



Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 5/2017, em que é recorrente **Alexandre Borges** e recorrido o **Supremo Tribunal de Justiça**.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ACÓRDÃO N.º 24/2018

(Autos de Recurso de Amparo n.º 5/2017, Alexandre Borges Vs. STJ, sobre violação dos direitos ao contraditório, de audiência e de defesa em processo criminal, a processo justo e equitativo, da liberdade sobre o corpo e da garantia de presunção da inocência e do direito a não se ser discriminado)

I. Relatório:

1. Alexandre Borges, ao abrigo das disposições combinadas dos artigos 20, n.º 1 da Constituição da República, 123 da Lei n.º 56/VI/2005, de 26 de fevereiro (Lei do Tribunal Constitucional) e 4, n.º 1 da Lei n.º 109/IV/94, de 24 de outubro, vem requerer ao Tribunal Constitucional amparo de certos direitos, liberdades e garantias, que considera terem sido violados pelos Acórdãos 38/2017 e 40/2017 do STJ, o que faz nos termos seguintes:

1.1. O recorrente fora julgado e condenado pelo Tribunal da Comarca de São Vicente pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes agravado p. e p. pelos artigos 3, n.º 1 e 8, al. c) ambos da Lei n.º 78/IV/93, de 12 de julho, na pena de 8 anos de prisão, pelo crime de branqueamento de capitais, p. e p., pelos artigos 24 e 25 da Lei n.º 38/VII/2009, de 27 de abril, na pena de 8 anos de prisão, pelo crime de associação criminosa para o tráfico de estupefacientes, p. e p., pelo artigo 11 da Lei n.º 78/IV/93, de 12 de julho, na pena de 10 anos de prisão e pelo crime de detenção de armas p. e p. pelo artigo 90, al. d) da Lei n.º 31/VIII/2013, de 22 de maio, na pena de 1 ano de prisão, sendo que efetuado o cúmulo jurídico foi-lhe aplicada a pena única de 16 anos de prisão.

1.2. Inconformado, o recorrente interpôs recurso para o STJ o que veio a ser decidido pelo acórdão 12/2017, absolvendo-o dos crimes de associação criminosa para o tráfico de estupefacientes e lavagem de capitais.

2. Entretanto, por não se conformar com a sentença da 1ª Instância, o Ministério Público também interpôs recurso para o STJ, decidido pelo mesmo acórdão, que veio a dar provimento parcial a este recurso, aumentando a medida da pena do crime de tráfico de estupefacientes agravado de 8 anos para 12 anos de prisão e enquadrando o crime de detenção de armas na alínea a) do artigo 90, da Lei nº 31/VIII/2013, de 22 de maio e não na alínea d) da mesma disposição legal como havia feito o Tribunal de Instância.

2.1. Todavia, o recorrente, alegando nunca ter sido notificado do digno recurso do MP, que aliás, segundo ele, nunca fora objeto do despacho de admissão pelo Tribunal de 1ª Instância, arguiu a nulidade parcial do referido acórdão, na medida em que entendeu ser “[...]uma violenta violação das garantias de defesa previst[as] no art. 35º [,] nºs 6 e 7 da CRCV”. Na arguição da nulidade, argumenta essencialmente que só teve conhecimento do recurso do Ministério Público, aquando da notificação do Acórdão 12/2017, sendo que, portanto, em momento algum fora notificado do tal recurso, considerando, na sua peça, que a falta desta notificação consubstancia-se numa nulidade insanável, nos termos do artigo 151, alínea d) do Código de Processo Penal, violando os direitos fundamentais do mesmo de audiência e de defesa, ao contraditório, à liberdade sobre o corpo e o princípio da igualdade.

2.2. O Tribunal Recorrido, em resposta ao pedido de nulidade parcial do Acórdão 12/2017, decidiu por meio do Acórdão 29/2017 negar provimento ao mesmo, na medida em que considera que “[...] independentemente de se ter omitido essa notificação [do recurso do Ministério Público] e de essa omissão poder constituir uma nulidade insanável, a verdade é que esta já não pode ser arguida depois do trânsito em julgado da decisão sob impugnação [...]”, uma vez que, na sua opinião, o recorrente dispunha de um prazo de oito dias para arguir eventuais nulidades da decisão, nos termos do disposto no artigo 137, nº 1 do Código de Processo Penal, o que não cumpriu dado que, embora fora notificado da decisão no dia 6 de março de 2017, só apresentou o seu pedido de arguição da nulidade no dia 21 de março, muito para além do termo desse prazo e quando a decisão visada pela reclamação já tinha transitado em julgado.

2.3. Inconformado mais uma vez com a decisão do tribunal recorrido, o recorrente apresentou no dia 10 de abril de 2017 pedido de reforma do Acórdão 29/2017, alegando essencialmente que, embora a arguição da nulidade não esteja sujeita a qualquer prazo e de a lei lhe conceder um prazo de vinte dias para a interposição de recurso de amparo, o processo fora declarado de especial complexidade, pelo que o prazo para a prática do ato teria que ser de 15 dias, nos termos do artigo 137, nº 2 do Código de Processo Penal.

Relativamente ao pedido de reforma do acórdão 29/2017, o Digníssimo Procurador Geral da República emitiu douto parecer considerando no essencial que “*o processo deve ser remetido ao tribunal a quo para a prática do ato devido, ou seja, para a decisão quanto à admissibilidade ou não do recurso interposto pelo M.P., seguindo-se com a notificação ao arguido para, querendo, exercer o seu direito ao contraditório, respondendo a tal recurso*”.

O egrégio tribunal recorrido, mais uma vez, indeferiu o pedido de reforma de acórdão, por meio do Acórdão 38/2017, considerando essencialmente que a falta de notificação de recurso interposto pelo Ministério Público não se consubstancia numa nulidade insanável – na medida em que, tendo em conta o princípio da legalidade a que estão adstritas as nulidades processuais, a mesma não se encontra tipificada no artigo 151 do Código de Processo Penal ou em qualquer outro dispositivo do referido diploma. Seria, outrossim, uma mera irregularidade, a qual deveria ter sido apresentada num prazo de três dias, concluindo, portanto, pela sua extemporaneidade.

3. Ademais, o recorrente intentou no tribunal *a quo* providência de *habeas corpus*, por considerar que o arguido se encontrava preso ilegalmente, na medida em que, embora em sede de recurso o processo tenha sido declarado de especial complexidade e em razão disso o tribunal tenha estendido o prazo de prisão preventiva para trinta meses, este período, à data da apresentação dessa providência, já se tinha esgotado, estando o recorrente preso há mais de trinta meses, precisamente trinta meses e três dias.

O Supremo Tribunal da Justiça, todavia, voltou a negar provimento ao pedido alegando no essencial que, por um lado a decisão (Acórdão 12/2017) já se encontra transitada em julgado, uma vez que já não admite recurso ordinário, nos termos do artigo 586 do Código de Processo Civil, *ex vi* do artigo 26 do Código de Processo Penal e por outro, acresce que, mesmo na possibilidade de se prevalecer a argumentação do recorrente de que não se devia ter conhecido o recurso do Ministério Público, ainda assim haveria trânsito em julgado da decisão por se ter formado “caso julgado parcial”, pois no mínimo iria confirmar a sentença da 1ª Instância na parte em que condenou o recorrente na pena de oito anos de prisão. Assim conclui que a situação em que o recorrente se encontra já não é de prisão preventiva, nem de excesso da mesma, mas de cumprimento efetivo de pena de prisão.

4. O recorrente conclui dirigindo os seguintes pedidos ao Tribunal:

“Nestes termos (...) deve [o Tribunal] (...) declarar parcialmente nulo e/ou inconstitucional o acórdão nº 12/17, do STJ, na parte que condenou o arguido Alexandre Borges, em consequência do recurso interposto pelo Ministério Público (...); [declarar] (...) inconstitucionais os acórdãos nºs 29/17, 38/17 e 40/17 do STJ; [e] declarar ilegal a prisão preventiva do recorrente, ordenando a sua soltura imediata.”

Pediu ainda a decretação de medida provisória, no sentido de que “O Requerente, estando o preso ilegalmente, solicita (...) que[,] ao abrigo do artigo 11º da Lei 109/IV/94, de 24 de outubro, seja ordenada a sua soltura e libertação imediata, [e]nquanto medida provisória, evitando deste modo prejuízos irreparáveis e, por outro lado, o restabelecimento do exercício dos seus direitos, liberdades e garantias, a LIBERDADE. Assim se Fazendo Justiça[.]”

5. Cumprindo o estabelecido no artigo 12 da Lei do Amparo foram os autos com vista ao Ministério Público para emissão de parecer acerca da admissibilidade do recurso. Sua Excelência o Procurador Geral da República emitiu-a, alegando essencialmente que o mesmo devia ser admitido após a junção da certidão de notificação, caso esta confirme que o recurso deu entrada no prazo estabelecido no art. 5, nº 1 e 7, nº 3. Quanto à medida provisória entende que se devia negar o seu provimento na medida em que, segundo o seu entendimento, a decisão de condenação já se encontra transitada em julgado, deixando, por isso de ser suscetível de recurso ordinário ou de reclamação na ordem dos tribunais judiciais. Ademais entendeu que compete ao recorrente alegar e demonstrar a existência de prejuízo irreparável ou de difícil reparação, o que o recorrente não fez, razão pela qual entende que o presente pedido não deverá ser deferido nos termos requeridos.

6. O Tribunal Constitucional, através do acórdão nº 12/2017, de 20 de julho de 2017 (v. <https://www.tribunalconstitucional.cv/index.php/acordaos/>) considerou que o pedido de amparo carecia de aperfeiçoamento, usando os seguintes termos: *“Por ter recorrido de todos os acórdãos proferidos no âmbito dos Autos Crimes de Recurso n.º 05/2016, sem ter conseguido indicar com precisão os factos que suportam as violações invocadas, a fundamentação carece de um certo aperfeiçoamento. No que diz respeito ao pedido de amparo, a Lei determina que o recorrente indique o amparo que entende dever ser-lhe concedido para preservar ou restabelecer os direitos, liberdades e garantias fundamentais violados. Porém, no caso em apreço, ao formular pedidos alternativos, o recorrente pede que o Tribunal Constitucional faça opção sobre o amparo a conceder-lhe, quando a escolha, por lei, lhe pertence. Pede ainda que o Tribunal Constitucional declare a inconstitucionalidade dos Acórdãos recorridos. Mas o recurso de*

amparo não se destina a declarar a inconstitucionalidade de atos ou omissões de órgãos judiciais, apesar do disposto no n.º 3 do artigo 25.º da Lei n.º 109/IV/94, de 24 de outubro. Relativamente ao pedido de adoção de medida provisória que poderia traduzir-se na libertação imediata do recorrente, por se encontrar preso ilegalmente, importa dizer que a providência cautelar não dispensa a invocação e prova sumária do direito violado ou ameaçado, justificação da lesão e prova da gravidade e difícil reparabilidade do prejuízo resultante da demora no julgamento do recurso. Conclui-se, pois, que a petição de recurso não observa os requisitos previstos nas alíneas b), c) e no n.º 2 do artigo 8.º da Lei do Amparo. É verdade que nos sucessivos arestos, o Tribunal Constitucional, ao apreciar os requisitos formais, tem considerado que mais importante do que o rigor formal é a inteligibilidade do que se expõe e se requer. Tem adotado também o princípio do favorecimento do processo, ao abrigo do qual tem vindo a conceder oportunidade para se aperfeiçoar petições de recurso que enfermam de deficiências formais (Cfr. Acórdãos de aperfeiçoamento n.º 9/2016, de 17 de maio - Maria de Lurdes Ferreira versus STJ e n.º 5/2017, de 18 de abril - Martiniano Nascimento Oliveira versus STJ). 5. Nestes termos, e visto o preceituado no n.º 2 do artigo 16.º e n.º 1 do artigo 17.º da Lei do Amparo, o Tribunal decide conceder ao recorrente a oportunidade para aperfeiçoar a sua petição de recurso.”

7. Oportunamente, o recorrente apresentou peça de aperfeiçoamento, tentando corrigir as insuficiências da anterior.

8. Nesta precisa sequência, o Tribunal, através do Acórdão nº 17/2017, de 31 de julho, Rel: JP João Pinto Semedo, *Boletim Oficial*, I Série, nº 47, de 8 de agosto de 2017, pp. 1037-1040, concluiu que não se verifica nenhum motivo que pudesse justificar a inadmissibilidade deste recurso, pelo que o admitiu relativamente aos direitos, liberdades e garantias cujas violações foram invocadas pelo recorrente.

Todavia, relativamente à medida provisória entendeu indeferir o pedido de soltura e libertação imediata do requerente, na medida em que “*Por se tratar de um pedido para a adoção de uma medida provisória a sua análise não pode ir além de uma summaria cognitio da alegação e prova da verosimilhança do direito que se pretende tutelar, o que se traduz na demonstração da aparência de realidade do direito ou probabilidade séria da sua existência (fumus boni iuris), bem como a prova sumária sobre o perigo que possa resultar da demora na concessão da tutela definitiva (periculum in mora). Vistos os factos alegados pelo recorrente e a fundamentação constante do Acórdão n.º 40/2017, não parece que seja de estimar que o*

recorrente tenha demonstrado suficientemente a aparência do direito alegado, nem o perigo que pudesse resultar da demora na concessão da tutela definitiva, pelo que não se lhe concede a providência que ele requereu.”

9. Uma vez admitido o pedido de amparo, os presentes autos foram distribuídos ao Juiz Conselheiro Aristides R. Lima no dia 31 de julho de 2017(fl.149).

9.1. A 8 de fevereiro de 2018, o recorrente pediu junção de cópia de parecer de ff. 151-157 emitido pelo Professor Catedrático de nacionalidade portuguesa Germano Marques da Silva.

9.2. No dia 17 de agosto de 2018, o Juiz Relator ordenou a notificação da entidade requerida para os efeitos do nº 2, do artigo 18 da Lei de Amparo e do *Habeas Data*, o que veio a acontecer de facto no dia 24 de agosto do mesmo ano (fls. 158 e 159).

Decorrido o prazo para a resposta sem que a entidade requerida a tivesse emitido, o Juiz Relator mandou os autos com vista ao Ministério Público, para os efeitos do artigo 20 da Lei de Amparo e do *Habeas Data* (fls. 161).

Entretanto, deu entrada um pedido do recorrente no sentido de haver aceleração processual em razão do decurso do prazo de decisão e da sua situação processual como preso preventivo. Como já tinha decorrido esse prazo sem que o Ministério Público tivesse emitido o seu parecer, os autos foram requisitados ao mesmo e concluso ao Juiz Relator, o qual depositou o projeto de acórdão na secretaria do Tribunal no dia 2 de novembro de 2018, requerendo a marcação do competente julgamento (fls. 162-166).

9.3. Na medida em que o processo principal cujos trâmites haviam decorrido no 1º Juízo Crime do Tribunal da Comarca de São Vicente não havia sido ainda requisitado, o Juiz Presidente do Tribunal emitiu despacho no dia 2 de novembro de 2018 solicitando os autos do processo principal e marcando para o dia 13 do mesmo mês e ano o competente julgamento (168-169).

10. A sessão decorreu nos termos legalmente previstos com a apresentação subsequente dos votos do Relator e dos restantes juízes pela ordem.

10.1. O primeiro inclinou-se no sentido de que o órgão judicial recorrido não violou os direitos invocados, acolhendo para o efeito a fundamentação vertida para os diversos acórdãos lavrados pelo Supremo Tribunal de Justiça.

10.2. O segundo entendeu que os direitos, liberdades e garantias à defesa, ao contraditório, ao processo e equitativo, bem como a liberdade sobre o corpo e ao amparo foram violados, justificando a concessão dos amparos requeridos, mas já não o direito a não se ser discriminado.

10.3. Por fim, o último, começando pela possível violação do princípio da igualdade, negou-a, mas inclinou-se no sentido de que os direitos de defesa, ao contraditório, ao devido processo e a garantia de presunção da inocência tinham sido vulnerados pela conduta do órgão recorrido.

11. Já se tinha adotado entendimento no acórdão que foi lavrado nos Autos de Recurso de Amparo Arlindo Teixeira I que, “*nos termos legais – ou seja, no prazo de sete dias úteis fixado pela Lei do Tribunal Constitucional no número 5 do artigo 92, segundo o qual “o acórdão é lavrado pelo relator ou, se este ficar vencido, pelo juiz que deva substituí-lo, no prazo de sete dias”, aplicável de acordo com a doutrina da triangulação adotada por esta Corte num aresto tirado no caso Maria de Lurdes v. Supremo Tribunal de Justiça, o Acórdão nº 6/2017, de 21 de abril de 2017, Rel: JC Pina Delgado publicado no Boletim Oficial da República de Cabo Verde, I Série, nº 27, 16 de Maio, pp. 659-668, 3.1.2, bem como pelo artigo 75 do mesmo ato legislativo, com remissão para o 137 do Código de Processo Civil - deveria elaborar acórdão que refletisse a orientação vencedora expressa nos dois votos acima mencionados*” (I. 11) (Arlindo Teixeira I, decidido pelo Acórdão nº 8/2018, de 25 de abril, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 25, 2 de maio de 2018, pp. 574-603).

12. Assim sendo, tendo ficado vencido o Venerando Juiz Conselheiro Relator relativamente à decisão e aos seus fundamentos, os autos foram remetidos ao primeiro adjunto vencedor, JC Pina Delgado, para que este lavrasse o acórdão, com base nas orientações adotadas e na integração dos fundamentos constantes dos dois votos vencedores. Como os autos lhe foram conclusos no dia 15 de novembro, o depósito do acórdão deveria acontecer até 26 do mesmo mês. O que se fez com o conteúdo descrito *infra*.

II. Fundamentação:

1. É importante, em jeito de contextualização desta decisão, registar que:

1.1. O recorrente impugnou duas condutas do tribunal *a quo* que considera serem violadoras de seus direitos, liberdades e garantias, que se terão materializado em detalhes especificados adiante pelos doutos Acórdãos 38/17 e 40/17 daquela egrégia Corte - tendo na sua primeira peça referido os outros dois outros tirados no âmbito do mesmo processo – mas que, no geral, se

consubstanciam, respetivamente, no agravamento de pena na sequência de recurso interposto pelo Ministério Público que não foi admitido pelo tribunal de instância, nem tão-pouco foi-lhe notificado e na sua manutenção em prisão preventiva além do prazo máximo de trinta meses.

1.2. Os parâmetros de escrutínio deste caso já haviam sido definidos globalmente por este Tribunal.

1.2.1. Fê-lo por meio da decisão tirada nos Autos *Arlindo Teixeira I*, decidido pelo Acórdão nº 8/2018, Rel. JC Pina Delgado, já citado, em que se lavrou entendimento conforme o qual, *“Antes de se dar sequência a esta indagação, é importante registar que a Constituição desenhada para ser a Lei-Mãe da Comunidade Política, num sistema como o nosso, tem a pretensão legítima de lançar os seus feixes sobre todo o sistema jurídico, mesmo sobre os mais recondidos espaços que o integram, pois sabe o legislador constituinte que se ficar como mera proclamação distante da realidade concreta da aplicação do direito a situações da vida real realizar-se-á a triste sina antecipada por muitos de ela se transformar em mera folha de papel que todos invocam e ninguém considera ou obedece. Por isso mesmo, acautelou-se adotando o princípio da subordinação dos atos de todos os poderes públicos à Constituição e, sobretudo, o que é relevante neste caso, vincando o princípio da vinculatividade dos órgãos públicos ao regime de direitos, liberdades e garantias que decorre do segmento do artigo 18 segundo o qual “as normas constitucionais relativas aos direitos, liberdades e garantias vinculam todas as entidades públicas”. Disso decorrem efeitos naturais que se projetam sobre os órgãos que constitucionalmente aplicam o direito ao caso concreto, dirimindo, nos termos do artigo 209 da Constituição, conflitos de interesses públicos e privados, reprimindo a violação da legalidade democrática e assegurando a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. Pois, a eles se dirige injunções constitucionais de, primeiro, ao fazê-lo, não aplicarem normas inconstitucionais, o que vem consagrado no número 3 do artigo 221 da Lei Fundamental, conforme o qual “os tribunais não podem aplicar normas contrárias à Constituição ou aos princípios nela consignados”. Além disso, segundo, de interpretarem, quando existir espaço hermenêutico, as normas legais que aplicam conforme a Constituição e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, nos termos que decorrem do número 3 do artigo 17 da Constituição que estabelece que “as normas constitucionais e legais relativas aos direitos fundamentais deve ser interpretadas e integradas de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”; terceiro, de não atingirem o conteúdo essencial das normas de direitos, liberdades e garantias por meio da interpretação, prevendo o número 2 do mesmo artigo que “a extensão e o conteúdo*

essencial das normas constitucionais relativas aos direitos, liberdades e garantias não podem ser restringidos pela via da interpretação”, e, por fim, quarto, de considerarem, quando houver conexão direta de normas de direito ordinários, nas operações hermenêuticas que efetuam e na aplicação do Direito que efetivam, os direitos, liberdades ou garantias que aquelas visam concretizar. Nesta conformidade, os órgãos judiciais pátrios ficam obrigados a considerar em qualquer operação de aplicação do Direito ao caso concreto, atos que lhe são próprios, os direitos, liberdades e garantias das pessoas, quando as normas que aplicam estejam diretamente conexas com eles, como era o caso pelos motivos já desenvolvidos. Naturalmente, de um ponto de vista abstrato, o legislador constituinte, colocando antecipadamente a possibilidade de, especialmente por se tratar de uma Constituição Nova que inseria uma nova filosofia quanto à centralidade e proteção de direitos, e até se obter um cenário de automatização no recurso aos preceitos constitucionais de direitos[,] liberdades e garantias no processo de aplicação do direito ao caso concreto e também porque, nomeadamente por motivos involuntários, essas operações poderem sempre falhar, acoplou ao sistema o mecanismo que se usa nesta ocasião de o titular de posições jurídicas eventualmente violadas requererem “ao Tribunal Constitucional, através de recurso de amparo, a tutela dos seus direitos, liberdades e garantias fundamentais, constitucionalmente reconhecidos (...)”. O que pode, então, acontecer, nos termos da posição firmada por este Tribunal no caso Maria de Lurdes v. STJ, quando se pronunciou no sentido de que “A questão que habilitaria a intervenção do Tribunal Constitucional só podia radicar no facto de a justiça comum ter desconsiderado nas operações hermenêuticas que conduziu dos dispositivos relevantes aplicados ao caso imposições exegéticas de base constitucional, nomeadamente o dever de interpretar o direito ordinário, nos limites do permitido pelo próprio enunciado normativo, conforme a Constituição, nalguns casos, desde que suficientemente graves, de se ter derivado sentidos normativos inconstitucionais às normas que não teriam, de modo algum, relação à vontade do legislador e a ele não fossem imputáveis em razão de vício de inconstitucionalidade normativa ou ainda que se tenha definido de modo inexato casos de colisão entre normas legais de concretização de princípios constitucionais ou destes diretamente. De resto, na interpretação do direito ordinário que não tenha elementos constitucionais, os tribunais judiciais são soberanos, nos termos da sua própria estrutura e mecanismos recursais” (Acórdão nº 11/2017, de 22 de junho de 2017, Rel: JC Pina Delgado, 2.3.3)” (p. 694).

1.2.2. Portanto, é líquido que os tribunais ordinários são soberanos em matéria de interpretação do direito ordinário que não tenha conexões diretas com a Constituição ou para o

que interessa em particular, com o seu regime de direitos, liberdades e garantias. Além disso que em certas situações que dependem da íntima convicção do juiz, como a avaliação que faz da prova, projeta-se um limite ao escrutínio externo, ainda que passível de sindicância à luz de certos critérios externos presentes, exige do Tribunal uma postura de autocontenção. É o que tem acontecido com invocações de violação da garantia da presunção da inocência por apreciação errônea da prova, em que o Tribunal, não obstante, excluir a impossibilidade de sindicar a arbitrariedade, racionalidade e lógica de uma decisão judicial, estabelece claramente os seus limites, ao subscrever a ideia de 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”* (5.3.2.) (Acórdão nº 6/2018, de 22 de março, *Adilson Danielson v. STJ*, Rel: JC Pina Delgado, *Boletim Oficial*, I Série, nº 21, 11 de abril de 2018, pp. 495-505).

1.2.3. Ademais, os tribunais judiciais constituem-se na primeira barreira judicial para a proteção dos direitos, sendo prova próxima dessa intervenção decisiva as páginas escritas a respeito da garantia de um arguido receber despacho de acusação em língua que domina e que se recuperará adiante. Porém, naturalmente, o sistema de proteção integral de proteção aos direitos, liberdades e garantias instituído em 1992 vai além disso ao prever a figura da fiscalização concreta da constitucionalidade e o instituto do direito de amparo como modalidades de tutela subjetiva de direitos fundamentais.

1.2.4. Precisamente porque parte do princípio de que eles podem ser conscientemente violados pelos próprios tribunais, o que é natural em razão do velho paradoxo filosófico político de querermos ter um governo de leis, mas inevitavelmente conduzido por homens. Felizmente, tais situações em Estados de Direito bem ordenados acontecem raramente. Trata-se do nosso caso. Mas, sobretudo tem presente que tais órgãos judiciais em razão da sua maior familiaridade

e especialidade em ramos ordinários do direito, a respeito dos quais já se foi constituindo tradições que antecedem, para usar uma expressão de Norberto Bobbio, “*a Era dos Direitos*” (*L’Eta dei Diritti*, Torino, Einaudi, 1990) e, acrescenta-se da Constitucionalização dos Direitos em Cabo Verde, pelo maior volume processual e menor tempo decisório que normalmente possuem, podem, em casos específicos, calibrar de modo impreciso uma decisão à luz de eventuais direitos, liberdades e garantias subjacentes e que tinham que considerar obrigatoriamente nas operações hermenêuticas que conduziram.

1.2.5. Portanto, nos casos limitados em que isso acontece emerge uma responsabilidade indeclinável desta instância de escutinar as condutas alegadamente violadoras dos direitos fundamentais e decidir em conformidade, seja pela estimação, seja pela rejeição dos ampargos requeridos.

1.2.6. Neste caso, as questões centrais que são trazida ao conhecimento da Corte da liberdade são de cariz objetivo (alegada omissão de admissão e a notificação do recurso interposto pelo Ministério Público em desfavor do recorrente, manutenção de pessoa em prisão preventiva além do tempo permitido por lei e tratamento desigual vedado de coarguidos), pelo que, neste caso, não parece que haja espaço para duvidar se o Tribunal deve pronunciar-se sobre o objeto do processo, através de um escrutínio apertado destinado a proteger os direitos, liberdades e garantia e, assim, exercer a sua função constitucional. Como se salientou no próprio debate parlamentar que levou à provação da lei de autorização legislativa para a aprovação do Novo Código de Processo Penal, recorrendo-se a experiência comparada, “*Os acontecimentos em Portugal nos últimos tempos em relação à questão da Casa Pia e outras questões em que se trouxe à baila matérias à volta de prisão preventiva, questões de escutas telefónicas e uma série de outras questões de natureza processual, toda a gente notou que muitos desses problemas acabaram por ser levados ao Tribunal Constitucional. Recursos que não foram aceites pelas instâncias judiciais pelo Tribunal de Relação de Lisboa, depois foram levados ao Tribunal Constitucional e, de facto, o Tribunal Constitucional tomou posições que vieram realçar precisamente a necessidade dos operadores judiciais, os juízes particularmente, abso[r]verem os princípios da Constituição e aplicarem sistematicamente esses princípios*” (Deputado Humberto Cardoso in *Atas da Reunião Plenária do dia 26 de Abril de 2004*, Praia, AN, 2014, p. 126).

2. Relativamente à primeira alegação de violação a questão de fundo tem que ver com uma falta de notificação de interposição do recurso do Ministério Público, nos autos em que o

recorrente era arguido, bem como da inexistência de despacho de admissão do mesmo, por parte do tribunal de Instância, o Tribunal da Comarca de São Vicente, o que no entender do recorrente violou de forma gritante os seus direitos de audiência e defesa, ao contraditório e ao processo equitativo. O órgão recorrido neste caso não foi aquele que se terá omitido tanto de admitir quanto de notificar, mas, antes, o órgão recursal que entendeu que, pelo menos no contexto dos presentes autos, tais omissões não constituiriam nulidades insanáveis que justificassem a reforma ou a anulação parcial do Acórdão prolatado em sede de recurso na parte em que agravou a pena aplicada ao recorrido por tráfico de estupefacientes agravado acolhendo pedido do Ministério Público.

2.1. Na opinião do recorrente tal conduta ativa lesaria de forma constitucionalmente ilegítima um conjunto de garantias processuais penais do arguido, nomeadamente os direitos ao contraditório, à defesa, à audiência e ao processo equitativo.

Como se sabe, os direitos de audiência e de defesa e ao contraditório estão intimamente ligados ao direito ao processo equitativo que, por sua vez, é uma decorrência do princípio de acesso aos tribunais, ou na sua expressão mais ampla de acesso à justiça. Embora o Tribunal não considere que seja um direito, liberdade e garantia nos termos constitucionais previstos, devido a particularidades que o mesmo possui, atribui-lhe a proteção reservada a este tipo de direito, na medida em que o considera um direito análogo.

2.1.1. Relativamente ao princípio de acesso aos tribunais, ou na sua expressão mais ampla de acesso à justiça, e concretamente ao direito decorrente ao processo equitativo o Tribunal considerou, por meio do Acórdão 15/2017, de 26 de julho, *INPS v. STJ*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 35, 6 de junho de 2018, pp. 844-856, que “3.1.2. Por sua vez, o princípio do acesso aos tribunais previsto pelo artigo 22 (1) da Constituição configura-se como uma diretriz geral enviada aos poderes públicos, para criar mecanismos legais que permitam no geral às pessoas terem acesso à Justiça, no sentido mais amplo da palavra, que abarca naturalmente o dever de criação de instituições cujo objeto é fazer a justiça no caso concreto, principalmente as judiciárias, os tribunais, de reconhecimento do patrocínio judiciário, a promoção da criação de sistemas de apoio financeiro do Estado para as pessoas poderem obter prestações jurisdicionais caso não tenham recursos e tenham direitos e interesses a proteger, a mecanismos processuais que assegurem um processo equitativo, com tutela jurisdicional efetiva e decisão em tempo célere, além de esquemas que permitem às pessoas acederem a informação jurídica, projetando-se em seguida tais incumbência[s] sobre o poder

executivo e igualmente sobre o poder judicial. Além dessa dimensão principiológica, que, por definição, é objetiva, a mesma disposição reconhece direito[s] subjetivos a qualquer pessoa para poder aceder aos tribunais, os órgãos judiciais típicos do sistema jurídico cabo-verdiano, para a defesa dos seus direitos e interesses legítimos. O direito de acesso aos tribunais exige dos poderes públicos a adoção de um conjunto de condições que o propiciem, nomeadamente, desde logo, a existência jurídica e física dessas estruturas, a sua organização, o estabelecimento de regras de processo, a criação de carreiras de profissionais que administram a justiça ou com ela colaboram, nomeadamente juizes, procuradores, advogados e oficiais de justiça, desdobrando-se em vários direitos que se vão concatenando em momento complementares para consubstanciar precisamente esse direito. É verdade que só produzem o seu resultado se integrados uns com os outros, mas ainda assim autónomos o suficiente para se conseguir identificar no seu seio direitos subjetivos ao patrocínio judicial, se necessário com financiamento público, a aceder a órgãos judiciais independentes, os tribunais, a um processo equitativo e a obter [...] uma decisão em prazo razoável. Isso, sem considerar aqui, pela natureza deste processo, aqueles que resultam das garantias processuais penais e por extensão a outros processos de natureza sancionatória. Não deixando de ser relevante igualmente para a determinação do conteúdo do direito recorrer ao que dispõe o artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que estabelece que “toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações”, e, também, ainda que a um nível diferente, à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos que, no seu artigo 7º, dispõe que “toda a pessoa tem direito que a sua causa seja atendida. Esse direito abrange (...) c) O direito à defesa, incluindo o facto de se fazer assistir por um defensor da sua escolha; d) o direito a ser julgado num prazo razoável por uma jurisdição imparcial”, e ao artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direito[s] Cíveis e Políticos, segundo o qual “todos são iguais perante os tribunais de justiça. Todas as pessoas têm direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei, (...)”.

No entanto – como é normal, e não podia ser diferente nesta matéria em específico - os direitos tendo que se adequar a realidades concretas em que se pretende que produzam efeitos, são também passíveis de algum tipo de afetação. O que, em particular, analisámos, sujeitam-se a conformação infraconstitucional e mesmo a serem afetados, desde que, naturalmente, se consiga justificar a existência de uma finalidade legítima e o ato respeite as condições de restrição, máxime as previstas pelos números 4 e 5 do artigo 17 da Constituição da República,

que se aplica de forma pacífica a qualquer direito que tenha natureza de direito, liberdade e garantia.

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, Pedido de desistência, decidido pelo Acórdão nº 6/2017, de 21 de abril, Rel: JC Pina Delgado, pp. 659-668).

(....)

3.2. O direito a um processo equitativo decorre do número 1 do artigo 22 da Constituição, conforme o qual “a todos é garantido 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 militariam favoravelmente ao entendimento de que são protegidos como os direitos, liberdades e garantias, não obstante sequer constarem do título alusivo aos mesmos.

3.2.1. 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 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 por juízes imparciais. Se tais dimensões lhe são inerentes, não se pode igualmente olvidar que se trata de um direito que na base já é racionalizado pelo legislador constituinte, precisamente porque antevê a necessidade de se o manter equilibrado face a

direitos oponentes e a interesses legítimos do Estado em matéria de administração da justiça. Por isso, é que se usa a expressão “equitativo”, na reta proporção, equivalente, já incluindo uma natureza clara de medida. Portanto, não se pode interpretar o direito a processo equitativo como se tivesse uma extensão decorrente de um eventual direito a todas as oportunidades processuais ou algo nesse sentido, o que, naturalmente, tem os seus reflexos ao nível da ponderação, e nem que a sua incontornável projeção sobre o regime de prazos resulta um direito a um prazo específico, o que não se encontra na Constituição e muito dificilmente seria harmonizável com a lógica mais estruturante e principiológica de uma lei fundamental.

3.2.2. Sendo um direito, liberdade e garantia análogo, a estrutura do direito a um processo equitativo, não deixa de ter implicações na forma como se o pode conformar legalmente, nomeadamente em sede de restrições impostas pelo poder legislativo. Isso porque a sua aplicação, além de se inscrever nas relações verticais para as quais precipuamente os direitos fundamentais foram concebidos, isto é, as que se processam entre indivíduo(s) e o Estado, (...) também se projeta para cobrir as relações entre particulares. Portanto, vai depender em última instância do tipo de relação a que cada tipo de mecanismo de acesso [à] justiça vai ser aplicado atendendo aos valores substantivos que cada um deles pretende proteger, considerando inclusivamente os seus intervenientes prospectivos” (p. 851).

2.1.2. Mas, isto numa aceção geral atendendo que se tratava de aplicação a casos vertentes constantes dos autos do processo principal que diziam respeito a questões de processo civil e laboral. Porém, na presente situação, conforme este tribunal já tinha também decidido, a Constituição “impõe orientação conforme a qual, quando se está perante uma concorrência entre um direito geral ligado ao acesso à justiça e um direito especial consagrado na Constituição como garantia processual penal - como o último é formulado de forma mais estrita, considerando a sua remissão, em última instância, ao direito à liberdade – o parâmetro de aferição de eventual vulneração de posição jurídica fundamental deve ser este” (Arlindo Teixeira I, decidido pelo Acórdão nº 8/2018, de 25 de abril, Rel: JC Pina Delgado, 5.2), in fine). Por conseguinte, quando está em causa matéria penal em razão dos princípios e valores últimos que pretende defender, nomeadamente a liberdade natural da pessoa humana, tais fórmulas de proteção judiciária recebem uma evidente densificação na medida em que são assumidas como garantias fundamentais associadas à liberdade sobre o corpo, incrementando ainda mais a necessidade de serem protegidas por via do regime de proteção de direitos, liberdades e garantias.

2.1.3. Em relação ao direito de audiência e à defesa o Tribunal já teve oportunidade de se pronunciar sobre os mesmos algumas vezes, nomeadamente por meio do Acórdão 10/2018, de 3 de maio, *Joaquim Wenceslau v. STJ*, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 35, 6 de junho de 2018, pp. 869-873, embora avaliado nos termos de um tipo processual diferente – o processo disciplinar sancionatório, num tempo (ano de 2004) em que ainda não havia menção expressa na Constituição relativamente ao direito de audiência e defesa nesse tipo de processo, o que só veio a acontecer com a revisão de 2010, considerado no essencial que *“O direito de audiência e de defesa encontram-se expressamente previstos no n.º 7 do artigo 35.º da Lei Fundamental, e sendo este inserido no capítulo I do Título II sobre Direitos, Liberdades e Garantias, o que lhes confere o estatuto de direito formal e materialmente constitucional, porquanto a norma que os prevê confere ao arguido posições jurídicas essenciais para a defesa da sua pessoa e da sua dignidade perante os poderes do Estado em sentido amplo, proibindo fundamentalmente, por um lado, as ingerências dos poderes públicos na esfera jurídica individual, e, por outro lado, permiti[n]do ao seu titular exercer diretamente os poderes que dela emergem. São, portanto, direitos estruturalmente fundamentais e suscetíveis de proteção através do recurso de amparo.”*

Esta garantia processual implica o direito de qualquer um (*arguido*) estar presente em atos processuais e ser ouvido a respeito de qualquer assunto, facto ou circunstância que especialmente o afete ou lhe diga respeito, em qualquer tipo de processo sancionatório, especialmente o criminal e a ser-lhe facultada a oportunidade de apresentar a sua defesa nos termos que lhe convêm, nomeadamente impugnando e contradizendo os factos de que é acusado, para tal tendo acesso às provas e garantias contra atos ou omissões processuais que afetam seus direitos, liberdades e garantias.

Nos termos do Acórdão supracitado *“No essencial, esses dois direitos [de audiência e de defesa] conferem ao arguido uma posição jurídica subjetiva que lhe permitem ser ouvido e poder defender-se com todos os meios legais sempre que o Estado lhe imputa factos dos quais possam resultar a aplicação de uma sanção criminal.”*

2.1.4. Relativamente ao direito ao contraditório, as oportunidades de exercício do mesmo decorrem, como já salientado, da Constituição da República, enquanto direito subjetivo emergente do direito ao processo equitativo previsto pelo seu número 1 do artigo 22, incrementam-se ainda no caso de processos sancionatórios à luz do número 6 do artigo 35, o qual dispõe que *“O processo penal tem estrutura basicamente acusatória, ficando os atos instrutórios*

que a lei determinar, a acusação, a audiência de julgamento e o recurso submetidos ao princípio do contraditório”.

2.2. No entanto, não se deve nunca descurar o facto de que esses direitos, embora tenham a proteção reforçada que a Constituição reserva aos direitos, liberdades e garantias, não são isentos a afetações, o que pode ser materializado, desde que respeitados os pressupostos e requisitos para tal, essencialmente os previstos nos números 4 e 5 do artigo 17, que este tribunal já teve a oportunidade de considerar em alguns acórdãos (*Acórdão nº 7/2016, de 2 de abril, Fiscalização Sucessiva da Constitucionalidade do nº 2 do artigo 9 da lei 90/VII/2011*, Relator: JC Pina Delgado, *Boletim Oficial I Série* nº 35, 10 de maio 2016, pp. 1224-1251/ p. 1247; *Acórdão nº 13/2016, de 7 de julho, Fiscalização Sucessiva da Constitucionalidade de certas normas do Código Eleitoral*, Relator: JC Pina Delgado, *Boletim Oficial I Série*, ° 43, 27 de julho 2016, pp. 1421.1479/p. 1433 e ss; *Acórdão nº 10/2018, de 3 de maio, Joaquim Carvalho v. STJ*, Relator: JP Pinto Semedo, *Boletim Oficial I série*, nº 35, 6 de junho 2018, pp. 869-884/p. 877 e ss; *Acórdão nº 15/2017, de 26 de junho, INPS v. STJ*, Relator: JC Pina Delgado, *Boletim Oficial I série*, nº 35 de 6 de junho 2018, pp. 844-856/p. 855), nomeadamente classificando os seus atos violadores (nulidades insanáveis, nulidades sanáveis ou meras irregularidades) ou impondo prazos para a sua impugnação.

Em suma, são direitos que, primeiro, estão integrados entre si e ao processo equitativo, ligação normal atendendo ao facto de serem emanações em última instância do direito de acesso à justiça. Por conseguinte, qualquer escrutínio que se promova, pelos menos nas circunstâncias que marcam este caso, será necessariamente consequente, pois de uma eventual preterição do dever de dar a oportunidade ao arguido para exercer o contraditório originar-se-ia igualmente uma violação do direito a audiência, de tal sorte a inquinar todo o processo e transformá-lo num processo iníquo que atinge o direito ao processo justo e equitativo.

Independentemente da classificação doutrinária que se fizer o que importa salientar é que será pacífico que são todos direitos amparáveis já que lhes é aplicável o regime de proteção de direitos, liberdades e garantias, como, em diversos momentos, o Tribunal já se pronunciou, sobretudo quando estão em causa questões penais e sancionatórias no geral, situações em que a sua proteção é reforçada.

Há um facto, pelo menos, que não é disputado por ninguém: o recorrente não foi notificado – digamos de modo tradicional - da entrada do recurso do Ministério Público até porque o mesmo

nem sequer foi objeto de despacho de admissão por parte do Tribunal da Comarca de São Vicente.

2.3.O que importa averiguar e responder é se a conduta impugnada viola essas posições jurídicas do recorrente, já que o órgão recorrido não o fez desmotivadamente, mas a partir de uma interpretação que lançou a disposições processuais aplicáveis, precisamente o ato que pode marcar o limite entre o seu poder amplo de interpretação de normas ordinárias e a obrigação que a Constituição lhe impõe de levar em conta as normas de direitos, liberdades e garantias a que está vinculado em tal empreitada (*Acórdão nº 11/2017, de 22 de junho, Maria de Lurdes v. STJ, Rel: JC José Pina Delgado, Boletim Oficial, I Série, nº 42, 21 de julho de 2017, pp. 933-950/p. 948; Acórdão nº 6/2018, de 22 de março, Adilson Danielson v. STJ, Rel: JC José Pina Delgado, p. 505. Acórdão nº 10/2018, de 3 de maio, Joaquim Wenceslau v. STJ, Rel: JP Pinto Semedo; Acórdão nº 13/2018, de 7 de junho, Manuel Fonseca v. STJ, Rel: JC José Pina Delgado, Boletim Oficial, I Série, nº 49, 20 de julho de 2018, pp. 1277-1285/p.1281*).

2.3.1. No entendimento concreto do Venerando Supremo Tribunal de Justiça, que se cita literalmente, *“O requerente baseia a sua reclamação na suposta nulidade insanável decorrente do facto, por ele alegado, de não ter sido notificado da interposição e da admissão do recurso do Ministério Público cujo provimento levou à agravação das penas que lhe foram impostas na 1ª Instância. Ora, independentemente de se ter omitido essa notificação e de essa omissão poder constituir uma nulidade insanável, a verdade é que esta já não pode ser arguida depois do trânsito em julgado da decisão sob impugnação, no caso o acórdão nº 12/2017, de 06 de Março de 2017. Efetivamente, tendo essa decisão sido notificada ao arguido, através do seu advogado, por sinal o subscritor da presente reclamação, no próprio dia da sua prolação, isto é, no mesmo dia 6 de Março, o mesmo tinha, conforme o disposto no artigo 137º, nº 1, do Código Processo Penal (CPP), um prazo de oito dias para apresentar a reclamação contra eventuais nulidades dessa decisão. Entretanto o seu requerimento deu entrada na secretaria deste Supremo Tribunal de Justiça apenas no dia 21 de Março, muito para além do termo desse prazo e quando a decisão visada pela reclamação já se tinha transitado em julgado. Por isso mesmo a reclamação deve ser indeferida, por ser manifestamente extemporânea. Nesta conformidade, acordam os Juízes da Secção Criminal do Supremo Tribunal de Justiça em indeferir a arguida nulidade parcial do acórdão em referência”*.

Por sua vez, por meio do Acórdão nº 38/2017, acrescentou sempre muito fundada argumentação, conforme a qual, *“Cumpre, pois, apreciar e decidir, sendo certo que são duas as*

questões que devem ser consideradas e respondidas: a) A primeira consiste em saber se o prazo para a arguição da nulidade do acórdão nº 12/2017, de 06 de Março é de oito dias ou de 15 dias; b) A segunda consiste em saber se a ilegalidade arguida na reclamação apresentada a 21 de Março de 2017 integrava uma nulidade. Respondendo à primeira questão, há que reconhecer sem dificuldades que, por se estar perante um processo que, para efeitos do disposto no artigo 279º, nº 2, do CPP, foi declarado de especial complexidade, o prazo geral para a prática de atos é, como prescreve o artigo 137º, nº 2, de quinze dias como sustenta o reclamante. Por conseguinte, se a ilegalidade por ele invocada fosse uma efectiva nulidade, tal como foi caracterizada pelo arguido, a sua arguição não podia deixar de ser tida por tempestiva. Sucede, porém, e com isso se entra na apreciação da segunda questão (b), que, ao contrário daquilo que sustenta o arguido, a omissão da notificação do recurso interposto pelo Ministério Público não configura uma nulidade. E é isso que passaremos a demonstrar, começando com uma breve reconstituição dos factos relevantes para a presente decisão. Com efeito, não se conformando com a sentença proferida pelo Tribunal de S. Vicente, o Ministério Público junto da instância interpôs, dentro do prazo legal, recurso para este Supremo, apresentando em simultâneo as correspondentes alegações para fundamentar a sua inconformação. Esse recurso foi incorporado nos autos juntamente com os recursos dos arguidos, integrando a sequência que vai das fls. 2566 a 2667. O recurso do MP consta mais precisamente das fls. 2622 a 2631. Consta da certidão das fls. 14 e 15 que o arguido foi notificado dos recursos constantes das fls. 2566 a 2667, nos quais se inclui naturalmente o recurso do MP. Por aqui já se pode ver que ao arguido, ora reclamante, foi dado a conhecer a interposição do recurso pelo MP, ou ao menos ele não podia desconhecer esse facto. Admitindo, porém, que era necessário um ato formal de notificação, com menção específica da interposição desse recurso, ainda assim a reclamação não poderá proceder. Com efeito, sendo certo que ao arguido assiste o direito a ser notificado do recurso interposto pelo MP, como impõe o principio do contraditório, com acolhimento nomeadamente no art.º 456º, nº 1 do CPP, a verdade é que a omissão dessa notificação não configura, ao contrário do que pretende o reclamante, uma nulidade. Na verdade, apesar do gigantesco esforço expandido pelo reclamante, tendente a forçar a subsunção jurídica da falta de notificação da interposição do recurso numa nulidade insanável, o certo é que a omissão em causa não integra nenhuma das alíneas do art.º 151º do CPP, nem está como tal prevista e cominada por qualquer outra disposição legal. Efetivamente, as notificações cuja omissão constitu[em] nulidade insanável nos termos do citado art.º 151º são apenas as mencionadas em tal disposição legal, sendo certo que, aí não se inclui a omissão da notificação da interposição do recurso por qualquer dos sujeitos processuais. Por outro lado, essa omissão não está sequer

configurada como uma nulidade de outra natureza ou sanável, das previstas no art.º 152º, sendo certo que as ilegalidades cometidas no processo, ainda que se traduzam na violação do princípio do contraditório ou de outros princípios constitucionais, devem ser apreciadas e valoradas à luz e adentro do princípio geral que governa a matéria das nulidades em processo penal”.

Por conseguinte, não tendo havido uma notificação de acordo com a prática normal, portanto dirigido a cada um dos arguidos e outros intervenientes processuais interessados, o órgão recorrido não procedeu de modo imotivado para considerar que não podia deferir os pedidos sucessivos de anulação parcial do acórdão que lhe foram dirigidos pelo ora recorrente, Sr. Alexandre Borges. Sustenta, primeiro, que, na verdade, houve, uma notificação global, suficiente para efetivar o propósito de comunicar a entrada do recurso e de alertar o recorrente, propiciando-lhe a informação necessária que lhe permitia reagir em tempo, tendo optado por não o fazer; segundo, que, mesmo que considerasse a possibilidade de tal não ter ocorrido, tal violação seria, nos termos da lei, uma mera irregularidade, cujo prazo de arguição está fixado em três dias, portanto, no momento em que o recorrente a suscitou já tinha sido largamente ultrapassado, sanando-se assim o incidente.

Tal tese, foi, no entanto, rejeitada pelo recorrente, que, por sua vez, argumenta que *“desconhece o recurso interposto pelo Digno Magistrado do Ministério Público de fls. 2622 a 2631; 19. Esse Recurso não foi dado conhecimento ao recorrente, nos termos do art. 456º do CPP, contudo, o mesmo foi considerado procedente, sustentando a condenação do ora requerente, como frisou o acórdão de fls. 42, 43 e 44; 20. Dispõe o art. 456º do CPP, no seu n.º 1 que “o requerimento de interposição ou a sua fundamentação. Serão, após o despacho de admissão de recurso, notificados aos restantes sujeitos processuais afetados e o recurso, devendo ser entregues os números de cópias necessários;” E que, “os sujeitos processuais afetados pelo Interposição de recurso, poderão responder no prazo de dez dias, contados da data de notificação da apresentação das alegações do recorrente (cfr. 456º n.º 2 do CPP); 21. A não notificação do recorrente do recurso do Ministério Público, consubstancia na violação de um direito fundamental, o direito de ser ouvido pelo Juiz, sempre que este deva tomar qualquer decisão que o afete, constitui uma nulidade insanável, nos termos do art. 151º d) do CPP; 22. Pois, segundo este artigo “constitui nulidades insanáveis e devem ser oficiosamente declaradas em qualquer fase do procedimento, além das que como tal forem cominadas noutras disposições legais, as que constitui violação a disposição relativas a: - **“Obrigatoriedade de presença ou intervenção do arguido e/ou do seu defensor em ato processual”** cfr. art. 151º d) do CPP; 23.*

O acórdão é nulo na parte em que condenou o recorrente, com base no provimento de um recurso interposto pelo Ministério Público, que o mesmo desconhece, com violação grave do seu direito de ser ouvido nos termos dos art.s 77º n.º 1 d) do CPP, conjugado com o art. 5º do mesmo diploma e 35º n.º 6 e 7 da CRCV; 24. Os direitos de audiência e de defesa em processo criminal ou em qualquer processo sancionatório, incluindo o direito de acesso às provas da acusação, as garantias contra atos ou omissões processuais que afetem os seus direitos, liberdade[s] e garantia[s], bem como o direito de recurso, são invioláveis e serão assegurados a todos os arguidos (cfr. art. 35º, n.º 7, da CRCV); 25. Pois, o não cumprimento do art. 456º do CPP, que ordena que seja notificado os sujeitos processuais afetados pelo recurso do requerimento de interposição desse ato, constitui um procedimento contrário à Constituição, violando assim o art. 3º da Lei Magna que diz o seguinte: “As leis e os demais atos do Estado, do Poder Local e dos entes públicos em geral, só serão válidos se forem conforme à Constituição[“]. 28. A omissão do ato de notificação do recorrente da existência do recurso interposto pelo Ministério Público, e a sua consequente condenação estribado no referido recurso, constitui uma violação da Constituição da República de Cabo Verde, concretamente no seu art. 35º n.º 7; 29. Pois, o não cumprimento do art. 456º do CPP, que ordena que seja notificado os sujeitos processuais afetados pelo recurso do requerimento e interposição desse ato, constitui um procedimento contrário à Constituição, violando assim o art. 3º da Lei Magna que diz o seguinte: “As leis e os demais atos do Estado, do Poder Local e dos entes públicos em geral, só serão válidos se forem conforme à Constituição”. 30. “O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática, devendo respeitar e fazer respeitar a Constituição. cfr. art. 3º n.º 2 da CRCV; 31. A nulidade, ora, invocada, constitui uma nulidade insanável, nos termos do art. 151º d) do CPP; (...).”

2.3.2. Por conseguinte, para fundamentar a sua decisão o órgão recorrido baseia-se especificamente na extemporaneidade da impugnação, na medida em que, tendo em conta o seu último veredicto, a falta de notificação do recurso interposto pelo Ministério Público consubstancia-se numa mera irregularidade, que só pode ser arguida, nos termos do nº 1 do artigo 155, num prazo de três dias (tese final), pelo que foi apresentada muito além do termo desse prazo, considerando a exata interpretação que dá aos artigos 137, 150, 151, 152 e 155 do Código de Processo Penal.

Por seu turno, o recorrente entende que a omissão de tal ato constitui nulidade insanável, invocando para tal a alínea d), do artigo 151 do CPP, dado que considera a situação concreta um

caso em que se estaria perante obrigatoriedade de presença e de intervenção do arguido e/ou do seu defensor em ato processual, pelo que, nestes termos, teria pelo menos um prazo de quinze dias para arguir a aludida nulidade, na medida em que, como o processo foi declarado pelo próprio Tribunal recorrido de especial complexidade, é assim que manda o número 2 do artigo 137 conjugado com o artigo 279, ambos do CPP.

Na verdade, o recorrente foi notificado do acórdão 12/17 a 06 de março de 2017 e impugnou-o, arguindo sua nulidade parcial, no dia 21 do mesmo mês e ano, portanto, conforme a interpretação do Egrégio Supremo Tribunal de Justiça, muito para além do termo do prazo de três dias, mas de acordo com a posição do recorrente dentro do prazo de quinze dias.

Contudo, resulta claro que o recorrente entende que a exata interpretação que órgão recorrido deu aos artigos 150, 151, 152 e 155 – concluindo que, no caso, não se está perante uma nulidade insanável ou uma nulidade dependente de arguição, portanto sanável, na medida em que não há qualquer previsão expressa nesse sentido no Código de Processo Penal, pressuposto imposto pelo princípio da legalidade (artigo 150) mas, consequentemente, perante uma mera irregularidade pelo que deveria ser arguida num prazo de três dias (nº1 do art.155 do CPP) –, viola os seus direitos, liberdades e garantias.

2.4. O primeiro argumento que fundamenta a decisão do órgão recorrido que o Senhor Alexandre Borges contesta tem a ver com a própria determinação fáctica relevante, pois, primeiro, apesar de ter reconhecido o seu direito a ser notificado, o Supremo Tribunal de Justiça entende que ele o foi de todos os recursos impetrados em bloco, numa espécie de notificação geral, tal qual impõe o princípio do contraditório, sublinhando textualmente que *“Esse recurso foi incorporado nos autos juntamente com os recursos dos arguidos, integrando a sequência que vai das fls. 2566 a 2667. O recurso do MP consta mais precisamente das fls. 2622 a 2631. Consta da certidão das fls. 14 e 15 que o arguido foi notificado dos recursos constantes das fls. 2566 a 2667, nos quais se inclui naturalmente o recurso do MP. Por aqui já se pode ver que ao arguido, ora reclamante, foi dado a conhecer a interposição do recurso pelo MP, ou ao menos ele não podia desconhecer esse facto”*.

2.4.1. Naturalmente, compreendemos a tese e a sua lógica. Porém, numa primeira dimensão, mesmo que tal tenha ocorrido, ela abarcaria somente a alegada não notificação, mas em nenhum momento se pronuncia especificamente sobre a não admissão. Especificamente se de tal modo de comunicação resultasse igualmente um ato duplo também de admissão do recurso do

Ministério Público, conforme o qual se o juiz procede a essa espécie de notificação global também estaria implicitamente a admitir todos os recursos sem a isso se referir expressamente.

2.4.2. Segundo, a tese muito dificilmente se conformaria à obrigação de a legislação dar os devidos efeitos aos preceitos de proteção de direitos, liberdades e garantias invocados precisamente porque seria sempre muito duvidoso que uma notificação contendo diversas peças que abarcam mais de cem folhas de autos, não lesasse os mesmos direitos, liberdades e garantias invocados pelo recorrente, ainda que um dos documentos incluídos nesse intervalo, por acaso, contivesse menção à admissão do recurso do Ministério Público e a comunicação da sua entrada para que os arguidos disso tomassem conhecimento.

2.4.3. Terceiro, mesmo que isso fosse contornável, o facto é que em nenhum segmento desse documento se depreende que o recurso do Ministério Público foi admitido, como deve ser, nos termos da lei, e que este especificamente foi objeto de notificação. O despacho de 7 de dezembro de 2015 do meritíssimo juiz comarcão, limita-se a, literalmente, “*manda[r] [que] se notifiquem [os arguidos] (...) [de que] fo[ram] admitidos os recursos interpostos pelos arguidos (...)*”. Dessa fórmula, não se podia esperar que o recorrente subentendesse que também o recurso do Ministério Público fora admitido e constava desse rol e ainda que estava a ser notificado do mesmo, precisamente porque de tal formulação decorre singelamente que os arguidos estavam a ser notificados dos seus respetivos recursos e que este tinham sido admitido.

Em homenagem ao principio acusatório e todas as consequências que dele advêm, e respeitando a primazia e supremacia normativa das normas respeitantes a direitos, liberdades e garantias, o CPP regulou especificamente a tramitação do recurso, impondo a obrigatoriedade de o Tribunal *a quo* pronunciar-se sobre os recursos interpostos, notificar aos restantes sujeitos afetados pelo recurso, devendo ser entregues cópias. O recurso e as contra-alegações devem ser apresentados no prazo legalmente estabelecido. Sem a admissão e notificação não há possibilidade de exercer o direito ao contraditório. Portanto, é duvidoso, no mínimo, que se possa defender que tenha havido uma notificação global.

Contextualizada esta questão, de facto não se pode senão concluir que o juiz nem admitiu como devia o recurso, nem tão-pouco o despacho foi notificado ao ora recorrente.

2.5. Mas, conforme o douto arrazoado do Egrégio Supremo Tribunal de Justiça, mesmo que não tivesse ocorrido notificação nos termos da lei, o facto é que o recorrente devia ter arguido tal

situação oportunamente, pois, por entender que, à luz da lei, se trata de mera irregularidade, o prazo, encontrando-se estabelecido em três dias, não foi observado pelo recorrente, sanando-se em definitivo aquela ocorrência.

2.5.1. A questão a saber é se o Supremo Tribunal de Justiça fez uma interpretação das disposições legais aplicáveis, nomeadamente os artigos 151 a 153 do Código de Processo Penal, dando o devido peso ao efeito irradiador dos direitos ao contraditório, à audiência e ao devido processo legal, o que merece resposta negativa desta Corte. Este Tribunal entende que o órgão recorrido calibrou de modo imperfeito a solução, precisamente porque, desde logo, muito dificilmente se pode degradar a nulidade mencionada a uma mera irregularidade, quando nomeadamente a ausência por falta de notificação do assistente e da parte civil nos casos em que a lei exigir a respetiva comparência – muito menos grave – é considerada como uma nulidade dependente de arguição com um prazo um pouco mais generoso, nomeadamente de cinco dias.

2.5.2. Mas, mesmo que assim fosse, ou seja, admitindo-se, em benefício da discussão, a tese da mera irregularidade com um prazo de arguição fixado em três dias, não é líquido que a solução seja constitucionalmente sustentável. Perante a classificação que os juízes fizeram do recurso, ou seja, como complexo, haveria sempre, pelo menos na situação concreta, uma determinação de interpretação da disposição no que toca à definição do prazo levando em consideração igualmente a extensão que resultaria da aplicação do artigo 279 em conjunto com o número 2 do artigo 137, impondo-se a dilação desse prazo para quinze dias, precisamente aquele que balizou a entrada da arguição em Tribunal. Poderá até haver situações em que a classificação de um processo como complexo pelo órgão judicial não terá efeitos similares para o arguido, mas o normal é que isso aconteça nesses mesmos termos.

2.5.3. Mas, nem sequer este é o argumento de fundo para se rejeitar a fundamentação que justificou a conduta recorrida. Este diz respeito à classificação das nulidades, um aspeto importante por ser objetivamente um ato de restrição de direito.

É facto que, nem os artigos 151 e 152, nem qualquer outra disposição do CPP fazem menção específica e expressa à falta de notificação do recurso do Ministério Público no sentido de o considerar uma nulidade. O único aspeto que conseguimos determinar com certeza hermenêutica é que em cumprimento do que manda o princípio do contraditório, neste caso nos termos dos números 1 e 2 do artigo 456 do CPP, esta notificação é obrigatória, para que se possa conceder ao arguido a possibilidade de se defender do recurso contra ele movido.

2.5.4. Porém, sendo verdade que o regime de nulidades insanáveis, fixado por essas disposições legais, é estrito, portanto impassível de aceitar figuras fora do catálogo ou inferidas por analogia, isso não significa que dela constem normas que dispensam interpretação, o que sequer é linguisticamente possível, já que contêm os labirintos de diversos caminhos de que fala o filósofo da linguagem Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, G.E. Anscombe (ed.), Oxford, Basil Blackwell, 1958, para. 203: “*A linguagem é um labirinto de diversos caminhos. Aproximas-te de um lado e conheces o sentido; aproximas-te do mesmo lugar a partir de outro caminho e deixas de conhecer o sentido/Language is a labyrinth of paths. You approach from one side and know your way about; you approach the same place from another side and no longer know your way about*”. Não só os juízes ordinários não estão isentos do dever de as interpretar, como devem fazê-lo conforme a Constituição e respeitando o efeito irradiador dos direitos, liberdades e garantias sobre todo o ordenamento jurídico.

Neste particular, nos termos propostos pelo recorrente, a violação materializada na ausência de presença ou intervenção – note-se que esta expressão em nenhum momento aparece no Código de Processo Penal de Portugal, deixando a utilização da autoridade dos seus comentaristas sem o efeito útil desejado – do arguido e/ou do seu defensor em ato processual, deve ser interpretada como abrigando igualmente a situação em que ele, por não ter tido ciência e por não ter sido convidado, portanto à margem da sua vontade, perde a oportunidade de intervir num ato processual da relevância do que está em causa e de contradizer o recurso do Ministério Público. Por conseguinte, o recorrente invoca nulidade insanável nos termos da alínea d) do artigo 151 do CPP, uma vez que entende estarmos perante uma situação de obrigatoriedade de presença e de intervenção do arguido e/ou do seu defensor em ato processual. Antes de mais, convém ter presente que a obrigatoriedade de intervenção do arguido ou seu defensor em ato processual não tem que ver necessariamente só com as situações em que o arguido deva estar presente no momento da prática do ato, ou tenha que praticar obrigatoriamente um ato, mas também relativamente aos casos em que o poder judicial tem o dever de chamar o arguido a tomar parte por outros meios na prática de determinado ato, para que ele possa exercer o seu direito de audiência e de defesa e o direito ao contraditório, por esta participação ser obrigatória.

Mais, acrescenta-se, é evidente que a solução inserta na alínea h) do mesmo dispositivo resultava de forma mais óbvia ainda da hipótese legal que, debaixo do mesmo artigo base, prevê como violações ensejadoras de nulidades insanáveis as que se relacionem à “*notificação da acusação, do despacho de pronúncia ou despacho materialmente equivalente*”. Um despacho de

admissão de um recurso que inaugura um canal de reapreciação de uma condenação ou de uma absolvição e/ou das sanções aplicáveis é materialmente equivalente às duas figuras típicas mencionadas, e não parece que o direito, liberdade e garantia em presença não determinasse uma outra orientação.

Assim do que se expõe, resulta cristalino que era possível uma interpretação no sentido de se considerar que a falta de notificação do ato em causa deve ser considerada uma nulidade insanável, o que sempre garantiria maior proteção aos direitos e princípios em causa. Pelo que nestes termos e levando em conta a natureza dos direitos e princípios constitucionais violados, esta Corte entende que é sempre obrigatório que o arguido intervenha ou, no mínimo, tenha a oportunidade real de intervir nos tipos de ato que põem em causa de forma gritante os seus direitos de defesa e de audiência e ao contraditório e, conseqüentemente, o seu direito ao processo equitativo e o poder judicial não pode furtar-lhe essa oportunidade, nomeadamente não o notificando de ato que possa afetar a sua posição, como o seja um recurso interposto pelo Ministério Público no interesse da acusação.

2.5.5. E é constitucional e sistemicamente natural que seja obrigatório que o arguido intervenha nos tipos de ato que possam afetar a sua posição processual, como é um recurso interposto pelo Ministério Público no interesse da acusação. Dada a importância desse direito a solução de que a sua preterição ou negação geraria sempre uma nulidade insuscetível de sanção é a única que se ajusta aos direitos, liberdades e garantias em causa e seria possível dentro do espaço hermenêutico que os juízes tinham para decidir.

Recorde-se que a Constituição da República de Cabo Verde, nos n.º 6 e 7 do artigo 35.º, estabelece que: *“O processo penal tem estrutura basicamente acusatória, ficando os actos instrutórios que a lei determinar, a acusação, a audiência de julgamento e o recurso submetidos ao princípio do contraditório e os direitos de audiência e de defesa em processo criminal ou em qualquer processo sancionatório, incluindo o direito de acesso às provas da acusação, as garantias contra actos ou omissões processuais que afectem os seus direitos, liberdades e garantias, bem como o direito de recurso, são invioláveis e serão assegurados a todo o arguido.”*

Nos termos desta norma constitucional, é líquido que a estrutura acusatória que caracteriza o processo penal cabo-verdiano mantém-se na fase do recurso. Vale dizer que, regra geral, os princípios que enformam a audiência de discussão e julgamento na primeira instância, devem fazer-se presentes na audiência de julgamento do recurso, nomeadamente o princípio da

publicidade, do contraditório e da audiência. As considerações feitas sobre a estrutura acusatória do processo penal cabo-verdiano de que resulta o princípio da vinculação temática tratado no *Acórdão n.º 29/2017, de 5 de dezembro, Ovídio de Pina v. STJ*, Rel: JC Aristides Lima, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 6, 1 de fevereiro de 2018, pp. 75-93, aplicam-se, com as devidas adaptações, ao caso em apreço. Neste aresto o Tribunal Constitucional considerou que a vinculação temática é uma questão importante e merece a apreciação desta Corte, porque se traduz numa garantia processual penal que encontra respaldo nas disposições constitucionais citadas: “*Com efeito, aí se estatui, num primeiro momento, que “o processo penal tem estrutura basicamente acusatória [...], e, num segundo, que “os direitos de audiência e de defesa em processo criminal ou em qualquer processo sancionatório, incluindo o direito de acesso às provas da acusação, as garantias contra atos ou omissões processuais que afetem os seus direitos, liberdades e garantias, bem como o direito de recurso, são invioláveis e serão assegurados a todo o arguido».* Além dos princípios já referidos, a Constituição da República de Cabo Verde consagra um conjunto de outros princípios que indubitavelmente tiveram impacto na concreta conformação do nosso processo penal, o que de alguma forma traduz a ideia de que o processo penal é direito constitucional aplicado ou de que ele constitui um verdadeiro *sismógrafo de uma lei fundamental (...)*” (p. 84).

Nesta sede, significa que o arguido não pode ser condenado por factos que não constem do despacho de pronúncia ou equivalente, nem ver a sua pena agravada pelo Tribunal *a quo* sem que se lhe assegure a oportunidade de se defender. Pois a estrutura acusatória mantém-se na instância de recurso, como resulta claramente do disposto no número 6 do artigo 35.º da Constituição e densificado, designadamente, nos artigos 463.º e 464.º do CPP (julgamento do recurso em audiência contraditória e o processo de julgamento do recurso, respetivamente).

Portanto, à semelhança da sentença ou acórdão que condenar por factos não descritos na pronúncia ou, se a não tiver havido, na acusação, fora dos casos e das condições previstos no artigo 396º, é nula por força do disposto na alínea b) do artigo 409.º do CPP, por configurar violação do direito de defesa consagrado n.º 7 do artigo 35.º da Constituição, o Acórdão do Tribunal de recurso que agrava a pena do arguido sem que este tenha exercido o direito fundamental ao exercício do contraditório é nulo.

Aliás entendimento similar tem o Digníssimo Procurador Geral da República, que no seu parecer relativamente ao pedido de reforma de acórdão (o acórdão 29/17 que indeferiu a arguição da nulidade parcial do acórdão 12/17, na medida em que o recorrente não fora notificado do

recurso do MP), entendeu que se devia remeter o processo ao Tribunal da Comarca de São Vicente para a decisão quanto à admissibilidade ou não do recurso interposto pelo Ministério Público, procedendo posteriormente à notificação ao recorrente do mesmo, para que possa, querendo, exercer o seu direito ao contraditório.

É o que se depreende do seguinte texto que se cita literalmente: *“Conforme certidão do despacho judicial de fls. 12 do traslado, a 04 de dezembro de 2015 foi admitido o recurso interposto pelos arguidos, tendo ainda sido ordenada a notificação do MP nos termos e para os efeitos do artigo 456º do CPP, ou seja, para, querendo, responder a tais recursos, o que efetivamente veio a ocorrer. A 07 de dezembro de 2015, conforme certidão constante de fls. 15 do traslado, foram os arguidos notificados do despacho judicial datado de 04/12/2015, ou seja, de que foi admitido o recurso interposto pelos mesmos. Entretanto, determina o artigo 453º, nº 1 do CPP que, “Interposto o recurso ou findo o prazo para o efeito, o processo será concluso ao juiz para fins de admissão do recurso e fixação dos seus efeitos”, sendo certo que, nos termos do nº 1 do artigo 455º do mesmo diploma legal, “Do despacho que não admitir ou que retiver o recurso, o recorrente poderá reclamar para o presidente do tribunal a que o recurso se dirige”. Assim sendo, e a nosso ver, da conjugação dessas disposições resulta a obrigatoriedade de haver um despacho judicial de admissão de recurso, após o qual, nos termos do artigo 456º, serão os outros intervenientes processuais afetados pelo recurso notificados para efeitos de, querendo, responderem. Ora, conforme alega o arguido e parece decorrer dos autos, em nenhum momento a secretaria procedeu à notificação do recurso interposto pelo MP aos arguidos, notificação essa que, aliás, sequer podia ter havido, pois que em nenhum momento tal recurso foi admitido, estando, bem vistas as coisas, “retido” até então. Assim sendo, tal recurso não devia ter sido conhecido pelo tribunal de recurso, tendo havido, com o seu conhecimento e provimento, efetivamente uma grave violação ao direito do arguido ao contraditório e a um processo justo e equitativo, constitucionalmente garantidos (artigos 35º e 22º, respetivamente). Desta feita, é nosso parecer que o processo deve ser remetido ao tribunal a quo para a prática do ato devido, ou seja, para a decisão quanto à admissibilidade ou não do recurso interposto pelo MP, seguindo-se com a notificação ao arguido para, querendo, exercer o seu direito ao contraditório, respondendo a tal recurso”*.

Refira-se ainda que o parecer assinado pelo renomado jurisconsulto e especialista em Processo Penal, o Professor Germano Marques da Silva, entranhado nos autos a pedido do recorrente e admitido implicitamente pelo Relator inicial, chega a essa mesma conclusão, pois,

no seu dizer “no que respeita à falta de notificação ao arguido da interposição de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça por parte do Ministério Público e o consequente processamento do recurso sem que o arguido tenha tido possibilidade de nele intervir. Somos de parecer que “Os Acórdãos n.º 38/2017, de 28 de abril de 2017 e 40/2017, de 12 de maio de 2017, ambos proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça, devem ser anulados por violação dos direitos do arguido, de defesa de audiência e contraditório, consagrados no art. 35º da Constituição da República de Cabo Verde”.

2.6. A partir do momento em que se dá como demonstrada a violação do direito ao contraditório por manifesta violação do direito a ser notificado do recurso interposto pelo Ministério Público, as demais imputações violadoras dos direitos a um julgamento justo e equitativo também se confirmam. Portanto, na opinião desta Corte, o órgão judicial recorrido violou em cascata os direitos, liberdades e garantias ao contraditório, à audiência e ao devido processo legal do recorrente, precisamente porque não considerou devidamente na hermenêutica que lançou aos artigos relevantes o seu efeito irradiador, acolhendo sentido normativo contrário aos mesmos, e aplicando entendimento normativo que conduziu ao agravamento à revelia de uma sanção.

2.6.1. Nestes termos e ultrapassada a primeira dimensão do escrutínio de amparo, concluída com a determinação de que a confirmação pelo tribunal recorrido de situação de não admissão e de omissão de acórdão violou os seus direitos ao processo equitativo, de audiência e de defesa e ao contraditório do arguido, resta ao Tribunal definir o amparo mais adequado a atribuir ao recorrente atendendo às particularidades da sua situação.

2.6.2. O que, neste caso, passaria pela anulação de todo o processado que tenha prejudicado a posição processual do arguido resultante do recurso do Ministério Público e pela determinação de o Tribunal de julgamento pronunciar-se a respeito do recurso para efeitos de admissão e, de modo subsequente, notificar o arguido da sua entrada para que este, querendo, possa defender-se, exercendo o contraditório nos termos da lei.

3. O recorrente alega, ademais, que o seu direito à liberdade sobre o corpo, em particular as garantias que dela emergem a não se ser mantido em prisão preventiva por prazo superior a trinta meses foi violado, imputando responsabilidades ao Supremo Tribunal de Justiça.

3.1. Em relação aos direitos em causa é importante reter o seguinte:

3.1.1. Os direitos à liberdade previstos no artigo 29 da Constituição da República com carácter geral e à liberdade sobre o corpo previsto no artigo 30 do mesmo diploma são direitos decorrentes do princípio da liberdade e da autonomia individuais. A liberdade é tão central para o sistema que o legislador constituinte a adjectiva de “inviolável”, representa-a como a regra e limita ao mínimo as possibilidades de sua afecção, como decorre de entendimento já assentado por este Tribunal em palavras segundo as quais diria *“respeito a um dos valores centrais do nosso ordenamento jurídico, indispensável ao modelo de organização da comunidade política adotado em Cabo Verde centrado na pessoa humana enquanto indivíduo – a liberdade e a autonomia individuais – o que se depreende das indicações constitucionais insertas nos artigos 1 (2), in fine (“A República de Cabo Verde (...) reconhece o pleno exercício por todos os cidadãos das liberdades fundamentais”); 1 (3) (“A República de Cabo Verde (...) tem como objetivo fundamental a (...) a construção de uma sociedade livre (...)” e 2 (1) (“A República de Cabo Verde organiza-se em Estado de Direito Democrático assente (...) no respeito pelos (...) [as] liberdades fundamentais”)*. Os efeitos deste princípio no sentido de enviar comandos densificados ao legislador de primeiro partir do postulado da liberdade originária da pessoa humana e, daí, com a máxima intensidade que seja permitida pela vida em sociedade, garantir-lhe espaços efetivos de exercício destas liberdades. Efetivos, porque protegidos da intervenção do Estado e porque salvaguardados de ingerência alheia pelos poderes públicos; protegidos porque criam território soberano para o indivíduo, onde ele determina a prossecução de um conjunto de caminhos, onde ele escolhe modos de realização pessoal, nos quais desenvolve a sua personalidade, por via de um processo de escolha livre, de tentativa e erros, de realizações e frustrações, de linearidade e câmbio; efetivo, em consequência, porque um espaço defeso reservado do paternalismo público, no qual não é o Estado que determina como as pessoas devem viver, nem como se devem comportar, particularmente quando não estão em jogo direitos e interesses de outrem. O[s] princípio[s] da liberdade e da autonomia individuais enviam, pois, comandos ao Estado de preservação dessas esferas individuais. 1.4. Além de valor objetivo do sistema constitucional, é também posição jurídica subjetivada, por meio da qual se garantem direitos, os quais se desdobram em várias das suas principais manifestações, o que o legislador faz acolhendo-as por meio de técnicas variadas, nomeadamente reconhecendo um direito geral à liberdade no artigo 29 da Carta Magna da República (1. É inviolável o direito à liberdade. (...))), explicitando-as, de modo particularizado, no número seguinte (*“São garantidas as liberdades pessoal, de pensamento, de expressão, de informação, de associação, de religião, de culto, de criação intelectual, artística e cultural, de manifestação”*) e permitindo, como é natural, que outras sejam incorporadas ao sistema (*“(...) e as demais consagradas na*

Constituição, no direito internacional geral ou convencional, recebido na ordem interna, e nas leis”) (p. 1425) (Acórdão 13/2016, de 7 de julho, Fiscalização Sucessiva de Algumas Normas do Código Eleitoral, Rel: JC Pina Delgado, publicado no Boletim Oficial, I Série, nº 43, 27 de julho de 2016, pp. 1421-1479).

3.1.2. Uma das manifestações mais importantes da liberdade, inerente à própria pessoa humana, é a liberdade sobre o corpo, tanto assim é que o legislador constituinte lhe reservou uma posição emblemática no texto fundamental, na medida em que é a primeira manifestação da liberdade reconhecida pela Constituição, o que se vê desde logo no número 2 do artigo 29, quando expressivamente se diz “*São garantidas as liberdades pessoal, (...)*”. É consagrada logo no artigo 30, nos termos segundo os quais “*Todos têm direito à liberdade (...) pessoal*” e também recebe forte proteção por meio das várias garantias previstas nos artigos subsequentes, especialmente a prevista no artigo 36 – o *habeas corpus*.

O direito à liberdade foi objeto de apreciação aprofundada no âmbito do *Arlindo Teixeira I*, decidido pelo Acórdão nº 8/2018, Rel. JC Pina Delgado, para. 13, onde se reafirmou a sua fundamentalidade e amparabilidade, destacando-se, nomeadamente, que “*Todavia, límpido é que, ainda assim, a forma de construção do artigo 30, quase em homenagem ao “l’homme est né libre et partout il est dans le fer” (liv. I, cap. I) de Rousseau, Du Contrat Social ou, Principes du Droit Politique in: Œuvres Politiques, Paris, Gallimard, 1964, pp. 347-469, é inequívoca no sentido de que a condição natural do ser humano é de liberdade. Razão pela qual a construção normativa do preceito que representa o direito reflete esta precedência inevitável, declarando no primeiro parágrafo que “Todos têm direito à liberdade (...)” e dedicando, de forma irrepetida em relação a outros direitos, um conjunto de garantias materiais e processuais destinadas precisamente a reforçar o seu nível de proteção e a assegurar que a privação da liberdade natural das pessoas é sempre muito excecional e somente pode acontecer em situações muito limitadas, suficientemente graves e depois de um devido processo legal. Assim, apenas admitindo afetações à mesma em situações muito especiais, daí construir-se a disposição pela negativa (...)*”.

Embora a liberdade sobre o corpo não seja absoluta, portanto sujeita a afetações, o indivíduo só pode ser privado total ou parcialmente dela, nos termos previstos na constituição, ou seja, “*em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de atos puníveis por lei com pena de prisão ou de aplicação de medida de segurança prevista na lei*”. As únicas exceções que,

como regra, esta garantia comporta são as elencadas no número 3 do artigo 30, onde se encontra consagrada para os termos que interessam ao caso concreto a prisão preventiva.

3.1.3. Nos termos da alínea b), do número 3 do artigo 30 da Constituição só pode haver a aplicação da medida da prisão preventiva por fortes indícios da prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão – cujo limite máximo seja superior a três anos – quando outras medidas cautelares processuais se mostrem insuficientes ou inadequadas. O número 1 do artigo 31 elenca os atos, procedimentos e formalidades a serem praticados para decretação da prisão preventiva. O número 2 do mesmo artigo garante a sua natureza subsidiária, na medida em que só se deve recorrer a ela quando outras medidas cautelares se revelarem insuficientes ou inadequadas, procedendo à sua substituição por outros meios sempre que estes se mostrem mais adequados ou suficientes; o número 3 prevê a garantia de se comunicar a pessoa de família do detido ou preso, ou a pessoa de sua confiança, por ele indicada, da decisão judicial que a ordena ou mantenha e o número 4 remete para a lei o estabelecimento de prazos da mesma, garantindo, no entanto, que, em caso algum, pode ser superior a trinta e seis meses, contados a partir da data da detenção ou da captura.

Portanto, é verdade que, dentre essas exceções, está a possibilidade de, por motivos superiores da boa administração da justiça, seja imposta prisão preventiva ao titular do direito de forma excecional, desde que seguidas certas formalidades e com limitações estritas de prazos de subsistência. Como se sustenta no *Arlindo Teixeira I*, decidido pelo Acórdão nº 8/2018, Rel. JC Pina Delgado, para. 13, “(...) *verifica-se claramente que mesmo quando se admite uma afetação ao direito à liberdade em estágio preliminar à determinação da culpa por meio de decisão transitada em julgado, tal possibilidade é constitucionalmente condicionada pela existência de um conjunto de fatores cumulativos*”.

Portanto, a prisão preventiva é a medida de coação de *ultima ratio*. Por conseguinte, a sua duração não pode ultrapassar os limites legais e constitucionais, nem pode ser confundida com uma constitucionalmente ilegítima antecipação da pena. Além de, no geral, possuir um potencial lesivo do direito à liberdade sobre o corpo, de forma específica coloca-se sempre em posição de vulneração da garantia da presunção da inocência, um dos mais importantes princípios processuais penais previstos pelo artigo 35.º da Constituição, segundo o qual “*Todo arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado de sentença condenatória, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa*, e que reproduzido pelo artigo 1º do Código de Processo Penal, sob a epígrafe - “*Direito fundamental à presunção da inocência*”,

nesta sede é densificada, não fosse, como assevera o seu autor material, “o centro da Constituição processual penal cabo-verdiana” (Jorge Carlos Fonseca, “O Novo Processo Penal de Cabo Verde. Dados de um Percurso, Estrutura e Princípios Fundamentais” in: Augusto Silva Dias & Jorge Carlos Fonseca (Coord.), *Direito Processual Penal de Cabo Verde. Sumários do Curso de Pós-Graduação sobre o Novo Processo Penal de Cabo Verde*, Lisboa/Praia, ICJ-FDUL/ISCJS, 2009, p. 116 e ss).

O direito à presunção de inocência está associada ao direito à liberdade e que se assenta em última instância no próprio princípio da dignidade da pessoa humana. Conforme tratamento que já lhe tinha sido reservado por este Tribunal Constitucional através da decisão *Ovídio* por meio do Acórdão n.º 29/2017, de 28 dezembro, Rel. JC Aristides Lima em que consta pronunciamento relevante para este processo, segundo o qual *“aqui está plasmado um princípio do direito processual penal que foi elevado à categoria de direito fundamental. A presunção de inocência do arguido traduz-se numa regra de tratamento a dispensar ao arguido ao longo do processo, conferindo-lhe um estatuto de sujeito livre que lhe permite ser tratado como inocente, não obstante a existência de medidas cautelares, as quais devem respeitar escrupulosamente o disposto no n.º 5 do artigo 17.º da CRCV. A presunção de inocência é uma garantia do direito à liberdade que emerge da dignidade da pessoa humana”*.

3.2. A conduta que se imputa ao órgão recorrido é que, não obstante o Senhor Alexandre Borges estar em detenção desde 5 de novembro de 2014 e lhe ter sido decretada a medida de coação em causa desde 7 do mesmo mês e ano, no momento em que interpôs o presente recurso já se tinha ultrapassado o prazo de trinta meses para o qual se estendeu a medida de coação, tendo alegado precisamente no recurso de amparo que foi indeferido pelo Acórdão 40/17. Resulta efetivamente dos autos que o recorrente foi detido pela Polícia Judiciária no dia 5 de novembro de 2014 e apresentado a primeiro interrogatório judicial no dia 7 do mesmo mês, tendo sido decretada pelo 1º Juízo Crime do Tribunal da Comarca de São Vicente a medida de prisão preventiva.

Em sede do recurso a situação da prisão preventiva do recorrente foi reavaliada e tendo o tribunal de recurso declarado o processo de especial complexidade o seu prazo foi estendido para trinta meses. No dia 8 de maio de 2017, o recorrente requereu perante o tribunal recorrido providência de *habeas corpus*, na medida em que já se havia ultrapassado o prazo de trinta meses, pelo que, no seu entender, a prisão preventiva seria então ilegal.

3.2.1. Tal como aconteceu em relação às condutas impugnadas por violação ao direito ao contraditório, à defesa e ao devido processo legal, esta, à qual se imputa lesão da liberdade sobre o corpo por meio de desconsideração de garantia de presunção da inocência e do direito ao recurso de amparo, não decorreu de atos arbitrários do poder judicial recorrido, mas, outrossim, se sustentaram em interpretação específica que lançou a artigos aplicáveis do Código de Processo Penal e, neste caso, do Código de Processo Civil.

Assim, os seus venerandos juízes fizeram incluir no Acórdão 40/2017, arrazoadado, largamente ancorado em doutrina e jurisprudência portuguesas que *“o prazo foi elevado para 30 (trinta) meses, o que significa que o arguido podia ficar em prisão preventiva até 05.05.2017 (ao que acresceria, eventualmente, o prazo de 6 meses, por força do n.º 4 do art. 279º, que contempla as situações em que tiver havido recurso para o Tribunal Constitucional). Dito de outro modo: nessa data, teria que haver uma decisão condenatória com trânsito em julgado, situação que, como é sabido, ocorre quando as decisões judiciais deixam de ser suscetíveis de recurso ordinário ou de reclamação (art.º 586º do CPC, aplicável por força do art.º 26º do CPP). Isso significa que, decidida que foi a reclamação, o prazo de prisão preventiva mostra-se integralmente respeitado, para o efeito prevenido no art.º 279º n.º 2 acima mencionado. Contrariamente ao alegado, não está em curso qualquer prazo de recurso ordinário, pois que, após a decisão da reclamação pelo STJ, a lei não contempla, no âmbito dos Tribunais comuns, a existência de outro recurso ordinário. E tanto assim é que o requerente nem indica para que tribunal (comum) estaria agora a decorrer o prazo de recurso da decisão do STJ. Sendo certo que, de acordo com o disposto no art. 579º n.º 2 do Código de Processo Civil, aplicável ao processo penal ex vi art. 26º, do despacho que indeferir a reclamação não cabe recurso. Os recursos ordinários mostram-se, pois, esgotados.*

Por meio do acórdão 40/17, o Egrégio Supremo Tribunal de Justiça indeferiu o pedido do recorrente recorrendo a dois argumentos de base; primeiro na medida em que considera que à data do requerimento da providência do *habeas corpus* já havia ocorrido o trânsito em julgado da decisão condenatória (acórdão 12/17), uma vez que já não se admitia recurso ordinário nem reclamação, tendo esta sido decidida pelo Acórdão 38/17.

3.2.2. O recorrente por sua vez na peça inicial que submeteu a este Tribunal adotou interpretação diferente, de acordo com a qual *“32. Os acórdãos suprarreferidos ao considerarem que a decisão transitou em julgado, considerando que o recorrente está em cumprimento de pena e não em prisão preventiva, uma vez que ainda não decorreu o prazo de vinte dias para o*

exercício do direito de recurso de amparo, violaram o direito ao recurso, garantido ao arguido nos termos do artigo 35º n.º 6 e 7 da CRCV; 33. Pois, nenhuma decisão transita em julgado, estando ainda a decorrer o prazo do recurso, um direito fundamental que deve ser assegurado em qualquer fase [d]o processo; 34. Ao decidirem assim os acórdãos referidos, violaram também o direito à liberdade do arguido previsto no artigo 29º da CRCV, mantendo preso preventivamente de forma ilegal”, o que reiterou na peça de aperfeiçoamento.

Portanto, para sustentar a sua posição o órgão recorrido aplicou o artigo 586 do Código de Processo Civil, com base em remissão feita pelo artigo 26 do Código de Processo Penal; segundo, estribando-se em argumento de que independentemente do prisma a partir do qual a situação for analisada sempre se estaria perante uma situação de prisão efetiva, devido à formação de um caso julgado parcial, relativamente a parte da decisão da Primeira Instância que o recorrente não impugnou. Isto porque, na última situação a tratar mais à frente, pontua-se que mesmo que ele não tivesse conhecido do recurso do Ministério Público, haveria na íntegra a confirmação dessa decisão que condenou o recorrente na prática de oito anos de prisão pelo crime de tráfico de estupefacientes agravado, facto não impugnado pelo recorrente.

3.3. Por conseguinte, o primeiro argumento no qual o órgão recorrido se ancora é que, no momento em que o recurso foi interposto, já havia trânsito em julgado da decisão condenatória, uma vez que já não se admitia nem recurso ordinário, nem reclamação, e o recurso de amparo, sendo nesta perspetiva extraordinário, não teria o condão de impedir o trânsito em julgado de uma decisão que já não admite nem recurso ordinário nem reclamação.

Nestes termos, na opinião deste Tribunal a questão de fundo que se deve responder é se a interpretação do órgão judicial recorrido segundo a qual o acórdão já havia transitado em julgado mesmo na pendência de prazo de interposição de recurso de amparo – e diga-se também de fiscalização concreta da constitucionalidade – é compatível com os direitos, liberdades e garantias invocados pelo recorrente e/ou os que este Tribunal pode considerar terem sido vulnerados pela conduta impugnada: a liberdade sobre o corpo e a garantia de presunção de inocência, de uma parte, e ao direito ao amparo, do outro.

Em caso afirmativo, de facto, como sustenta o órgão recorrido, não mais estaríamos perante prisão preventiva, mas sim face a cumprimento de pena efetiva de prisão. No entanto, caso ainda não haja trânsito em julgado nem total nem parcial da decisão que condenou o recorrente em sede de recurso, ainda estaremos defronte de prisão preventiva, nestes termos ilegal, uma vez que à

data da interposição do recurso já se havia esgotado o prazo de trinta meses para a sua manutenção, considerando que naquele momento ainda não tinha sido interposto o recurso de amparo, atingindo a sua liberdade sobre o corpo.

A questão determinante, em última instância, não é de saber se se está perante um recurso ordinário ou não e sequer dispõe a respeito do efeito da interposição do recurso, o qual pode até não ser suspensivo como acontece com o amparo, ainda que em certas situações possa haver sobreposição entre ambas. O problema de fundo é o de se saber se, havendo a possibilidade imediata, portanto, sem hiatos temporais relevantes ou eventos extraordinários, nomeadamente factos supervenientes, um titular de um direito puder invocar questão constitucional de lesão de direito, liberdade e garantia perante o Tribunal Constitucional um recurso constitucional, ainda assim uma decisão transita em julgado, aplicando entendimento de que ele se formou imediatamente após situação de inexistência de mais recursos ordinários ou reclamação ou de decurso de prazo para a sua interposição aparentemente definidos à luz do Código de Processo Penal com remissão para o Código de Processo Civil ou decurso de prazo para a sua interposição.

3.3.1. O Tribunal recorrido ancora-se no artigo 586 do Código de Processo Civil, por via do artigo 26 do Código de Processo Penal, para fundamentar a existência de trânsito em julgado total do Acórdão 12/17, na medida em que já não admitia recurso ordinário e a reclamação houvera sido decidida em definitivo pelo Acórdão 38/17, embora reconheça que ainda havia prazo para a interposição do recurso de amparo. Aparentemente, de acordo com o entendimento do tribunal *a quo*, o recurso de amparo, na medida em que é um recurso extraordinário, não impede o trânsito em julgado das decisões da sua lavra ou de outros tribunais.

3.3.2. No entanto não parece que as coisas sejam assim tão simples. O preceito em causa invocado pelo tribunal recorrido tem que ser analisado, de acordo os princípios constitucionais aplicáveis, com os direitos, liberdades e garantias subjacentes e com a natureza do recurso de amparo.

Assim sendo, perguntar-se-á se o conceito de trânsito em julgado adotado pelo órgão recorrido traduz uma interpretação conforme com a Constituição, ao afirmar que seja qual for a natureza da decisão, esta transita em julgado desde que não caiba mais recurso ordinário, remetendo-se o amparo e a fiscalização concreta para o conceito de recurso extraordinário insuscetível de obstar ao trânsito em julgado de uma decisão judicial insuscetível de recurso

ordinários definidos à luz do CPP e do CPC? Não parece natural que assim seja. Antes de tudo por motivos constitucionais e além disso em razão de inconsistências conceptuais.

Em primeiro lugar, pela supremacia normativa decorrente do princípio constitucional segundo o qual a validade dos atos jurídico-públicos depende da sua conformidade com a Constituição, tendo em conta o disposto no n.º 3 do artigo 3.º da CRCV.

Em segundo lugar, porque a Lei Fundamental da República de Cabo Verde concebeu o recurso de amparo como um meio especial e privilegiado de proteção de direitos, liberdades e garantias fundamentais. Por conseguinte, as normas relativas a esses direitos vinculam todas as entidades públicas e privadas e são diretamente aplicáveis.

Em terceiro lugar, sendo o Tribunal Constitucional o protetor último dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, tendo a constituição conferido a outras instâncias o poder/dever de assegurar a tutela efetiva de posições jurídicas subjetivas fundamentais, tendo constituído um sistema em que o recurso de amparo aparece como um meio especial e subsidiário, a tese de que o trânsito em julgado se verifica logo após a prolação do acórdão de que não caiba qualquer outro recurso ordinário é muito pouco plausível do ponto de vista constitucional. Pois seria um contrasenso dizer-se que o recurso de amparo só pode ser interposto contra atos ou omissões dos poderes públicos lesivos de direitos, liberdades e garantias fundamentais, depois de esgotadas as vias de recurso ordinário, se a decisão impugnada já adquiriu a estabilidade jurídica própria garantida pelo trânsito em julgado.

Qual seria o sentido da norma do artigo 6.º da Lei do Tribunal Constitucional que estabelece que *“as decisões do Tribunal Constitucional, em matérias sujeitas à sua jurisdição, prevalecem sobre as de quaisquer outros tribunais e são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas?”*. É evidente que ficam notoriamente debilitadas e esvaziadas caso realmente venham a incidir sobre outras proferidas pelos órgãos judiciais recorridos que passado o prazo de eventual recurso ou de reclamação transitem em julgado.

3.3.3. O recurso de amparo suscita estas questões de fundo, na medida que, no ordenamento jurídico cabo-verdiano, o que se tentou fazer foi uma mistura de dois sistemas autónomos, um que admite a figura de recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade (sistema constitucional português), mas não reconhece o recurso de amparo e outro que embora,

reconhecendo este, não admite aquele (sistema constitucional espanhol), mas adota um sistema de reenvio.

Relativamente ao recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade é pacífico de que a sua interposição além de interromper a contagem de prazo para a propositura de outros recursos, mormente o recurso de amparo – artigo 81 da Lei do Tribunal Constitucional – também impede o trânsito em julgado de decisões, nomeadamente as do Supremo Tribunal de Justiça. No entanto, em relação ao recurso de amparo, as coisas não são tão claras, uma vez que não temos um “artigo 81” na Lei de Amparo. Contudo, sendo o recurso de amparo um recurso especial, especialidade esta que resulta da sua natureza constitucional, não se pode negar que tem algumas finalidades similares ao recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade e uma função essencial e importantíssima qual seja a defesa de direitos, liberdades e garantias dos indivíduos.

Além disso, como este Tribunal já havia determinado, conforme a tese da triangulação adotada que sempre que adequado o mesmo regime do recurso de fiscalização concreta seria aplicável igualmente ao recurso de amparo. Assim, de acordo com a orientação que se assentou, “Naturalmente, isso não afasta a aplicação do Código de Processo Civil, até porque o próprio artigo 50 da Lei do Tribunal Constitucional dispõe que “Na falta de disposição especial, são aplicáveis aos processos regulados na presente lei as disposições do Código de Processo Civil”. O legislador da Lei do Recurso de Amparo e Habeas Data, ciente e consciente da quase completude da regulação processual civil, aliás, paradigmática, no nosso ordenamento jurídico, seguindo a tendência dos demais direitos adjetivos, remeteu para a sua aplicação subsidiária, sempre que essa lei se mostrar insuficiente ou lacunosa. Contudo, esse processo não é nem automático nem completo e muito menos incondicionado. Ademais, na remissão deve-se levar em devida conta, a natureza do recurso de amparo, os princípios que lhe são inerentes e os princípios gerais do direito, portanto a necessidade de manter a coerência entre a regulação do Código de Processo Civil e a essência e necessidades do processo constitucional, cabendo ao Tribunal Constitucional fazer essa arbitragem. Por conseguinte, primeiro, a aplicação do Código de Processo Civil depende de uma triangulação com esse outro diploma. É, desde logo, se não houver disposição especial da Lei do Tribunal Constitucional que se pode recorrer ao Código de Processo Civil. Chega-se da Lei do Amparo e do Habeas Data a este diploma ordinário por meio da Lei do Tribunal Constitucional, ao qual está associada ontologicamente. Aliás, não fosse aplicável a Lei do Tribunal Constitucional e fosse sempre o Código de Processo Civil, não haveria como justificar a gratuidade do recurso de amparo que decorre do seu artigo

54 e não da legislação processual civil” (3.1.2) (Acórdão nº 6/2017, de 21 de abril de 2017, Rel: JC Pina Delgado publicado no Boletim Oficial da República de Cabo Verde, I Série, nº 27, 16 de maio, pp. 659-668).

O que significa que, nos termos do artigo 81 da nossa lei, impediria o trânsito em julgado de decisões recorridas e colocadas a este Tribunal. Contra decorrência natural desta disposição a interpretação adotada iria inclusive ao ponto de considerar que um recurso de fiscalização concreta em que há previsão expressa não impediria o trânsito em julgado de uma decisão judicial no contexto aqui discutido, por ser alegadamente um recurso extraordinário.

3.3.4. essa conceção não parece plausível nem sequer à luz do direito processual ordinário que, pura e simplesmente, ignorasse as questões constitucionais subjacentes. Note-se que a aplicação do conceito que se extrai do Código de Processo Civil, depende de conter solução quando as suas normas “*se harmonizem com o processo penal*”, nos termos do artigo 26 do Código de Processo Penal. E a questão é que um conceito de trânsito em julgado que dependa somente do esgotamento dos recursos ordinários ou o decurso do prazo para a sua interposição muito dificilmente se harmoniza com uma legislação elaborada em última instância para proteger a liberdade pessoal, precisamente porque desconsidera que existem recursos constitucionais destinados a protegê-la. Em bom rigor, a remissão determinaria que se recorresse, ao invés, aos princípios gerais de direito penal expressão consagrada na mesma disposição citada, dentre os quais, proximamente, o próprio princípio da presunção da inocência e ainda os que estando na Constituição também possuem essa natureza, projetando-se inexoravelmente sobre uma legislação que como os seus proponentes admitiram “*é tributária da Constituição de 1992*” (Ministra da Justiça *Atas da Reunião Plenária do dia 26 de Abril de 2004*, p. 129).

Precisamente porque de modo algum se poderia classificar o recurso de amparo e, já agora o de fiscalização concreta da constitucionalidade como recursos extraordinários, designadamente por faltar-lhe vários dos elementos que caracterizam esse tipo de recurso, nomeadamente fundamentação em facto conhecido supervenientemente, hiato temporal em relação ao momento da decisão e competência decisórias corretivas do próprio órgão que prolatou a decisão ou de órgão colocado na mesma linha jurisdicional. Não seria exato dizer-se que um recurso de amparo partilha estas características. Não há qualquer facto superveniente e nem hiato temporal, antes há a sua interposição recursal que se baseia nos mesmos elementos já presentes nos autos e o desenvolver de uma nova etapa processual perante um novo tribunal imediatamente a seguir

àquela decisão, de tal sorte que o prazo é contado a partir do momento em que o recorrente é notificado da mesma.

Na verdade, aqui o problema parece ter sido partir do facto de o recurso de amparo não ser um recurso ordinário, pressuposto com o qual concordamos, para a conclusão de que se trata de um recurso extraordinário - o que sequer é estabelecido pela lei, muito menos de modo conforme à Constituição - sem considerar que, na verdade, o amparo, recurso de base constitucional, não entra nessa categoria. Trata-se simplesmente de um recurso especial destinado a proteger direitos, liberdades e garantias e provavelmente o mais importante do nosso ordenamento jurídico. Assim sendo, em se tratando de questões sobre direitos, liberdades e garantias amparáveis o conceito de trânsito em julgado não se confina à decisão insuscetível de recurso ordinário nesse sentido adotado pelo órgão recorrido. Portanto, as decisões dos tribunais sobre direitos, liberdades e garantias fundamentais só passam em julgado se não forem objeto de recurso para o Tribunal Constitucional e tendo o sido, transitam em julgado após a decisão desta instância. Assim, no entender desta Corte, qualquer recurso dessa natureza tem o condão de impedir o trânsito em julgado relativamente à decisão impugnada, não se podendo endossar, sem embargo do reconhecimento de todo o esforço de fundamentação empreendido, a tese adotada pelo Supremo Tribunal de Justiça.

3.3.5. Aliás, o acolhimento desta posição poderia levar a problemas lógicos e práticos incalculáveis e, como assevera o recorrente, poderia pôr em causa o próprio direito subjetivo ao amparo consagrado no artigo 20 da Lei Magna da República, e retirar sentido útil a uma eventual determinação judicial de violação do Tribunal Constitucional colocada que fica perante uma decisão final, definitiva e irrevogável ou quase de um órgão judicial recorrido. E, com efeito, o recorrente também alega que tal interpretação vulneraria o seu direito ao amparo ao adotar sentido que, na prática, teria o condão de o atingir.

A primeira questão a discutir é se efetivamente o próprio amparo, além de ser um mecanismo objetivo de proteção de direitos seria igualmente realidade subjetivada enquanto direito de titularidade individual. E essa constatação é resultado natural da leitura do dispositivo constitucional que consagra esta figura jurídica atendendo que estabelece que “*A todos os indivíduos é reconhecido o **direito** de requerer, através de recurso de amparo, a tutela dos seus direitos, liberdades e garantias fundamentais, constitucionalmente reconhecidos, nos termos da lei*”. Assim sendo, no caso de Cabo Verde o legislador constituinte teve a intenção de transcender a própria fonte de inspiração do instituto, a Constituição Espanhola, em que o amparo é

reconhecido como mecanismo objetivo de proteção de direitos individuais, mas não como direito fundamental em espécie, notando-se, a respeito que o artigo 53(2) simplesmente postula que “*Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional*” e o artigo 161 que “*El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: (...) b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca*”. Portanto, é um meio de tutela de direitos constitucionalizado visando a proteção mais eficaz de outros direitos, não direito em si considerado.

Esta dimensão é agasalhada pela Constituição e claramente reforçada pelo número 6 do artigo 22º, o qual estabelece que “*para a defesa dos direitos, liberdade e garantias, a lei estabelece procedimentos judiciais céleres e prioritários que **asseguem a tutela efetiva** e em tempo útil contra ameaças ou violações desses mesmos direitos, liberdades e garantias*”, o qual, naturalmente, se aplica a outras situações, mas não deixa de simbolizar a dimensão objetiva desse tipo de recurso.

Mas em Cabo Verde não se esgota nisso. No nosso caso, sendo direito em si considerado, o direito ao amparo e as posições jurídicas fundamentais que dele emergem, nomeadamente de poder pedir a tutela de direitos, liberdades e garantias ao Tribunal Constitucionais lesados por qualquer poder público, no caso do judicial depois de não ter obtido proteção perante os próprios tribunais, e obtê-la através de decisão dotada de eficácia prática e simbólica, pode também ser protegido por via de um amparo, já que também, por motivos já discutidos em alguns momentos por este Tribunal, nomeadamente em sede de votos individuais, apesar de não ser estruturalmente direito, liberdade ou garantia, goza, até por maioria de razão de proteção do regime de direitos, liberdades e garantias e, como tal, também é amparável.

Se assim é, impõe aos órgãos judiciais que aplicam o direito ao caso concreto considerar-lhe nas operações hermenêuticas que lançam a disposições de direito ordinário que utilizam. Resultando disso a necessidade de se ponderar se a interpretação de dispositivos já identificados que fundamentam a tese do trânsito em julgado de decisão judicial pendente prazo para interposição de recurso de amparo de decisão judicial – de 20 dias, de acordo com a Lei do Recurso de Amparo e do *Habeas Data* – não vulneraria o próprio direito subjetivo ao amparo.

O entendimento deste Tribunal é que sim pelas mesmas razões já consideradas para responder a questão tratada no segmento anterior, ou seja, de que haveria, no fundo, um efeito de desproteção da posição jurídica que o titular de um direito ao amparo pode contar precisamente porque, nos termos da interpretação que se considera incompatível com a garantia de presunção da inocência dos arguidos, haveria um efeito de esvaziamento tanto simbólico, como prático, do recurso de amparo, já que, ainda que interposto imediatamente a seguir ao suposto ato lesivo, portanto estando na mesma cadeia temporal dos demais recursos, é colocado perante uma decisão que por si só levaria o peso da sua própria definitividade e estabilidade. Não é o que o sistema, a Lei Fundamental ou a lei determinam.

3.4. Complementarmente, este órgão trouxe à colação o interessante argumento de que independentemente de ter havido trânsito em julgado no geral, já se havia formado caso julgado parcial em relação a parcela da sentença que não foi impugnada em sede de recurso, ou seja, o segmento que condenou o arguido à pena de oito anos de prisão por tráfico de drogas.

3.4.1. Na sua dicção, *“Acresce que, em qualquer caso, e seja qual for o prisma por que for analisada, a situação do arguido será sempre de quem já está em cumprimento de pena, em execução do caso julgado, ainda que parcial. Na verdade, a persistente inconformação do arguido com as decisões deste Supremo Tribunal prende-se com a alegação de que não se devia ter conhecido do recurso interposto pelo Ministério P[ú]blico. Pergunta-se: e qual seria, no limite, a inevitável consequência da procedência de uma tal argumentação? A resposta é bem simples. Seria a confirmação, na íntegra, da decisão da primeira instância que o condenou em oito anos de prisão pelo crime de tráfico de estupefacientes, condenação de que não interpôs qualquer recurso, tendo, pelo contrário, pedido a sua confirmação. (vide.fls.2578). Por outras palavras, independentemente do desfecho final que possa vir a conhecer o processo, o certo é que existe já um caso julgado parcial formado, em execução do qual o arguido encontra-se já em cumprimento da pena e não em prisão preventiva. A situação atual do arguido já não é, pois, de prisão preventiva, muito menos de excesso de prisão preventiva, razão pela qual o pedido de habeas corpus carece de fundamento. Termos em que, acordam os juízes do Supremo Tribunal de Justiça em indeferir o pedido, por falta de fundamento bastante”*.

Portanto, o Egrégio Supremo Tribunal de Justiça não invoca apenas o trânsito em julgado total da sua decisão prolatada através do Acórdão 12/17, de 6 de março, mas também, em última instância, a formação de um caso julgado parcial. Isso na medida em que entende que mesmo se se considerar improcedente a ideia de trânsito em julgado global do acórdão e seja dada razão ao

recorrente no seu pedido de amparo, por violação do direito ao contraditório, de tal modo que se considerasse que o mesmo não poderia conhecer do recurso do Ministério Público, ainda assim a decisão da 1ª Instância estaria parcialmente transitada em julgado na parte em que condenou o recorrente a oito anos de prisão pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes agravado, visto que esta decisão não foi impugnada por este.

3.4.2. Na verdade, não só não impugnou, como até confirmou a condenação, aceitando, nas suas palavras, a sua própria culpa. Logo, a consequência disso é que até ao limite dos oito anos, independentemente de a agravação que ocorreu em sede de recurso ter violado direitos de sua titularidade ou não, neste particular ele já estaria em situação de condenação, portanto tendo deixado de ser preso preventivo em relação ao qual aqueles outros limites temporais – nomeadamente de trinta meses – se aplicam.

3.4.3. A doutrina do caso julgado parcial é aceite por doutrina especializada quer quanto à delimitação objetiva do âmbito do recurso, no sentido de haver transito em julgado relativamente a um ou mais crimes não impugnados, quer em relação à delimitação subjetiva, em que se forma caso julgado parcial, em caso de comparticipação, para os arguidos que não interpuseram recurso, sem embargo de possivelmente beneficiarem do recurso dos arguidos recorrentes, quando o tribunal de recurso possa conhecer de eventuais nulidades que afetam a todos, situação em que a decisão funcionará como uma condição resolutiva do caso julgado parcial já formado.

3.4.4. No caso em apreço, de facto verificamos que o recorrente não interpôs recurso relativamente ao facto de ter sido condenado pelo Tribunal de 1ª Instância a oito anos de prisão pelo crime de tráfico de estupefacientes agravado, o que poderia dar a aparência lógica e fundada de que se tenha formado relativamente ao mesmo um caso julgado parcial.

Foi precisamente o que o recorrente fez, pois nas suas palavras resignou-se com a condenação por aquele crime, limitando, nos termos do artigo 440.º, n.º 2, al. a, do CPP, o seu recurso a uma parte da decisão recorrida, na medida em que a lei o permite, de forma a tornar possível uma apreciação e uma decisão autónomas.

Ainda segundo o n.º 4 do art. 440.º, “*a limitação do recurso a uma parte da decisão não prejudica o dever de retirar da procedência daquele as consequências legalmente impostas relativamente a toda a decisão recorrida*”, contemplando já a indicação de que tal opção da parte

do recorrente, decorrente efetivamente de sua vontade, não determina integralmente a sua sorte processual e a sua condenação definitiva.

O que autoriza a conclusão de que o pressuposto de base do caso julgado parcial não é a falta de interposição de recurso por parte do recorrente relativamente a determinado facto, mas sim a falta da sua interposição em relação a este mesmo facto por parte de todos os intervenientes processuais com legitimidade para tal, o que engloba não só o recorrente como o Ministério Público e o assistente, sobretudo o primeiro, especialmente relevante para a presente situação. Portanto, só se forma o caso julgado parcial quando o interessado se conformar com uma parte da decisão e concomitantemente sobre ela não incidir nenhum recurso ou o ocorrer da procedência de outros recursos dos quais não se possam extrair consequências legalmente impostas relativamente a toda a decisão recorrida.

É patente que em relação à sentença condenatória por crime de tráfico de estupefacientes agravado, o Ministério Público interpôs recurso, o que impede que o mesmo transite em julgado até que haja decisão irrecorrível e, portanto, formação de caso julgado, não sendo relevante que padecesse de algum vício que obstasse a que o Egrégio Supremo Tribunal de Justiça dele conhecesse, um evento futuro que não se veio a conhecer precisamente porque o mesmo não foi objeto de decisão de admissão.

Em termos que reproduzimos de forma glosada, relativamente ao crime de posse de armas, o MP junto do Tribunal da primeira instância, disse que foram apreendidas numa residência pertencente ao arguido Alexandre Borges, duas espingardas automáticas, tipo G3, Modelo FMP3/74, com os respetivos carregadores, contendo cada uma, 20 munições de calibre 7,62 mm; trata-se de espingardas automáticas usadas pelos militares do exército; essas armas e munições apreendidas acham-se classificados no quadro II, como sendo armas de classe A, tipo a). Armas de guerra- nos termos da Lei n.º 31/VII/2013, de 22 de maio;

Ao pedir a condenação do arguido por mais um crime de posse de arma, quis ver alterada a sentença nesta parte, sem que ao arguido se tenha dado oportunidade de exercer o contraditório em relação esses factos. Referiu-se também à culpa como o fundamento e o limite da pena. Disse que a culpa dos arguidos, neste caso concreto do recorrente Alexandre Borges assume a sua forma mais intensa. O mesmo é dizer que os arguidos terão praticado os crimes por que foram condenados com dolo direto. A ilicitude dos factos revela-se, na sua opinião, particularmente grave, tendo em conta o modo de execução e a gravidade das suas consequências para a

sociedade. Portanto, os arguidos deveriam ser condenados, em cúmulo jurídico, em pena superior àquela que lhes foi aplicada em concreto.

Por sua vez, o Senhor PGR, já na instância do recurso, pugnou para que a conduta do arguido Alexandre Borges fosse qualificada e enquadrada nos termos da alínea a) do artigo 90.º da Lei de Armas, o que, por si só, importa a alteração da qualificação dos factos, com alguma hipótese de agravação da pena;

Sustenta que relativamente ao crime de tráfico de estupefaciente agravado, cuja moldura penal se situa entre os 5 e os 15 anos de prisão, atendendo ao elevado grau de ilicitude dos factos praticados, e também, elevada e intensa culpa dos arguidos, aos motivos que os levaram a praticarem tal crime, à sofisticação e organização empregues na importação do produto, demonstrando muita avidez pelo dinheiro fácil e um total desrespeito pelas autoridades de vários países e em especial e ainda às nefastas consequências da droga para a sociedade e em especial para as famílias e os jovens, devido ao potencial pluriofensivo que a pena de 8 anos concretamente aplicada cada um dos arguidos é efetivamente “leve”. Devia, assim, a mesma, em vez de se situar próximo do limite mínimo, pelo menos, no limite médio do concurso, ou seja, nunca inferior a 10 anos, assim se protegendo eficazmente os bens jurídicos em presença, dissuadindo os arguidos da prática de futuros crimes e reafirmando a confiança da comunidade na validade das normas violadas.

No caso em apreço o MP impugnou a parte da decisão em relação à qual o arguido/recorrente manifestou o seu acordo, tanto no que diz respeito à culpabilidade como no que concerne à determinação da sanção.

3.4.5. E havendo recurso e enquanto não houver uma decisão definitiva incidindo sobre o mesmo, é duvidoso dizer-se que há formação de caso julgado, uma vez que o tribunal *a quo* poderia adotar decisão diversa, nomeadamente reapreciando a questão da culpa do arguido, mesmo que esta não tenha sido objeto do recurso da lavra do próprio. Por exemplo, do ponto de vista da dogmática jurídico-penal, Anabela Miranda Rodrigues, “*A determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*”, Coimbra Editora, 1995, p. 644 e ss, ao abordar os fatores de medida da pena justificados em sede da teoria da pena, a determinação da pena privativa de liberdade subordina-se àquilo que o penalista Figueiredo Dias denominou “O tipo complexo total”, ou seja, que o processo que conduz à determinação da pena não se baseia apenas na culpa manifestada no facto típico, mas também em elementos que estão associados às finalidades

preventivas, nomeadamente, os que possam ocorrer antes ou depois do cometimento do crime. São elementos que, não fazendo parte dos elementos do crime, servem para ajuizar da maior ou menor exigência da prevenção que a aplicação da pena visa satisfazer e que ganham relevância exclusivamente ao nível da pena e da sua aplicação, comandando a medida da sua necessidade. Portanto, dificilmente se pode apreciar um recurso ainda que aparentemente restrito à determinação da sanção sem que se avalie também a culpabilidade do agente.

Além disso, em razão das suas funções constitucionais e do papel que lhe é reservado no nosso sistema, o Ministério Público não atua como parte que tem interesses particulares no processo penal, mas assume uma função sistémica e objetiva de auxiliar da justiça visando com os seus intentos determinar a verdade material e fazer a boa justiça. É o que decorre não só da função geral que a Constituição lhe reconhece como também do que se explicita no próprio Código de Processo Penal no número 1 do artigo 68, conforma o qual “*Competirá ao Ministério Público, no processo penal, colaborar com o tribunal na descoberta da verdade e na realização do direito, obedecendo em todas as intervenções a critérios de estrita objetividade*”, uma fórmula que decorre da conceção dos proponentes da novel legislação de acordo com a qual “*Não é propriamente uma estrutura ou um órgão que deve acusar obrigatoriamente, mas seguindo o processo e concluindo afinal que o arquivado é inocente poderá inclusivamente pedir que ele seja absolvido. O Ministério Público é, antes de mais, fiscal da legalidade apesar de lhe cometer em primeiro lugar, portanto, prosseguir a actividade criminosa por ser o titular da ação penal*” (Ministra da Justiça, in: *Atas da Reunião Plenária do dia 26 de Abril de 2004*, p. 140)

E é o que reconhece a doutrina especializada quando destaca que “*o MP no quadro da estrutura acusatória, é essencial ao contraditório, mas não é ‘parte’ no processo, já que não tem um interesse direito em demandar, mas prossegue apenas o interesse da justiça. Quando muito o MP é parte em sentido formal, enquanto titular do direito processual de ação, mas não parte em sentido material, enquanto titular de um interesse jurídico próprio*” (Paulo Sousa Mendes, “Os sujeitos processuais 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*, p.179).

Da sua ação, mesmo que limitada ao questionamento da sanção aplicada, abre-se a possibilidade de o Tribunal que também visa o mesmo fim, ou seja, fazer a justiça no caso concreto, reavaliar a culpa, pressuposto de legitimidade da própria sanção e do seu *quantum*, não se podendo depreender do facto de o Ministério Público ter sido o único sujeito processual a

recorrer em relação ao facto em apreço que, só por causa disso, a decisão do Egrégio Supremo Tribunal de Justiça tinha que ser necessariamente condenatória. Não é assim porque a única proibição que se impõe ao julgador de recurso relativamente às matérias que pode conhecer em particular no concernente ao sentido da decisão a adotar é a *reformatio in pejus*, sendo certo que relativamente à *reformatio in mellius*, não existe qualquer proibição legal, pelo que o tribunal *a quo*, pode, em abstrato, perfeitamente decidir em favor do arguido (Artigos 450 e 440(4) do CPP)), e porque reapreciando a pena, pelos motivos invocados, incidindo sobre a culpa e encontrando algum elemento que fosse favorável ao arguido, sempre deve fazer a justiça.

Assim, sendo possível a *reformatio in mellius* mesmo nessas situações e ainda que perante o caso concreto muitos a poderem considerar hipótese remota, nunca poderia haver trânsito em julgado parcial de parte da decisão impugnada, ainda que o recurso tenha sido interposto apenas pelo Ministério Público relativamente a essa parte, na medida em que ainda cabe ao tribunal de recurso conhecer aquela questão podendo inclusive absolver o arguido.

Por este motivo, independentemente do reconhecimento da hipótese doutrinária do caso julgado parcial, se o trânsito em julgado significa estabilidade, segurança, certeza da decisão, quando a mesma é impugnada, atendendo às particularidades da situação em apreço, não se pode dizer que ele se tenha formado.

3.5. Por tudo o que fica exposto, não parece nesta situação concreta a tese do caso julgado parcial se mostre compatível com o princípio da presunção de inocência do arguido. Pois, não se pode considerar que uma parte da sentença transitou em julgado quando a conduta do arguido esteja ainda a ser reapreciada pelo tribunal de recurso. Considerar que a tese do caso julgado parcial não pode prosperar nestes autos significa que até ao trânsito em julgado do aresto deste Tribunal, o arguido encontra-se em regime de prisão preventiva.

3.6. Sendo assim, na pendência do recurso, não houve trânsito em julgado da sentença. Logo, o limite máximo da manutenção do arguido em prisão preventiva no momento em que este recurso foi interposto já tinha sido ultrapassado, originando a violação do direito e justificando, naquele momento específico, a sua colocação em liberdade, e determinado no momento atual que o Tribunal Constitucional ordene a sua soltura imediata como amparo mais adequado.

4. O recorrente invoca ainda que o órgão recorrido violou o princípio da igualdade na medida em que sente que não foi tratado de forma igual relativamente aos outros arguidos, visto que entende que os coarguidos foram beneficiados.

4.1. O princípio da igualdade – bem como a sua dimensão subjetiva de direito a não se ser discriminado – já foi objeto de tratamento em acórdãos anteriores deste tribunal, tendo como pano de fundo vários tipos de processo, inclusive recursos de amparo. Por meio do Acórdão *Adilson Danielson* (6/2018), atrás citado, já se consagrou que nesta sede o que a Corte Constitucional pode escrutinar é o direito a não se ser discriminado. Neste âmbito sustentou-se que “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[s] 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.

O que deve fazer a partir dos testes acolhidos pelo Acórdão nº 7/2016, de 2 de abril, *Fiscalização Sucessiva da Constitucionalidade do nº 2 do artigo 9 da lei 90/VII/2011*, Rel: JC Pina Delgado, com os ajustes necessários à sua aplicação no quadro de garantias constitucionais penais, nomeadamente demonstração que o Tribunal considerou diferenças entre as pessoas e tivesse um ânimo de discriminá-las em função das mesmas.

4.2. O direito a não se ser discriminado foi reconhecido pelo artigo 24º da Lei Fundamental, segundo o qual “Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado ou prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de raça, sexo, ascendência, língua, origem, religião, condições sociais e económicas ou ideológicas”. No entender deste Tribunal tais bases e outras materialmente análogas que dizem respeito, à natureza de cada pessoa humana ou de opções legítimas que toma e que assumem feições constitutivas do seu ser, da identidade que constrói ou da forma como é visto externamente, em princípio não admitem qualquer tipo de diferenciação e são tratadas como categorias suspeitas que exigem um escrutínio estrito de sua parte.

4.3. O recorrente limita-se a alegar que “Assim como, os acórdãos ao decidirem nos termos em que decidiram mantendo o recorrente preso preventivamente ilegal, pugnando sempre e a sua não libertação, negando-lhe as garantias de defesa nos termos supra alegados, numa clara discriminação relativamente aos demais co-arguidos no processo, em que o STJ, zelou e decidiu assegurar todas as garantias de defesa cometidas e atropelamento dos direitos fundamentais dos arguidos”. Portanto, o recorrente sente que não foi tratado de forma igual relativamente aos outros coarguidos, embora as bases em que radicaria essa distinção prejudicial não ficam muito claras, prejudicando claramente o escrutínio que se pode lançar sobre essa alegação.

4.3.1. Descartadas que ficariam imediatamente uma discriminação baseada na religião, nas condições sociais, económicas ou ideológicas dos coarguidos, elementos na maior parte por nós desconhecidos e sem qualquer tratamento ao longo do processo, o que sobra seriam tratamentos diferenciados em razão da raça, língua ou até nacionalidade, que não é um fator explicitamente enumerado pela disposição em causa, e a origem, se se atentar à formulação gémea do artigo 1º, número 2, que parece indicar origem social.

4.3.2. À primeira vista poderia ficar-se com a impressão de que a base para o tratamento diferenciado alegado pelo recorrente radicaria na língua, uma base vedada pelo artigo 24º da Constituição de modo explícito. Dando-se uma interpretação ampla da disposição, rapidamente chega-se à conclusão de que o objetivo da proteção estrita que se faz do princípio da igualdade no que diz respeito à língua tem sobretudo propósitos internos de evitar que as pessoas sejam discriminadas por só se expressarem na língua nacional (o crioulo) e não na língua portuguesa, a, por ora oficial, por força do número 1 do artigo 9º da Constituição (“É língua oficial o português”), mas nada impede que seja aplicada no mesmo âmbito numa situação que decorra da utilização de qualquer delas em contextos que outras pessoas não as dominam.

Portanto, a conduta impugnada por violação desse direito seria o facto de o Tribunal ter entendido que o facto de o despacho de acusação não ter sido apresentado ou traduzido para língua que os arguidos dominavam seria base para anular o processado e determinar novo julgamento e a sua soltura imediata. Contudo, matéria que se trata simplesmente para efeitos de cumprimento do programa decisório, tal situação não engendraria, por si, qualquer relação passível de tutela por via de escrutínio de violação do direito a não se ser discriminado, precisamente porque não há tratamento diferenciado nenhum.

O que aconteceu foi o seguinte: os coarguidos que não dominam a língua portuguesa, inconformados com a sentença condenatória, interpuseram recurso para o Supremo Tribunal de Justiça e pediram que este declarasse a nulidade da notificação da acusação, por entenderem que se tinha violado a obrigatoriedade de nomeação de um interprete que pudesse traduzir o conteúdo da peça acusatória para uma língua que eles dominam. Concedido provimento ao recurso, o STJ considerou que, por se tratar de um recurso com fundamento que releva de “motivos estritamente pessoais” dos recorrentes, a sua procedência não poderia aproveitar ao coarguido Alexandre Borges Andrade, cidadão cabo-verdiano, nado, criado e residente nas Ilhas, que fala e compreende as línguas usadas pelo Tribunal, nem às pessoas coletivas arguidas de que ele é proprietário ou que representa (art.º 439.º do CPP). Uma vez que a declaração dessa nulidade implicava que o ato em causa tinha que ser repetido, devendo o processo a partir de aí seguir os trâmites impostos por lei, ficou prejudicado o conhecimento das demais questões atinentes à violação das garantias de defesa cuja relevância passaria a depender da posterior evolução.” Na sequência dessa decisão, e respeitando os limites máximos relativos aos prazos de prisão preventiva, esses arguidos foram colocados em liberdade e sujeitos a medidas de coação não privativas de liberdade.

Analisando a fundo a questão verifica-se que o motivo do tratamento desigual ao se determinar a designação de intérprete ou que a acusação seja transmitida a pessoas que não conhecem nem dominam a língua em que ela é redigida seja o facto de eles serem estrangeiros, mas tão só por eles não dominarem essa língua, tanto é que qualquer pessoa pode beneficiar dela, nem que seja cidadão cabo-verdiano que não domina as línguas utilizadas nos tribunais cabo-verdianos.

Mesmo considerando que esse tratamento discriminatório radica na língua dos concorrentes sempre se poderia concluir que se trata de uma situação de suspeição, na medida em que a língua está presente no rol previsto no artigo 24. No entanto, atento à justificação do motivo que legitimou esse tratamento desigual, creio que este seria aceitável, na medida em que há um fundamento plausível por parte do Tribunal recorrido que advém do direito ao processo equitativo, do direito de defesa e do princípio do contraditório que manda a que uma pessoa acusada seja dada o conhecimento da acusação em língua que ele conhece e domina para que possa entender o conteúdo da mesma com o intuito de poder se defender dela, o que não se exige relativamente a indivíduo que domina as línguas utilizadas pelos tribunais pátrios, pelo que o

possível tratamento diferenciado é perfeitamente aceitável, sendo que não houve qualquer violação do direito à igualdade por parte do órgão judicial recorrido, nestes termos.

Por conseguinte, neste particular, o que o Tribunal fez foi, na verdade, garantir um tratamento igual, impedindo que uns fossem informados do despacho de acusação e do seu conteúdo numa língua que entendiam – no caso o próprio recorrente nestes autos – e os outros não. Não há, pois, tratamento desigual, que, de alguma forma habilitasse – caso fosse essa a intenção do recorrente e parece não ter sido – a utilização de qualquer escala de escrutínio para se aferir uma eventual situação de discriminação.

4.3.3. Sempre se poderia explorar as outras bases, nomeadamente a possibilidade de ter havido discriminação em função da raça ou da nacionalidade porque factualmente, a acreditar nas fotografias impressas nos autos e nos documentos para ali vertidos, poderia haver diferença racial e de nacionalidade, entre o arguido e os coarguidos que se beneficiariam pela decisão de recurso, sendo apenas menos usual, mas não impeditivo, que a putativa discriminação tenha sido perpetrada aparentemente por pessoas que partilham com ela aquelas mesmas características. Todavia, o facto é que isso sequer é alegado pelo recorrente e muito menos há qualquer tentativa de demonstração que tais fatores fizeram parte das razões para se adotar a decisão que se tomou, de modo que é desnecessário percorrer esta via de inquérito.

4.3.4. Uma outra vertente invocada pelo recorrente, a fim de concluir pela violação do direito a não ser discriminado tem que ver com o facto de se ter esgotado o prazo da prisão preventiva, sendo que o órgão recorrido mandou proceder à soltura imediata dos restantes arguidos, mantendo o recorrente preso, mesmo, no seu entendimento, tendo o prazo sido esgotado.

Este fundamento do recorrente não parece apto a proceder como base independente, na medida em que a condição dos arguidos não era a mesma. Como visto, relativamente aos outros arguidos o egrégio tribunal recorrido considerou procedente a questão prévia por eles invocada mandando o processo baixar à 1ª Instância para que se possa notifica-los da acusação do Ministério Público em língua que dominem, enquanto que manteve o processo em relação ao recorrente por entender que este não deveria se beneficiar da referida questão prévia, até por entender perfeitamente as línguas utilizadas pelos tribunais cabo-verdianos, vindo a ser condenado por aquela egrégia corte. Não se está perante nem tratamento diferenciado, nem tão-pouco de tratamento discriminatório.

4.3.5. Outrossim, parece que, no fundo, o argumento do recorrente traz à Corte Constitucional cabo-verdiana no que tange à este segmento específico não é tão singelo e específico como pode parecer à primeira vista. Na realidade, o que parece estar no bojo de tal alegação é que os coarguidos foram beneficiados pela anulação do julgamento e por uma ordem de soltura porque o tribunal recorrido tratou, como diz, de forma mais zelosa as bases alegadas pelos arguidos de nacionalidade estrangeira, adotando uma postura garantística para propósitos de ponderar se havia efetivamente a presença de uma nulidade insanável, ao passo que no que diz respeito a si, sem grande esforço, desconsiderou aquilo que invocava visando atingir finalidades processuais similares, isto é, a anulação do julgamento – no seu caso do recurso – e a sua soltura por decurso de prazo máximo de prisão preventiva aplicável naquela fase processual.

Mas, é verdade que o órgão judicial recorrido aponta no Acórdão 20/2017 que decidiu o recurso que *“A nomeação de intérprete foi erigida pelo legislador Cabo-verdiano em formalidade tão essencial, a ponto de a sua preterição ser fulminada expressamente com nulidade insanável, como tal de conhecimento oficioso em qualquer estado do processo (art.º 151, al. f), do CPP). Não cremos, entretanto, que essa cominação seja de se aplicar, sem granu salis, a todos os intervenientes processuais, pois que em relação àqueles cujo estatuto não requer justificadas garantias de defesa, parece não haver razão plausível para que a postergação dessa formalidade seja tida como nulidade insanável. Mas, já no que toca ao arguido, e por uma questão de princípios, confirmada até pela inserção sistemática dessa garantia em sede dos “princípios fundamentais e garantias do processo penal”, ela deve aplicar-se por inteiro, de forma imperativa e na plenitude das suas consequências. E é na caracterização desse vício como uma nulidade (absolutamente) insanável, por conseguinte de conhecimento oficioso em qualquer estado do processo, com as inerentes consequências legais, que o legislador do Processo Penal Cabo-verdiano se mostrou intransigente, distanciando-se das soluções pragmáticas, porque fazem depender a procedência da nulidade da sua arguição pelo interessado que se sentir afetado, que se encontram no Direito Comparado que lhe tem sido mais próximo. No caso em apreço os recorrentes, que têm como língua nativa o Castelhana, à exceção de um outro que, não entendendo o Português, domina o Inglês, não põem em causa que lhes tenha sido nomeado um intérprete, de cuja assistência beneficiaram nalgumas fases do processo, nomeadamente no primeiro interrogatório e durante a audiência de discussão e julgamento. Nem tão-pouco se mostra questionada a eficiência da interpretação que lhes foi proporcionada durante essas fases. Assim sendo, poderia parecer, à primeira vista, que o direito dos mesmos à nomeação do*

intérprete teria sido integralmente respeitado, donde não haver razão, ao menos no plano formal, para se falar em falta de nomeação de intérprete ou na nulidade decorrente da violação da obrigatoriedade de se proceder a essa nomeação. Atendendo, porém, ao modo como as coisas se passaram na realidade, como resulta do quadro factual acima exposto, uma tal conclusão seria quase como apreender a questão apenas pela “caravela”, como se costuma dizer em linguagem comum. Na verdade, o que verdadeiramente pretendem os recorrentes é que, por força das garantias de defesa que decorrem desde logo do artigo 35º da CRCV, as normas que lhes asseguram o direito à nomeação e à assistência de um intérprete (artigos 6º, nº 1 e 118º, n 4, do CP Penal) sejam interpretadas e entendidas com um sentido e alcance mais abrangentes, por forma a abarcar também o direito a que a notificação da acusação seja acompanhada da respetiva tradução para a língua que dominam ou, ao menos, feita numa língua que dominam. É esse, sem a menor dúvida, o âmago da questão preliminar que os recorrentes suscitaram na Instância, sem sucesso, e que agora submetem à apreciação deste Supremo Tribunal de Justiça: saber se o arguido tem (ou não) direito a ser informado numa língua que domina da acusação que contra ele é movida e, em caso afirmativo, qual a sanção para a preterição dessa formalidade. Trata-se de uma questão que tem sido suscitada em ordens jurídicas que apresentam afinidades com a nossa, bem como em contextos mais alargados da Justiça Internacional administrada no quadro da proteção dos Direitos do Homem, e para a qual as respostas encontradas não têm sido totalmente coincidentes. Ainda assim, é possível descortinar em todas elas um denominador comum, aquilo que se poderá ter como o núcleo essencial e irredutível dessa garantia, pré-condição para a existência de um processo justo e equitativo, ou a garantia mínima do fair trial. E, em termos bem singelos, essa garantia consiste em que, qualquer pessoa acusada de uma infração penal, tem direito de ser informada numa língua que domina sobre o teor da acusação que lhe é movida, pois só assim ela estará em condições de organizar a sua defesa. Constitui ainda emanção do processo equitativo, nos termos acima caracterizado, essa garantia, aliás já referida, de que aos arguidos que não conheçam ou não dominem a língua usada no tribunal seja nomeado um intérprete. Mas, se como decorre da lei, assiste ao arguido com tais limitações direito à nomeação de um intérprete nos atos em que tenha de intervir, um dos momentos paradigmáticos em que essa nomeação não poderá deixar de ter lugar deverá ser seguramente aquele em que ele é pessoal e formalmente notificado, isto é confrontado com a acusação que sobre ele impede, a qual constitui a peça central do processo. É, com efeito, nesse momento em que o Poder do Estado, a requerimento do Ministério Público (ou do Assistente), faz saber a sua pretensão punitiva que, como em nenhum outro, o princípio do processo equitativo reclama que o arguido seja pessoalmente posto a par, num idioma que

conheça ou domine, daquilo de que ele é acusado, por forma a que fique habilitado a tomar a decisão mais conveniente quanto à organização da sua defesa. E tal desiderato só poderá ser conseguido por uma de duas vias: a) ou fazendo acompanhar o ato de notificação da acusação da tradução oral dessa peça para um idioma que o notificando domina, a fazer-se naturalmente por um intérprete; ou b) entregando-se ao notificando uma tradução escrita para o idioma que ele domina da acusação que lhe é imputada. É, pois, entendimento deste Supremo Tribunal de Justiça que no Direito Cabo-verdiano, e tendo sempre por referência a Constituição da República e o Código de Processo Penal, o direito do arguido, que não domina a língua do Tribunal, à assistência de um intérprete, contém implicitamente o direito a ser notificado da acusação numa língua que ele domina. Reconhecido esse direito, importa porém deixar claro que a tradução da acusação que se requer não tem que ser feita por escrito ou vertida em documento escrito. Na verdade, e como vem sendo entendimento largamente dominante no Direito Comparado, quer nas ordens internas que nos são mais próximas, quer nas jurisdições internacionais, de abrangência universal ou regional, que se têm ocupado da interpretação e aplicação dos principais instrumentos dos Direitos do Homem, essa formalidade ter-se-á por observada sempre que a peça acusatória tiver sido oralmente traduzida ao arguido por um intérprete, em termos que não suscitam questões quanto à eficiência da interpretação. A interpretação que vimos sufragando para o Direito Cabo-verdiano não é apenas a que está mais conforme com o princípio do processo equitativo que impregna toda a Constituição processual penal cabo-verdiana, como é também a que consegue preservar a harmonia ou a sintonia das disposições do nosso Código de Processo Penal com a diretriz dimanada do artigo 14º, nº 3, alínea a), do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP). Fixado o sentido e o alcance do direito do arguido com tais limitações à nomeação e à assistência de um intérprete em sede da notificação da acusação, impõe-se agora aferir se esse direito terá sido violado no caso concreto, como pretendem os recorrentes. Pelo quadro factual que nos foi dado apreciar, não serão precisos grandes desenvolvimentos para se chegar a uma resposta afirmativa. Com efeito, uma vez deduzida a acusação, a sua notificação aos arguidos foi requerida por ofício do Ministério Público, datado de 01 de Maio de 2015, dirigido ao Estabelecimento Prisional em que se encontravam presos preventivamente, no caso a Cadeia Central de São Vicente (fls. 1909). Ora, pela certidão dessa notificação (fls. 1912), era já notório que a mesma não tinha sido levado a cabo com respeito pelas formalidades legais que devem presidir a esse ato, em especial a observância das garantias asseguradas aos notificandos que não dominam a língua em que essa peça estava redigida, o Português. É que, à revelia do que prescreve a lei, não se cuidou de fazer intervir nesse ato um intérprete para traduzir para os destinatários o conteúdo

da acusação, o que fez com que alguns dos notificandos tenham suscitado suas reservas em relação ao ato que se estava a praticar, tendo inclusivamente um deles chegado ao ponto de recusar receber a notificação e a apor a sua assinatura na respetiva certidão, invocando, de forma expressa e enfática, precisamente o facto de não falar (o mesmo é dizer que não entende) o Português. Perante esse quadro, a violação da obrigatoriedade de designação de intérprete não pode deixar de se ter por evidente, se não mesmo flagrante, donde a verificação da nulidade insanável prevista no já citado artigo 151º, al. f), do CPP, arguida insistentemente pelos arguidos ao longo do processo. Outrossim, de nada serve estribar-se no fato de os mandatários dos arguidos terem sido notificados da acusação, ou de os próprios arguidos terem apresentado contestação à acusação, denotando compreensão do teor dessa peça, para se dar por sanada a arguida nulidade, pois que, em se tratando de um vício insanável, o mesmo persistirá no processo, enquanto não se proceder à repetição desse ato, com a observância da formalidade que foi preterida. Por outro lado, é sabido que a notificação dos mandatários não pode ter o condão de sanar nulidade insanável, decorrente de vício que acompanhou a notificação pessoal dos seus constituintes. Não assume igualmente qualquer relevância a alegação de que alguns dos arguidos residem em Cabo Verde há já algum tempo, comunicando e interagindo com os cabo-verdianos, nomeadamente com o co-arguido Alexandre Borges Andrade, donde se poderia presumir que já dominam o Português, o idioma em que foi deduzida a acusação. Ainda que possa em termos abstratos presumir que cidadãos estrangeiros, que residam há já algum tempo em Cabo Verde, possam ter algum domínio de alguma das línguas aqui faladas, o Cabo-verdiano e o Português, no caso em apreço os factos não autorizam uma tal presunção. Com efeito, foi a própria autoridade judiciária, no caso o Juiz do primeiro interrogatório, por sinal o mesmo Juiz do julgamento, que tomou oficiosamente a iniciativa de nomear intérpretes aos arguidos, o que torna legítima a presunção de que, embora residam em Cabo Verde há já algum tempo, eles não dominam suficientemente as línguas usadas pelo Tribunal, nomeadamente o Português. E que, partindo-se do princípio de que ao Tribunal não é dado praticar atos inúteis, só o reconhecimento dessa dificuldade linguística dos arguidos poderá ter ditado a nomeação de intérprete para os assistir nas diversas fases processuais. E, se assim é para os arguidos que residem no país há já algum tempo, por maioria de razão há-de ser para aqueles que, aquando da sua detenção, aqui se encontravam apenas de passagem, como é o caso de Patrick Komarow, cidadão sueco, e Carlos Ortega Aléman, espanhol, a quem se imputa o transporte num iate, de Brasil para Cabo Verde, da droga que acabou por ser apreendida. Por tudo que fica exposto, é de se concluir que procede inteiramente a questão prévia suscitada no recurso dos arguidos, pelo que deve ser declarada a nulidade da notificação da acusação, em virtude de se ter violado

a obrigatoriedade de nomeação de um intérprete que pudesse traduzir para uma língua que eles dominam o conteúdo da peça acusatória. Em se tratando de uma nulidade de conhecimento oficioso, a sua declaração deverá aproveitar a todos os arguidos em relação aos quais se postergou essa formalidade, que são afinal todos aqueles a quem, por não dominarem as línguas usadas no Tribunal, foi nomeado intérprete, bem como às pessoas coletivas arguidas de que são proprietários ou representantes. Mas, isso significa também que, por se tratar de um fundamento do recurso que releva de “motivos estritamente pessoais” dos recorrentes, a sua procedência não poderá aproveitar ao co-arguido Alexandre Borges Andrade, cidadão cabo-verdiano, nascido, crescido e residente nas Ilhas, que fala e compreende as línguas usadas pelo Tribunal, (art.º 439º do CP Penal). Uma vez que a declaração dessa nulidade implica que o ato em causa tenha que ser repetido, devendo o processo a partir daí seguir os trâmites impostos por lei, fica naturalmente prejudicado o conhecimento das demais questões atinentes à violação das garantias de defesa cuja relevância passará naturalmente a depender da posterior evolução da causa”.

Perante este trecho tal possibilidade colocada pelo recorrente de violação do direito a não se ser discriminado, *prima facie*, pode parecer plausível se nos ativermos à preocupação do tribunal em discutir e caracterizar a violação do direito ao contraditório e ao *due process* pela não notificação do despacho de acusação em língua que os coarguidos que se beneficiaram da decisão do recurso dominavam, em páginas que qualquer intérprete atendo à filosofia de proteção dos direitos subjacente à nossa Constituição não teria dificuldades em subscrever na íntegra, tal o apelo a filosofia garantística que transporta e por revelar-se num verdadeiro hino à ideia dos tribunais, nomeadamente comuns, como órgãos de proteção dos direitos e das liberdades, e o aparente menor interesse em considerar os efeitos de certas violações sobre a situação jurídica do ora recorrido.

Mas, mesmo em tal contexto, seria difícil atribuir ao tribunal um ânimo discriminatório, isto se se considerar que havia tratamento diferenciado vedado o que sequer foi alegado pelo recorrente em termos compatíveis com a distinção que este tribunal tem feito entre discriminação e tratamento diferenciado comum. Simplesmente, bem ou mal, interpretou certas disposições a respeito das nulidades, aceitando a subsunção dos factos em relação a uma violação de normas em matéria geradora de nulidade insanável e tirando as devidas ilações em relação a justiça processual do julgamento, ao passo que, noutro caso objetivamente não tirou. Não se pode daí

depreender qualquer ânimo discriminatório, mas apenas uma avaliação diferente de situações também distintas.

4.3.6. Por conseguinte, não se pode considerar que o direito a não se ser discriminado foi violado pelo tribunal recorrido.

5. Antes de passar à parte dispositiva, na senda do que já se tem consolidado nesta Corte, é importante verificar se não foram aplicadas normas contrárias à Constituição de tal sorte a decorrer obrigação de notificação ao Senhor Procurador-Geral da República para a promoção da fiscalização sucessiva e concreta da sua constitucionalidade perante este Tribunal.

5.1. O Tribunal em dois arestos subsequentes já tinha determinado que o número 3 do artigo 25 da Lei do Amparo e do Habeas Data foi concebido, primeiro, para exercer funções de viés subjetivo nas situações em que o Tribunal não pode conceder o amparo, mas observa que foi aplicada norma inconstitucional no processo, destinando-se nestas situações a evitar o efeito desproteção que se geraria sobre o titular do direito; e, igualmente, de natureza objetiva, recobrando circunstâncias em que da concessão do amparo, notando-se igualmente presença de norma inconstitucional, aproveita-se a ocasião para também expurgar do ordenamento jurídico tal anomalia, bloqueando-se até a sua aplicação futura, precisamente porque se eventualmente declarada a inconstitucionalidade daquela norma os seus efeitos de tal decisão são determinantes para materializar o objetivo pretendido.

Foi assim quando se sustentou que *“A norma do n.º 2 do artigo 72.º do EDAAP foi aplicada no sentido hermenêutico segundo o qual o decisor somente está vinculado aos factos dados por provados e descritos na acusação e não à qualificação jurídica dos mesmos, podendo alterá-la sem antes conceder ao arguido a oportunidade de exercer ampla defesa nos termos constitucionais. Se em relação à norma em si não se pode afirmar que ela seja inconstitucional, já no que diz respeito ao sentido com que foi aplicada existe forte probabilidade de ser reconhecido como inconstitucional, pela potencial violação do direito de audiência e de defesa consagrados no n.º 7 do artigo 35.º da CRCV, tendo designadamente em conta os efeitos irradiadores e a máxima efetividade das normas sobre direitos, liberdades e garantias. Assim, e ao abrigo da norma do n.º 3 do artigo 25 da Lei do Amparo e Habeas Corpus, (...), o Coletivo, depois de reconhecer que o Acórdão recorrido foi proferido com base em norma em relação a qual existe forte probabilidade de vir a ser declarada inconstitucional, não pode furtar-se à injunção que implica a remessa do processo ao Senhor Procurador-Geral da República para a*

fiscalização sucessiva e concreta da constitucionalidade da norma aplicada. O objeto da fiscalização sucessiva e concreta é a norma na sua aceção mais ampla, ou seja, a norma em si e o sentido com que foi aplicada no caso concreto, atento o disposto no n.º 2 do artigo 93.º da Lei n.º 56/VI/2005, de 28 de fevereiro, (...). Através do recurso de amparo, que é um meio privilegiado de proteção de direitos, liberdades e garantias, o Tribunal Constitucional, que é também, por excelência, órgão de Proteção da Constituição e do Sistema Objetivo de Proteção de Direitos, mediante impulso de um outro órgão, pode fiscalizar, em processo próprio, a constitucionalidade de uma norma aplicada num caso concreto e declarar a sua inconstitucionalidade com o consequente expurgo do ordenamento jurídico cabo-verdiano, atento o disposto no n.º 1 do artigo 284.º da Constituição: (...)” (p. 881) (Acórdão 10/2018, de 3 de maio, Joaquim Wenceslau v. STJ, Rel: JP Pinto Semedo).

Que tal possibilidade abre-se ao Tribunal não existem dúvidas, atendendo ao que o número 3 do artigo 25 dispõe: *“Se o Tribunal reconhecer que o ato ou omissão objeto do recurso foram praticados por determinação ou em cumprimento de uma norma jurídica ou de uma resolução de conteúdo normativo individual e concreto inconstitucional ou ilegal, deverá no acórdão ordenar a remessa do processo para o Procurador-Geral da República para a fiscalização sucessiva e concreta da constitucionalidade da referida norma ou resolução”*. Destarte, sem margem para ambiguidades veio o Acórdão 22/2018, de 11 de outubro, *Martiniano Oliveira v. STJ*, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n.º. 76, pp. 1824-1835, explicitar que *“é claro que da norma supramencionada da cláusula citada resulta a indicação de um objetivo sistémico, ou seja, de proteção do sistema fundamental que se associa ao próprio mecanismo de fiscalização da constitucionalidade das leis. Assim, o legislador, no quadro de um recurso de amparo que serve propósitos predominantemente subjetivos e a sua dimensão objetiva remete não genericamente à proteção da Constituição, mas, mais especificamente, do sistema de proteção de direitos, como já se tinha entendido por meio do caso Maria de Lurdes – que, naturalmente, a integra – previu a possibilidade de a partir de um recurso de amparo, detetando-se uma situação de aplicação de uma norma inconstitucional, aproveitar-se a ocasião para se depurar o sistema de tal anomalia”* (6.1).

5.2. Neste processo em concreto algumas normas aplicadas são muito provavelmente inconstitucionais, nomeadamente:

5.2.1. Uma, aplicada pelo Acórdão 38/2017, de 28 de abril, na exata aceção normativa atribuída ao número 1 do artigo 456 do Código de Processo Penal de acordo com a qual a

notificação da admissão da entrada de um recurso do Ministério Público com o intuito de agravar a pena aplicada ao arguido pode ser feita de modo global abarcando notificações dirigidas a vários coarguidos em simultâneo e dispersas por cópias de diversas páginas de autos, o que, pelos motivos atrás expostos, parece vulnerar de forma clara e em cascata as garantias fundamentais ao contraditório, à defesa e ao processo justo e equitativo.

5.2.2. Além disso, a norma aplicada pelo Acórdão 38/2017, de 28 de abril, na exata aceção normativa atribuída aos artigos 152 e número 1 do artigo 155 do Código de Processo Penal segundo a qual a preterição do dever de notificação do arguido de despacho que admite o recurso do Ministério Público não é nulidade insanável, mas mera irregularidade que requer arguição e no prazo de três dias por lesão das mesmas garantias fundamentais ao contraditório, à defesa e ao processo justo e equitativo.

5.2.3. Terceiro, norma aplicada pelo Acórdão 40/2017, de 12 de maio, na exata aceção normativa atribuída ao artigo 586 do Código de Processo Civil e artigo 26 do Código de Processo Penal, de acordo com a qual a decisão judicial condenatória que não admite recurso ordinário ou reclamação ou depois de decorrido prazo para os mesmos transita em julgado mesmo na pendência de prazo para interposição de recurso de amparo, também parece quase seguramente afetar de modo constitucionalmente ilegítimo a liberdade sobre o corpo, a garantia de presunção da inocência e o direito ao amparo previsto pelo número 1 do artigo 20 da Constituição da República.

5.2.4. Quarto, uma norma aplicada pelo mesmo acórdão referido no parágrafo anterior, sem indicação de suporte legal, desenhada em termos segundo os quais o instituto do caso julgado parcial aplica-se nas situações em que arguido resigna-se com a decisão não recorrendo ele próprio de parte ou da totalidade da sentença condenatória mesmo na pendência de recurso do Ministério Público que incida sobre a mesma transformando o seu estatuto de arguido em prisão preventiva em condenado a cumprir pena quanto a esse crime é igualmente de muito duvidosa compatibilidade com o direito à liberdade sobre o corpo e com a sua garantia de presunção da inocência previstos respetivamente pelos artigos 29 e 30 da Constituição da República.

III. Decisão

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

1. a) que houve violação do direito ao contraditório, à audiência e ao devido processo legal concedendo por se ter agravado pena de arguido que não foi notificado de recurso interposto pelo Ministério Público, impossibilitando-lhe a defesa;

b) que houve violação do direito à liberdade sobre o corpo, com efeitos sobre o direito a requerer amparo, por manutenção do arguido em regime de prisão preventiva para além do limite máximo aplicável ao momento em que o amparo foi interposto;

c) que não houve violação do direito a não se ser discriminado.

2. Concede-se ao recorrente os amparos solicitados, determinando que a entidade recorrida:

a) Declare nulo todo o processado que se seguiu à interposição do recurso do Ministério Público, na parte em que se agravou a situação processual do recorrente e ordene ao juiz de julgamento que se pronuncie sobre a admissão do recurso e, caso o admita, notifique devidamente o arguido para que este, em querendo, possa exercer o contraditório;

b) Promova a libertação do recorrente, ficando a critério da entidade recorrida a aplicação de outra medida de coação enquanto se mantiver pendente o recurso interposto pelo MP e enquanto se tramita nesta instância um outro recurso de amparo interposto pelo recorrente Alexandre Borges.

3. Ordenar a remessa dos autos a Sua Excelência o Senhor Procurador-Geral da República para efeitos de fiscalização sucessiva e concreta da constitucionalidade da norma:

a) Aplicada pelo Acórdão 38/2017, de 28 de abril, na exata aceção normativa atribuída ao número 1 do artigo 456 do Código de Processo Penal de acordo com a qual a notificação da admissão da entrada de um recurso do Ministério Público com o intuito de agravar a pena aplicada ao arguido pode ser feita de modo global abarcando notificações dirigidas a vários coarguidos em simultâneo e dispersar por cópias de diversas páginas de autos de processo;

b) Aplicada pelo Acórdão 38/2017, de 28 de abril, na exata aceção normativa atribuída aos artigos 152 e número 1 do artigo 155 do Código de Processo Penal segundo a qual a preterição do dever de notificação do arguido de despacho que admite o recurso do Ministério Público não é nulidade insanável, mas mera irregularidade que requer arguição e no prazo de três dias;

c) Aplicada pelo Acórdão 40/2017, de 12 de maio, na exata aceção normativa atribuída ao artigo 586 do Código de Processo Civil e artigo 26 do Código de Processo Penal, de acordo com a qual a decisão judicial condenatória que não admite recurso ordinário ou reclamação ou depois de decorrido prazo para os mesmos transita em julgado mesmo na pendência de prazo para interposição de recurso de amparo;

d) A norma aplicada pelo mesmo acórdão do parágrafo anterior desenhada em termos segundo os quais o instituto do caso julgado parcial aplica-se nas situações em que arguido resigna-se com a decisão não recorrendo ele próprio de parte ou da totalidade da sentença condenatória mesmo na pendência de recurso do Ministério Público que incida sobre a mesma transformando o seu estatuto de arguido em prisão preventiva em condenado a cumprir pena quanto a esse crime.

Registe, notifique e publique.

Praia, 13 de novembro de 2018

José Pina Delgado (Relator)

Aristides R. Lima

(Vencido conforme declaração de voto em anexo)

João Pinto Semedo

ESTÁ CONFORME

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 27 de novembro de 2018

O Secretário,

João Borges



Declaração de voto do Juiz Conselheiro

Aristides R. Lima

1. Tendo sido relator vencido do projeto de acórdão inicial, não pude acompanhar o douto acórdão, com os fundamentos que abaixo são reproduzidos.
2. **As questões de fundo que este Tribunal tinha a escutar foram as seguintes:**
 - O Acórdão nº 38/2017, de 28 de abril de 2017, violou o direito do recorrente à igualdade?
 - O Acórdão nº 38/2017, de 28 de abril de 2017, violou o direito do recorrente a um processo equitativo e o direito ao contraditório?
 - O Acórdão nº 38/2017, de 28 de abril de 2017, violou o direito de audiência?
 - O Acórdão nº 40/2017, de 12 de maio de 2017, violou o direito à liberdade do recorrente?
3. No projeto de Acórdão procurou-se, antes mais, ver qual a alegação do recorrente relativamente ao **princípio da igualdade** que considera violado e ainda o modo como tal princípio está previsto na Constituição e como tem sido abordado pela jurisprudência, para depois se responder à pergunta sobre se tal princípio ou direito se encontra violado, como pretende o recorrente.
- 3.1. O recorrente alega que *os acórdãos referidos negaram-lhe «as garantias de defesa nos termos supra alegados, numa clara discriminação relativamente aos demais co-arguidos*

no processo», conhecido por Perla Negra, em que o STJ alegadamente teria zelado e decidido «assegurar todas as garantias de defesa constitucionalmente configuradas, anulando todo o processado, com fundamento nas ilegalidades cometidas e atropelamento dos direitos fundamentais dos arguidos». Sustenta o recorrente **que o STJ violou a lei e a Constituição pois não salvaguardou os «direitos fundamentais do recorrente nos presentes autos, à semelhança dos co-arguidos estrangeiros». Conclui que o STJ o discriminou numa clara violação do princípio da igualdade»** (folhas 131).

No fundo, o recorrente alega que foi discriminado porque « todos os co-arguidos foram libertados no âmbito deste processo, por ter expirado o prazo de prisão preventiva» e ele foi mantido «preso preventivamente» (folhas 125).

3.2. A Constituição da República em vários momentos se refere ao princípio geral da igualdade. Ele surge primeiramente em sede dos princípios fundamentais, quando no nº 2 do artigo 1º o legislador constituinte estipulou que *«A República de Cabo Verde reconhece a igualdade de todos os cidadãos perante a lei, sem distinção de origem social ou situação económica, raça, sexo, religião, convicções políticas ou ideológicas e condição social e assegura o pleno exercício por todos os cidadãos das liberdades fundamentais»*. Mais tarde, na Parte II da Constituição, relativamente a Direitos e Deveres Fundamentais, e em sede dos princípios gerais que *disciplinam* o regime dos direitos, liberdades e garantias, no artigo 24º, estatui-se que *«Todos os cidadãos têm igual dignidade social e são iguais perante a lei, ninguém podendo ser privilegiado, beneficiado ou prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de raça, sexo, ascendência, língua, origem, religião, condições sociais e económicas ou convicções políticas ou ideológicas»*.

Conforme já foi referenciado pela jurisprudência deste Tribunal Constitucional (Acórdão nº 7/2016), **a igualdade pode ser apreendida na Constituição cabo-verdiana não só como um princípio, mas também como direito**. Na circunstância, o Tribunal chamou a atenção para a diferença prática entre a igualdade como princípio geral e como direito subjetivo. Assim, da igualdade como princípio decorrem *«deveres de concretização das autoridades públicas nos limites do que for jurídica e facticamente possível»*; já a igualdade quando se reveste do carácter de direito, *«além de criar deveres aos poderes públicos, estabelece posições jurídicas individuais»*, que o titular do direito pode usar para se opor àqueles poderes, sejam

eles de índole legislativa ou de outra índole. Assim, a igualdade é, antes de mais, um princípio fundamental que objetiva a proibição de discriminações e a proteção das pessoas face a discriminações. No que diz respeito ao entendimento da igualdade, ele pode, como princípio, ser percebido tanto em sentido negativo, como em sentido positivo. Em sentido negativo, o princípio da igualdade significa a *proibição de privilégios, ou vantagens não fundadas, e de discriminações, ou vantagens não fundadas*. O artigo 24º da CRCV, a exemplo de várias Constituições modernas, indica 10 *fatores de desigualdade proibidos* ou inadmissíveis a título meramente exemplificativo: raça, sexo, ascendência, língua, origem, religião, condições sociais e económicas, convicções ideológicas. Em sentido positivo, o princípio significa o tratamento igual de situações iguais e o tratamento desigual de situações desiguais. A igualdade como direito postula que todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação, como de resto resulta do artigo 7º da Declaração Universal dos Direitos do Homem quando estipula que todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a DUDH e se tem presente que o nº 3 do artigo 17º da CRCV dispõe que «*as normas constitucionais e legais relativas aos direitos fundamentais devem ser interpretadas de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.*» Finalmente, convém recordar que são destinatários do princípio da igualdade não apenas os órgãos de criação do direito, mas também os órgãos administrativos e judiciais. Todos têm de respeitar quer o princípio da igualdade, quer o direito à igualdade e à não discriminação.

3.3. Será que foi violado o direito à igualdade no caso vertente? Que factos são apresentados?

O que o recorrente alega, como se viu é que ele foi discriminado porque «*todos os co-arguidos foram libertados no âmbito deste processo, por ter expirado o prazo de prisão preventiva*» e ele foi mantido «*preso preventivamente*» (folhas 125).

A verdade, no entanto, é que não ficou patente, salvo o merecido respeito, qualquer esforço do mesmo para demonstrar a igualdade das situações e um tratamento diferenciado dos dois termos de comparação sem qualquer justificação. O facto de se tratar de arguidos que foram condenados na primeira instância pela prática dos mesmos crimes não é suficiente para se falar de situações

plenamente comparáveis. *(Até porque houve vicissitudes processuais diferentes em relação aos arguidos estrangeiros que, no processo perante os tribunais comuns, arguiram a nulidade da notificação da acusação em virtude de a mesma não lhes ter sido feita em língua que dominam. Nulidade esta que foi declarada pelo STJ e que expressamente não aproveitou ao arguido Alexandre Borges).*

O recorrente parece apelar a um fator proibitivo de discriminação, a origem, para sustentar uma eventual violação da norma do artigo 24º da Constituição que consagra o princípio da igualdade e o direito à igualdade. É verdade que a norma consagra uma proibição de diferenciação infundada em razão da origem. Por origem pode-se entender aqui **a proveniência de uma entidade ou unidade nacional ou social**. Isto, tendo em conta, por um lado, o disposto na Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 1º) e por outro, o facto de a Constituição da República, no nº 3 do artigo 17º, estatuir que « as normas constitucionais e legais relativas aos direitos fundamentais devem ser interpretadas e integradas de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem». É importante reconhecer igualmente, neste caso, que a lei constitucional prevê ainda o princípio especial da **igualdade entre o nacional e o estrangeiro**, quando no artigo 25º se estipula que « *Com exceção dos direitos políticos e dos direitos e deveres reservados constitucional ou legalmente aos cidadãos nacionais, os estrangeiros e apátridas que residam ou se encontrem no território nacional gozam dos mesmos direitos, liberdades e garantias e estão sujeitos aos mesmos deveres que os cidadãos cabo-verdianos*». Assim, o estrangeiro goza em Cabo Verde de um tratamento nacional, salvo no que diz respeito aos direitos políticos e àqueles que forem reservados aos nacionais expressamente.

O Tribunal é, contudo, um Fórum onde impera o princípio da igualdade obviamente. Ele está, como se sabe, obrigado, com base no respeito pelo artigo 24º da CRCV, à observância da igualdade na aplicação do direito. Por esta razão, não pode aplicar o direito vigente em benefício ou em prejuízo de determinadas pessoas.

No entanto, dada a facilidade de invocação do direito à igualdade e a possibilidade de com base neste princípio se interpor um recurso de amparo, exigem-se alguns cuidados na apreciação das alegações relativas ao princípio da igualdade: em primeiro lugar, impõe-se que o recorrente apresente os factos com o suficiente desenvolvimento para que o Tribunal possa estar em

condições de proceder à avaliação da eventualidade de uma violação do princípio da igualdade; em segundo lugar, o escrutínio do Tribunal Constitucional deve tender para um controlo de mera arbitrariedade, sob pena de o órgão supremo da Justiça Constitucional vir a funcionar como uma instância de «super-revisão».

Ora, no caso em apreço, é nossa convicção que não foram apresentados factos concretos com suficiente desenvolvimento e que indiciem tratamento diferenciado arbitrário com base na origem dos arguidos no processo. Não ficou provado que tenha havido uma arbitrariedade judicial. *Assim, com base nos dados apresentados, não se pode concluir que tenha havido um tratamento inigualitário.*

4. A segunda questão de fundo é se o Acórdão nº 38/2017 , de 28 de abril de 2017, violou o direito a um processo equitativo. Assim, o projeto procurou recordar a alegação do recorrente, clarificar o conteúdo do direito invocado como potencialmente violado, e verificar se de facto houve uma violação do direito referido.

4.1. O recorrente alega que o facto de não ter sido notificado do recurso do Ministério Público com base no qual se agravou a pena aplicada pelo Supremo Tribunal de Justiça, constitui uma **violação das garantias de defesa previstas nos números 6 e 7 do artigo 35º da CRCV e do direito de audiência do arguido previsto na alínea b) do nº 1 do artigo 77º do CPP, cuja cominação legal é a sua nulidade insanável, nos termos da alínea d) do artigo 151º do CPP.** Mais adiante, salienta que, não obstante o douto parecer do Digníssimo Procurador – Geral da República no sentido de se lhe conceder, enquanto arguido, a oportunidade de exercer o **direito ao contraditório** relativamente ao recurso interposto pelo Ministério Público, o Acórdão n.º 38/2017, de 28.04., indeferiu a sua pretensão com fundamento na extemporaneidade do pedido.

O autor, como se viu anteriormente, concluiu a sua petição de recurso e formulou os seguintes **pedidos:** a) que lhe seja concedida a **oportunidade de exercer o seu direito ao contraditório e a um julgamento justo e equitativo** e b) que se determine a sua **soltura e libertação imediata, enquanto medida provisória.**

4.2. Vista a alegação e antes da sua apreciação convém recordar o conteúdo dos direitos potencialmente invocados. Em causa está, antes de mais, o **direito a um processo justo e equitativo**, que se encontra consagrado no nº 1 do artigo 22º, o qual estatui que «*a todos é garantido o direito de acesso à justiça e de obter, em prazo razoável e mediante processo equitativo, a tutela dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos*». Para que um processo faça jus ao qualificativo de equitativo ele deve abranger nomeadamente o direito de ação, o direito ao processo, o direito à decisão e o direito à execução da decisão tomada pelo tribunal. O devido processo, entre nós, para além da dimensão ligada a um procedimento legislativo exigido, requer **um processo que esteja materialmente enformado pelos princípios substantivos da justiça nos diversos momentos processuais**. Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, eminentes constitucionalistas portugueses, o significado fundamental da exigência constitucional de um processo equitativo é «*o da conformação do processo de forma materialmente adequada a uma tutela judicial efetiva*»¹.

O Projeto da minha relatoria acentuou que o processo justo e equitativo **só é compreensível se respeitar as garantias de defesa, o princípio da presunção da inocência, o direito à escolha do defensor, o direito ao contraditório, etc.**

*Além disso, ele recorda a **Jurisprudência do Tribunal Constitucional cabo-verdiano sobre a matéria.***

No Acórdão 13/ 2018 («Manuel Fonseca V. STJ») o Tribunal Constitucional considerou o seguinte : « 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 dos 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.» Mais adiante, o Tribunal entendeu frisar apodicticamente que o direito a processo equitativo não implica ter direito ao provimento do recurso.

¹ J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira : Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4ª edição, Coimbra 2007, p. 415.

No mesmo Acórdão, o TC referiu que *«No seu cerne, o direito a um processo equitativo associa-se à efetividade dos meios de defesa dos direitos, 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»*.

4.3. Não há dúvida de que o recorrente como cidadão é titular do direito a um processo equitativo, previsto no nº 1 do artigo 22º da CRCV e ainda em instrumentos jurídico-internacionais de que Cabo Verde faz parte, tais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 10º) e o Pacto Internacional sobre os direitos Cíveis e Políticos (artigo 14º). Nos termos do artigo 1º da DUDH *«toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida»*. Por seu turno, o PIDCP, no seu artigo 14º, dispõe que *«... Todas as pessoas têm direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial...»*. Igualmente, é verdade que o direito a um processo equitativo inclui o direito ao contraditório no processo penal, estabelecido no nº 6 do artigo 35º da CRCV, bem como os direitos de audiência e de defesa, previstos no nº 7 do mesmo artigo. Em relação ao número 6, este estabelece que *«O processo penal tem estrutura basicamente acusatória, ficando os atos instrutórios que a lei determinar, a acusação, a audiência de julgamento e o recurso submetidos ao princípio do contraditório»*. O princípio do contraditório significa singelamente que o tribunal está obrigado a ouvir a acusação e a defesa antes de tomar decisões. Ouvir a acusação significa, mais concretamente, ouvir o Ministério Público e o assistente no processo e seu representante, quando houver assistente, e ouvir a defesa, quer dizer ouvir o arguido e o seu defensor. A operatividade do princípio do contraditório significa ainda a produção de provas indicadas pela acusação e pela defesa, designadamente através da inquirição de testemunhas, de exames periciais, acareações, etc. Por seu turno, o nº 7 do artigo 35º estipula que *«os direitos de audiência e de defesa em processo criminal ou em qualquer processo sancionatório, incluindo o direito de acesso às provas da acusação, as garantias contra atos ou*

omissões processuais que afetem os seus direitos, liberdades e garantias, bem como o direito de recurso, são invioláveis e serão assegurados a todo o arguido».

4.4. O fulcro da questão que importa esclarecer reside no facto de o Supremo Tribunal de Justiça, através do Acórdão n.º 12/2017, de 6 de março de 2017, paralelamente à absolvição do arguido por dois crimes (**associação criminosa para o tráfico de estupefacientes e branqueamento de capitais**), ter condenado o mesmo na pena única de 15 anos, **pelos crimes de armas e tráfico de estupefacientes**) com base, alegadamente, no provimento que aquela Corte Suprema deu ao recurso do Ministério Público, recurso este de que o arguido, ora recorrente, nega ter sido notificado, o que o teria impedido de exercer o seu direito ao contraditório. Como se viu no Projeto de Acórdão inicial, o recorrente, inconformado com o Acórdão n.º 12/2017, de 6 de março de 2017, arguiu a nulidade parcial do mesmo, por considerar que o facto de não ter sido notificado do recurso do Ministério Público com base no qual se agravou a pena aplicada pelo Supremo Tribunal de Justiça, constitui uma violação das garantias de defesa previstas no artigo 35º n.ºs 6 e 7 da CRCV e do direito de audiência do arguido previsto no artigo 77º n.º 1 b), do CPP, cuja cominação legal é a sua nulidade insanável, *nos termos do artigo 151º d) do CPP. Ora, a arguição da nulidade parcial do acórdão n.º 12/2017, de 6 de março, foi considerada improcedente pelo Acórdão n.º 29/2017, de 7 de abril de 2017. Insatisfeito com esta última decisão, o recorrente requereu a reforma do Acórdão. Através do Acórdão n.º 38/2017, de 28.04.2017, o STJ indeferiu a sua pretensão com fundamento na extemporaneidade do pedido.*

4.5. *Será que o STJ, através do Acórdão n.º 38 / 2017, violou o **direito fundamental invocado no seu julgamento, i. e. o direito a um processo equitativo?** Convém recordar que o teor da decisão do STJ foi o seguinte: «indeferir por manifestamente extemporânea a arguição da irregularidade decorrente da omissão da notificação do recurso do MP ao arguido». Contrariamente ao entendimento do recorrente, que considerou que se estava perante uma nulidade insanável, o STJ julgou tratar-se de uma questão de mera irregularidade. Para o STJ, a omissão de uma notificação formal não configura uma nulidade, primeiro porque ela não está prevista em nenhuma das alíneas do artigo 151º do CPP que apresenta as situações de nulidades insanáveis e em segundo lugar, porque tal não está previsto em qualquer outra*

disposição legal. Não obstante esta posição, o STJ entende que o arguido goza do direito de ser notificado do recurso interposto pelo Ministério Público, tal qual impõe o princípio do contraditório. No entanto, o STJ numa perspectiva de minimizar ou refutar uma eventual violação do princípio do contraditório argumentou que o recurso do Ministério Público de que se tratava foi incorporado nos autos juntamente com os recursos dos arguidos «integrando a sequência que vai das fls. 2566 a 2667)», enquanto o recurso do MP constava das fls. 2622 a 2631 . Mais acrescenta o STJ que consta da certidão das fls. 14 e 15 que o arguido foi notificado dos recursos constantes das folhas 2566 a 2667, o que incluía também o recurso do MP.

(De facto o recurso do MP está contido nos autos da pág. 2622 a 2631. Estando nos autos, em relação a ele não se pode proferir o aforismo jurídico de que «quod non est in acta non est in mundo». Do mandado de notificação a páginas 2742 se colhe a ordem de notificação dos arguidos da admissão dos recursos interpostos pelos arguidos e constantes das folhas 2562 a 2667. É certo, todavia, que não há uma referência expressa a notificação do recurso do Ministério Público. Logo a seguir, a certidão dá conta da notificação do arguido Alexandre Borges através do seu patrono em S. Vicente)

Por outro lado, enquanto o recorrente entendeu que o prazo para a arguição daquilo que chamou de nulidade insanável era de 15 dias, nos termos do artigo 137º do CPP, o STJ considerou que o prazo para a sua arguição devia ser de 3 dias, a contar daquele «em que a parte tiver sido notificada para qualquer termo do processo ou intervindo em algum ato nele praticado (art.º 155º do CPP)». Segundo o STJ, em duas situações o arguido poderia ter suscitado a alegada irregularidade e não o fez: primeiro, logo após a notificação para os termos do processo na sequência do recurso do Ministério Público; segundo, após a notificação do acórdão nº 12/2017 (folhas 90 dos Autos de Recurso) a 6 de março de 2017 . Em ambos os casos, o arguido teria deixado passar o prazo de três dias para suscitar a alegada irregularidade derivada da omissão da notificação da interposição do recurso. Ainda, segundo o STJ, quando o arguido a 21.03.2017 apresentou a sua reclamação que tinha por objeto uma irregularidade processual o prazo já se tinha esgotado, pelo que não podia suscitar a questão.

4.6. Como avaliar o argumento do STJ? Houve violação do núcleo essencial do direito ao contraditório. O STJ ignorou essa garantia fundamental e o seu impacto

no processo? A argumentação do Supremo Tribunal baseia-se na interpretação que faz da lei e em especial da lei do processo penal cabo-verdiano. Ela parte do princípio de que as nulidades não se presumem, mas devem decorrer da lei. Tal corresponde ao entendimento tradicional de que as situações de nulidade obedecem ao princípio da tipicidade legal, princípio este que outrora se designava segundo a expressão francesa «*pas de nullité sans texte*»². Adotando este ponto de vista, não se pode dizer que se está perante uma nulidade, uma vez que nem o Código de Processo Penal, nem outra lei prevê especificamente que a não notificação do arguido de um recurso do Ministério Público tem por efeito este tipo de invalidade. A lei, no entanto, impõe que o recurso seja notificado aos arguidos. Com efeito, o n.º 1 do artigo 456.º do CPP estatui que o requerimento de interposição ou a fundamentação serão, após o despacho de admissão do recurso, notificados aos restantes sujeitos processuais afetados pelo recurso...». No caso em apreço, não houve uma notificação específica e singular, mas sim uma espécie de notificação global de vários recursos em conjunto, que foram incorporados nos autos da folha 2566 a 2667. Como sustenta o STJ, candidamente, «*o arguido foi notificado dos recursos das fls. 2566 a 2667, nos quais se inclui naturalmente o recurso do MP*».

Será que esta omissão de notificação específica, eventualmente coberta por uma notificação global de vários recursos, põe necessariamente em causa o direito a um processo equitativo e em particular o direito ao contraditório, entendido este como o direito de a acusação e a defesa serem chamadas a apresentar as suas razões de facto e de direito, a oferecer provas, a exercer o controlo sobre as provas que são oferecidas contra si e a questionar sobre o valor de umas e de outras³? Ao longo do processo, o recorrente pôde contar com um advogado de defesa, teve oportunidade de exercer o seu direito de defesa, de se pronunciar sobre a acusação, de participar na produção de provas e apresentar a sua versão dos factos, tendo igualmente recorrido ao Supremo Tribunal de Justiça, quando assim o entendeu. Em nenhum momento se apontaram factos que puseram em causa princípios materiais como o da presunção da inocência ou da imparcialidade do Tribunal. Finalmente, as decisões do Tribunal foram sempre fundamentadas. O facto de haver uma notificação *in toto* dos diversos recursos não deixou de levar ao conhecimento do

² Cfr. **Paulo Otero**: *Direito do Procedimento Administrativo*, vol. I., Coimbra, 2016, p. 633.

³ Cfr. **Germano Marques da Silva**, comentário ao artigo 32.º, in **Jorge Miranda/ Rui Medeiros**: *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra, 2005, p. 360.

arguido o recurso do Ministério Público, pois que a notificação reporta-se a recursos de folhas 2562 a 2667, estando o recurso do MP nas páginas 2622 a 2631. Tal significa que o recorrente poderia ter respondido, se assim o quisesse ao abrigo do nº 2 do artigo 456º do CPP, que dispõe que «*os sujeitos processuais afetados pela interposição do recurso poderão responder no prazo de dez dias, contado da data da notificação da apresentação das alegações do recorrente*». Não se pode, assim, dizer que houve uma violação do conteúdo essencial do direito ao contraditório, uma vez que sempre restou a possibilidade de reação do arguido em devido tempo, o que não aconteceu.

Por estas razões, entendi que o Acórdão nº 38/2017 não violou o direito a um processo equitativo, nem tampouco o direito fundamental ao contraditório.

5. Alega o recorrente que foi violado o seu **direito à audiência**, previsto no nº 7 do artigo 35º da CRCV. O direito à audiência ou direito a ser ouvido é uma garantia essencial para as partes e, em especial, para o arguido, num processo penal. Assim, tanto *a conformação normativa do direito processual*, como também o próprio *desenrolar do processo judicial* devem possibilitar uma dimensão da audiência das partes no caso concreto, que seja objetivamente adequada para se garantir uma tutela jurisdicional efetiva. O direito à audiência significa que os tribunais devem dar oportunidade às partes para se pronunciarem sobre a matéria do processo judicial e exercer influência sobre o mesmo. Assim, os tribunais devem não só *tomar conhecimento das manifestações das partes*, mas também *apreciá-las*.

Quanto ao **direito de audiência**, ele pode, numa perspetiva sequencial, desdobrar-se **em três direitos: o direito a informação, o direito do arguido a expressar posição própria e, finalmente, o direito a que essa sua posição expressa seja considerada ou ponderada**.

No caso do recurso do Ministério Público o arguido teve a **oportunidade de obter informação** sobre o mesmo, uma vez que houve a notificação *in toto*, teve a **oportunidade de tomar posição** sobre a matéria. Todavia, não expressou a sua posição, o que corresponde ao seu direito, pois o arguido não é obrigado a se expressar após a notificação. **Não se tendo expressado no caso concreto, «esgotou-se» este direito para o caso específico.**

6. O recorrente alega que o Acórdão nº 40/2017, de 12 de maio de 2017, **violou o seu direito à liberdade**, previsto no artigo 30º da CRCV. Para sustentar a sua posição, afirma que, à data da apresentação do recurso de amparo, ele, enquanto arguido, encontrava-se preso preventivamente havia 30 meses e três dias, sem que, em sua opinião, tivesse havido «condenação com trânsito em julgado» (folhas 127 dos autos) . Na opinião do recorrente, ele *«só podia estar preso preventivamente, até ao limite máximo de 30 meses, pelo que os demais dias de prisão sofrida (3 dias) tornar-se – á (sic!) uma prisão ilegal, mantida para além dos prazos fixados pela lei, nos termos do artigo 36º da (Constituição – falta esta palavra) da República, conjugado com os artigos 279º, al. e) e 18º, al. d), ambos do CPP»*. Com esse entendimento, o recorrente solicita a sua restituição à liberdade. O STJ patenteou, contudo, um entendimento diferente, ao argumentar que o arguido já não se encontra preso preventivamente, mas sim a cumprir pena de prisão efetiva, porque a decisão condenatória já havia transitado em julgado. Esta posição é, no entanto, rebatida pelo recorrente que sustentou que o acórdão, cuja reforma solicitou, jamais poderia ter transitado em julgado, no sexto dia após a notificação que fora feita no dia 02.05.2017.

6.1. Para responder à questão de saber se houve uma **violação do direito à liberdade**, previsto no artigo 30º da Constituição da República, procurou o Projeto recordar o conteúdo normativo deste direito. Numa leitura sistemática, o Projeto frisa que, antes do artigo 30º, a Constituição da República estabelece, no artigo 29º, o princípio da inviolabilidade do direito à liberdade. Logo a seguir, refere, no nº 2 do mesmo artigo, que *«são garantidas as liberdades pessoal, de pensamento, de expressão e de informação, de associação, de religião, de culto, de criação intelectual, artística e cultural, de manifestação e as demais consagradas na Constituição, no direito internacional geral ou convencional, recebido na ordem jurídica interna, e nas leis»*. Com tal formulação ou quadro normativo resulta, aparentemente, que o legislador constituinte não só estabeleceu aqui **um direito geral à liberdade**, mas também um **valor fundamental objetivo**. Simultaneamente, verifica-se que, num registo de especificação, a Constituição cabo-verdiana **enuncia uma espécie de, passo o termo, « geografia» das principais liberdades** que são garantidas por ela: a) as liberdades consagradas na Constituição; b) as previstas no direito internacional geral e no direito internacional convencional, recebido na ordem jurídica interna; c) as liberdades consagradas nas leis.

6.2. O artigo 30º da Constituição da República, à semelhança do disposto no artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e no artigo 9º do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos, garante o direito à liberdade e o direito à segurança pessoal, dois direitos diferentes, embora relacionados estreitamente entre si. O direito à liberdade significa «*o direito à liberdade física, à liberdade de movimentos, ou seja o direito de não ser detido, aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente confinado a um determinado espaço, ou impedido de se movimentar.*»⁴O direito à liberdade compreende no fundamental **os seguintes direitos** : a) o direito de *não ser detido ou preso pelas autoridades públicas*, salvo nos casos e termos previstos no artigo 30º; b) o direito de *não ser aprisionado ou fisicamente impedido ou constrangido por parte de outrem*; c) o direito à *proteção do Estado* contra os atentados de outrem à própria liberdade.

6.3. No caso do artigo 30º da CRCV, o seu nº 2 estipula que «*ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de atos puníveis por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança prevista na lei*». Contudo, tal artigo prevê exceções ao estatuir o seguinte: «*Excetua-se do princípio estabelecido no número anterior, a **privação de liberdade, pelo tempo e nas condições determinadas na lei, num dos casos seguintes:***

a);

b) ***Detenção ou prisão preventiva por fortes indícios da prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão, cujo limite máximo seja superior a três anos, quando outras medidas cautelares processuais se mostrem insuficientes ou inadequadas;***»

6.4. Da análise do artigo 30º resulta claro que o direito à liberdade não é um direito absoluto. Assim, ele pode ser restringido nos termos da Constituição e da lei. Daquele artigo resulta, pois, que *a prisão preventiva é uma das situações que justificam a restrição do direito à liberdade*. Mais concretamente, «*a prisão preventiva por fortes indícios da prática de crime doloso a que corresponda pena*

⁴ Cfr. **José Joaquim Gomes Canotilho / Vital Moreira**: Constituição da República Portuguesa Anotada, 4ª edição, Coimbra, 2007, p. 478.

de prisão, cujo limite máximo seja superior a três anos, quando outras medidas cautelares processuais se mostrem insuficientes ou inadequadas», conforme dispõe a alínea b) do nº 3 do artigo 30º.

6.5. A análise dos pressupostos da prisão preventiva é **uma questão que é essencialmente da competência dos tribunais comuns**. É natural que assim seja, primeiro, porque os pressupostos estão estabelecidos na legislação ordinária, isto é, no Código de Processo Penal (artigo 290º), em segundo lugar, porque existe uma **diferenciação funcional quanto à competência entre os tribunais comuns**, que são competentes para a interpretação do direito ordinário, **e o Tribunal Constitucional**, que é um tribunal especial competente para a interpretação do direito constitucional. Isto não quer, no entanto, dizer que o Tribunal Constitucional não pode interferir na apreciação das condições de manutenção da prisão preventiva, por via do recurso de amparo, **quando e na medida em que tenham sido violados direitos, liberdades e garantias, quer em virtude da interpretação da lei, quer em virtude da sua aplicação no caso concreto com eventual desprezo pelos direitos fundamentais amparáveis**. No caso *sub judice*, o arguido sustenta que foi ultrapassado o tempo legal para a prisão preventiva.

6.6. Será que foi ultrapassado o prazo legal para a prisão preventiva? Com efeito, como resulta dos autos (...), o arguido foi preso preventivamente a 5 de novembro de 2014. O arguido, aquando da apresentação do seu Recurso de Amparo, que deu entrada no Tribunal Constitucional a 23 de maio de 2017, alegava que ele « *só podia estar preso preventivamente até ao limite máximo de 30 meses* », pelo que os demais dias de prisão sofrida (3 dias, segundo ele) seriam ilegais. Ora, a 5 de maio de 2018 já se tinham completado 30 meses de prisão preventiva, depois de o Supremo Tribunal de Justiça ter prorrogado o prazo para este limite nos termos do nº 2 do artigo 279º do CPP. Todavia, é preciso ter-se em conta que aos prazos para a prisão preventiva podem ser acrescentados mais seis meses, a partir do momento em que há recurso para o Tribunal Constitucional, nos termos do nº 4 do artigo 279º do CPP, tendo em conta que o prazo máximo para a prisão preventiva consagrado na Constituição da República é de 36 meses (nº 4 do artigo 31º). Por este prisma, e tendo em conta que houve um recurso de amparo para o Tribunal Constitucional, não se pode concluir que o prazo global para a prisão preventiva de 36 meses tenha,

à data, sido ultrapassado e que tal tenha posto em causa o direito à liberdade do arguido. Com efeito, o direito à liberdade é um direito que pode ser restringido nos termos da Constituição e da lei e especificamente nos termos da alínea b) do n.º 3 do artigo 30.º da Carta Magna do País. E foi o que aconteceu neste caso.

- 6.7.** O recorrente argumentou que passados os 30 meses sem que se tivesse verificado uma condenação com trânsito em julgado, a prisão preventiva deveria extinguir-se. É isso que dispõe a alínea d) do n.º 1 do artigo 279.º, em conjugação com o n.º 2 do mesmo artigo, todos do CPP em vigor. Para sustentar a sua posição, o arguido aduziu o argumento de que não tinha havido condenação com trânsito em julgado, uma vez que ele fora «notificado do indeferimento da reforma do Acórdão (n.º 38/2017, de 28 de março) no dia 02.05.2017» e que tinha 20 dias «para exercer o seu direito de recurso de Amparo». Assim, na sua opinião, a condenação «jamais poderia ter sido (sic!) transitada em julgado» no sexto dia após a notificação, isto é no dia 08.05.2017.

Ora, a questão que aqui se coloca é que, contrariamente à suposição do recorrente, após o indeferimento do pedido de reforma da decisão, já não havia mais nenhum recurso ordinário. Sendo assim, a condenação transitou em julgado, por não haver nenhum outro recurso ordinário previsto na lei.

Na verdade, o recorrente, ao alegar que tinha mais 20 dias para exercer o seu direito de recurso de amparo constitucional, com o devido e merecido respeito, parece laborar num erro ao pressupor que o recurso de amparo constitucional é igual a um recurso ordinário dirigido a um tribunal comum. Todavia, é sabido que o recurso de amparo não se equipara a um recurso ordinário para a ordem dos tribunais comuns, antes, pelo contrário, configura um recurso ou meio jurídico extraordinário de defesa de direitos fundamentais amparáveis para o Tribunal Constitucional, que constitui um tribunal especial e não se confunde com os tribunais comuns. É esta, aliás, a posição acertada do Supremo Tribunal de Justiça. Este Tribunal reconheceu, além disso, que o arguido nessa altura já não se encontrava em prisão preventiva, mas sim a cumprir pena de prisão efetiva, pois na sua opinião a decisão tinha transitado em julgado. Nas palavras desse venerando Tribunal «existe já um caso julgado parcial formado, em execução do qual o arguido encontra-se já em cumprimento da pena, e não em prisão preventiva».

Nota-se que o próprio arguido ao interpor o seu recurso para o STJ a 07 de dezembro de 2015 deixara claro que o recurso, cito, «não contestará a condenação pelos dois primeiros crimes (isto é os crimes de tráfico de droga e de detenção de armas, e – continuo a citar – (o recurso) não versará sobre eles, aceitando-os desde logo, seja a condenação , sejam as penas parciais».

Assim, o Projeto sustenta que não há nada a apontar na decisão do STJ que consubstancie uma violação do direito à liberdade do recorrente.

Nestes termos, entendi, em consciência, propor que o Tribunal Constitucional, reunido em Plenário, julgasse improcedente o recurso.

O Juiz Conselheiro

Aristides Raimundo Lima

ESTÁ CONFORME

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 27 de novembro de 2018

O Secretário do TC,

João Borges