussão, mas, ao invés, da norma que se consagra a figura desde que a forma como o faz seja compatível com a Constituição. O artigo 25 do Código Penal estabelece que “*É autor quem (...) toma parte direta na sua execução (...) ou ainda quem coopera na execução do facto com um acto sem o qual ele não se teria efectuado*”.

Embora não se trate de fórmula que permita uma equiparação total de todos quantos contribuíram de alguma forma para a prática, é elástica o suficiente para considerar diversas modalidades de participação criminosa, derivando delas a mesma consequência penal. Na terceira preposição normativa, a que interessa, é considerado autor quem “*toma parte direta da execução,*”, como aconteceu com o recorrente.

Tal desenvolvimento conceitual não pode, por motivos evidentes, num Estado Constitucional de Direito, ser alheio a certas determinantes constitucionais. Não só ao princípio da legalidade e da determinabilidade da lei penal, que, grosso modo, se cumpre, ao explicitar-se o próprio conceito e as bases de imputação que lhe são inerentes, mas igualmente os princípios da culpa, da igualdade e da proporcionalidade. Isso tudo num quadro de confrontação com necessidades assentes em interesses públicos relevantes de o Estado proteger bens jurídicos como a vida, a liberdade e a propriedade, dentre outros, cuja probabilidade de lesão poderá ser incrementada quando a criminalidade assume, de modo altamente organizado ou não, a forma de empresa, com várias pessoas colaborando para a sua execução, seja por meio da divisão de tarefas, seja pela multiplicação de condutas similares destinadas a garantir a produção do mesmo efeito e a reduzir as hipóteses de insucesso da empreitada e consequentemente de defesa da vítima.

Sendo assim, não se vê razão para não se aceitar a compatibilidade constitucional deste conceito. A coautoria depende de pelo menos duas pessoas participarem diretamente da execução de um facto tipificado pela lei como crime de modo concertado ou cooperarem, ainda que com papéis funcionalmente diferentes, mas complementares entre si, numa

empreitada criminosa, sendo, neste caso, imprescindível tal atuação para a consecução do objetivo comum, nos termos em que foi desenhado e antevisto pelos parceiros no crime.

5.6. Na situação específica que estamos a lidar por estarmos em processo de amparo, decorrente dos direitos constitucionais amparáveis, não haveria qualquer determinação dirigida ao julgador de atribuir um entendimento diferente à cláusula da coautoria prevista pelo Código Penal no quadro de sua aplicação aos crimes concretos de que vinha acusado o recorrente. Portanto, não estando em causa uma leitura desses instrumento à luz de uma eventual imposição constitucional resultante de um dos direitos potencialmente aplicáveis, a questão decisiva remete-nos, mais uma vez, à possível desconsideração do direito à presunção da inocência no processo hermenêutico desenvolvido pelos tribunais judiciais que resultou na condenação do recorrente como coautor, mas particularmente do *in dubio pro reo*, no quadro de um contexto que remete, em última instância nesses casos, a questão de prova.

5.7. Aliado ao princípio da presunção da inocência que tem como efeito a responsabilização dirigida à acusação para apresentação de prova da conduta antijurídica criminalmente censurável, isso significa que, além da prova da execução material do delito, que corresponderia a um seu elemento objetivo, ela deve apresentar elementos suficientes que permitam ultrapassar qualquer dúvida sobre o acordo, que ancora a conclusão do tribunal de ter havido coautoria.

No caso concreto, à saciedade fica patente que a conclusão de que o arguido Adilson Barbosa, disparou a sua arma de fogo em direção ao bar onde estava a vítima e as demais as pessoas descritas nos autos, que as balas disparadas e as pedras arremessadas atormentaram, desorientaram e encurralaram as vítimas e demais pessoas que frequentavam o estabelecimento, sustenta-se, sem qualquer dificuldade, nas provas levadas aos autos. Contudo, também não se pode deixar de considerar, sem mais, a evidência que consta dos autos de que há um laudo pericial, de um técnico em balística, que não foi posto em causa, de acordo com o qual o projétil que atingiu de forma irremediável a vítima mortal não foi disparado pela arma na posse do recorrente, mas, ao invés, pelo coarguido e condenado Ravidson da Silva. Portanto, o peso de tal prova deve ser assegurado em tais circunstâncias e a menos que se sustente a tese de que houve coautoria, com o decorrente afastamento da relevância na determinação da arma que projetou o tiro fatal.

A conclusão, ancorada sobretudo nos testemunhos recolhidos, de que, foi de um ponto de vista objetivo, a ação teve o impacto que teve e conduziu à morte da vítima porque houve um ataque simultâneo realizado com uma arma de fogo transformada e operacional, uma arma de fogo artesanal, e com arremesso de pedras a um mesmo alvo. Não se pode considerar como estando fora do âmbito do que racionalmente se podia depreender das provas que constam dos autos. Efetivamente, dadas as circunstâncias e a matéria dada por provada é justificável que o tribunal considere que o recorrente teve uma participação efetiva na morte da vítima.

A grande questão que subsistiria ainda é a de se saber se a mera prova de atuação conjunta determina concertação ou se esta exige outros atos que deveriam ter ficado provados para se legitimar a conclusão da coautoria. A posição do Tribunal é esta, sempre dentro dos parâmetros que pode usar, pelo menos por enquanto, para escutinar eventual violação do direito à presunção da inocência em situações que objetivamente determinariam a absolvição do arguido em razão de dúvida razoável sobre autoria do crime. Isto é, de que, sendo consequente com o papel e as competências dos tribunais judiciais para interpretar o direito ordinário, só pode atuar, nestes casos, quando estes extrapolam o âmbito da sua própria discricionariedade hermenêutica, chegando a conclusões racionalmente insustentáveis.

Destarte, não se o substitui, nas suas determinações que estejam dentro da sua margem legítima de apreciação, mesmo que eventualmente, depois de revistas as provas, pudesse chegar a entendimento diferente. Para mais, porque, de um ponto de vista epistemológico tal reavaliação é sempre dificultada pela ausência de mediação, de contacto direto com as testemunhas, de avaliação de sinais, de expressões, de comportamentos, que somente o juiz de julgamento tem acesso e que a audição das declarações prestadas e constantes dos autos, devidamente registados em áudio, somente mitigam.

Neste sentido, não pôde este tribunal entender que as provas nas quais se sustentam a decisão do juízo de primeira instância e o tribunal superior que a confirmou, suportando-se nas declarações feitas por algumas testemunhas oculares dos factos e o nível de credibilidade que lhes atribuiu, não pudessem sustentar à conclusão a que chegaram de que o recorrente tinha, de forma concertada, participado decisivamente e de forma essencial na execução do fatídico ato que originou a morte de Desidery. Assim, considerando-lhe coautor deste delito e retirando de tal premissa a justificação para lhe estender, atendendo

a circunstâncias que ponderou, a mesma consequência jurídico-penal que foi reservada ao autor provado do disparo.

Decisão

Pelo exposto, os juízes do Tribunal Constitucional decidem, em plenário, julgar improcedente o recurso, considerando que o ato do poder judicial recorrido não viola:

- a) o direito a não se ser discriminado;
- b) O direito à liberdade;
- c) O direito à presunção da inocência, na sua dimensão de *in dubio pro reo*.

Registe, notifique e publique.

Praia, 22 março de 2018

José Pina Delgado (Relator)

Aristides R. Lima

João Pinto Semedo

ESTÁ CONFORME

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, na Praia, aos 27 de março de 2018.

O Secretário,

João Borges