



Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 9/2017, em que é recorrente **Manuel Fonseca** e recorrido o **Supremo Tribunal de Justiça**.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ACÓRDÃO N.º 13/2018

(Manuel Fonseca v. STJ, sobre violação da garantia de presunção da inocência na sua dimensão de *in dubio pro reo* e da garantia contra a retroatividade da lei penal prejudicial ao arguido)

I. Relatório

O presente recurso de amparo decorre de reação dirigida ao “*douto Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 56/2017 que negou dar provimento ao recurso interposto pelo [Senhor] Manuel Fonseca da decisão do 3.º Juízo Criminal do Tribunal Judicial da Comarca da Praia, mantendo a decisão recorrida nos seus precisos termos*”. Através dele pedia-se “*ao Supremo Tribunal de Justiça, na impossibilidade de decidir a causa, que determinasse o reenvio do processo à primeira instância para novo julgamento, para que os invocados vícios, designadamente a nulidade da decisão recorrida; a violação dos princípios do in dubio pro reo e da livre apreciação da prova; erro notório na apreciação da prova, a violação flagrante do princípio da presunção de inocência e a violação do art.º 32.º, n.º 2, da Constituição da República de Cabo Ve[r]de, etc., fossem sanados, ou caso assim não se entendesse, proceder-se a rean[á]lise da subsunção Jurídico-criminal dos fatos, por verificação da existência de [...] uma censurabilidade diminuída (negligência) ou, o que apenas por mera hipótese se admitiria[,] uma atenuação especial da pena nos termos do art.º 84. n.º 2, alíneas a) e b), do Código Penal*”.

1. Para tanto, apresentou, por meio da sua peça de recurso, o seguinte arrazoadado:

1.1. “O acórdão recorrido ao confirmar a decisão punitiva do juízo de julgamento, negando provimento ao recurso, terá violado “vários direitos fundamentais do requerente bem como alguns princípios constitucionais referente[s] ao processo penal”, nomeadamente “os art.ºs 22.º, n.º 1; 32.º n.º 2 e 35.º n.º 1, todos da Constituição da República, bem como os princípios *in dubio pro reo* e da livre apreciação da prova”;

1.2. Dizia que “os factos não demonstram que o recorrente tenha, intencionalmente, assassinado a vítima da forma descrita na decisão do tribunal da primeira instância”, não havendo qualquer prova nos autos que vá nesse sentido. Aliás, no seu entender “o tribunal de primeira instância apenas relatou superficialmente os fa[c]tos, sem fazer o mínimo de esforço de explicação das razões pelas quais se decidiu como [se] decidiu. Enumeram-se os meios de prova que servem para formar a convicção do tribunal indicando-se o sentido da maior parte deles, mas não se faz o menor relacionamento entre os fa[c]tos dados como provados (só esses estão em discussão) e os meios de prova descritos, individualmente ou por grupos, de modo a perceber-se, pelo menos, quais as provas em que se baseou a decisão de dar como provado cada um dos fatos ou cada grupo de fa[c]tos; Dito de outro modo, devendo a fundamentação ser uma operação ao mesmo tempo material e intelectual, de descrição, por um lado[,] e de explicação por outro, a decisão recorrida ficou-se pelo material, descrito de pura assentada; e se em alguns casos se pode adivinhar quais os meios de prova em que a decisão se baseou, noutras nem isso”.

1.3. Em relação ao facto específico que levou à condenação do recorrente por homicídio simples, “a conclusão a que chegou o tribunal de instância seria impossível, porque um disparo feito nas condições descritas na douda sentença e confirmado no doudo acórdão é desmentido pela ciência física e balística; Tratou-se, [ao invés], de um disparo accidental, num estado de semi-inconsciência, sem dolo” e, na sua opinião, “não há crime sem dolo”;

1.4. E, “Se o tribunal de primeira instância não se deu ao trabalho de fazer uma análise cr[í]tica das provas, de investigar livremente e apreciar as provas produzidas e analisadas no julgamento, consta[ta]-se que o Supremo Tribunal de Justiça sequer se deu ao trabalho de o fazer”, mesmo levando em conta que podia fazê-lo em função do número 2 do artigo 442 do CPP e devia para a descoberta da verdade material e para uma

boa decisão, o que significa que “no caso sub júdice, o Supremo Tribunal de Justiça estava vinculado ao princípio da investigação e da livre apreciação da prova”;

1.5. Se assim fosse, “só poderiam conduzir à absolvição do recorrente” em razão da aplicação do princípio da presunção da inocência previsto pelo número 1 do artigo 35 da Constituição da República e considerando “a insuficiência da matéria de fato provada”;

1.6. “Por outro lado, [diz que] não ficou provado que o recorrente tinha a posse ilegal de uma arma, tendo sido aplicado, retroativamente [,] a lei penal para o incriminar, em violação do referido artigo 32.º, n.º 2, da Constituição” e que, “o STJ, no mínimo, deveria aplicar a lei mais favorável ao arguido, sem aplicar retroativamente a lei penal, em violação do artigo 32, n.º 2, da Constituição”.

1.7. Conclui dizendo que “1. O douto acórdão recorrido, por ter negado provimento ao recurso do recorrente, violou o seu direito a processo equitativo e justo, previsto no artigo 22.º, n.º 1 da Constituição; 2. Não [tendo] ficado provado que o recorrente tenha adquirido a arma, depois da criminalização da posse, foi-lhe, no entanto, aplicado, retroativamente a lei penal para o incriminar, em violação do referido artigo 32.º, n.º 2, da Constituição, que prevê o princípio da não retroactiva[de] da lei penal, quando prejudica o arguido; 3. Foi considerado a existência de crime sem dolo; 4. Finalmente, foi [...] violado o direito do arguido a presunção de Inocência, previsto no artigo 35.º, n.1, da Constituição e no artigo 1.º do CPP”.

2. Acontece que o Tribunal Constitucional entendeu que a peça carecia de aperfeiçoamento, atendendo que:

2.1. Primeiro, as condutas às quais o recorrente imputava violações de cada direito, liberdade ou garantia não se encontravam suficientemente precisadas. Na opinião adotada por esta Corte, “conforme o disposto na alínea b) do citado preceito legal, na petição o recorrente deve indicar com precisão o ato, facto ou a omissão que, na opinião dele, viola os seus direitos, liberdades ou garantias fundamentais. Ao fixar os critérios da fundamentação do recurso de amparo, exigindo, nomeadamente, que sejam indicados com precisão e clareza o ato, facto ou a omissão que, na opinião do recorrente, viola os

seus direitos, liberdades ou garantias fundamentais, a menção expressa das normas ou princípios jurídico-constitucionais alegadamente violados, bem como a indicação do amparo que se pretende obter, espera-se que haja conexão e coerência entre os factos alegados e os direitos fundamentais alegadamente violados e o amparo requerido. O recorrente alega que o Acórdão recorrido, ao negar provimento ao seu recurso, violou o seu direito a um processo justo e equitativo, a garantia de não lhe ser aplicada retroativamente lei penal menos favorável, bem como o direito à presunção de inocência previstos nos artigos 22.º, n.1, 32.º, n.º 1 e 35.º, n.º 1 todos da Constituição da República. Parece que falta articular factos, atos ou omissões que possam suportar a alegada violação do direito a um processo justo e equitativo e da garantia de não lhe ser aplicada retroativamente lei penal menos favorável” (Acórdão n.º23/2017, de 9 de novembro, não-publicado, disponível no sítio da rede desta Corte, acessível através de www.tribunalconstitucional.cv/index.php/acordaos/).

2.2. Além disso, segundo, que *“um pedido de amparo tão vago como o formulado pelo recorrente: Termos em que deve ser dado provimento ao presente recurso, dando amparo aos direitos fundamentais do recorrente acima referidos, se não inviabiliza a concessão do amparo, endossa ao Tribunal o ónus de escolher um amparo, quando o que se extrai da lei é que deve ser o recorrente a identificar o amparo que entenda dever ser-lhe concedido. [I]sso, sem prejuízo do disposto no artigo 24.º da Lei do Amparo. Conclui-se, pois, que a petição de recurso não observa os requisitos previstos nas alíneas b) e no n.º 2 do artigo 8.º da Lei do Amparo, carecendo de aperfeiçoamento”*.

2.3. Pelo exposto, decidiu-se, *“ordenar que seja notificado o recorrente para, querendo, e no prazo de dois dias, sob pena de rejeição do recurso: a) Indicar com precisão o ato, facto ou a omissão que, na opinião dele, viola o seu direito a um processo justo e equitativo e a garantia de não lhe ser aplicada retroativamente lei penal menos favorável; b) Reformular o pedido, indicando o amparo que entende dever ser-lhe concedido, tendo em conta o disposto no n.º 2 do artigo 8.º da Lei do Amparo”*.

3. Veio o recorrente apresentar uma segunda peça – de aperfeiçoamento – que deu entrada a 15 de novembro, onde, após considerações diversas, resume os elementos em falta, da seguinte forma:

3.1. O que designa de fundamentos de facto, nomeadamente registando que:

3.1.1. “O Supremo Tribunal considerou não haver dúvida que «o arguido livremente carregou a arma dos autos, dirigindo à vítima, levantou a mão até ao nível da cabeça dela e efectuou um disparo com vista a ceifá-la a sua vida, o que logrou»”;

3.1.2. “Fundamentou as suas conclusões no facto [descrito][,] o que sobressai da motivação da matéria de facto é uma descrição dos depoimentos que foram colhidos, bem como da prova documental produzida, perfeitamente convergente (excepto na parte referente à distância em que foi efectuat[o] o disparo, a que já se referiu), atenta a credibilidade que lhe foi atribuída, assim como a desconsideração, parcial[,] feita relativamente às declarações do recorrente; nesta conformidade, se conclui pela inexistência de qualquer violação ao invocado princípio in d[u]bio pro reo”;

3.1.3. “Nenhumas das testemunhas declaram terem visto o arguido carregar a arma dos autos, dirigir-se à vítima, levantar a mão até ao nível da cabeça dela e efectuou um disparo com vista a ceifá-la a sua vida, o que logrou”;

3.1.4. “O recorrente adquirira em 1986, em Portugal, por oferta, uma pistola semiautomática, de alarme, de marca RS, modelo 5 auto, de calibre 6.35 mm Browning, que fora transformada em arma de fogo”;

3.1.5. “O Supremo Tribunal de Justiça considerou que “Não se coloca a questão da aplicação da lei mais favorável, porquanto o arguido detinha e fez uso de uma arma de fogo proibida, sendo irrelevante o momento da sua aquisição””;

3.1.6. “O [S]upremo Tribunal considerou que as provas foram valoradas segundo a livre convicção do julgador”;

3.2. E o que designa de fundamentos de Direito, com base no seguinte:

3.2.1. “O Supremo Tribunal de Justiça violou o princípio da presunção da Inocência no seu corolário, in d[u]bio pro reo – art.º 35º, nº 1 da Constituição da República de Cabo Verde conjugado com o nº 1 do art.º 1º do CPP”;

3.2.2. “O Supremo Tribunal de Justiça violou a proibição da aplicação retroativa da lei penal incriminadora menos favorável – art.º 32º, nº 2 da Constituição da República de Cabo Verde”;

3.2.3. “O Supremo Tribunal de Justiça violou o princípio da objetividade previsto nos artigos 1º, nº1 e 3[,] e 177º do CPP”;

3.3. Por isso, requer “amparo constitucional no direito de beneficiar da presunção de inocência, de não ser aplicad[a] retroativamente [...] a lei penal incriminadora menos favorável e lhe se[r] aplicado o princípio da objetividade, com a finalidade de preservar ou restabelecer os direitos, liberdades e garantias fundamentais violados que se traduzirá na absolvição do recorrente (...)”.

4. O Tribunal Constitucional por meio de decisão de 7 de dezembro, apreciou a peça e considerou que:

4.1. “Importa, agora, verificar se o recorrente cumpriu as determinações constantes do acórdão através do qual foi convidado a corrigir a sua petição de recurso. No que respeita à exigência de fundamentação que se extrai da alínea b) do n.º 1 do artigo 8.º da Lei do Amparo, o recorrente aprimorou a sua petição de recurso explicando, por um lado, que os meios de prova não levaram o tribunal a quo a ter como provado que “o arguido livremente carregou a arma dos autos, dirigindo à vítima, levantou a mão até ao nível da cabeça dela e efectuou um disparo com vista a ceifá-la a sua vida, o que logrou”, e, por outro, que a incerteza de sua culpabilidade se mantém, porquanto uma leitura atenta e desapassionada das declarações das testemunhas não permite, de todo, extrair que o recorrente teve, no momento da ocorrência dos factos, a intenção de cometer o homicídio; e que o recorrente não efetuou o disparo porque quis, mas que este ocorreu sem que ele tivesse qualquer intenção, talvez provocado pelo estado de alteração arterial, visto que mal se apercebeu da presença da vítima em casa dele ficou com medo. Ainda o recorrente questionou o juízo de certeza relativamente aos factos sobre os quais se basearam o Tribunal de Instância e o Supremo Tribunal para negar-lhe o direito fundamental a um julgamento justo e equitativo. Naturalmente, sempre segundo o recorrente, com esses factos, ficou instalada uma dúvida razoável e inultrapassável que justificaria que o recorrente beneficiasse do princípio da presunção de inocência no seu

corolário, *in dubio pro reo*. Pelo que fica dito, considera-se que o recorrente aperfeiçoou o seu pedido nos termos solicitados”.

4.2. “Em relação à determinação no sentido de indicar, com precisão, o ato, facto ou a omissão que, na opinião do recorrente, violou a garantia de não lhe ser aplicada retroativamente a lei penal, alegou “ter adquirido a arma do crime [pistola semiautomática, de alarme], em 1986, a qual fora transformada em arma de fogo; que nessa data vigorava, na ordem jurídica cabo-verdiana, a Portaria n.º 5120, de 29 de dezembro de 1956, que estabelecia, no seu artigo 60.º, alínea a), que “O uso e porte de armas sem autorização ou licença fica sujeito às seguintes penalidades: a) Armas permitidas, conforme as suas características e situação do portador, multa de 100\$00 a 1.000\$00;” Que a questão da aplicação da lei no tempo não é a de saber qual a lei que está em vigor, mas sim de saber se, quando uma lei deixa de estar em vigor, ela cessa de produzir efeitos, ou se deveremos continuar – por imperativo de justiça – a regular face a ela um conjunto de factos e efeitos jurídicos que se tenham verificado no seu tempo de vigência; Que a violação do princípio constitucional alojado no artigo 32.º, n.º 2, que proíbe a aplicação retroativa da lei penal, salvo se a lei posterior for mais favorável ao arguido, se deve designadamente ao fato de o STJ fazer confusão entre arma proibida e arma ilegal e extravasou os limites do princípio da livre apreciação da prova”.

4.3. “No que à reformulação do pedido se refere, o recorrente entende que o amparo que lhe deve ser concedido consiste no direito de beneficiar da presunção de inocência, de não ser aplicad[a] retroativamente a lei penal menos favorável e lhe seja aplicado o princípio da objetividade, a fim de preservar ou restabelecer os direitos, liberdades e garantias fundamentais violados que se traduzirá na sua absolvição. Ao reformular o pedido de amparo, o recorrente não só reproduziu o enunciado linguístico constante do n.º 2 do artigo 8.º da Lei do Amparo, o que pouco contribui para a identificação do amparo a que julga ter direito, como também pediu que lhe fosse aplicado o princípio da objetividade. Ora, a objetividade não é um direito, liberdade e garantia fundamental, nem tão-pouco suscetível de amparo constitucional. Pelo que sequer é admissível um pedido de amparo que tenha por fim garantir a objetividade processual”.

4.4. Posto isto, “*Os Juízes Conselheiros do Tribunal Constitucional, reunidos em Plenário, decid[iram] admitir o presente recurso*” através do Acórdão nº26/2017, de 7 de dezembro, Rel: JP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 78, 22 de dezembro de 2017, pp. 1705-1709.

5. Depois de admitido seguiu a sua tramitação subsequente, tendo sido distribuído por certeza ao JC Pina Delgado que assumiu, assim, a relatoria a 7 de dezembro de 2017.

5.1. Tendo a 19 de dezembro despachado no sentido de se notificar a entidade recorrida para, em querendo, responder;

5.2. A 5 de janeiro de 2018, face à ausência de resposta, foi concluso ao relator que, no mesmo dia, determinou que fossem abertas vistas finais ao Ministério Público;

5.3. O Ministério Público, por meio de douda promoção recebida por este Tribunal a 11 de janeiro de 2018, considerou que, “*reiterando a promoção inicial, somos de parecer que o presente recurso deve ser considerado improcedente por não terem sido violados os direitos e garantias constitucionais fundamentais e suscetíveis de amparo invocados no recurso*”.

5.4. Recorde-se que naquele parecer de ff 38 e ss o Ministério Público já se havia pronunciado sobre o mérito do pedido de amparo, concretamente rejeitando as alegações do recorrente quanto à:

5.4.1. Violação do direito de acesso à justiça, mediante processo justo e equitativo;

5.4.2. Violação do princípio da presunção da inocência na dimensão de *in dubio pro reo*;

5.4.3. Violação do princípio da culpa, caso tenha sido essa a alegação do recorrente.

5.4.4. Violação do princípio da não-retroatividade da lei penal;

5.5. O relator depositou o projeto de acórdão na secretaria no dia 31 de maio.

5.6. A sessão de que fala o artigo 22 da Lei do Amparo e do *Habeas Data* foi marcada para o dia 7 de junho, realizando-se no mesmo dia. Na ocasião, depois de apresentado o voto- projeto de acórdão pelo relator, pronunciaram-se favoravelmente à sua adoção os demais integrantes do coletivo.

5.7. A versão final foi distribuída para assinatura a 3 de julho, com o teor que segue *infra*.

II. Fundamentação

1. Antes de se avaliar o mérito das alegações de violação de direitos trazidas a juízo pelo recorrente, é necessário precisar quais delas podem ser conhecidas por este Tribunal, já que se foi mencionando ao longo das diversas peças que foram sendo apresentadas a violação de vários direitos e normas, nomeadamente do direito ao processo justo e equitativo, do princípio da objetividade, da garantia da presunção da inocência e, por fim, da garantia de não-aplicação retroativa da lei penal desfavorável.

2. Contudo, um deles, a violação do princípio da objetividade, já havia sido afastado do escrutínio pelo próprio acórdão de admissão deste recurso de amparo, quando se registou que a “*objetividade não é um direito, liberdade e garantia fundamental, nem tão-pouco suscetível de amparo constitucional. Pelo que sequer é admissível um pedido de amparo que tenha por fim garantir a objetividade processual*” (Acórdão nº26/2017, de 7 de dezembro, Rel: JP Pinto Semedo, (b), p. 1707). O que não significa que certas questões a ela associadas, nomeadamente um eventual direito a um julgamento imparcial não possa ser inferido de direitos subjetivos, como o direito a um processo justo e equitativo, como se verá adiante.

3. Em relação a outros dos direitos, liberdades e garantias invocados na primeira peça, foi recebido com grandes reservas pelo acórdão de admissão já se indicando, *prima facie*, a posição do Tribunal quanto à sua viabilidade, subscrevendo-se ideia segundo a qual “*além desses direitos, alega-se ainda a violação do direito a um processo equitativo previsto no n.º 1 do artigo 22.º da CRCV, pelo facto do Tribunal a quo ter negado*

provimento ao seu recurso. (...). O direito à tutela jurisdicional mediante processo justo e equitativo vem consagrado no título I referente aos princípios gerais do sistema caboverdiano de direitos fundamentais. O direito de acesso à justiça comporta natureza híbrida de princípio e cont[é]m várias posições jurídicas subjetivas processuais. O acesso à justiça, na sua dimensão de direito a processo equitativo, pressupõe, nomeadamente, o direito à prova, isto é, a faculdade de apresentação de provas destinadas a auxiliar o julgador na formação da sua convicção sobre a verificação ou não de factos alegados em juízo. O processo equitativo orienta-se para [a] justiça material, visando a tutela efetiva dos direitos, designadamente pela prevalência da decisão de fundo sobre a mera decisão de forma, sempre no estrito respeito pelos princípios e regras constitucionais e legais. Parece que o direito a processo equitativo não implica ter direito ao provimento do recurso. Seja como for, e considerando que a tendência que se desenha é no sentido da admissão deste recurso, nada obsta que o Tribunal, na fase do mérito, venha a pronunciar-se, definitivamente, sobre esta questão”.

Outros dos intervenientes processuais, o Ministério Público, através da sempre douta promoção que costumeiramente oferece a este Tribunal, já tinha igualmente rejeitado tal possibilidade, considerando que “Assim, o legislador ordinário deve estabelecer não só meios processuais, mas também regras sobre prazos para que os cidadãos, pela via de decisão judicial, possam efetivar os seus direitos e evitar delongas que possam vir a consubstanciar em prejuízos de difícil reparação. O legislador ordinário, através do código de processo penal, estabeleceu mecanismos processuais que permitiram ao recorrente, no processo criminal, [...] interpor recurso e obter decisão judicial, dentro de prazos que considerou compatíveis com as garantias de defesa. O recorrente teve a possibilidade de apresentar as suas razões de facto e de direito quer perante o tribunal de primeira instância, quer perante o tribunal de recurso, e obteve decisões, que no essencial respeitaram o quadro legal em vigor. Decisões que se encontram fundamentadas e nelas foram apreciadas e decididas todas as questões apresentadas pelo ora recorrente. Por conseguinte, salvo sempre melhor entendimento, temos por nós que manifestamente não há violação do direito de acesso à justiça na dimensão de um processo que se deva considerar justo e equitativo”.

O direito a um processo justo e equitativo já havia sido considerado por este Tribunal em sede de recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade (Acórdão nº

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

Segundo, pronunciando-se sobre a sua base constitucional, pois no entender deste Tribunal, “*O direito a um processo equitativo decorre do número 1 do artigo 22 da Constituição, conforme o qual “a todos é garantido o direito a obter (...) mediante processo equitativo, a tutela dos seus direitos e interesses”. Não se pode deixar de considerar que se está, pelos motivos já expostos, perante posição jurídica que tem, nada obstante portar uma dimensão notoriamente prestacional, uma natureza de direito, liberdade e garantia especial, portanto que gozaria de proteção conforme, nomeadamente à luz do artigo 26 da Constituição da República. Até por ser uma decorrência inevitável do princípio do Estado de Direito, já se tinha decidido que, com efeito, a esfera de proteção fundamental que é recoberta por esse tipo de direito e até a sua origem histórica militarizam favoravelmente ao entendimento de que são protegidos como os direitos, liberdades e garantias, não obstante sequer constarem do título alusivo aos mesmos*”.

E, por fim, considerou o seu conteúdo e emanção normativas, dizendo que “*No seu cerne, o direito a um processo equitativo associa-se à efetividade dos meios de defesa dos direitos, com uma projeção concreta sobre o assunto que nos ocupa, ou seja, o tempo reservado para a mesma, além de outras dimensões como a da igualdade de armas, a do reconhecimento da prerrogativa de exercer o contraditório, bem como a da obtenção de*

uma decisão devidamente fundamentada por órgãos judiciais composto[s] por juízes imparciais”.

Ora, no geral, o Tribunal já tinha indicado que dificilmente poderia, já atendendo à análise perfunctória que se lança na fase de admissibilidade, fundar o pedido de amparo no direito ao processo justo e equitativo. Não por este direito ser privado de amparabilidade em abstrato - não está – mas porque, na prática, muito dificilmente os factos indicados nas peças impugnatórias permitiriam que prosperasse no caso concreto.

Pois, é verdade que, como salientou o douto parecer do Ministério Público, não há nos autos qualquer indicação de que, no geral, o processo não foi justo ou equitativo, pelo menos em relação às posições jurídicas que emergem do direito invocado, considerando que ao recorrente foram reconhecidas as oportunidades previstas em lei para se defender, para contraditar e para recorrer, reagindo e expondo a sua inconformação a um tribunal superior, obtendo uma decisão que só se pode ter por fundamentada, sem embargo de, aparentemente, não ter correspondido ao nível de exigência esperado pelo recorrente em termos de identificação, avaliação e fundamentação da matéria de facto. Mas, naturalmente, o critério neste caso é sempre externo e depende de uma bitola objetiva que os tribunais, caso a caso, devem obedecer. O Tribunal Constitucional neste caso não tem qualquer base para considerar que a fundamentação do órgão judicial recorrido é insuficiente ao ponto de atingir o direito a um processo justo e equitativo.

A outra questão que o recorrente parece trazer a esta Corte no âmbito desta esfera, e na medida em que se pode aceitar um escrutínio baseado no princípio da objetividade, é se ele estivesse a considerar que os julgadores não foram imparciais, como deveriam ter sido. Ainda que não se explicita um direito a um julgamento imparcial na Constituição seguramente seria, como já se tinha mencionado no Acórdão citado, emanação do direito em discussão neste segmento.

Havendo qualquer dúvida, naturalmente, ela seria ultrapassada se se analisar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, à qual se deve recorrer para efeitos de interpretação em razão do número 3 do artigo 17 da Constituição da República nas situações em que exista algum espaço hermenêutico, e que no seu artigo 10 de forma clara diz que *“Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa*

e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial (...)”. E, de resto, sempre, de modo autónomo, está previsto pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que, no número 1 do seu artigo 14 dispõe que “todas as pessoas têm direito a que sua causa seja ouvida (...) por um tribunal (...) independente e imparcial”, e a homóloga alínea d) do número 1 do artigo 7º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, segundo a qual “toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja atendida. Esse direito abrange (...) o direito de ser julgado num prazo razoável por uma jurisdição imparcial”.

De forma direta, não há qualquer indício nos autos a sugerir uma conduta menos própria por parte dos juízes que intervieram no processo, algum ânimo hostil para com o recorrente ou sequer algum tipo de orientação geral relacionada ao crime em questão ou à qualidade da vítima que, de alguma forma, pudesse inquinar os julgamentos promovidos. Por conseguinte, neste quesito não há a menor base para se determinar a violação do direito ao processo justo e equitativo do recorrente pelos órgãos judiciais em causa através das condutas impugnadas.

4. Falecendo neste ponto específico o pedido de amparo, prossegue-se para a avaliação de possível violação da garantia de presunção da inocência na sua dimensão de *in dubio pro reo*, que pode, na verdade, trazer à baila, a mesma questão rejeitada com base no direito a um processo justo e equitativo caso se conclua que o Tribunal não decidiu uma situação que geraria uma dúvida objetiva em favor do arguido.

4.1. Assim sendo, a decisiva identificação da conduta lesiva de direitos, liberdades e garantias foi apresentada por meio da peça de aperfeiçoamento de forma clara, como até o Tribunal considerou, consubstanciando-se no seguinte: “O Supremo Tribunal considerou não haver dúvida que «o arguido livremente carregou a arma dos autos, dirigindo à vítima, levantou a mão até ao nível da cabeça dela e efectuou um disparo com vista a ceifá-la [d]a sua vida, o que logrou». Fundamentou as suas conclusões no facto [...] o que sobressai da motivação da matéria de facto é uma descrição dos depoimentos que foram colhidos, bem como da prova documental produzida, perfeitamente convergente (excepto na parte referente à distância em que foi efectuada[o] o disparo, a que Já se referiu), atenta a credibilidade que lhe foi atribuída, assim como a desconsideração, parcial feita relativamente às declarações do

recorrente”. Num quadro em que, arremata, “*Nenhumas das testemunhas declaram terem visto o arguido carregar a arma dos autos, dirigir-se à vítima, levantar a mão até ao nível da cabeça dela e efectu[ar] um disparo com vista a ceifá-la [d]a sua vida*”. E, assim, em relação a este segmento, “*o Supremo Tribunal de Justiça violou o princípio da presunção da inocência no seu corolário, in dubio pro reo – art.º 35º, nº 1 da Constituição da República de Cabo Verde conjugado com o nº 1 do art.º 1º do CPP*”.

4.2. Do ponto de vista do enquadramento jusfundamental, está-se, neste segmento, perante direito que tem sido tratado de modo recorrente por este Tribunal em sede de recurso de amparo. Por conseguinte, já não se colocará questão de se justificar e desenvolver a garantia de presunção de inocência, remetendo-se às orientações jurisprudenciais constantes das decisões dos casos *Ovídio* e *Adilson Danielson*.

Pois, no primeiro, diz-se que “*a presunção da inocência é uma garantia do direito à liberdade que emerge da dignidade da pessoa humana*” (*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, para. 23.3), e, no derradeiro, estabeleceu-se que “*Havendo este direito fundamental co-originário ao Estado de Direito que adotamos entre nós e ao princípio da dignidade da pessoa humana, qualquer afetação que lhe atinja, nas hipóteses decorrentes dos números 2 e 3 do mesmo artigo [o artigo 30], é sempre excecional e salvaguardada por um conjunto de garantias igualmente fundamentais dentre as quais desponta o princípio da presunção da inocência, sem o qual o Estado de Direito simplesmente não podia existir. Assim sendo, quando se diz que “todo o arguido presume-se inocente” está-se a sustentar que todo o arguido tem o direito a ser presumido inocente até que venha a ser julgado e condenado com decisão transitada em julgado. (...). Por conseguinte, está-se perante uma verdadeira garantia fundamental intimamente associada à liberdade sobre o corpo, a qual pode ser objeto de proteção por meio de recurso de amparo. Dela emerge uma posição jurídica subjetiva de acordo com a qual havendo dúvida sobre a culpa do arguido – uma base que poderia legitimar a privação da sua liberdade –, dever-se-á decidir em seu benefício*” (*Adílson Danielson v. STJ*, Acórdão nº 6/2018, de 22 de março, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 21, 11 de abril de 2018, pp. 495-505, para. 5.2.1-5.2.3).

Em termos de base de escrutínio reitera-se, grosso modo, o que ficou assente neste último aresto, quando se adotou entendimento de que “*O Tribunal Constitucional rejeita qualquer perspetiva 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 (...). 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” (Ibid., para. 5.3.1.).

Portanto, tendo se assentado tal interpretação, esta Corte, seguindo o mesmo entendimento firmado, reiterou que *“Em tal contexto, cabe ao Tribunal Constitucional fazer avaliação tendente a concessão de amparo por violação de direito, liberdade e garantia. Contudo deve, por um lado, ficar claro, até pela 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”* (para. 5.3.2).

4.3. Efetivamente, o Egrégio Tribunal Superior em causa decidiu confirmar decisão prolatada por órgão judicial de 1ª Instância que assim justificou a condenação do recorrente por crime de homicídio simples, arrazoando em matéria de facto, a relevante para o caso concreto, pelo menos de um primeiro momento, do seguinte modo: *“A convicção do Tribunal quanto à matéria de facto provada alicerçou-se na inteligibilidade e análise crítica e ponderada do conjunto da prova produzida em audiência de julgamento, designadamente nas declarações do próprio arguido que apesar de parcial, no essencial, admite ter usado [...] uma arma de fogo, a descrit[a] nos autos, com ela,*

empunhado e dirigido à vítima, dizendo ele, para intimidá-la, não para matá-la, tendo a arma disparado sem que ele tivesse apercebido, conjugadas com os depoimentos das testemunhas Rosana Almeida, Dyara Eveline Neves Fonseca e Isaías Gomes Moreira, est[e] últim[o] agente da PN, que procedeu [à] detenção do arguido após este [se] ter apresentado na pol[í]cia, dizendo, que havia disparado contra alguém, procedendo a sua entrega e a da arma de fogo dos autos. A versão do arguido segundo a qual não quis ceifar a vida de Luísa Duarte Moreno, justificando que não efectuou o disparo porque quis, que este aconteceu sem que ele tivesse qualquer intenção, talvez provocado pelo estado de alteração de tensão arterial, visto que mal se apercebeu da presença da vítima em casa dele, ficou até com algum medo, vale o que vale se aferida à luz de regras de experiência comum e das circunstâncias do caso. Na verdade, que resultam das declarações do próprio arguido, ele e a vítima (Luísa) estavam divorciados havia já cer[c]a de dois anos, vinha recebendo ameaças dela, estavam de relações cortadas. Pergunta-se[:] A ser verdade esses factos teria algum sentido o arguido empunhar de uma arma de fogo, que sabe ser muito perigosa e letal, carregada, visto que tinha cerca de seis munições, uma na câmara (pronto a disparar), levantar do assento onde ele estava (num sofá enquanto a vítima tirava as suas coisas do estante na sala) e dirigir-se a ela, tudo isto a curta distância, já que ambos se encontravam na sala da casa do arguido, levantando a mão (naturalmente aquela que empunhava a arma) para fazer aquilo que quis dizer só para intimidá-la? Recorde-se que esses dizeres resultam ainda de suas próprias declarações (podendo ser auscultado em áudio). Com isso, para responder que duas pessoas que não se dão bem, naturalmente não se brincam de forma que o arguido quis dizer e que custou a vida de Luísa Moreno. Dizemos, para esclarecer o termo “brincam”, a agir daquela forma, carregar uma arma de fogo, dirigir-se a alguém a uma distância muita curta, uma vez que ambos se encontravam dentro de uma sala de visita, levantar a mão que empunhava a arma até ao nível da cabeça desse alguém, para depois vir dizer que era tão só um ato de intimidação, não colhe, isso a fazer fé no que disse o arguido que ele e aquela que respondia por Luísa se encontravam de relações cortadas. Mais, o arguido assumiu ser dono daquela arma de fogo, que a havia adquirido desde 1986, num individuo, que não quis identificar, a título gratuito. A ser verdade esses factos, dado todo esse tempo, o arguido havia já adquirido habilidade bastante de saber manuseá-la. Crê-se que, analisada objectiva e subjectivamente, o arguido, livremente[,] carregou a arma dos autos, dirigindo à vítima, levantou a mão até ao nível da cabeça dela e efectuou um disparo com vista a ceifá-la [d]a sua vida, o que logrou. De salientar

ainda que o arguido apesar de ter dito em julgamento que vinha sendo vítima de v[á]rias ameaças da vítima, o certo é que perguntado, respondeu que nunca apresentou quaisquer queixas contra ela. Por tudo isso se vê que o arguido quer, com toda aquela sua versão, tentar justificar o que é injustificável, mostrando até esse momento uma certa frieza com o resultado morte de pessoa que foi sua mulher, mãe de seus filhos e avó de suas netas. O depoimento da testemunha Isaías Gomes Moreira foi de extrema relevância para a convicção do tribunal quanto aos factos supra provados, já vertidos na douda acusação pública. Com efeito, essa testemunha de forma objectiva, coerente e isenta disse em tribunal que estava de serviço na Esquadra de Palmarejo, no dia fatídico, 15 de Fevereiro de 2015, quando ali o arguido dirigiu, procedendo a sua apresentação e lhes dito que teve pro[b]lema com alguém e que havia feito disparo contra esse “alguém”, tendo o seu colega, Inácio Costa dos Santos, na qualidade de agente de autoridade, procedido [à] sua detenção, ao mesmo tempo que nele apreendeu a arma de fogo dos autos. Foi ainda de grande pertinência para a prova dos factos supra provados o depoimento da testemunha Rosana Almeida. Essa testemunha de forma que nos pareceu séria disse em julgamento que conhecia tanto o arguido como a vítima; sabia que os mesmos não se davam bem; nesse dia aconselhou a vítima a não entrar em casa do arguido, só permitindo que ela entrasse após ter assegurado que o filho mais velho esta[va] em casa. De forma ainda que nos pareceu credível porque feito com conhecimento directo, a testemunha Rosana Almeida disse em julgamento que ouvindo um bar[...]ulho em casa do arguido, parecido de pessoa a pedir socorro, saiu e viu a v[í]tima a dar passos no corredor da casa do arguido, a tentar levantar os braços, dando jeito de pessoa que [se] havia arrependido de alguma [coisa??], até porque disse essa testemunha já lhe tinha aconselhado em não entrar em casa do arguido, mas esta disse que o que pretendia era tão só ir buscar as suas coisas que ficaram lá aquando do divórcio. Foi tido em conta quanto aos factos provados o depoimento da testemunha Dyara Eveline Neves Fonseca que disse em julgamento ter dirigido à casa do arguido, seu avó [seu avô queria dizer], na companhia da vítima, também seu avó [sua avó queria dizer], que estando ela no quarto juntamente com a testemunha Edmir Fonseca, a certa altura, estando os avós em outros compartimentos da casa, ouviu um bar[...]ulho que lhe pareceu da queda de um suporte de cortina, quando saiu viu a vítima na sala com os joelhos no chão, a sangrar pelo nariz, tendo ela dirigido logo ao quarto chamado o tio, testemunha Edmir e depois pedido socorro à testemunha Rosana Almeida. O tribunal considerou também quanto aos factos supra provados o conteúdo do auto de detenção de

folhas 3 e 3 verso, o conteúdo do auto de apreensão [de] folhas 4, o teor do relatório de inspecção ao local do crime feita pela pol[í]cia que faz folhas 7 a 20, o teor de verbete de certificação de óbito e relatório de autópsia de fls. 65 a 68, o conteúdo do auto de exame pericial feito a arma de fogo dos autos que faz folhas 51 a 55, da fotografia da arma de folhas 56 e de cinco munições de folhas 57”.

E, em razão desta explicitação de matéria de facto e respetiva caracterização, entendeu o Supremo Tribunal de Justiça que “*em processo penal, vigora o princípio da livre apreciação da prova (...), segundo o qual juiz tem total liberdade, de acordo com a sua íntima convicção, de valorar os meios de prova obtidos, sendo por consequência o tribunal livre de formar a sua convicção na apreciação da prova, em conformidade com as regras da lógica e da experiência. E segundo esse princípio, nada obsta a que o tribunal forme a sua convicção apenas com base nalguns meios de prova, desde que lhe pareçam credíveis, em detrimento dos outros, eventualmente em maior número e até de maior amplitude probatória, mas não revestidos de qualquer ou suficiente consistência e credibilidade. Outrossim, decorrente deste princípio resulta que o juiz não tem que aceitar, necessariamente, como verdadeiros o que é referido pelos intervenientes processuais, designadamente pelo arguido e pelas testemunhas, sendo irrelevantes as convicções pessoais do arguido no que se refere à motivação. A convicção não pode ser arbitrária, nem baseada em meras conjecturas de difícil ou impossível objetivação, devendo ser motivada segundo as regras da lógica, da razão, da experiência e dos conhecimentos científicos”.*

Daí que o tribunal de recurso, tenha considerado que “*O princípio in d[u]bio pro reo encerra, uma imposição dirigida ao juiz no sentido de este se pronunciar de forma favorável ao arguido quando não tiver certeza sobre os factos decisivos para a solução da causa, pelo que a sua violação exige que o juiz tenha ficado na dúvida sobre os factos relevantes e, nesse estado de dúvida, tenha decidido contra o arguido. In casu, o recorrente alega a violação do princípio in dubio pro reo essencialmente como corolário de erro de julgamento, conforme ficou referido relativamente aos demais vícios que referiu, sendo que, em momento algum, resulta da sentença recorrida que relativamente aos factos provados e objecto dos autos, o tribunal se defrontou com dúvidas que resolveu contra o recorrente ou demonstrou qualquer dúvida na formação da convicção, até porque não as teve. Pelo contrário, o que sobressai da motivação da matéria de facto é*

uma descrição dos depoimentos que foram acolhidos, bem como da prova documental produzida, perfeitamente convergente (excepto na parte referente à distância em que foi efectuada o disparo, a que já se referiu), atenta a credibilidade que lhes foi atribuída, assim como a desconsideração, parcial, feita relativamente às declarações do recorrente. Nesta conformidade, se conclui pela inexistência de qualquer violação ao invocado princípio in dubio pro reo”.

4.4. Portanto, deve ficar claro que a intervenção que o Tribunal no quadro da apreciação de um recurso de amparo que tenha na sua base alegação de violação da garantia de presunção da inocência não é substitutiva do juiz de julgamento, quanto mais não seja por faltar-lhe imediação, nem tão-pouco é do órgão judicial superior recorrido, porque num caso e no outro reconhece que, sendo matéria que apela à convicção que se gera em cada pessoa individualmente, existem decisões que, mesmo não sendo iguais às que por exemplo um juiz do Tribunal Constitucional tomaria caso estivesse naquela posição de julgamento, estão dentro daquilo que racional e objetivamente quem a esteja a assumir podem concluir.

O recorrente fez o possível para suscitar a existência de um quadro de dúvida razoável que podia ter beneficiado o arguido, nomeadamente ao chamar a atenção para o seguinte: *“Os meios de prova levaram o tribunal “a quo” a ter como provado que «o arguido livremente carregou a arma dos autos, dirigindo à vítima, levantou a mão até ao nível da cabeça dela e efectuou um disparo com vista a ceifá-la [d]a sua vida, o que logrou.»; Terá sido os depoimentos de Rosana Almeida? Mas, se foi, a incerteza mantém-se, pois segundo as declarações desta testemunha e das demais: Dyara; Edmir; Odair ou Isaías basta uma leitura atenta e desapaixonada das suas declarações para não se encontrar qualquer possibilidade de se retirar delas que o arguido «carregou a arma dos autos, dirigindo à vítima, levantou a mão até ao nível da cabeça dela e efectuou um disparo com vista a ceifá-la [d]a sua vida, o que logrou.»; Se de nenhuma das declarações das testemunhas se pode retirar os referidos factos, então o que se passou? Carregar uma arma de tiro tenso como a referida nos autos significa introduzir o carregador na arma. Alguém testemunhou tal facto? Quem viu o arguido dirigir-se à vítima? Quem viu o arguido levantar a mão até ao nível da cabeça da vítima e efectuar um disparo? Como foi aferida a intenção de ceifar a vida da vítima? Não é por ser um facto psicológico que a intenção deixa de ser um facto, e a conclusão de ter ocorrido*

Intenção de matar deduz-se de factos externos que a revelem, que factos? Se a arma encontrava-se municada com 5 munições, por que razão o arguido não disparou mais vezes sobre a vítima ceifando-a a vida ao invés de a deixar viva, indo desorientado, perturbado apresentar-se na “polícia, dizendo que havia disparado contra alguém, procedendo a sua entrega e da arma de fogo dos autos, alegando que não quis ceifar a vida de Luísa Duarte Moreno, justificando que não efectuou o disparo por que quis, que este aconteceu sem que ele tivesse qualquer intenção, talvez provocado pelo estado de alteração de tensão arterial, visto que mal se apercebeu da presença da vítima em casa dele ficou com algum medo”? Como é possível à luz das leis da física e da balística, o arguido ter levantado a mão ao nível da cabeça da vítima, tendo em consideração as estaturas do arguido e da vítima, esta alta, com cerca de um metro e oitenta de altura e aquele baixo, com cerca de um metro e cinquenta de altura e o projectil descrever um trajectória obliqua de baixo para cima atingindo a vítima a nível do brulho auricular direito com o ângulo de incidência que as fotografias inequivocamente demostram e o relatório de autópsia descreve? Se nenhum dos factos foram testemunhados por nenhuma das testemunhas, se pelos dados da experiência não se pode aceder às intenções do arguido que é de foro psicológico, se das leis da física e da balística não era possível a trajetória do projectil, nos termos descritos na sentença e absorvida pelo Supremo Tribunal de Justiça, então, como teria acontecido? Que juízo de certeza sobre os fatos se baseou o Tribunal de Instância e o Supremo Tribunal, para negarem ao recorrente o direito fundamental a um julgamento justo e equitativo? Assim ficou instalada uma dúvida razoável e inultrapassável que requeria que o recorrente beneficiasse do princípio da presunção de inocência no seu corolário, in dubio pro reo”.

No caso concreto, depois de ter analisado todo o autuado, nomeadamente as declarações que foram prestadas pelo recorrido e pelas testemunhas, os factos dados por provados, a sentença condenatória e o acórdão recorrido, o Tribunal Constitucional não pode considerar que, por um lado, haveria elementos que denunciasses algum tipo de dúvida por parte do julgador, o que determinaria que, de um ponto de vista lógico, se gerasse a consequência pretendida pelo recorrente de *in dubio pro reo*; ou de que, por outro lado, objetivamente, se impunha que, em razão da prova produzida e constante dos autos, considerasse que o ora recorrente não tivesse cometido o crime de homicídio doloso como pretende. Se o que está em causa neste momento é, *strictu sensu*, saber se o disparo que atingiu a vítima de modo letal foi intencional ou não, face a essa prova,

independentemente de como cada um teria decidido, não é possível considerar que a decisão violou o princípio da presunção da inocência.

É verdade que o trecho decisivo da sentença para a questão que foi colocada e em que se estriba o pedido de amparo não se encontra organizado e apresentado do modo mais claro e que é legítimo questionar a formulação usada. Ademais, é difícil, perante a prova produzida, encontrar meios racionais de corroboração para a determinação feita de que a vítima carregou a arma, para fixar a distância em que o disparo foi feito e para precisar o movimento que o recorrente terá feito em direção à vítima, havendo provavelmente uma má escolha de palavras nos primeiros casos. Terá querido dizer que transportou ao invés de que carregou e que apontou ao invés de que dirigiu. Todavia, disso não decorre necessariamente que houver a lesão do direito invocado que serve de parâmetro a este escrutínio.

Precisamente porque ainda teria margem para determinar que o recorrente efetuou o disparo, depois de se ter levantado, estando no mesmo compartimento da sua residência que a malograda, sem que esta lhe tivesse dirigido qualquer gesto ameaçador ou palavra agressiva, num contexto em que, sem embargo de o ter feito a contragosto ou não, permitiu a sua entrada acompanhada da neta e estando o filho em casa. Pendente a determinação de ter feito o disparo de forma intencional ou não, não seria descabido que o julgador chegasse à conclusão a que chegou, atendendo, como se disse, às declarações prestadas pelo próprio recorrente, a avaliação da consistência do seu relato e das suas respostas, nomeadamente o que disse no seu primeiro interrogatório, as declarações prestadas pelas testemunhas que tiveram contacto imediato com o recorrente após o fatídico evento, as regras da experiência, considerada a partir de um prisma objetivo e da sua própria enquanto juiz, e demais circunstâncias do caso.

Assim, sem embargo de se entender o contexto que marca o facto concreto, marcado por uma tragédia familiar, e independentemente do modo como outro observador poderia, por hipótese, ter chegado a conclusões diferentes, quiçá menos gravosas para o arguido, o Tribunal não pode considerar que a conclusão que o meritíssimo juiz de julgamento chegou seja desprovida de racionalidade e seja insustentável perante os elementos de prova presentes nos autos, o mesmo acontecendo

com a decisão superior que a confirmou. Neste quesito, portanto, não se conclui que o órgão recorrido tenha violado a garantia de presunção da inocência do arguido.

5. A segunda questão que este Tribunal deve responder tem a ver com o que descreve o recorrente quando assevera que “*adquirira em 1986, em Portugal, por oferta, uma pistola semiautomática, de alarme, de marca RS, modelo 5 auto, de calibre 6.35 mm Browning, que fora transformada em arma de fogo*”, todavia, “*o Supremo Tribunal de Justiça considerou que “Não se coloca a questão da aplicação da lei mais favorável, porquanto o arguido detinha e fez uso de uma arma de fogo proibida, sendo irrelevante o momento da sua aquisição*”, e que, logo, “*o Supremo Tribunal de Justiça violou a proibição da aplicação retroativa da lei penal incriminadora menos favorável – art.º 32º, nº 2 da Constituição da República de Cabo Verde*”.

5.1. Com efeito, o Supremo Tribunal de Justiça, no duto acórdão que proferiu, arrazoa o seguinte: “*Alega o recorrente que a arma, objecto dos presentes autos, se trata de uma pistola semi-automática, de alarme, de calibre 6,35, que fora transformada em arma de fogo. Que, portanto, não cabe na previsão da alínea c), do artigo 90º, da Lei n.º 31/VIII/2013, de 22 de Maio, mas sim na do artigo 105º do mesmo diploma legal, constituindo contraordenação, punível com coima de 25.000\$00 (vinte e cinco mil) a 2.000.000\$00 (dois milhões de escudos). Alega, mais, que a arma foi adquirida pelo arguido em 1986, altura em que vigorava na ordem jurídica cabo-verdiana, a Portaria n.º 5120, de 29 de Dezembro de 1956, cujo artigo 60º previa a punição com pena de multa de 100\$00 (cem escudos) a 1.000\$00 (mil escudos). Não tem, porém, razão, porquanto, no que à primeira questão respeita, verifica-se que a alínea c), do artigo 90º, do diploma supra referido prevê e pune (entre outras acções) a detenção de arma de fogo, transformada ou modificada, enquanto que o artigo 105º, pune (também, entre outras acções) a detenção de reprodução de arma de fogo e arma de alarme, munições, etc. Não se coloca a questão da aplicação da lei mais favorável, porquanto resulta evidente que o arguido detinha e fez uso de uma arma de fogo proibida, sendo irrelevante o momento da sua aquisição*”.

5.2. Na sua promoção, o Ministério Público chama a atenção para o seguinte: “*Diz ainda o recorrente que houve violação do princípio da não retroatividade da lei penal na medida em que a arma que tinha na sua posse e da qual foi disparado o projétil*

que matou a vítima, fora adquirida em 1986, altura em que vigorava a Portaria de extensão 5 120, de 29 de dezembro de 1956 e a posse era punida como contraordenação e não como crime. Nesse aspecto, cabe dizer que vigora no nosso sistema penal o princípio segundo a qual o facto considera-se praticado no momento em que o agente actuou - art.º 6.º do código penal, pelo que considerando aquilo que se lê no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, não podemos deixar de concluir que não houve violação do princípio da proibição de aplicação retroativa da lei penal mais favorável ao arguido, consagrado no n.º 2 do art.º 32.º da Constituição. Conforme se diz, e bem [,] nesse arresto, não se coloca a questão da aplicação de lei penal mais favorável, porquanto resulta evidente que o ora recorrente, encontrava-se na posse de uma arma de fogo proibida, a qual utilizou para realizar o crime pelo qual foi condenado, sendo, por isso, nos termos da legislação que proíbe a posse de arma de fogo pro[í]bida, irrelevante que o tenha adquirido em 1986. E in casu, não se indicia minimamente a violação desse princípio fundamental”.

5.3. O direito invocado é suscetível de amparo. A sua previsão é clara na Constituição, constando, como indicado, do número 2 do seu artigo 32, redigido em termos segundo os quais “*é proibida a aplicação retroativa da lei penal, exceto se a lei posterior for de conteúdo mais favorável ao arguido*”. Além de se integrar no Capítulo I do Título II da Parte II da Constituição, portanto no segmento reservado aos direitos, liberdades e garantias individuais, poucos direitos subjetivos são tão centrais ao modelo de Estado que foi adotado pela Constituição quanto a garantia que veda a aplicação de norma penal retroativa em prejuízo do arguido.

Menos clara, todavia, é a existência de posição jurídica subjetiva fundamental com caráter de direito, liberdade e garantia – com dimensão positiva – de se beneficiar de aplicação retroativa de lei penal mais favorável. A posição do Tribunal é que, embora não se esteja perante bases de proteção com o mesmo estatuto e grau de salvaguarda, o facto é que também se pode considerar que, não obstante a redação, há uma subjetivação em forma de direito a beneficiar-se de lei penal mais favorável, ainda que, por motivos naturais, esta esteja sujeita a algumas limitações. Aliás, também o número 1 do artigo 2º do Código Penal dispõe que “*sempre que as disposições penais vigentes ao tempo da prática do facto forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, aplicar-se-á o regime que concretamente for mais favorável ao agente*”.

Em acórdão recente o Tribunal já tinha dado a entender a adoção dessa orientação ao considerar que “*da conjugação da proibição de aplicação retroativa da lei penal desfavorável com a imposição da retroatividade da lei penal mais favorável, resultou no que hoje é conhecido por princípio da aplicação da lei penal mais favorável. As razões jurídico-políticas de garantia do cidadão face ao poder punitivo do Estado e da indispensabilidade da pena que deram origem, sucessivamente, à proibição da retroatividade da lei penal desfavorável e à imposição da lei penal mais favorável justificam também que o princípio da aplicação da lei mais favorável seja aplicado ao processo criminal*” (Acórdão nº 10/2018, de 3 de maio, Rel: JP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 35, 6 de junho, pp. 869-884, 1.8.).

Portanto, o quesito decisivo é o de definir o tempo da prática do facto para se verificar se a lei penal foi aplicada retroativamente em prejuízo do arguido ou se, por outro lado, não foi aplicada uma que lhe fosse mais favorável. O problema de fundo é a definição do momento em que o facto foi praticado e que lei era aplicável naquele preciso átimo. Conforme os documentos constantes dos autos, os factos datam de 15 de fevereiro de 2015, sendo que a lei que lhe foi aplicada entrou em vigor no ano de 2013, estabelecendo no seu artigo 90 c) que “*quem, sem se encontrar autorizado, fora das condições legais ou em contrário das prescrições da autoridade competente, detiver, transportar, guardar, comprar, adquirir, a qualquer título ou, por qualquer meio, fabricar, transformar, importar ou exportar, usar ou trazer consigo armas de fogo, espingarda ou carabina facilmente desmontável em componentes de reduzida dimensão com vista à sua dissimulação sob a forma de outro objeto, ou arma de fogo transformada ou modificada, arma de fogo, brinquedos com formato de arma de fogo facilmente confundíveis com estas pelas vítimas, quando utilizadas em agressão ou ameaça de agressão, assalto ou tentativa de assalto a propriedade sob vigilância de alguém, é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 500 dias*”.

Contudo, argumenta que quando adquiriu a arma estava em vigor lei diferente – o *Regulamento à Importação, Comércio, Detenção, Manifesto, Uso e Porte de Arma e sua Munições, Pólvoras Físicas e Químicas, Substâncias Explosivas e Artifícios Pirotécnicos* mandada aplicar à então Província de Cabo Verde, pela Portaria nº 5120, de 29 de dezembro, publicada no *Boletim Oficial de Cabo Verde*, nº 52, 29 de dezembro de 1956, pp. 620-627 – que, concretamente, por via da alínea a) do artigo 60 fixava que “o

uso e porte de arma de fogo sem autorização ou licença, fica sujeito às seguintes penalidades: as armas permitidas, conforme as suas características e situações do portador, multa de 100\$ a 1.000\$”, e, portanto, deveria ser esta a norma aplicável, por comportar consequência menos gravosa em relação à que está em vigor neste momento.

Perante estes dados não pode, como é evidente, o Tribunal estimar os argumentos do recorrente, precisamente porque, sem embargo da alínea c) do artigo 90 dessa lei também incriminar a aquisição de arma de fogo, o recorrente não foi condenado por ter praticado tal facto, tornando desnecessário sequer estabelecer o tempo em que tal ocorreu. O que foi determinante não foi o ato de adquirir fora das condições legais a arma de fogo, segundo o laudo pericial transformada, que detinha e efetivamente usou. A própria lei define a detenção e o uso, respetivamente como os atos de “*ter em seu poder ou na sua esfera de disponibilidade uma arma*” e de “*empunhar ou disparar uma arma*” (Quadro 1, 8 m) e dd), (outras definições, aplicáveis e que integram o diploma por aplicação do seu artigo 3º).

O artefacto em causa, destinado a disparar munições de alarme, foi objeto de uma intervenção mecânica modificadora, obtendo características que lhe permitem funcionar como arma de fogo, conforme a definição legal (Quadro I, 1 j), e não foi colocado em crise que ela foi efetivamente usada no dia 15 de fevereiro de 2015; o recorrente foi julgado e condenado com base neste facto concreto e não pela sua aquisição. Desde então e até à data do julgamento não foi aprovada nenhuma lei mais favorável que pudesse desencadear aplicação em benefício do arguido e que impusesse ao órgão de julgamento ou de recurso um dever de consideração da lei penal mais favorável no caso concreto.

Sendo assim, não se pode determinar que a conduta judicial recorrida, de confirmar, neste segmento, a sentença condenatória de instância, tenha violado a garantia contra a aplicação da lei penal prejudicial ao arguido, nem tão-pouco o direito a beneficiar-se de lei penal mais favorável. Logo, não pode conceder o amparo requerido neste particular.

III. Decisão

Pelo exposto, o Tribunal Constitucional decide pela improcedência do recurso, considerando que o ato do poder judicial recorrido não violou:

a) a garantia de presunção da inocência;

b) a garantia contra a aplicação retroativa da lei penal desfavorável ao arguido;

ou

c) o direito de aplicação da lei penal mais favorável ao arguido.

Registe, notifique e publique.

Praia, 07 de junho de 2018

José Pina Delgado (Relator)

Aristides R. Lima

João Pinto Semedo

ESTÁ CONFORME

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 03 de julho de 2018.

O Secretário do TC,

João Borges