



Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 5/2018, em que é recorrente **Aldina Ferreira Soares** e recorrido o **Supremo Tribunal de Justiça**.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ACÓRDÃO N.º 01/2019

(Autos de Recurso de Amparo n.º 5/2018, Aldina Ferreira Soares Vs. STJ, sobre violação do direito à liberdade e à garantia da presunção de inocência, Pedido de Decretação de Medida Provisória)

I – Relatório

1. O relatório destes autos já consta em boa parte do Acórdão n.º 26/2018, de 20 de dezembro, *Aldina Ferreira v. STJ*, Rel: JCP Pinto Semedo, publicado no *BO*, I Série, n.º 88, 28 de dezembro de 2018, pp. 21-25, que admitiu o pedido de amparo, pelo que se transcreve abaixo o que nesta decisão ficou recortado, indicando depois a tramitação subsequente:

“1. Aldina Ferreira Soares, com os demais sinais de identificação nos autos, não se conformando com o Acórdão n.º 57/2018, de 20 de novembro, proferido pela Seção Criminal do Supremo Tribunal de Justiça, que indeferiu o seu pedido de habeas corpus registado sob n.º 32/2018, vem interpor recurso de amparo constitucional, nos termos do n.º 1 e das alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 20.º da Constituição da República de Cabo Verde (CRCV), com base nos seguintes fundamentos:

1.2. A recorrente foi detida em 14 de março de 2018 e, na sequência do primeiro interrogatório judicial, foi-lhe decretada a prisão preventiva cuja execução iniciou-se no mesmo dia e ano.

1.3. Durante a Instrução foi elevado o prazo de prisão preventiva de quatro para seis meses, com base na especial complexidade do processo.

1.4. Conforme a impetrante, o Ministério Público deduziu acusação no dia 10 de setembro de 2018, a qual foi-lhe notificada no dia 18 do mesmo mês e ano, tendo, em 26 de setembro, requerido a abertura da Audiência Contraditória Preliminar (ACP).

1.5. No dia 14 de novembro de 2018 foi proferido despacho, designando o dia 13 de dezembro de 2018 para a realização da ACP.

1.6. Volidos mais de oito meses sobre o início da execução da prisão preventiva, sem que tenha sido notificada da eventual elevação do prazo de prisão preventiva, não tendo sido notificada do despacho que designara o dia para a realização da ACP, nem tão-pouco o despacho de encerramento da ACP, a recorrente considerou que se encontrava em prisão preventiva para além do prazo legal previsto.

1.7. Por isso, dirigiu um pedido de habeas corpus ao Venerando Supremo Tribunal de Justiça solicitando a sua libertação imediata, com base nos artigos 36.º da CRCV e 18.º do Código de Processo Penal (CPP), o qual foi indeferido pelo Acórdão n.º 57/18, de 20 de novembro, cuja fundamentação aqui se dá por reproduzida para todos os efeitos legais.

1.8. É, pois desse Acórdão que se interpôs o presente recurso de amparo, no qual se invoca a violação do direito à liberdade sobre o corpo e a presunção de inocência que lhe está constitucionalmente associada, nos termos dos artigos 29º, 30º e 31º da CRCV e os artigos 3º, 9º e 11º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

1.9. Termina a sua petição de recurso, formulando os seguintes pedidos: “seja julgado procedente e, consequentemente, revogado o acórdão de 20/11/18 do Supremo Tribunal de Justiça e seja proferida uma decisão sobre as inconstitucionalidades suscitadas e consequentemente restabelecer os direitos, liberdades e garantias fundamentais violados.”

2. Cumprindo o estabelecido no artigo 12.º da Lei do Amparo, foram os autos com vista ao Ministério Público para emitir o parecer sobre a admissibilidade do recurso. Sua Excelência o Senhor Procurador-Geral da República emitiu o douto parecer constante de fls. 21 a 25 dos presentes autos, tendo feito, em síntese, as seguintes considerações e conclusões:

“No § 24 das suas alegações a recorrente afirma que o STJ “deu ao artigo 279º n.º 1 al. b) do CPP, uma interpretação passível de violar a nossa constituição, ou seja, uma interpretação extensiva, que extravasa a letra da lei e que repercutiu directamente na violação dos direitos fundamentais”, sem, contudo, ter logrado demonstrar qual foi essa interpretação e muito menos em que medida terá violado os direitos à liberdade e à presunção da inocência.

Outrossim, não se alcança de recurso o amparo pretendido que possa restabelecer os alegados direitos. Veja-se que o que foi requerido foi a revogação do acórdão recorrida “com as legais consequências”, o que a acorrer não determinaria por si só a alteração da situação processual da recorrente.

Quanto aos demais pressupostos negativos previstos no referido artigo 16.º, com exceção da al e), estamos em crer que não se verificam. E relativamente à al. d), a sua aferição depende do quão manifestamente (in)fundados forem as razões de facto e de direito que fundamentam o pedido, o que, conforme dissemos acima, não foi feito de forma satisfatória pela recorrente.

Assim, face à deficiente/insuficiente indicação, em especial das razões de direito, que fundamentam o pedido, somos de parecer que a recorrente deve ser convidada, no prazo legal, a suprir tais deficiências, indicando as razões porque entende que o referido acórdão viola o direito constitucional à liberdade, sem prejuízo de também se aferir se efetivamente invocado no processo a violação do direito à presunção da inocência, sob pena de inadmissibilidade do presente recurso.”

Concluso o processo, o Relator houve por bem mandar oficiar o Supremo Tribunal de Justiça no sentido de remeter, a título devolutivo, os autos da providência de Habeas Corpus n.º 32/2018, os quais se encontram apensos, por linha, aos presentes autos.

É, pois, chegado o momento de apreciar e decidir da admissibilidade do recurso nos termos do artigo 13.º da Lei n.º 109/IV/94, de 24 de outubro”.

2. O pedido de amparo foi admitido no dia 20 de dezembro de 2018 pelo citado Acórdão n.º 26/2018, de 20 de dezembro, tendo sido no mesmo dia distribuído ao JC Aristides Lima que passou a desempenhar as funções de relator.

3. Acontece, entretanto, que a recorrente veio agora, seis dias após a admissão do recurso de amparo, requerer adoção de medida provisória, solicitando a sua libertação imediata.

Depois de notificar nos termos da lei, o Ministério Público e o órgão recorrido para, em querendo, se pronunciarem sobre o pedido e tendo transcorrido o prazo sem resposta, o projeto de acórdão para a adoção de medidas provisórias apresentado pelo relator foi depositado na Secretaria do Tribunal no dia 8 de janeiro de 2019 e o competente julgamento foi marcado para o dia 10 de janeiro do mesmo ano.

O relator apresentou projeto de acórdão e votou no sentido de se indeferir o pedido de adoção de medidas provisórias, por considerar que os pressupostos necessários para o seu decretamento não se encontravam preenchidos.

Entretanto o JC Pina Delgado e o JCP Pinto Semedo votaram em sentido contrário, pelo que ficando o relator vencido, a relatoria passou para o JC Pina Delgado, 1º Adjunto, no mesmo dia.

II. Fundamentação

1. A recorrente dirige ao Tribunal pedido de adoção de medida provisória de libertação imediata por se encontrar em prisão preventiva, segundo ela ilegal.

Naturalmente, a primeira questão relevante teria que ver com o facto de se saber se as medidas provisórias, também chamadas de medidas cautelares, são reconhecidas e aceites pela Lei do Amparo e do *Habeas Data*, instrumento jurídico que, conforme se sabe, traça o regime jurídico processual do recurso de amparo e do recurso do *habeas data*, especialmente do primeiro que será o aplicável ao caso concreto.

A verdade é que as medidas provisórias são aceites pela Lei do Amparo, essencialmente através primeiro do artigo 11, o dispositivo central nesta matéria e, em segundo lugar e complementarmente, pelo artigo 14, os quais, nessa ordem, estipulam as condições para a sua decretação.

2. Não é a primeira vez que a justiça constitucional se defronta com pedido de adoção de medidas provisórias. O próprio Tribunal já conheceu e decidiu por algumas vezes

pedidos de medidas cautelares formulados em sede de recurso de amparo. Inicialmente, o Tribunal adotou uma base de escrutínio mais tradicional bastante similar à que existe no direito processual civil, como se pode ver nas decisões de admissão tiradas através do Acórdão nº 17/2017, 31 de julho, *Alexandre Borges v. STJ*, BO, I Série, nº 47, 8 de agosto de 2017, pp. 1037-1041, para. 4, do Acórdão nº 24/2017, de 9 de novembro, *Arlindo Teixeira v. STJ*, BO, I Série, nº 78, 22 de dezembro de 2017, pp. 1692-1699, e do Acórdão nº 25/2017, de 9 de novembro, *Gilson Veiga v. STJ*, BO, I Série, nº 78, 22 de dezembro de 2017, pp. 1699-1715, todos relatados pelo JCP Pinto Semedo e adotados por unanimidade, com pressupostos bastante apertados, especialmente relativamente ao *fumus bonis iuris*, tendo inclusive recusado todos os pedidos que lhe foram formulados com esse propósito.

2.1. Nos termos do primeiro desses acórdão o Tribunal apresentou argumentação no sentido de 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 juris), 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. Consequentemente, indefere-se o pedido de soltura e liberdade imediata do requerente, por improcedente.”*

2.2. O segundo e o terceiro usaram argumentação comum em termos segundo os quais *“O recorrente/requerente pede que seja adotada medida provisória que se traduz na sua libertação imediata, alegando a falta de pressuposto para a elevação do prazo de prisão preventiva. A apreciação deste requerimento deve começar pelo reconhecimento de que a prisão preventiva é uma medida de coação pessoal de última ratio cujos pressupostos para sua revogação e substituição são os previstos no artigo 278.º do Código de Processo Penal: “As medidas de coação pessoal serão imediatamente revogadas, por despacho do juiz, sempre que se verificar terem sido aplicadas fora das hipóteses ou das condições gerais previstas na lei ou terem deixado de subsistir as exigências cautelares que concretamente justificaram a sua aplicação.” O Acórdão que elevou o prazo de prisão*

preventiva e, por conseguinte, manteve a privação da liberdade do requerente, baseou-se, essencialmente, na complexidade do processo e na necessidade da manutenção da medida. Todavia, entende o requerente que o processo afigura-se simples, nada complexo e de fácil decisão. A análise de um requerimento em que se pede a libertação imediata de alguém no âmbito do recurso de amparo 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 juris*), bem como a prova sumária sobre o perigo que possa resultar da demora na concessão da tutela definitiva (*periculum in mora*). Considerando a natureza do amparo que se requer nos presentes autos, não parece que seja de estimar que o recorrente tenha demonstrado suficientemente a aparência do direito alegado, nem que o Tribunal possa pronunciar-se sobre o requerimento antes de decidir do mérito da petição de recurso. Isto porque o deferimento ou indeferimento desse requerimento depende do pronunciado sobre a verificação da invocada complexidade para a elevação do prazo de prisão preventiva. Não deixa de ser verdade que a complexidade processual é, nos termos do n.º 2 do artigo 279.º, fundamento para a prorrogação dos prazos da prisão preventiva. Todavia, um pronunciamento sério e responsável por parte do Tribunal sobre esta problemática requer uma análise exaustiva do processo no âmbito do qual o recorrente foi julgado e condenado. Reitera-se que neste momento não há certeza quanto à inviabilidade de concessão do amparo requerido, por se tratar de um pedido com base numa omissão de pronúncia e numa alegada violação do direito à obtenção de uma decisão em prazo razoável. Por isso, o Tribunal Constitucional precisa analisar todos os elementos que lhe permitam pronunciar-se sobre a natureza e a complexidade dos pedidos e do processo em si, sem descurar a avaliação da conduta processual do recorrente, de outros intervenientes processuais e outros elementos que o órgão recorrido entenda por bem colocar à sua consideração. É, por conseguinte, absolutamente indispensável saber, no quadro do poder de cognição que a Constituição atribui a esta Corte, se a complexidade invocada se verifica no caso concreto e se tal complexidade justificava a prorrogação do prazo de prisão preventiva. Por outro lado, a condição *sine qua non* para a revogação das medidas de coação é a verificação, entenda-se, convicção de que estas foram aplicadas fora das hipóteses ou das condições gerais previstas na lei ou ter deixado de subsistir as exigências cautelares que concretamente justificaram a sua aplicação. Está suficientemente demonstrado que ainda não se pode afirmar convictamente que a prisão

preventiva do requerente foi decretada fora das condições acima referidas. Consequentemente, indefere-se o pedido” (para. 4).

2.3. No entanto, o Tribunal flexibilizou a sua posição no último acórdão em que se pronunciou e deferiu pedido de decretação de medida provisória, pois naquele que admitiu o amparo *Atlantic Global Asset Management v. PGR*, Acórdão nº 4/2018), de 13 de março, Rel: JCP Pinto Semedo, BO, I Série, nº 21, 11 de abril de 2017, pp. 484-490, também adotado por unanimidade não mais fez menção expressa ao critério da probabilidade séria de existência do direito. Aceitou, outrossim, a mera possibilidade de sua existência, remetendo, nomeadamente, ao critério de viabilidade que se vem adotando para se aferir a respeito da possibilidade de utilização da causa da alínea e) do número 1 do artigo 16 da Lei do Amparo que permite a inadmissão de um recurso. Ficou assente nesta decisão argumentação no sentido de que *“No dia 1 de março de 2018, mas antes da designação da data para a realização do julgamento a que se refere o artigo 13.º da Lei do Amparo, veio a recorrente requer[er], a título de medida provisória, que seja declarada a caducidade do congelamento da sua conta bancária. Para tanto, alega que, apesar de todas as diligências já realizadas, nomeadamente, buscas domiciliárias, em escritórios e apreensões de dinheiro, o Ministério Público não reuniu indícios que pudessem fundamentar uma acusação, razão pela qual, volvidos mais de oito meses sobre data em que foi decretado o congelamento da sua conta bancária, não se lhe imputou formalmente a prática de crime. Fundamentou o seu pedido com base no disposto nas disposições conjugadas dos artigos 14.º da Lei do Amparo e no n.º 3 do artigo 46.º da Lei n.º 120/VIII/2016, de 24 de março, que estabelece medidas destinadas a prevenir e reprimir o crime de lavagem de capitais, bens, direitos e valores (doravante Lei sobre a Lavagem de Capitais). Instruiu o seu requerimento no qual pede para adotar a referida medida provisória com cópias do pedido de descongelamento dirigido ao Senhor Procurador-Geral da República, no dia 26 de março de 2018; pedido de confisco apresentado pelo Ministério Público junto do Juízo Cível do Tribunal Judicial da Comarca da Praia; cópia autenticada da sentença proferida pelo Juiz do 2.º Juízo Cível da Comarca da Praia, que indeferiu liminarmente o pedido de confisco apresentado pelo Ministério Público; requerimento e respetivas alegações de recurso do representante do fiscal da legalidade, em reação ao indeferimento do pedido de confisco. Notificado o Ministério Público para, querendo, responder ao incidente, no prazo quarenta e oito horas, optou por não o fazer. É, pois, chegado o momento de apreciar e decidir. A apreciação deste requerimento deve*

começar pelo reconhecimento de que o congelamento da conta bancária é uma medida cautelar processual penal prevista pelos artigos artigo 45.º e seguintes da Lei sobre a lavagem de capitais. As medidas cautelares processuais, porque contendem com direitos, liberdades e garantias, a sua aplicação e manutenção devem subordinar-se ao princípio constitucional da proporcionalidade em sentido lato, (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido restrito), mas também aos princípios da legalidade e da tipicidade. Refira-se que o congelamento da conta bancária a que se refere o requerimento em apreço fora decretado pelo despacho proferido no dia 13 de junho de 2017; que o Ministério Público apresentou o pedido de confisco dos bens apreendidos, no âmbito destes autos, no dia 13 de fevereiro de 2018, pedido esse que foi liminarmente indeferido; no dia 26 de fevereiro de 2018, a requerente dirigiu ao Procurador-Geral da República um pedido no qual solicitou, mais uma vez, o descongelamento da referida conta bancária, sem que tenha recebido uma resposta da entidade recorrida; não há prova de que o Ministério Público tenha deduzido acusação no prazo de oito meses a contar da data em que foi decretada a medida de congelamento em causa. Nos termos do n.º 3 do artigo 46.º da Lei sobre a lavagem de capitais, “a apreensão, quando decretada no processo penal, extingue-se, e é oficiosamente cancelado o respetivo registo, se decorrido oito meses, não for deduzida a acusação.” Assim sendo, e demonstrada que a medida cautelar se mantém além do prazo de oito meses sobre a data em que foi decreta[da], sem que o Ministério Público tenha deduzido acusação, a medida extinguiu-se, por caducidade. Portanto, é ilegal manter congelada uma conta bancária além do prazo, com impactos possíveis sobre o direito à propriedade privada. Apesar da caducidade do congelamento da conta bancária e sucessivos pedidos de descongelado dirigidos ao Ministério Público, o defensor da legalidade insiste na manutenção da medida cautelar. Face ao silêncio da entidade recorrida, importa verificar se estão reunidos os pressupostos para que o Tribunal possa decretar a medida provisória requerida. É doutrina assente que a análise dos pressupostos para a adoção de providências cautelares civis não pode ir além de uma summaria cognitio da alegação e prova da verosimilhança do direito que se pretende tutelar. Consideram-se pressupostos gerais de providências cautelares civis: a aparência de bom direito (fumus boni juris) e o perigo que a demora na satisfação judicial pode acarretar para o requerente (periculum in mora). No âmbito do recurso de amparo, o procedimento com vista à adoção de medidas provisórias encontra-se regulado, basicamente, nos artigos 11.º e 14.º da Lei do Amparo. Conforme o artigo 11.º: 1. O Presidente do Tribunal poderá, oficiosamente ou a pedido do recorrente e independentemente dos vistos, marcar a

Conferência para as vinte e quatro horas seguintes ao do recebimento da cópia da petição para nela se decidir sobre a admissibilidade do recurso e sobre as medidas provisórias a adoptar quando: a) Fundamentadamente da demora da adopção de medidas poder resultar prejuízo irreparável ou de difícil reparação para o recorrente ou a própria inutilidade do amparo; b) Razões ponderosas justificarem a necessidade da imediata adopção de medidas provisórias julgadas necessárias para a conservação dos direitos, liberdades ou garantias violados ou para o restabelecimento do seu exercício até ao julgamento do recurso. Nos termos do artigo 14.º: 1. Na conferência a que se refere o artigo anterior poderá o Tribunal oficiosamente, ou a requerimento do Ministério Público ou do requerente: a) Declarar suspenso o acto recorrido, sempre que fundadamente julgue que da execução do acto ou da omissão possa resultar prejuízo irreparável ou de difícil reparação para o recorrente e a inutilidade do amparo requerido e desde que da suspensão não resulte grave perturbação dos interesses gerais, da ordem e tranquilidade públicas ou dos direitos de terceiros; b) Ordenar a adopção provisória de medidas julgadas necessárias para a conservação dos direitos, liberdades ou garantias violados ou para o restabelecimento do exercício desses mesmos direitos, liberdades ou garantias até ao trânsito em julgado da sentença que vier a ser proferida. Se em relação ao pressuposto periculum in mora não há dúvida que o disposto na alínea a) do n.º 1 do artigos 11.º e 14.º supracitados condiciona a conce[ss]ão da medida à prova sumária de que a demora na adoção de medidas pode causar prejuízo irreparável ou de difícil reparação para a recorrente ou a própria inutilidade de amparo, já o pressuposto fumus boni juris não resulta diretamente do disposto nos artigos 11.º e 14.º, mas, sim, indiretamente, e, por força da interpretação conjugada desses artigos com a norma da alínea e) do n.º1 do artigo 16.º da Lei do Amparo. Assim, compulsados os autos, verifica-se que existe, pelo menos, a possibilidade de ter havido violação de princípios e direitos fundamentais invocados pela requerente, nomeadamente o direito à propriedade privada. A partir do momento em que o congelamento da conta bancária caducou, deixa de ter justificação o prejuízo inerente à decretação de qualquer medida cautelar dessa natureza. O prejuízo tende a agravar-se com o passar do tempo e a sua reparação torna-se cada vez mais difícil. Não há nos autos indícios de que a adoção da medida requerida possa causar grave perturbação dos interesses gerais, da ordem e tranquilidade públicas ou dos direitos de terceiros. Desde logo, porque o interesse geral que se persegue no âmbito do processo penal é investigar a existência de factos puníveis, determinar os seus agentes e responsabilizá-los, de forma a manter a confiança no sistema de proteção de valores. Esse

interesse não será perturbado se for adotada a medida requerida, porquanto o processo pode prosseguir, independentemente das vicissitudes das medidas cautelares. Finalmente, não há indícios de que alguém tenha vindo aos autos reclamar direitos relativos aos fundos congelados. Nestes termos, defere-se o requerimento em que a recorrente pede que seja descongelada a sua conta bancária” (para. III)

2.4. Aliás, nesta matéria a decisão do Tribunal recupera orientação aparentemente adotada por acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional, em que tais medidas foram deferidas, mais concretamente nos arestos tirados no caso *Armando Ferreira Rodrigues v. Juíza do Juízo de Família e Menores do Tribunal da Comarca da Praia*, Acórdão nº 01/2007, de 8 de fevereiro, Rel: JCP Benfeito Mosso Ramos e no processo *Armando Ferreira Rodrigues v. STJ*, Acórdão nº 03/2007, de 26 de abril, Rel: JCP Benfeito Mosso Ramos, não publicados. Nestas decisões parece, igualmente, que o Suprema Corte de Justiça, enquanto, órgão de justiça constitucional, adotou posição mais flexível, essencialmente, em relação ao pressuposto da aparência do direito, atribuindo maior relevância ao *periculum in mora*.

A primeira dessas decisões contém fundamentação nos seguintes termos: “*Não se questiona que em situações normais, ou na maioria dos casos, o pronunciamento do tribunal de recurso sobre o efeito do recurso e a exequibilidade da decisão recorrida pode chegar em tempo útil. Ou então, mesmo que não chegue em tempo útil, a reparação da lesão que eventualmente ocorrer poderá ainda ser possível através de medidas compensatórias. Mas, não será esse o caso em que, como sucede nestes autos, a imediata execução da decisão do tribunal recorrido implicará desde logo a colocação da menor em termos que se pode considerar definitivos, fora da esfera de jurisdição dos Tribunais cabo-verdianos. podendo redundar-se em completa inutilidade a decisão do tribunal de recursos sobre o efeito do recurso e a exequibilidade provisória da decisão. Em tal caso a execução imediata da decisão criará uma situação de facto tendencialmente irreversível, susceptível, por isso mesmo, de acarretar lesão irreparável ou de difícil reparação ao direito fundamental à justiça e à tutela jurisdicional efectiva que o requerente pretende ver preservado com a impugnação. No caso em apreço a violação desse direito, de natureza estritamente pessoal, não se mostra susceptível de reparação ou compensação por outras vias, nomeadamente a pecuniária. (...) Sendo certo por outro lado que a execução imediata da decisão é susceptível de causar uma lesão irreparável ou de difícil*

reparação no direito fundamental de acesso à justiça e à tutela jurisdicional efectiva que assiste ao requerente, como já ficou sobejamente demonstrado, e em ordem a assegurar o conteúdo útil desse direito, decide-se igualmente, ao abrigo dos artigos 11º e 14º da Lei nº 109/IV/94, de 24 de outubro, deferi[r] parcialmente a medida provisória, pelo que é suspensa a execução da decisão até que o Tribunal de recurso se pronuncie sobre o efeito a atribuir ao mesmo” (p. 5).

Na segunda, na mesma linha e no mesmo processo similar, a parte relevante encontra-se recortada no sentido de que: *“Não se questiona que em situações normais, o efeito meramente devolutivo não é por si razão para se temer a lesão irreversível de um direito, até porque haverá sempre meios compensatórios suscetíveis de prover a eventual reparação. Mas, não será esse o caso em que como sucede nestes autos, a imediata execução da decisão o tribunal recorrido implicará desde logo a colocação da menor, em termos que se pode considerar definitivos, fora da esfera de jurisdição dos Tribunais caboverdianos, podendo redundar-se em completa inutilidade a decisão que se vier a proferir quan[t]o ao fundo da causa. Em tal caso a execução imediata da decisão criará uma situação de facto tendencialmente irreversível, suscetível, por isso mesmo, de acarretar lesão irreparável ou de difícil reparação ao direito fundamental à justiça e à tutela jurisdicional efetiva que o requerente pretende ver preservado com a impugnação. No caso em apreço a violação desse direito, de natureza estritamente pessoal, não se mostra suscetível de reparação ou compensação por outras vias, nomeadamente a pecuniária. Não se tratando propriamente de um caso julgado, até porque o órgão judicial de cuja decisão se recorre é diferente, a verdade é que a similitude de situações expostas neste processo e noutro em que foi preferido o acórdão n.º 1/2007 impõe ao Tribunal Constitucional coerência quanto ao sentido da decisão. Assim sendo, e porque a imediata execução imediata da decisão é suscetível de causar uma lesão irreparável ou de difícil reparação no direito fundamental de acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva que assiste ao requerente, como já ficou sobejamente demonstrado, e em ordem a assegurar conteúdo útil desse direito, para além da admissão do recurso de amparo, decide-se igualmente, ao abrigo do disposto nos artigos 11.º e 14.º da lei n.º 109/IV/94, de 24 de Out. deferir a medida provisória requerida, pelo que é suspensa a exequibilidade da decisão até que se transite em julgado a decisão que se vier a proferir na ação de regulação do poder paternal (p. 10).*

2.5. Estas discussões são importantes, uma vez que tradicionalmente e, dir-se-ia essencialmente, no âmbito do processo civil, sempre esteve ligado às medidas cautelares a verificação de dois pressupostos fundamentais, o *fumus boni iuris* – a aparência ou probabilidade séria de existência do direito - e o *periculum in mora* – o perigo existente para o direito que advém da demora na resolução final do litígio, provocando diversas vezes a inutilidade da própria resolução da demanda.

2.5.1. Nos termos como, aliás, a principal obra dedicada a este tema em Cabo Verde de autoria de Cândida Pires, *A Jurisdição Cautelar Civil em Cabo Verde*, Macau, Fundação Rui Cunha, 2015, pp. 38-39, se pronunciou: “*Desde primeiro lote de disposição legais, que abrange os artigos 350.º a 360.º, resultam, então, os pressupostos ou requisitos gerais de qualquer providência cautelar, especificadas ou não especificada, inibitória, conservatória ou antecipatória; o que bem se compreende se pensarmos em que entre todas elas existe, sem dúvida, uma evidente afinidade estrutural e uma não menos evidente identidade funcional. Tais requisitos gerais costuma a doutrina jurídica repartir em dois grupos: O *fumus boni iuris*, que consiste em dever verificar-se uma mera, mas séria, probabilidade da existência do direito invocado pelo requerente da providência (artigo 354.º, n.º 1 do Código de Processo Civil de Cabo Verde) -, em contraste com a certeza que é exigida no julgamento definitivo de uma determinada lide; e o *periculum in mora*, isto é, o fundado receio de que outrem cause lesão ao direito acautelando (artigo 354.º, n.º 1, in fine); ou seja, o prejuízo concreto que a demora na satisfação judicial pode acarretar para o pretense titular do interesse protegido (perigo de insatisfação do direito aparente). Vejamos em sequência estes dois requisitos: a) O primeiro requisito a exigir é a alegação e prova da verosimilhança do direito que se pretende tutelar, ou seja, como o termo latino inculca, a aparência de realidade do direito, a mera probabilidade, mas probabilidade séria, da sua existência. Mas aqui, o julgador não pode ir além de uma *summaria cognitio*, já que o conhecimento exaustivo da existência do direito poderia levar a que o procedimento cautelar se tornasse tao moroso quanto a ação principal. Basta, pois, também, uma prova informatória, perfunctória, ou, o mesmo é dizer, uma prova sumária do direito ameaçado, tanto assim que a lei sanciona o requerente da providencia com responsabilidade “agravada” quando não tendo ele agido com a prudência normal, a providencia venha a ser julgada injustificada (artigo 358.º, n.º 1 do Código de Processo Civil de Cabo Verde). Além de tudo o mais, também se não exige do julgador um grau de*

convicção de verdade tão elevado como é mister exigir no julgamento das ações prioritariamente ditas”.

2.5.2. O Tribunal naturalmente já reconheceu mesmo em sede de amparo que as providências cautelares têm elementos e características comuns quando em *Edmir Neves e outros v. STJ*, Acórdão 11/2017, de 22 de maio, Rel: JCP Pinto Smedo, Decisão de Aperfeiçoamento (não-publicado), disponível em <https://www.tribunalconstitucional.cv/index.php/acordaos/>, sublinhou que *“As providências cautelares, em geral, e a suspensão da eficácia do ato administrativo impugnado contenciosamente, em particular, caracterizam-se pela provisoriedade, na medida em que a decisão de conceder ou recusar a providência requerida pode ser alterada a todo o tempo, em função das alterações de circunstâncias, mas também porque os efeitos das medidas cautelares extinguem-se com a decisão proferida no processo principal”.*

2.5.3. No entanto, como é sabido e tem sido afluído pelo Tribunal, não se pode sem mais aplicar critérios do processo civil à justiça constitucional, na medida em que só seria possível quando a questão não tivesse solução em termos do processo constitucional e a conclusão extraída nos termos processuais civis fosse compatível com a natureza das questões constitucionais suscitadas. Isso, no entanto, por força do artigo 1º da Lei do Amparo e do *Habeas Data*, se esse instrumento regulador próprio não for suficiente e a Lei do Tribunal Constitucional, nos termos da doutrina da triangularização acolhida por acórdão tirado no âmbito do processo *Maria de Lurdes v. STJ*, Acórdão 6/2017, de 21 de abril de 2017, Pedido de Desistência, Rel: JC Pina Delgado, BO, I Série, n. 27, 16 de maio de 2017, pp. 659-668, não for aplicável, pois aqui se disse claramente que *“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”.

2.5.3. Na sequência do que ficou decidido no caso *Atlantic v. PGR*, ocasião em que identificou as condições necessárias para a adoção de medidas provisória em sede de amparo, “*Consideram-se pressupostos gerais de providências cautelares civis: a aparência de bom direito (fumus boni juris) e o perigo que a demora na satisfação judicial pode acarretar para o requerente (periculum in mora). No âmbito do recurso de amparo, o procedimento com vista à adoção de medidas provisórias encontra-se regulado, basicamente, nos artigos 11.º e 14.º da Lei do Amparo. (...). Se em relação ao pressuposto periculum in mora não há dúvida que o disposto na alínea a) do n.º 1 do artigos 11.º e 14.º supracitados condiciona a conce[ss]ão da medida à prova sumária de que a demora na adoção de medidas pode causar prejuízo irreparável ou de difícil reparação para a recorrente ou a própria inutilidade de amparo, já o pressuposto fumus boni juris não resulta diretamente do disposto nos artigos 11.º e 14.º, mas, sim, indiretamente, e, por força da interpretação conjugada desses artigos com a norma da alínea e) do n.º 1 do artigo 16.º da Lei do Amparo”* (para. 3.1.2).

2.5.4. Por conseguinte, em sede de amparo, não é necessário recorrer aos pressupostos comuns dos processos cautelares civis por remissão, mas inferi-los da própria Lei do Amparo, pois está longe de ser insuficiente nos seus elementos regulatórios, pressuposto para o recurso à norma remissiva. Ele é autossuficiente nesta matéria, o que significa que, no nosso caso, não se deverá verificar, pelo menos de forma direta, se está presente o *fummus boni iuris*, nos termos em que é aferido no processo civil, ou seja, de probabilidade séria de existência do direito, mas simplesmente de avaliar a sua presença à luz do juízo de viabilidade decorrente da alínea e) do artigo 16 dessa lei.

Parece ser esta a melhor interpretação dos preceitos aplicáveis nesta matéria e evidentemente, em relação a este tópico, só não seria possível a adoção de tais medidas caso manifestamente não estivesse em causa violação de direitos, liberdades e garantias

fundamentais constitucionalmente reconhecidos como suscetíveis de amparo, situação que a existir obstaria, nos termos da alínea e) do número 1 do artigo 16 da Lei do Amparo, a própria admissão do recurso, de acordo com o juízo de viabilidade que se tem adotado relativamente ao preceito em causa. Mas já o seria, caso houvesse uma mera viabilidade, que não tem que ser séria ou forte probabilidade, da existência do próprio direito. É este o sentido utilizado pelo legislador ao referir na alínea b) do número 1 do artigo 11 e na alínea b) do número 1 do artigo 14 a “*direitos, liberdades ou garantias violados*”. Não se impõe ao Tribunal uma análise de fundo da questão com vista a decidir se houve violação ilícita ou ilegítima de direitos, liberdades e garantias, o que não poderá fazer nem na admissão do pedido de amparo, nem na avaliação que deve operar por forma a decidir sobre medidas provisórias. O que deve fazer é verificar, se, eventualmente, se está perante situação em que é possível a existência de violação de direito, liberdade e garantia, o que seria sempre uma realidade quando houvesse uma afetação objetiva ao direito, que após o estudo de fundo do caso, sempre poderia resultar legítima ou não.

3. Feito este enquadramento geral relativamente ao pressuposto tradicional das medidas provisórias, cuja aceitação pela Lei do Amparo não se revela integralmente clara, pelo menos não nos termos em que é acolhido pelo direito processual civil, importa proceder à análise de questões provisórias relevantes para o conhecimento deste processo, ainda antes de se ajuizar sobre a presença das condições habilitantes à sua decretação por este Tribunal.

3.1. A primeira questão relevante a este nível relaciona-se à cognoscibilidade do pedido, portanto com a existência de jurisdição para conhecer pedido de adoção de medidas provisórias. Uma indagação que cria problemas hermenêuticos monta, na medida em que, além desta Corte ter competência para julgar qualquer questão em matéria de amparo, nos termos do artigo 134 da Lei de Organização do Tribunal, ela é concretamente resolvida pelos números 1 dos artigos 11 e 14 da Lei do Amparo, ao estipularem que os pedidos de decretação de medidas provisórias são decididos por este órgão judicial. Portanto, não se colocam problemas de competência, nem dúvidas relativamente à legitimidade podem ser suscitadas, já que ninguém mais do que um recorrente em amparo por razões de possível violação de direito, liberdade e garantia tem interesse em agir, nos termos em que a lei claramente considera que a medida provisória sempre pode ser requerida tanto por aquele

que impetra um amparo, como pelo Ministério Público, além de sempre poder ser decretada oficiosamente pelo próprio Tribunal (artigos 11, número 1, e 14, número 1).

A principal questão que se colocaria a este nível é a de tempestividade, haja em vista que o recorrente submeteu o pedido de decretação de medida provisória depois do amparo ter sido admitido, o que poderia colocar alguma dúvida porque tanto o artigo 11 como o 14 definem como momento da interposição data anterior à audiência destinada a avaliar a admissibilidade do pedido, na medida em que ele seria decidido nesta audiência. Entretanto, parece que tal questão é resolvida pelo artigo 15 – que, com a exceção do que a sua construção normativa contém em termos de momento da interposição, prazos de resposta e decisão, fica sujeita ao mesmo regime da decretação de medida provisória requerida antes da decisão de admissibilidade – que permite que o requerimento e a decretação da medida provisória possam acontecer até ao despacho que designa dia para o julgamento. Assim, a interposição do requerimento é tempestiva, ainda debaixo do regime complementar criado por aquela regra, significando que o Tribunal pode conhecer e apreciar este pedido,

3.2. Convém igualmente tratar de uma outra questão antes de se discutir se efetivamente é adequado ou não ao Tribunal deferir este pedido de decretação de medida provisória. É que não deve passar em branco e sem comentários, a argumentação da recorrente que afirma que dirigiu o presente pedido de adoção de medida provisória, que o Tribunal não a decretou oficiosamente, transmitindo a ideia de que o Tribunal teria um dever de, sem mais, decretar eventuais medidas provisórias sem que para tal exista um pedido ou tenha elementos de análise suficientes.

Naturalmente, os preceitos aplicáveis não parecem impor ao Tribunal um dever de adoção de medidas provisórias, na medida em que sempre se utiliza o verbo “poder”, denotativo de uma faculdade e não de uma incumbência, até porque depois sujeita a apreciação do Tribunal da existência ou não de razões ponderosas, como se analisará no decurso desta decisão. Certamente, os juízes conhecem o direito e poderão sempre, caso assim o entenderem, adotar as medidas que acharem convenientes para a conservação e restabelecimento de direitos, liberdades e garantias, no entanto, quem deverá, primacialmente, requerer a aplicação de tais medidas é quem tem o interesse direto no seu desfecho: os beneficiários subjetivos com a sua adoção. Até seria compreensível que se apresente na peça de amparo tal entendimento caso a Senhora Aldina Ferreira estivesse a

peticionar em causa própria, mas, no caso concreto, fê-lo, e muito legitimamente, através de um advogado, que a deve aconselhar sobre a melhor forma de exercer os seus direitos, e que no momento da súplica, e caso fosse essa a sua pretensão, deveria ter dirigido a esta Corte o pedido específico de decretação de medidas provisórias com os elementos que são decisivos, como fizeram todos que as requereram até esta data junto a este Tribunal, sobretudo, para se aferir se razões ponderosas que permitem à Corte Constitucional adotar tais medidas estão presentes.

Ademais, só no requerimento de adoção de medidas provisórias é que a recorrente vem indicar uma série de circunstâncias já conhecidas que podiam ser necessárias para se operar um dos pressupostos para a decretação da media, elementos esses que não constavam da peça inicial. Ora, se os juízes têm o dever de conhecer o Direito, o mesmo não acontece em relação a factos não notórios que estão fora do processo e que não foram sequer arrolados pelo recorrente naquela peça de interposição do recurso entretanto admitido.

4. A avaliação dos pressupostos para a decretação de medidas provisórias é essencial para que o Tribunal possa responder ao pedido da recorrente.

4.1. Estes são depreendidos a partir de uma leitura integrada dos preceitos 11 e 14 da Lei do Amparo e podem ser mais ou menos extensos consoante a natureza da decisão objeto do recurso de amparo que se estiver a considerar.

4.1.1. Os dois critérios que decorrem do número 1 do artigo 11 decorrem de fórmulas segundo as quais podem ser adotadas tais medidas quando “*fundamentadamente da demora da adopção de medidas poder resultar prejuízo irreparável ou de difícil reparação para o recorrente ou a própria inutilidade do amparo*” e “*razões ponderosas justificarem a necessidade da imediata adopção de medidas provisórias julgadas necessárias para a conservação dos direitos, liberdades e garantias violados ou para o restabelecimento do seu exercício até ao julgamento do recurso*”, ao qual acresceria a absorção da versão limitada do *fumus boni juris* a partir do critério da viabilidade, que, neste momento, estaria ultrapassada haja em vista a admissão do próprio recurso.

4.1.2. Um pressuposto adicional, com formulação linguística em termos negativos, parece decorrer da alínea a) do número 1 do artigo 14, especialmente direccionado a um tipo

de medida cautelar, a suspensão do ato (seja da executoriedade de um ato administrativo, seja da exequibilidade de um de natureza judicial), ao se determinar que será decretada a suspensão, verificados aqueles outros pressupostos, desde que dela “*não resulte grave perturbação dos interesses gerais, da ordem e da tranquilidade pública ou dos direitos de terceiros*”. Embora eventuais problemas, designadamente relacionados com a sua própria constitucionalidade, possam ser suscitados, neste momento é suficiente analisar a natureza do ato impugnado para se verificar se caberia adotar medida de suspensão, espoletando assim a necessidade de se avaliar diretamente o preenchimento da exigência processual adicional assinalada.

A questão de fundo que é impugnada é uma decisão que nega uma providência de *Habeas Corpus* interposta em benefício da recorrente. Decorrente de um direito constitucionalizado com natureza de garantia processual da liberdade sobre o corpo, tal recurso especial, nos termos como é acolhido pela Constituição da República, permite que “*qualquer pessoa detida ou presa ilegalmente [possa] requerer habeas corpus ao tribunal competente*” ou que “*qualquer cidadão no gozo dos seus direitos políticos [possa] requerer habeas corpus a favor de pessoa detida ou presa ilegalmente*”, devendo “*o tribunal decidir sobre o pedido de habeas corpus no prazo máximo de cinco dias*”.

Esta decisão de que fala a Lei Fundamental, nos termos permitidos pelo seu artigo 36 (4), foi regulada pelo Código de Processo Penal a partir do seu artigo 13º, sendo especialmente relevante em razão de circunstâncias fáticas determinantes, o que prescreve a alínea d) do artigo 18º, segundo a qual, “*será admitido pedido de habeas corpus a favor de qualquer pessoa que se encontrar ilegalmente presa por qualquer de uma das seguintes razões: (...) manter-se a prisão fora dos prazos fixados pela lei*”. E consubstancia-se, nos termos do número 4 da mesma disposição na possibilidade que se concede ao Egrégio Tribunal de Justiça de adotar uma das seguintes medidas: “*a) restituição do preso à liberdade; b) manutenção da prisão de acordo com as disposições legais aplicáveis em concreto, inclusivamente, se disso for o caso, em outro estabelecimento ou à ordem de entidade outra que não aquela a que estava sujeito o preso; c) ordem de apresentação do preso no tribunal competente e no prazo de vinte e quatro horas, sob pena de desobediência qualificada; d) indeferimento do pedido por falta de fundamento bastante*”. Mesmo que exista uma questão adicional a resolver em sede de mérito – a possível extrapolação do pedido de libertação por prisão ilegal para decidir questão não colocada

de elevação de prazo de prisão preventiva com possíveis efeitos de *reformatio in pejus* – no que toca ao âmbito do pedido de *habeas corpus*, tendo sido esta a decisão, não se poderia efetivamente considerar que caberia a este tribunal adotar uma medida de suspensão de exequibilidade desta decisão porque não teria nenhum efeito, mas, antes seria caso de se adotar outras medidas, nomeadamente de determinação de soltura, mais adequada a preservação do direito desta natureza neste tipo de processo. Portanto, a suspensão do ato é apenas uma medida que o Tribunal pode adotar em sede de decretação de medidas provisórias, havendo, com fulcro, da alínea b) do número 1 do artigo 14 a possibilidade adotar quaisquer outras medidas julgadas necessárias para, conforme o caso, conservar ou restabelecer o direito, liberdade e garantia em causa.

5. Descendo ao caso concreto, parece, pois, mais conveniente considerar que se está perante situação enquadrada na alínea b) do artigo 14 em que o Tribunal pode sempre ordenar a adoção de qualquer medida que julgar necessária para a conservação ou restabelecimento de direitos, liberdades e garantias, desde que os pressupostos gerais do artigo 11 se encontrarem preenchidos.

5.1. Por conseguinte, não se mostra necessário avaliar diretamente se de uma eventual medida de suspensão – que não se mostra adequada para o caso concreto, “resulte grave perturbação dos interesses gerais, da ordem e da tranquilidade públicas ou dos direitos de terceiros”. O que não significa que o seu conteúdo não possa ser integrado ao rol de elementos que o Tribunal deve ponderar, a par de outros critérios que se analisará adiante, em juízos associados a outros pressupostos, nomeadamente dentro do âmbito das razões ponderosas que permitem a adoção de medidas provisórias mencionadas pela alínea b) do artigo 11.

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

irreparável ou de difícil reparação para o recorrente”), o que resulta claro da utilização da palavra “ou” para conectar um e o outro.

5.2.1. A recorrente procura apresentar outros elementos externos, com vista a provar o prejuízo que impende sobre o seu direito, o facto de ser mãe de filho de três anos, que inclusive, na sua avaliação, devido à sua condição, chama-a de tia, e motivos patrimoniais, na medida em que, segundo invoca, a mesma era comerciante e tinha uma vida razoável, indicando que teve prejuízos nesta área. Todavia, não instruiu o pedido com nenhum documento corroborador de tais prejuízos e da sua irreparabilidade, nem registos comerciais, nem declarações fiscais, nem certidões de nascimento ou atestados psicológicos, limitando-se a alegar nesse sentido.

Mesmo aceitando as alegações feitas, nomeadamente de que é mãe, que existem efeitos nocivos de tal separação nas relações com o filho, isso não é suficiente, pois, não são passíveis de determinação em abstrato, mas caso a caso, daí a importância da apresentação de um laudo psicológico nesse sentido. Em relação aos eventuais prejuízos patrimoniais, a recorrente nem sequer ao nível das alegações as precisou, pelo que o Tribunal nunca teria elementos suficientes para os classificar de irreparáveis ou de difícil reparação, precisamente porque não há consubstanciação nenhuma por parte da recorrente dos eventuais prejuízos concretos que a atingem. Portanto, se disso dependesse a decretação da medida provisória, o incidente correria sérios riscos de ser indeferido

5.2.2. Ocorre que a este respeito é entendimento do Tribunal que um ato do tipo praticado no caso concreto – primariamente de manutenção da recorrente em prisão preventiva fora dos limites legais – na medida em que atenta contra uma liberdade essencial, a liberdade sobre o corpo, sempre causa prejuízos consideráveis à pessoa, que, segundo uma visão mais *pro libertate*, seriam sempre irreparáveis ou no mínimo de difícil reparação, pois não se vê a possibilidade de se poder restituir as horas, os dias, os meses ou os anos em que a pessoa teve a sua liberdade sobre o corpo afetada, como efetivamente acontece num contexto material de limitação biológica da vida e não-retroatividade do tempo.

Por conseguinte, o facto é que o Tribunal entende que esse, para efeitos deste pressuposto, não é decisivo, pois independentemente de tudo, ele é preenchido se se considerar que a prisão preventiva sempre causa em qualquer pessoa prejuízos irreparáveis

ou no mínimo de difícil reparação, especialmente quando existirem outras circunstâncias exteriores que agravam ainda mais o prejuízo. Isto em razão do impacto brutal que a prisão preventiva produz na liberdade sobre o corpo, sobretudo porque excecional e precariamente imposta pelo Estado antes da determinação da própria culpa.

Nestes termos, o Tribunal Constitucional esclarece que o precedente vertido para o trecho do Acórdão n.º 03/2007, de 26 de abril, acima referido em termos segundo os quais: *“Mas, não será esse o caso em que como sucede nestes autos, a imediata execução da decisão o tribunal recorrido implicará desde logo a colocação da menor, em termos que se pode considerar definitivos, fora da esfera de jurisdição dos Tribunais cabo-verdianos, podendo redundar-se em completa inutilidade a decisão que se vier a proferir quando ao fundo da causa”*, que, interpretado isoladamente poderia dar a entender que o prejuízo só seria irreparável ou de difícil reparação, quando pusesse em causa o próprio pedido de amparo, causando a sua inutilidade, e não considerando a afetação que o ato potencialmente lesivo tivesse sobre o direito em causa, é completado por trecho que integra aquela outra perspetiva congénita a um sistema de proteção de direitos em que se ressalta que *“Em tal caso a execução imediata da decisão criará uma situação de facto tendencialmente irreversível, suscetível, por isso mesmo, de acarretar lesão irreparável ou de difícil reparação ao direito fundamental à justiça e à tutela jurisdicional efetiva que o requerente pretende ver preservado com a impugnação. No caso em apreço a violação desse direito, de natureza estritamente pessoal, não se mostra suscetível de reparação ou compensação por outras vias, nomeadamente a pecuniária”*. De todo o modo, na opinião deste tribunal a sujeição de uma pessoa a prisão preventiva, mesmo que de forma legítima, sempre tem um impacto objetivo na liberdade que dispõe sobre o próprio corpo que se produz em cada segundo em que a situação se mantiver. Portanto, o prejuízo está sempre presente e a irreparabilidade permanente porque, como diz a expressão latina imortalizada por Virgilius *“Sed fugit interea fugit irreparabile tempus”*.

5.3. O outro pressuposto, previsto na alínea b) do artigo 11 concede ao Tribunal uma grande discricionariedade decisória ao estabelecer que razões ponderosas podem motivar a adoção de medidas provisórias julgadas necessárias para a conservação e restabelecimento de direitos, liberdades e garantias.

5.3.1. Esta condição implica uma análise casuística e impede que a concessão de medidas cautelares se torne automática, pois não basta a existência do *periculum in mora*,

na medida em que é ainda necessário que haja razões ponderosas que justifiquem a sua adoção. Em matéria penal não seria difícil que tal efeito se produzisse, na medida em que qualquer ato ou omissão que afetasse um direito, liberdade e garantia associado à liberdade sobre o corpo causaria muitas vezes um prejuízo irreparável ou de difícil reparação, independentemente dessa afetação ser legítima ou não.

5.3.2. Portanto, a fim de se ultrapassar esta aparente automaticidade, o Tribunal entende que a lei prevê que se faça uma análise caso a caso, em que a este órgão judicial é garantida discricionariedade, para, com base em razões ponderosas, decretar ou não a medida provisória. Discricionariedade que por mais ampla que seja não pode ser tida por arbitrariedade e nem fica sujeita somente ao prudente arbítrio dos juízes, mas a elementos objetiváveis de aferição.

Passam em concreto pela recuperação dos critérios já estabelecidos em *Atlantic v. PGR*, e outros que neste momento o Tribunal julga ser necessário precisar, nomeadamente a identificação e valoração do direito em espécie afetado, a determinação da forte probabilidade de ele ter sido violado no caso concreto, nomeadamente em razão da existência de precedentes do Tribunal que sejam aplicáveis à situação e que permitam antecipar (embora não assegurar) de alguma forma o desfecho do pedido de amparo e de simplicidade do caso que permita alguma antecipação da análise do mérito; expectativa temporal em relação à decisão de mérito; os efeitos negativos sobre interesses públicos que no caso sejam prevalentes e de direitos de terceiros; as circunstâncias pessoais do requerente, a circunstâncias pessoais do requerente, nomeadamente familiares e profissionais e o impacto imediato da conduta lesiva sobre o direito.

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

Representando essa ideia a sua associação à palavra inviolabilidade que aparece no número 1 do artigo 29 da Lei Básica, referência simbólica da importância que lhe atribuiu o legislador constituinte no quadro do nosso Estado de Direito Democrático, ainda que disso não retire um efeito de ilimitabilidade; nas presentes circunstâncias significa que já

se está perante uma razão que pende favoravelmente para favorecer a adoção da medida provisória requerida.

O Tribunal Constitucional, através do Acórdão n.º 8/2018, de 02 de maio, *Arlindo Teixeira v. STJ*, Rel: JC Pina Delgado, BO, I Série, n. 25, 2 de maio de 2018, pp. 574-603, reiterou que *“o direito à liberdade sobre o corpo, um direito que, apesar de tudo - até porque o legislador constituinte qualifica-o de inviolável, nos termos do artigo 29 da Lei Fundamental - pode ser objeto de restrições, nomeadamente quando estão em causa as situações previstas pelo artigo 30, número 3, da Lei Fundamental da República. [...] 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: *Écrits 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 ao começar-se o parágrafo seguinte (“Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença 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”); e, sem embargo de contemplar outras exceções, atendendo que também estabelece que “exceção-se do princípio estabelecido no número anterior, a privação da liberdade, pelo tempo e nas condições determinadas na lei, num dos casos seguintes (...)” (para. 13).*

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

5.3.4. Além disso, em segundo lugar a forte probabilidade de existência do direito é uma outra circunstância que deverá considerada.

A – A recorrente invoca extemporaneidade do prazo de prisão preventiva, por esta se manter, numa fase, para além do prazo permitido por lei. A norma do Código de Processo Penal que estipula os prazos máximos de prisão preventiva, em cada fase processual, tem a textura de regra, pelo que a sua interpretação e aplicação é relativamente simples, porque as regras contêm comando que ou se cumpre ou não se cumpre, diferente dos princípios que possuem estrutura de conteúdo mais flexível, passíveis de várias interpretações. Em princípio, uma regra que estipulasse um prazo máximo para a prática de um ato ou duração de uma medida qualquer não criaria este tipo de problema, pois findo o prazo já não seria possível praticar o ato ou a medida teria necessariamente que deixar de produzir os seus efeitos. Pelo que a prática do ato ou a duração da medida, como se revela o nosso caso, para além do prazo seria, em princípio, ilegal. Assim, numa análise muito provisória, verifica-se que há uma probabilidade bastante séria de que a liberdade sobre o corpo da recorrente foi violada e, logo, a sua garantia da presunção da inocência. É certo que, como dito acima, o Tribunal não considera que a aplicação da medida provisória tenha como pressuposto a possibilidade séria da existência da violação do direito, mas não deixa de ser uma razão ponderosa a beneficiar o pedido de decretação da medida.

B – Acresce que o Tribunal, através dos Acórdãos nº 24/2018, de 13 de novembro, *Alexandre Borges v. STJ*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no BO, I Série, n. 88, 28 de dezembro de 2018, pp. 2132-2157, e nº 25/2018, de 29 de novembro, *Arlindo Teixeira v. STJ*, Rel: JCP Pinto Semedo, publicado no BO, I Série, n. 88, Suplemento, 28 de dezembro de 2018, pp. 11-21, já tinha determinado a violação de direitos em situação muito similar que a rigor constitui um precedente a seguir na decisão de mérito deste caso e que versou a respeito da elevação de prazos de prisão preventiva explicitando orientações claras a respeito da natureza desses prazos e dos seus efeitos, de tal sorte a ser muito crível que beneficiariam a recorrente neste caso.

No caso *Alexandre Borges* o Tribunal já havia considerado que *“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” (para. 31.2).

No último dos acórdãos citados o Tribunal adotou posição segunda qual: “*II. De todo o exposto, resulta com nitidez que tanto a Constituição como a lei conceberam a prisão preventiva como uma medida cautelar - pois ela não tem caráter de pena, sendo justificada pela necessidade de garantir determinados fins de natureza estritamente excecional, subsidiária, colocando na apreciação prudencial do juiz a necessidade da sua utilização, indicando, todavia, com muita precisão os pressupostos que deverão condicionar a respetiva decisão. Como, porém, a prisão preventiva restringe a liberdade individual, há que rodear a sua aplicação e extensão de todas as garantias, estabelecendo requisitos que devem ser escrupulosamente respeitados. Se é certo que a comunidade não pode tolerar que um indivíduo utilize um bem que lhe é socialmente garantido - a liberdade - para contrariar as regras e valores dessa comunidade, não é menos certo que o recurso às medidas de coação, nomeadamente, a prisão preventiva, tem de respeitar, como se tem afirmado, os princípios da necessidade, adequação, proporcionalidade. É que o princípio constitucional da presunção de inocência do arguido até ao trânsito em julgado da*

sentença condenatória é um direito e uma garantia fundamental do mesmo, não se compaginando com qualquer interpretação mais ou menos gradualista de tal presunção, de tal modo que essa presunção se iria relativizando conforme a fase processual que se fosse atingindo, esbatendo-se até desaparecer com a decisão condenatória do Egrégio Supremo Tribunal de Justiça, mesmo que esta decisão tivesse ainda a possibilidade de reformulação em consequência de recurso para o Tribunal Constitucional. Acresce que, a não se entender assim, então a prisão preventiva enquanto medida cautelar com as finalidades e as condições de aplicação referidas vê desvirtuados tais elementos, na medida em que passa a ser "expição antecipada da pena" ou mesmo já cumprimento da pena, o que é inadmissível face ao regime constitucional da prisão preventiva, pois representa uma perversão da função processual e do carácter excecional e subsidiário da medida de coação em análise. 12. É claro que se estava em face de um caso concreto onde a conexão entre normas constitucionais relativas aos direitos, liberdades e garantias com a norma processual penal aplicada é evidente, pelo que na operação hermenêutica que se efetuou não se podia desprezar as determinantes constitucionais. Tendo a Constituição da República de Cabo Verde consagrado um conjunto de princípios que indubitavelmente tiveram impacto na concreta conformação do nosso processo penal e, sendo o processo penal considerado direito constitucional aplicado, dificilmente se pode negar amparo a quem tenha visto os seus direitos fundamentais vulnerados pela interpretação e aplicação de normas ordinárias conexas, sem que tenham sido levado em consideração as condicionantes do regime específico dos direitos, liberdades e garantias. O Tribunal a quo dispunha de espaço hermenêutico que lhe permitia adotar uma interpretação conforme com a Constituição. Todavia, ao perfilhar uma interpretação que amplia ilegítimamente as situações em que se pode elevar o prazo máximo de prisão preventiva, decidiu em violação ao disposto nos artigos 29.º, 30.º, 35º, nº 1, da Constituição da República”.

C – Além disso, a questão de fundo não parece ser difícil ao ponto de haver riscos acentuados de haver elementos decisivos que o Tribunal ainda não considerou, pois o caso não parece ser muito difícil, podendo grosso modo ser apreciado a partir dos elementos não muito volumosos constantes dos autos até porque se trata de crime comum – homicídio simples -, com uma única arguida e uma só vítima.

5.3.5. A recorrente chama a atenção para a natureza morosa do recurso de amparo, todavia ser remédio processual especial com caráter urgente e com processamento baseado no princípio da sumariedade. O facto, porém, é que de acordo com o critério supramencionado não parece que seria neste momento exigível a um recorrente esperar que um recurso deste Tribunal seja resolvido nos apertados prazos decisórios previstos pela Lei do Amparo e sequer em poucos meses. A nossa prática processual não tem ido neste sentido, sendo que muito dificilmente o Tribunal tem conseguido decidir as questões de fundo num prazo de seis meses a contar da entrada do pedido no Tribunal; em boa parte dos casos as decisões demoram até um ano para serem proferidas. Assim, tem uma certa razão a recorrente, ao afirmar que, pelo menos prospectivamente, ou seja, considerando o que em abstrato podia e devia antecipar, a decisão de mérito dificilmente aconteceria nos primeiros seis meses a contar da entrada do pedido, o que de facto agravaria, nesse contexto, o prejuízo que terá que suportar e cria mais uma razão ponderosa para que seja deferido o pedido.

6.3.6. Ademais, em sentido contrário, não parece que existam óbices e riscos ao interesse público se tal vier a acontecer, nomeadamente porque a recorrente poderá ficar sujeita a outra medida de coação, não significando, ainda, que não se venha a fazer justiça, e, puni-la legitimamente depois de provada a sua culpa com decisão transitada em julgado; acresce que pelo perfil que resulta dos autos não parece que seja pessoa que poderá de alguma forma perturbar a investigação, sobretudo nesta fase ou haver risco de fuga, etc. De outra parte, estando ainda em discussão a existência ou não de uma vítima, já que a defesa alega ter havido suicídio, nem sequer se pode considerar, mesmo dentro dos estritos limites do nosso modelo constitucional penal, haja em vista o princípio da presunção da inocência, existirem eventuais interesses contrapostos de terceiros a preservar nesta fase.

Confirma-se, pelos motivos apontados, que existem razões ponderosas para se deferir o pedido de decretação de medidas provisórias, determinando que se promova a soltura imediata da recorrente, remetendo ao tribunal competente a adoção de outras medidas de coação não privativas de liberdade julgadas necessárias, pelo período necessário a que o amparo seja apreciado no mérito e o processo siga a sua tramitação normal.

III - Decisão

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

- a) Deferir o presente pedido de decretação de medidas provisórias;
- b) Determinar que o órgão recorrido promova a soltura imediata da recorrente como medida de conservação do seu direito à liberdade sobre o corpo e do direito a não ser mantida em prisão preventiva fora dos prazos legalmente estabelecidos, deferindo ao órgão competente a adoção de outras medidas de coação não privativas de liberdade que julgue adequadas pelo período necessário a que o amparo seja apreciado no mérito e processo siga a sua tramitação normal.

Registe, notifique e publique.

Praia, 10 de janeiro de 2019

José Pina Delgado (Relator)

Aristides R. Lima (Vencido)

João Pinto Semedo

ESTÁ CONFORME

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 16 de janeiro de 2019

O Secretário,

João Borges