



Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Recurso de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade n.º 02/2018, em que é recorrente **Arlindo Teixeira** e recorrido o **Supremo Tribunal de Justiça**.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ACÓRDÃO N.º 29/2019

(Arlindo Teixeira vs. STJ, referente à norma prevista pelo número 1 do artigo 2 da Lei nº 84/VI/2005, referente ao princípio da realização de audiências públicas nos tribunais e da garantia de audiência pública em processo criminal, bem como as garantias a um processo equitativo, ao contraditório e à ampla defesa)

I. Relatório

1. O presente recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade foi interposto por Arlindo Teixeira contra a decisão da Egrégia Suprema Corte de Justiça (*Acórdão nº 64/2017*) que negou provimento a pedido de Aclaração de Acórdão e Suprimento de Nulidades e Inconstitucionalidades do *Acórdão 46/2017* da mesma Corte que o havia condenado a pena de nove anos de prisão por crime de homicídio simples.

1.1. Na douta peça que apresentou perante o órgão recorrido, o recorrente requereu a fiscalização de duas normas que segundo o seu entendimento foram aplicadas por aquele órgão e que do seu ponto de vista são inconstitucionais na exata interpretação em que foram aplicadas. Nas palavras do recorrente: *“requer [a] Fiscalização Concreta da Constitucionalidade das seguintes normas: 1 – Da norma resultante da oblíqua e obnóxia interpretação que o STJ quer fazer do preceito legal estatuído no Nº 1 do Artigo 2º da Lei Nº 84/VI/2005 – Suspensão de Realização de Audiências Públicas Contraditórias no Supremo Tribunal de Justiça – no sentido de que dele terá resultado uma imposição legal, ou seja, uma norma, impondo que todos os julgamentos de recursos no Supremo Tribunal de Justiça devessem passar a ser feitos exclusivamente em “conferência”, o que constitui uma inconstitucionalidade por violação dos seguintes dispositivos constitucionais: 1) Nº 1 do Artigo 22º da Constituição – Garantia de um Processo Justo e Equitativo; 2) Nº 6 do Artigo 35º da Constituição – Garantia pelo Princípio do Contraditório; 3) Nº 9 do*

Artigo 35º e Nº 4 do Artigo 211º da Constituição – Garantia de que as Audiências devem ser públicas[;] 4) Nº 7 do Artigo 35º da Constituição – Direito e Garantia à Ampla Defesa; [e] 5) Nº 5 do Artigo 17º da Constituição – Garantia do Princípio da necessidade, adequação e proporcionalidade na diminuição dos Direitos Fundamentais[.] 2 – Da norma resultante da oblíqua e obnóxia interpretação que o STJ quer fazer do preceito legal estatuído no Artigo 177º do CPP – Princípio da Livre Avaliação das provas Pelo Tribunal – no sentido de que dele terá resultado uma total liberdade para os Tribunais fazerem uma valoração sem regras, sem balizas e sem limites, podendo até incluir no Acórdão Factos Novos para incriminar o arguido, o que constitui uma inconstitucionalidade por violação dos seguintes dispositivos constitucionais: 1) Nº 1 do Artigo 35º da Constituição – Presunção d[a] Inocência; 2) Nº 5 do Artigo 211º da Constituição – Dever de Fundamentação Adequada; 3) Nº 6 do Artigo 35º [da Constituição] – Garantia do Contraditório, em relação aos factos novos introduzidos pelo Acórdão Nº 46/2017; 4) Nº 7 do Artigo 35º [da Constituição] – Garantia da Ampla Defesa, em relação aos factos novos introduzidos pelo Acórdão Nº 46/2017[.]”

1.2. Fundamentou os dois segmentos principais do seu pedido do seguinte modo:

1.2.1. Relativamente à primeira norma arrazoa que “(...) 4) O STJ viria a decidir o Recurso Nº 185/2016, decidindo em “Conferência” e não “Em Audiência Pública Contraditória”, com o proferimento do Acórdão Nº 46/2017, reduzindo a pena de 11 para 9 anos de prisão, insistindo na falaciosa tese de que o arguido teria mesmo cometido o crime de homicídio doloso, o que mereceu a pronta discordância da DEFESA; 5) Só que, no entendimento da Defesa [.] Nos termos do CPP, o STJ deveria ter decidido o Recurso Nº 185/2016 em Audiência Contraditória e nunca em Conferência; 6) Sendo a “Conferência” uma excepção legal, os Recursos só podem ser decididos em Conferência (Porta fechada e sem audiência das partes) nos casos excepcionais previstos nos Artigos 461º e 462º do CPC, sendo certo que, fora das excepções claramente definidas na Lei Processual, o Supremo Tribunal é obrigado a decidir na sequência de uma Audiência Contraditória como estatuído pelo Artigo 464º, com destaque para o seu Nº 2 em conjugação com o Artigo 467º do CPP;” 7) Neste quadro, quando foi notificado do Acórdão Nº 46/2017, o Recorrente teve de Reclamar, solicitando ao STJ, para que suprimisse essa nulidade processual, conforme ficou a constar dos pontos 15 à

23 do Requerimento de RECLAMAÇÃO, Aclaração e Suprimento de Nulidades do Acórdão Nº 46/2017, que ficou a constar das Folhas 1250 e seguintes dos Autos; 8) Nessa referida peça processual, o Recorrente terá alegado, entre várias outras inconstitucionalidades, que: [c]om essa decisão de se decidir em Conferência (Porta Fechada, sem possibilidade de assistência pública, e sem convocação da Defesa para que se pudesse exercer o contraditório), o Supremo Tribunal de Justiça terá violado os Direitos e Garantias Fundamentais do arguido previstos no: i) Nº 1 do Artigo 22º da CRCV, (Processo Justo e Equitativo); ii) Nº 6 do Artigo 35º da CRCV (Princípio do Contraditório); iii) Nº 9 do Artigo 35º e Nº 4 do Artigo 211º da Constituição (Audiências Públicas), iv) Nº 7 do Artigo 35º da Constituição - Direito e Garantia à Ampla Defesa; Direitos e Garantias esses densificados pelo Código Processo Penal, designadamente, pelo Nº 1 do Artigo 3º do CPP, Artigo 5º do CPP, Artigo 110º do CPP e Artigo 463º, todos do CPP[.] A violação desses Princípios e Garantias Fundamentais acima descritas é determinante das Nulidades Processuais estatuídas nas alíneas d), g) e i) do Artigo 151º do CPP; (...) 18) Todas as partes concordam que os Artigos 463º e 464º [do] CPP aprovad[os] pelo Decreto-Legislativo Nº 2/2005 de 07 de Fevereiro, que entrara em vigor no dia 01 de Outubro de 2005, impunha a obrigatoriedade da realização da Audiência Pública Contradi[...]tória, sob pena de nulidade; 19) As Audiências Públicas Contradi[...]tórias realizadas em sede de Recurso, no Supremo Tribunal de Justiça, podem ser realizadas para efeitos de: i) Audiência de julgamento para Produção/Renovação de Prova, designadamente, audição de testemunhas, inquirição do arguido, etc; - Ver Artigo 464º/Nº 4 e Artigo 467º/Nºs 1, 2, e 3 todos do CPP; ii) Audiência para Análise e Exame da Prova anteriormente produzida em julgamento, nomeadamente, provas documentais e audição ou visionamento de provas em suporte audiovisual que tiverem sido já produzidos no julgamento de 1ª Instância, mas que o Relator acha que devem ser alvo de um exame especial; - Ver 464º/ Nº 2 e 3 do CPP; iii) Audiência para Proferimento de Alegações Oraís; - Ver 464º/ Nº 2, 5 e 6 do CPP; 20) Assim, o novo CPP aprovado pelo Decreto-Legislativo Nº 2/2005 de 07 de Fevereiro que entrou em vigor a 01 de Outubro de 2005, previa que as Audiências Públicas Contraditórias pudesse ser realizadas para esses três efeitos acima descritos; 21) Todavia, somente 2 (dois) meses depois da entrada em vigor do novo CPP, foi aprovada a Lei Nº 84/VI/2005 que entrou em vigor no dia 13 de Dezembro de 2005, que, no seu Artigo 2º, veio suspender, temporariamente, algumas regras referentes a realização da Audiência Contraditória, no Supremo Tribunal, suspensão essa que abrangia somente as

Audiências Para Produção/Renovação de Prova, como nos indica o próprio título – epígrafe do referido Artigo 2º que reza o seguinte: Suspensão da vigência das audiências públicas para Produção de Prova no Supremo Tribunal de Justiça (...)”.

1.2.2. No concernente à segunda aduziu argumentos com o seguinte teor: “ 54) *Nas Alegações de Recurso, como na Reclamação do Acórdão Nº 46/2017, sempre a DEFESA alegou que tanto o Tribunal Recorrido (Tribunal A Quo), como o STJ estariam violando o Princípio Fundamental de Presunção de Inocência, consagrado no Nº 1 do Artigo 35º da Constituição da República e no Artigo 1º do CPP, uma vez que o STJ estaria fazendo uma interpretação inconstitucional do Artigo 177º do CPP que concede alguma liberdade ao Tribunal para apreciar a Prova produzida, por forma a produzir uma arbitrária e absurda apreciação da prova, como se o princípio da Livre apreciação da Prova pelo Tribunal não tivesse limites e balizas a respeitar; 55) Na verdade, o Princípio da Livre Apreciação da Prova estatuído no Artigo 177º do CPP não pode ser entendido como uma autorização genérica e ilimitada para o Tribunal fazer da prova o que bem entender, pois, dentro da liberdade de apreciação da prova, os Tribunais deverão respeitar os seguintes limites: i) A [e]xperiência da vida comum, com respeito pelo bom senso inerente a um homem médio, colocado naquela mesma situação concreta; - Ver Primeira Parte do Artigo 177º do CPP; ii) Valor probatório dos documentos autênticos emitidos pelas entidades oficiais; - Ver Artigo 225º do CPP – Documentos Médicos sobre as lesões de que padecia o arguido; iii) Presunção de Inocência do arguido, com destaque para o “In d[u]bio pro R[e]o”; - Ver Nº 1 do Artigo 35º da Constituição e Artigo 1º do CPP iv) Dever de fundamentar sobre factos e o Direito, de modo claro e perceptível, as decisões, por forma a que o homem comum entenda o raciocínio subjacente a cada decisão; - Ver Nº 5 do Artigo 211º da Constituição, com densificação no Artigo 9º e Nº 2 do Artigo 403º do CPP[.] 56) Caso o aplicador (Tribunal) não observar tais limites, então estará fazendo uma interpretação arbitrária e Inconstitucional do Artigo 177º do CPP; 57) Infelizmente, pese embora a Defesa tenha alegado tais Inconstitucionalidades, na sua Reclamação, a verdade é que, o STJ preferiu esquivar-se de se pronunciar sobre a maior parte das questões relacionadas com essa matéria, refugiando-se em questões laterais, pelo que forçoso se torna insistir nesse aspecto, interpondo o presente Recurso de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade da norma resultante da interpretação que o STJ faz do Artigo 177º do CPP, à Luz do Princípio do In Dubio Pro Reo, (Princípio da Presunção de Inocência), conjugados com*

as regras extraídas da experiência comum, valor probatório [...] dos documentos, e deficiente fundamentação;”

1.3. O recorrente termina o seu arrazoado dirigindo os seguintes pedidos consequentes ao Tribunal: *“3 – Verificadas tais Inconstitucionalidades, deverá o Tribunal Constitucional determinar a libertação do arguido que continua preso, tendo em conta que: a) Será de reconhecer que o arguido não teve culpa, não teve dolo, e não agiu, mas sim reagiu como pôde, e nas frações de segundos de que dispôs, levantando as mãos em direção ao rosto, e foi o Malogrado quem se feriu a si mesmo no canivete, devido a inércia do movimento do seu corpo, pelo que o Arguido deverá ser absolvido e ilibado do crime de que vem acusado[;] b) Subsidiariamente, em consequência do suprimento das nulidades e inconstitucionalidades acima referidas, deverá ser reconhecido, então, que, mesmo se se considerar que foi o arguido quem terá ferido o malogrado (o que não foi o caso), mesmo assim, forçoso é considerar que não seria razoável nem justo exigir do arguido outra conduta para se defender, posto que era evidente a determinação do malogrado em dar sequência à agressão em curso; c) No limite, ter-se-á que reconhecer que o arguido, o quanto muito, terá agido em Legítima Defesa ou ao abrigo de uma das outras causas de exclusão da ilicitude ou de culpa[.]”*

2. Embora o recorrente tenha apresentado o seu requerimento de fiscalização concreta da constitucionalidade a 7 de novembro de 2017, os presentes autos só foram registados no dia 21 de novembro de 2018, uma vez que, como consta da informação constante das fls. 1487 a 1488, *“Os presentes Autos Crimes de Recurso nº 185/2016, em que é recorrente Arlindo Teixeira (ora autuados como Recurso de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade n.º 2/2018), foram requisitados junto do STJ a 24/11/2017, no âmbito do despacho proferido nos autos de Recurso de Amparo Constitucional n.º 7/2017, tendo sido remetidos a esta Corte no mesmo dia e imediatamente apensados a estes pela secretaria judicial. Coincidentemente, e, ao que parece, aquando da referida requisição, aqueles autos já estavam prontos a serem enviados a este Tribunal na sequência da interposição do recurso de fiscalização concreta admitido através do acórdão do STJ, nº 74/2017, de 21 de novembro. Com efeito, não se deu conta de que aqueles autos requisitados por esta Corte, também tinham sido remetidos enquanto recurso e, por conseguinte, foram sempre tratados como apensos do supracitado pedido de amparo e não como recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade, até*

porque nada fazia prever que assim fosse, sendo certo que en[con]trava-se já registado nest[e] Tribunal o Recurso de Fiscalização Concreta n.º 2/2017 em que Arlindo Teixeira figura como recorrente, também interposto no âmbito dos Autos Crimes de Recurso n.º 185/2016. A 26/04/2018, os presentes autos foram remetidos ao STJ com vista a viabilizar o cumprimento do mandado de soltura na sequência do acórdão n.º 8/2018, proferido num outro Recurso de Amparo (n.º 3/2017) em que também Arlindo Teixeira é recorrente, tendo sido devolvidos a 09/05/2018 e na sequência novamente apensados ao Recurso de Amparo n.º 7/2017. É o que cabe a Secretaria Judicial desta Corte Constitucional informar no quadro do registo tardio dos presentes autos como recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade (...)”.

3. Assim, devido a este incidente os autos só foram distribuídos no dia 29 de novembro de 2018 ao JC Pina Delgado que assumiu a sua relatoria no mesmo dia conforme f. 1502 dos autos. Por meio de despacho de 27 de dezembro de 2018, o JC Relator determinou a notificação do recorrente para a apresentação das suas alegações.

4. Notificado no dia 15 de janeiro de 2019, o recorrente apresentou as suas alegações no dia 01 de fevereiro de 2019, sendo certo que dispunha até ao dia 26 de fevereiro do mesmo ano para as apresentar. Nas suas alegações o recorrente veio reiterar o que já havia dito no seu requerimento de fiscalização concreta, sublinhando que mantém os fundamentos utilizados na peça de interposição do recurso de fiscalização concreta, entretanto, acrescenta alguns argumentos relevantes, nomeadamente impugnando a fundamentação do STJ no sentido de que seu pedido não deveria ser admitido. Assim, acrescenta que: “(...) é uma falácia querer supor que os Titulares dos demais Órgãos de Soberania e o Sr. Provedor de Justiça não tenham, até então, agido, porque estariam solidários e em concordância com as formas de actuação do STJ, [..., ...] na verdade, o que vem acontecendo é que, simplesmente, os demais órgãos de Soberania nunca agiram em sede de Fiscalização Sucessiva, pela simples razão de nunca terem tido contacto com a questão, e por conseguinte, não terem conhecimento de tais Inconstitucionalidades; 48) Por outro lado, é necessário ficar claro que o Facto de nenhum titular dos órgãos de Soberania terem accionado a Fiscalização Sucessiva contra essa interpretação do STJ, tal omissão, mesmo que fosse consciente, não pode servir de razão para tentar impedir que a Parte Lesada (A DEFESA DO ARGUIDO) possa se socorrer da Fiscalização Concreta, pois, estas duas formas de FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE

constituem institutos jurídicos distintos e diferentes, entre si, posto que, existem legitimidades diferentes, procedimentos distintos, prazos diversos, tramitação diferenciada, e objectivos radicalmente diferentes, pelo que nunca poderão ser confundidos entre si; 50) Daí que tentar invocar a Presidência da República, os Senhores Deputados Nacionais ou o Sr. Provedor de Justiça que só podem agir em sede de Fiscalização Sucessiva, quando estamos perante um Processo de Fiscalização Concreta que se destina somente às Partes (Defesa do Arguido e Ministério Público), é deveras que[re]r confundir o Tribunal Constitucional, induzindo esta Corte Constitucional a interpretar e a aplicar mal a própria Constituição da República, o que seria desprestigiante, amoral, ridículo e abjecto; (...) 51) Uma outra falácia que o STJ quer levar o Tribunal Constitucional a acreditar é que toda a comunidade jurídica Cabo-Verdiana e até estrangeira já construíram um consenso sobre a justeza e legalidade da actuação do STJ, o que não corresponde minimamente à verdade; 52) É preciso que se diga de forma muito firme e audível que não corresponde à verdade a afirmação feita pelo STJ que Toda a Comunidade Jurídica está de acordo com a forma de decidir “Em Conferência, de Portas Fechadas, em Segredo, sem a participação da Defesa e sem a participação do Ministério Público ”adoptada pelo STJ, pelo que, trata-se de uma afirmação dos Venerandos Juizes do STJ para, mais uma vez, escamotear a questão de fundo que se coloca, tentando induzir o Tribunal Constitucional em erro, desviando da análise da questão à Luz da[s] regras Constitucionais e Legais; 53) Ora, no caso concreto, mesmo se admitíssemos que “NO PASSADO DISTANTE TINHA HAVIDO UM CONSENSO NACIONAL [À] VOLTA DO MODO DE DECIDIR EM “SEGREDO” DO STJ, (O que é redondamente falso e o STJ nunca vai conseguir provar tal afirmação), a verdade que não se poderá esconder é que: Tendo em conta que o Recurso Nº 185/2016 deu entrada no Supremo Tribunal de Justiça, já em 2016, ou seja, depois da entrada em vigor do Decreto-Legislativo Nº 05/2015 de 11 de Novembro que revogara a Lei Nº 84/VI/2005, assim, o Recurso Nº 185/2016 deveria ter sido decidido em Audiência Contraditória, pois, a suspensão da obrigatoriedade de se decidir em “Audiência Contradi[...]tória” tinha sido revogada pelo Decreto-Legislativo Nº 05/2015 de 11 de Novembro; 54) Daí que, depois de entrada em vigor do Decreto-Legislativo Nº 05/2015 de 11 de Novembro, já não seria previsível, nem aceitável que o STJ continuasse a cometer as mesmas Inconstitucionalidades; 55) Por isso, tal argumentação apresentada pelo STJ destina-se a levar o Tribunal Constitucional a recusar o Recurso de Fiscalização Constitucional, como base na falaciosa extemporaneidade da alegação da

Inconstitucionalidade, quando é evidente que a DEFESA só poderia atacar uma decisão ou um acto do STJ depois do STJ o ter praticado, não podendo a DEFESA armar-se em bruxo ou adivinho para andar “Antecipando” os actos e decisões que os Mui Venerando[s] Ju[í]zes Conselheiro[s] do STJ tencionavam ou não tomar”.

5. Apensadas as alegações ao processo e concluso o mesmo ao Relator, este, por meio dos despachos de 5 de março de 2019, ordenou que se diligenciasse junto da Assembleia Nacional e do Governo no sentido de se conseguir eventuais elementos disponíveis em relação à Lei nº 84/VI/2005, de 12 de dezembro que suspendeu as audiências públicas contraditórias no STJ, à Lei nº 88/VII/2011, de 1 de fevereiro, relativa à Organização, Competência e Funcionamento dos Tribunais Judiciais e à Lei nº 93/VIII/2015, de 13 de julho, que concedeu autorização legislativa ao Governo para alterar o Código de Processo Penal (CPP) e ao Decreto-legislativo nº 5/2015, de 11 de novembro que alterou o CPP.

6. Na sequência da satisfação desses pedidos pelos órgãos envolvidos o Relator preparou o memorando, tendo o mesmo sido depositado na Secretaria do Tribunal no dia 20 de junho e seguido com vista ao JC Aristides Lima e ao JCP Pinto Semedo no dia seguinte, nos termos do número 1 do artigo 89 da Lei do Tribunal Constitucional.

7. Igualmente nos termos do número 2 dessa mesma disposição legal cópia do referido memorando foi distribuída ao Ministério Público e ao recorrente.

8. A audiência de julgamento a que se refere o artigo 92 da Lei do Tribunal foi marcada para o dia 25 de julho. Tendo sido devidamente notificada aos sujeitos processuais, realizou-se nesse mesmo dia, todavia, sem a presença do mandatário do recorrente, uma vez que este dirigiu comunicação ao Tribunal no sentido de que estando na cidade do Mindelo limitado por medidas de coação e o seu mandatário constituído fora do país em tratamento médico sem previsão de regresso e, dada à natureza da questão, ser impossível encontrar um advogado substituto em que pudesse subestabelecer e ainda pelo facto de não ter a intenção de usar a palavra, rogou que o Tribunal Constitucional prosseguisse com os demais trâmites legais, mesmo sem a presença do seu representante legal, reputando que materialmente não teria o condão de prejudicar a marcha do processo. Conclui dizendo que *“com efeito, com a notificação para participar do julgamento, o Tribunal Constitucional teve o zelo de garantir ao arguido/recorrente a*

possibilidade de participar e de se pronunciar, respeitando o princípio do contraditório, sendo certo que é o recorrente que está prescindindo de exercer esse seu Direito, pelo que nada de negativo poderá ser sacado contra o Tribunal Constitucional por ter prosseguido com a marcha regular do processo, até a decisão final. Pede e espera deferimento”.

9. Depois de aberta a sessão, o Presidente da Corte colocou este requerimento a apreciação, tendo o Coletivo, por unanimidade, propugnado pelo seu deferimento, do que resultou a continuidade da audiência.

9.1. Transmitiu em seguida a palavra ao Relator que apresentou o Memorando nos seus precisos termos e chamou a atenção dos intervenientes processuais e dos juízes para a necessidade de definir os efeitos da decisão do Tribunal, caso, por ventura, se viesse a declarar a inconstitucionalidade de algumas das normas impugnadas.

9.2. Por sua vez, na sua promoção oral, o Ministério Público, no sentido entendido pelo Tribunal, sustentou que na sua opinião, considerando os pressupostos de admissibilidade, mais especificamente o da colocação da questão de constitucionalidade de modo processualmente adequado, em moldes que o tribunal recorrido tivesse a oportunidade de o conhecer, não se encontra preenchido.

Isto porque entendeu que a questão foi colocada tardiamente sem que os juízes responsáveis pudessem resolver a questão e sem que se esteja perante circunstância que envolva as situações excepcionais que a doutrina tem arrolado, nomeadamente quando há decisões surpresa ou imprevisíveis. Não sendo as reclamações mecanismos de reação idóneos a suscitar questões de constitucionalidade, significa que a questão não foi colocada ao longo do processo.

Em tais casos em que um órgão judicial já tenha orientações sobre uma determinada questão jurídica, *máxime* a forma de tramitação de um processo ou referente ao seu próprio funcionamento, cabe ao advogado, no seu entender, fazer um juízo de prognose sobre a norma que o Tribunal pudesse aplicar para a resolução de um caso concreto, considerando todas as suas dimensões interpretativas.

Nos casos em que há discussão pública sobre uma determinada questão que penetra a comunidade jurídica não é desculpável que um advogado não pudesse prever a aplicação

de uma norma, devendo colocá-la antecipadamente para que o Tribunal a possa conhecer, apreciar e decidir. No caso concreto, mais ainda, pois ninguém podia ignorar que o Supremo Tribunal de Justiça tinha essa interpretação desde há muitos anos, não estando a realizar audiências públicas desde então. Destarte, entende que o recurso não pode ser admitido.

Continua, no entanto, dizendo que se, por hipótese, o Tribunal tiver entendimento diferente, em relação ao mérito tem duas opiniões distintas em relação à constitucionalidade das duas normas.

Começando pela última, remete para vários pareceres de autoria do Ministério Público que integram os autos para dizer que não há base fática para se questionar a forma como o órgão judicial recorrido aplicou o artigo 177 do Código de Processo Penal, concluindo que não há qualquer causa de exclusão de culpa. O que houve simplesmente foi uma interpretação distinta dos mesmos factos entre o recorrente e o Tribunal recorrido e que isso não pode ser reconduzível a uma inconstitucionalidade.

Por sua vez, em relação ao número 1 do artigo 2º da Lei de Suspensão de 2005, entendeu que, de facto, a interpretação que tem sido feita pelo Supremo Tribunal de Justiça não seria a mais correta e que mesmo do ponto de vista constitucional a norma padeceria de vícios, considerando que as razões que foram apresentadas para a sua aprovação, nos moldes em que foram articulados, levaria a um quadro de desproporcionalidade e de inconstitucionalidade.

10. Logo a seguir, deu-se início à Conferência de Julgamento, a qual, no entanto, foi suspensa a pedido do Relator para que este pudesse avaliar e refletir sobre os argumentos apresentados pelo Ministério Público na audiência pública.

11. A mesma foi retomada no dia 30 de julho, tendo se iniciado com a votação relativa ao primeiro bloco de questões, as que envolvem a verificação de admissibilidade, culminando com a admissão de uma das normas por maioria; as do segundo bloco, a envolver questões substantivas relacionadas ao mérito, em que se formou consenso entre todos os juízes, o mesmo ocorrendo no tocante ao terceiro e quarto bloco de questões, já que se considerou que ficariam prejudicadas, e em relação aos efeitos a dar à declaração

de inconstitucionalidade. Isto, com base nos fundamentos, que adiante se expõe, conforme racionalizado, nos termos da lei, pelo relator em nome do Tribunal.

II. Fundamentação

1. A Corte Constitucional já havia adotado entendimento no caso *INPS v. STJ* (Acórdão nº 15/2017, de 26 de julho), Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 35, 6 de junho de 2018, pp. 844-856 e na *Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional*, Praia, INCV, 2018, v. IV (2017), pp. 137-176, 1. *Antes de prosseguir com a discussão do mérito, urge definir algumas questões preliminares ligadas à admissibilidade e à delimitação do objeto do recurso nos termos da lei, pois, como é sabido, o processo de fiscalização concreta da constitucionalidade, não é concebido pelo legislador constituinte como tendo no seu bojo a possibilidade de um sujeito processual inconformado com decisões tomadas pela jurisdição ordinária, que, legitimamente, pode ter por equivocadas, mal fundamentadas ou injustas, insurgir-se tentando obter a sua cassação num tribunal superior com poderes gerais de reavaliação da forma como os tribunais judiciais interpretam e aplicam o direito ordinário ao caso concreto. Outrossim, como constituem ordens jurisdicionais separadas, ambas dotadas de legitimidade própria, as suas fronteiras estão estabelecidas, sendo prerrogativa dos tribunais judiciais pronunciar-se em relação à interpretação do direito ordinário e cabendo a este Pretório intervir somente quando está em jogo situação de aplicação de normas inconstitucionais em contextos nos quais isso não tenha sido resolvido pela jurisdição ordinária, cabendo, em princípio, ao recorrente estabelecer o nexo constitucional que habilita o Pretório Constitucional a conhecer do recurso. É determinação constitucional que tais limites, por mais porosos que podem aparecer em situações concretas, sejam mantidos, sem que disso resulte qualquer abdicação jurisdicional por parte do Tribunal Constitucional. Por conseguinte, torna-se sempre importante em sede de fiscalização concreta avaliar-se se os pressupostos processuais recursais estão preenchidos e delimitar o objeto do recurso não só considerando os pedidos, como também os limites jurisdicionais que são colocados à Cúria Constitucional em termos de escrutínio no quadro do esquema gizado pelo legislador constituinte e desenvolvido pelo legislador ordinário” (II, para.1).*

2. Destarte, embora o recurso já tenha sido admitido pela entidade recorrida, uma vez que tal ato, como se sabe e a isso o Tribunal já se referiu algumas vezes,

nomeadamente por meio do *Acórdão nº 4/2017, de 13 de abril, Vanda Oliveira v. STJ*, sobre indeferimento da interposição de recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 27, de 16 de maio de 2017, pp. 650-659 e na *Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional de Cabo Verde*, Vol. III, Praia, INCV, 2018 (2017), pp. 263-292/para. 2.1.1; *Acórdão 15/2017, de 26 de julho, INPS v. STJ*, sobre a constitucionalidade do nº 2) do Art. 3º e o Art. 2º do DL 194/91, na interpretação que lhe foi dada pelo Presidente do STJ, no sentido de que fixa um prazo de recurso de cinco dias, independentemente de se tratar de um litígio decorrente de relação de trabalho estabelecida ou de litígio tendente à constituição de uma relação de trabalho, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 35, 6 de junho de 2018, pp. 844-856 e na *Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional de Cabo Verde*, Vol. IV, INCV, 2018 (2017), pp. 137-176/para. 2; *Acórdão nº 20/2019, de 13 de abril, Vanda Oliveira v. STJ*, sobre indeferimento de recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade por intempestividade, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 79, de 22 de julho de 2019, pp. 1214-1223/para. 1.2, – com base, aliás, no número 4 do artigo 83 da Lei do Tribunal Constitucional – não vincula o Pretório Constitucional, a primeira questão que deverá ser respondida estará necessariamente relacionada à questão de:

2.1. Se saber se o presente recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade deve ser admitido pelo Tribunal Constitucional, mais especificamente se estão presentes as condições de admissibilidade gerais e a que se refere ao esgotamento das vias ordinárias de recurso.

2.1.1. O mais das vezes, o Tribunal poderá ratificar a decisão de admissão do tribunal *a quo* após análise perfunctória e, em princípio, a questão relativa à admissibilidade do requerimento de fiscalização concreta ficaria superada. Entretanto, como se disse, a decisão de admissão do órgão recorrido não vincula este Pretório, podendo sempre não o admitir caso considere que alguma condição não esteja preenchida ou mesmo solicitar o seu aperfeiçoamento por parte do recorrente. Parece com efeito ser essa a *ratio* do artigo 86 da Lei do Tribunal Constitucional, especialmente os seus números 1 e 2, ao estabelecer que: “1. *Recebido o processo no Tribunal Constitucional e concluso o mesmo ao relator, este, se entender que o requerimento de interposição não indica alguns dos elementos previstos no artigo 82º e que o juiz que o admitiu não fez uso*

do disposto no n.º 2 do artigo 83º, convidará o recorrente a suprir as omissões no prazo de cinco dias sob pena de o recurso ser julgado deserto, por simples despacho do relator. 2. Se entender que não se pode conhecer do objecto do recurso ou que a questão a decidir é simples, designadamente por a mesma já ter sido objecto de decisão anterior do Tribunal ou por ser manifestamente infundada, o relator profere decisão sumária, que pode consistir em simples remissão para anterior jurisprudência do Tribunal. 3. Da decisão sumária do relator pode reclamar-se para o Tribunal. 4. Quando não se deva aplicar o disposto no n.º 1 e, bem assim, quando o Tribunal decida que se deve conhecer do objecto do recurso ou ordene o respectivo prosseguimento, o relator manda notificar o recorrente para apresentar alegações”. E especialmente o número 4 do artigo 83 desse mesmo diploma, conforme o qual “a decisão que admita o recurso ou lhe determine o efeito não vincula o Tribunal Constitucional e as partes só podem impugná-la nas suas alegações”.

2.1.2. Além disso, a mera ratificação da decisão da entidade recorrida no caso concreto, sem primeiro fazer uma análise mais aprofundada em relação aos pressupostos de uma decisão de não-admissão do presente pedido, confronta-se com um problema de base, na medida em que o próprio tribunal recorrido na sua peça de admissão inicialmente propugnou pela não admissão do pedido, considerando que pelo menos um pressuposto não se encontrava preenchido, só o admitindo por motivos outros, nomeadamente relacionados com eventuais efeitos práticos de uma não admissão porque como sustentou no próprio aresto que lidou com a questão “*Aqui chegado[s], o STJ não pode deixar, entretanto, de ponderar a utilidade e, sobretudo, os efeitos práticos da não admissão do recurso no caso subjudice, tanto mais que, por força do disposto no artigo 83º, nº 4, da LTC, a sua decisão não vincula o TC. Efectivamente, está-se perante um processo em que o arguido se encontra preso preventivamente por indícios de crime de homicídio voluntário, sendo certo que a sua condenação em Primeira Instância acabou por ser confirmada, em sede de recurso ordinário, pelo STJ, o que não deixa de reforçar não só os indícios do crime, como as outras razões justificadoras da manutenção da prisão preventiva, em especial o perigo de fuga, dada a probabilidade, cada vez mais elevada, da iminente e efectiva execução da pena. Por outro lado, há que levar em devida consideração que o arguido tem vindo a fazer uso, aliás com inteira legitimidade, de todos os meios de impugnação ao seu alcance, não escondendo o seu firme propósito de impedir, até onde lhe for possível, o trânsito em julgado da decisão condenatória e o*

início da execução da pena. Assim, é de se prever que a não admissão do recurso em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade só irá contribuir para o protelamento da pendência desta causa, através de uma mais que provável reclamação para o TC, e a possibilidade de nesse ínterim se expirar o prazo de prisão preventiva, forçando-se a soltura do arguido, antes do trânsito em julgado, com o risco já mencionado. Não se pode finalmente ignorar o direito fundamental do arguido a ser julgado no mais espaço curto de tempo compatível com as garantias de defesa, o que aponta para que o processo seja orientado para uma decisão que clarifique e defina, sem dilações indevidas (artigos 35º, nº 1, e 22º, nº 4, da CRCV), a sua situação, nomeadamente a sua inocência, se for o caso. Por isso mesmo, não obstante a apontada ilegitimidade do arguido para a impugnação em exame, afigura-se ainda assim mais judicioso, que o recurso seja admitido, deixando que a Egrégia Corte Constitucional, a quem cabe a última palavra em sede das questões de inconstitucionalidade, decida, em seu alto, esclarecido e respeitável critério, consoante for de Justiça”. Assim, “com os fundamentos acima expostos, acordam os Juízes deste Tribunal de Justiça em admitir o recurso interposto pelo arguido, o qual sobe nos próprios autos e com efeito suspensivo, nos termos do artigo 85º da LTC”.

Concretamente, do ponto de vista do tribunal *a quo*, a condição que estaria faltando e que implicaria na não admissão do pedido, caso não fosse esses tais efeitos práticos que indicou, estaria relacionada com a legitimidade do recorrente que não teria, segundo afirma, suscitado a questão da inconstitucionalidade de modo tempestivo e processualmente adequado. É que, conforme entende, embora o recorrente na qualidade de arguido teria sempre legitimidade do ponto de vista geral para interpor recurso de fiscalização concreta contra uma decisão condenatória da última instância judicial, concretamente teria ainda que ter suscitado a questão da inconstitucionalidade de modo tempestivo e processualmente adequado, para que de facto tivesse legitimidade. Assim, como considera que o recorrente não procedeu nestes termos, na medida em que este apenas invocou a alegada inconstitucionalidade na reclamação que dirigiu contra o acórdão que confirmou a sua condenação – sendo certo que, segundo compreende, deveria tê-lo feito em momento anterior, faltar-lhe-ia a legitimidade para interpor o presente recurso de fiscalização concreta – isso determinaria a não admissão do pedido. Nas suas concretas palavras a entidade recorrida entende que “*Delimitado assim o objecto do recurso de constitucionalidade, nesta parte, resulta com meridiana clareza que a*

impugnação do arguido não se dirige de forma alguma, à desaplicação, por inconstitucionalidade, do art.º 3º (3) da Lei nº 93/VII/2015, de 13 de Julho, pelo qual se concedeu ao Governo a autorização legislativa para [...] a Lei nº 84/VI/2005, o que viria a acontecer com a aprovação do Decreto-legislativo nº 5/2015 que, pelo seu artigo 4º, também desaplicado por inconstitucionalidade, declarou revogar essa Lei. Na parte que vimos analisando, o recurso de constitucionalidade interposto pelo arguido cinge-se, por conseguinte, à interpretação que foi dada pelo STJ à Lei de 2005. Resta agora saber se a questão da inconstitucionalidade da interpretação do artº 2º, nº 1, da Lei 84/VI/2005, terá sido suscitada de forma tempestiva e processualmente adequada pelo recorrente, por forma a que lhe pudesse assistir legitimidade para vir posteriormente interpor o presente recurso de constitucionalidade, em sede de fiscalização concreta. Com efeito, a Constituição da República ao conceber esse tipo de recurso não deixou de lhe fixar um pressuposto absolutamente inarredável ao estabelecer no seu artigo 281º, nº 1, alínea c), que cabe recurso para o Tribunal Constitucional, das decisões dos tribunais que “apliquem normas ou resoluções de conteúdo material normativo ou individual e concreto cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada no processo”. Manda a verdade reconhecer entretanto, que essa regra deve ser aplicada com prudência e alguma flexibilidade de modo a que não fique precludido o direito de recurso de constitucionalidade nas situações em que, como diz o Professor Gomes Canotilho, o interessado não teve oportunidade processual de suscitar atempadamente a respetiva questão. Mas, não é, seguramente, isso que sucede no caso em análise, como passaremos a demonstrar. Efectivamente, no caso em apreço o que pretende impugnar o recorrente é o facto de, com base na interpretação unânime e reiterada do artigo 2º, nº1, da Lei nº 84/VI/2005, este Supremo ter prosseguido, ainda que de forma implícita, mas absolutamente previsível para qualquer jurista cabo-verdiano, no entendimento de que o julgamento dos recursos em processo penal em audiência, seja para que finalidade for, isto é, para a renovação da prova, ou para apresentação de meras alegações orais, ter sido suspenso por essa lei de 2005. Por isso mesmo o recurso interposto pelo arguido da decisão da Primeira Instância foi julgado em “conferência” e não em “audiência”, [o recorrente] tendo tido perfeita consciência disso, isto é, bem ciente de que o recurso por ele interposto da decisão da Primeira Instância iria ser julgado não em “audiência”, mas sim em “conferência”, o que a seu ver constituiria interpretação inconstitucional do artigo 2º, nº 1, da Lei de 2005, ainda assim a Defesa não cuidou de suscitar antecipadamente a questão da inconstitucionalidade, por forma a habilitar este Tribunal

a proferir uma decisão sobre a controvérsia. E que, se não suscitou essa questão em tempo oportuno, é evidente que também não proporcionou ao STJ, como lhe competia, a oportunidade de dela conhecer, para que se formasse, aí sim, uma decisão sobre a invocada inconstitucionalidade, passível de recurso para o TC em sede de fiscalização concreta. Isso significa que o objecto da apreciação do TC, em sede de fiscalização concreta, só pode ser uma decisão dos tribunais judiciais que tenha recaído sobre uma questão de inconstitucionalidade, tempestivamente suscitada no processo pelos interessados, por forma a que, ainda no exercício do seu poder jurisdicional, o tribunal “a quo” possa sobre ela estatuir. E não foi nada disso que aconteceu no caso em análise. É, pois, manifesto que, por não satisfazer o critério estabelecido no artigo 76º, nº 2, da LTC, ao recorrente não se pode reconhecer legitimidade para interpor recurso para o Tribunal Constitucional, em sede da fiscalização concreta, da citada norma, na interpretação uniforme e reiterada que lhe tem vindo a ser dada pelo STJ e por toda a Comunidade Jurídica Cabo-verdiana. E as mesmas considerações expendidas até aqui aplicam-se por inteiro à pretensa inconstitucionalidade da norma do artigo 177º do CPP, na interpretação que, mais uma vez segundo o arguido, lhe terá sido dada pelo STJ.”

Também diz que “há que levar em devida consideração que o arguido tem vindo a fazer uso, aliás com inteira legitimidade, de todos os meios de impugnação ao seu alcance, não escondendo o seu firme propósito de impedir, até onde lhe for possível, o trânsito em julgado da decisão condenatória e o início da execução da pena. Assim, é de se prever que a não admissão do recurso em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade só irá contribuir para o protelamento da pendência desta causa, através de uma mais que provável reclamação para o TC, e a possibilidade de nesse ínterim se expirar o prazo de prisão preventiva, forçando-se a soltura do arguido, antes do trânsito em julgado, com o risco já mencionado. Não se pode finalmente ignorar o direito fundamental do arguido a ser julgado no mais espaço curto de tempo compatível com as garantias de defesa, o que aponta para que o processo seja orientado para uma decisão que clarifique e defina, sem dilações indevidas (artigos 35º, nº 1, e 22º, nº 4, da CRCV), a sua situação, nomeadamente a sua inocência, se for o caso. Por isso mesmo, não obstante a apontada ilegitimidade do arguido para a impugnação em exame, afigura-se ainda assim mais judicioso, que o recurso seja admitido, deixando que a Egrégia Corte Constitucional, a quem cabe a última palavra em sede das questões de

inconstitucionalidade, decida, em seu alto, esclarecido e respeitável critério, consoante for de Justiça”.

Destarte, o órgão judicial competente para proceder a avaliação primária de admissão, apesar de considerar que se está perante situação de ausência de preenchimento de pelo menos um pressuposto de admissibilidade, entendeu por bem admitir o recurso, e antecipando a sua posição para que fosse conhecida deste Tribunal a quem caberia empreender uma verificação definitiva a respeito da presença ou não de todos os pressupostos e requisitos de admissibilidade.

As razões que justificaram tal procedimento são devida e doutamente expostas. É que atendendo a uma antecipada utilização pelo recorrente da possibilidade de reclamar perante este Tribunal de uma eventual decisão de não-admissão, e para evitar que o meio de reação processual em causa fosse usado como expediente protelatório que propiciasse o fim do período de manutenção do arguido em prisão preventiva, impedindo a estabilização da decisão condenatória por meio do trânsito em julgado, que acolhesse os devidos efeitos ao direito a se ser julgado no mais curto espaço de tempo e ainda permitisse que o Tribunal Constitucional se pronuncie ele próprio sobre a questão, entendeu ser, como diz, mais judicioso, admitir o recurso interposto pelo Senhor Arlindo Teixeira.

O Tribunal Constitucional não tem a necessidade de tecer considerações de maior sobre a opção do órgão recorrido de dar uma interpretação mais flexível ao seu próprio poder de decidir originariamente a admissão de um recurso de fiscalização concreta. Contudo, não pode deixar de salientar que quanto às primeiras razões apresentadas são muito difíceis de se materializar, atendendo que, no fundo, o que o procedimento permite operar, é somente uma transferência do ónus primário de avaliação do preenchimento de condições de admissibilidade, porque o risco de reclamação se coloca também em relação à decisão do próprio Tribunal Constitucional que admita ou não e assim os efeitos sobre o direito a se ser julgado no mais curto espaço de tempo sempre possíveis, ainda que totalmente legítimos porque decorrente da vontade do próprio recorrente. Isso porque, na medida em que a suscitação dessas questões decorra da utilização de outro direito, o direito ao recurso, não parece que eventuais reclamações permitidas pela legislação constitucional contendam contra a garantia de obtenção de decisão definitiva no mais curto espaço de tempo possível, especialmente nas situações em que é o próprio arguido

quem legitimamente lança mão dos mecanismos processuais que o legislador pôs à sua disposição. Por isso a norma em causa construída em termos segundo os quais “*todo o arguido (...) deve [...] ser julgado no mais curto prazo*”, mas também acrescenta o segmento “*compatível com as garantias de defesa*”, nomeadamente as que lhe caibam usar por aplicação de outros direitos constitucionais.

Assim, recordando que o Egrégio órgão judicial recorrido conclui esse segmento dizendo que “*não obstante a apontada ilegitimidade do arguido para a impugnação em exame, afigura-se ainda assim mais judicioso, que o recurso seja admitido, deixando que a Egrégia Corte Constitucional, a quem cabe a última palavra em sede das questões de inconstitucionalidade, decida, em seu alto, esclarecido e respeitável critério, consoante for de Justiça*”, e que, naquilo que concerne ao desafio lançado à norma que suspendeu a realizações de audiências públicas nos processos criminais que decorrem no seu seio, esta Corte coloca a possibilidade de o motivo de fundo que justificou uma admissão mesmo numa situação em que o órgão recorrido identificou fundamentos para não admitir estaria relacionado ao seu próprio interesse de o Tribunal Constitucional, caso de alguma forma, e apesar dos seus alertas, quanto a essa situação, viesse a adotar entendimento diferente, pudesse escrutinar uma questão de constitucionalidade que se refere ao seu próprio funcionamento e se pudesse esclarecer a questão jurídico-constitucional controvertida de forma mais definitiva.

2.1.3. Antes de tomar posição relativamente a esta questão que se mostrará decisiva e como tal tratada de forma autónoma, portanto com o destaque que merece, convém averiguar se os outros pressupostos para a admissão do presente recurso de fiscalização concreta que – no entender do órgão *a quo* estão todos preenchidos – até também visando com isso constituir caso julgado.

2.1.4. Na qualidade de arguido condenado pela decisão recorrida e de titular de direito que viu reclamação indeferida ninguém mais teria uma legitimidade mais bem estabelecida do que o recorrente para interpor a presente fiscalização concreta, atento o disposto na alínea b) do número 1 do artigo 76 da Lei do Tribunal Constitucional que diz que “*1. Podem recorrer para o Tribunal Constitucional: b) As pessoas que, de acordo com a lei reguladora do processo em que a decisão foi proferida, tenha legitimidade para dela interpor recurso.*” e na alínea b) do número 1 do artigo 438 do Código de Processo Penal que estipula que “*1. Têm legitimidade para recorrer: b) o arguido (...) de decisões*

contra ele[] proferidas”. Quanto à questão de se saber se concretamente teria a legitimidade qualificada nomeadamente em função do disposto no número 2 do artigo 76 da Lei do Tribunal Constitucional, no sentido de se averiguar se terá suscitado a questão da inconstitucionalidade de forma tempestiva e processualmente adequada perante o Tribunal recorrido, fica para momento posterior.

2.1.5. A competência do Tribunal para decidir questões constitucionais, mesmo quando decorre de um caso concreto em que eventualmente tenha havido aplicação de norma ou normas inconstitucionais, é indiscutível. A competência é lhe atribuída primariamente pela própria *Lex Suprema* que por meio do seu artigo 281 dispõe que *“cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais que (...) apliquem normas ou resoluções de conteúdo normativo ou individual e concreto cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada no processo”* e depois reiterada pela Lei que estipula a sua organização, funcionamento e competência desta Cúria, por meio do seu artigo 77, número 1, alínea b), ao prever que *“Cabe recurso para o Tribunal Constitucional, das decisões dos tribunais que: (...) b) Apliquem normas ou resoluções de conteúdo material normativo ou individual e concreto cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo”*.

2.1.6. Em relação à oportunidade de apresentação do recurso, este foi interposto tempestivamente, aplicando o prazo regra que é efetivamente de 10 dias, conforme este Coletivo já assentou, na medida em que não cabe em nenhuma das exceções já previstas pelo Tribunal, nomeadamente a decorrente do número 2 do artigo 81 e outras similares enunciadas no *Acórdão nº 4/2017, de 13 de abril, Vanda Oliveira v. STJ*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *BO*, I Série, nº 27, 16 de maio de 2017, pp. 650-659, e na *Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional*, Praia, INCV, 2018 (v. III: 2017), e no recente *Acórdão nº 20/2019, de 30 de maio, Edílio Ribeiro v. TRS*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 79, 22 de julho de 2019, pp. 1214-1223.

Assim é oportuno, na medida em que aplicando o prazo de dez dias, verifica-se nos autos que o recorrente foi notificado do acórdão que indeferiu a sua reclamação na qual requereu esclarecimento e nulidade do acórdão que lhe condenou na última instância judicial no dia 31 de outubro de 2017. Dele interpôs o presente recurso de fiscalização concreta no dia 7 de novembro do mesmo ano, quando tinha até ao dia 15 do mesmo mês e ano para o fazer.

2.1.7. Outro pressuposto importante é o previsto pelo número 2 do artigo 77 da Lei do Tribunal Constitucional, disposto no sentido de que *“o recurso (...) só pode ser interposto depois de esgotadas as vias de recurso estabelecidas na lei de processo em que foi proferida a decisão”*. Como o Tribunal já havia considerado no caso *INPS v. STJ* (Acórdão 15/2017, de 27 de julho, Rel: JC Pina Delgado, *“Trata-se de solução inevitável para se conciliar, de uma parte, a necessidade de se preservar o papel da justiça ordinária na salvaguarda dos direitos e interesses legítimos das pessoas, e, da outra, evitar que o Tribunal Constitucional seja inundado com demandas sobre essas matérias que poderiam ter sido resolvidas através dos tribunais comuns”*).

No caso concreto, atendendo que se está a recorrer de indeferimento de reclamação suscitada perante a última instância judicial não será difícil concluir que já não haveria qualquer recurso ordinário ou equiparado disponível que o recorrente pudesse lançar mão para fazer valer a sua pretensão, base que nos permite concluir estarem esgotadas todas as vias de recurso ordinárias.

3. Uma questão de admissibilidade que pelas suas particularidades se desprende desta, mas que urge abordar tem a ver com a necessidade de se saber se ***as normas cuja inconstitucionalidade o recorrente requer a fiscalização, concretamente a constante do número 1 do artigo 2 da Lei nº 84/VI/2005, na parte em que, de acordo com a interpretação do Supremo Tribunal de Justiça, suspendeu a realização de audiências públicas contraditórias no órgão recorrido, quer abrangendo apenas as audiências para a produção ou renovação de provas quer abrangendo as outras audiências, enquanto não fossem criadas as condições para a sua realização, impondo desta forma necessariamente que os julgamentos realizados neste Tribunal passassem a ser feitos em conferência e a resultante da interpretação do Supremo Tribunal de Justiça que terá baseado no artigo 177 do Código de Processo Penal – princípio da livre apreciação das provas – e considerado culpado o recorrente, entendendo que o mesmo não terá atuado de acordo com uma causa de justificação, muito menos de exclusão da culpa na sequência do reputa ter sido uma valoração sem regras, sem balizas e sem limites, com a referências no acórdão a favos novos para incriminar o arguido foram efetivamente aplicadas no processo pelo órgão recorrido?***

Portanto, outra questão preliminar importante relaciona-se com a delimitação do objeto da presente ação de fiscalização concreta, pois como decorre da própria base

utilizada pelo recorrente para suscitar a presente fiscalização de constitucionalidade, a alínea b) do artigo 77 da Lei do Tribunal Constitucional, “*Cabe recurso para o Tribunal Constitucional, das decisões dos tribunais que: (...) Apliquem normas ou resoluções de conteúdo material normativo ou individual e concreto (...)*”. Por conseguinte, como o Tribunal já havia considerado por meio do Acórdão 15/2017, de 27 de julho, *INPS v. STJ*, Rel: JC Pina Delgado, “*torna-se sempre importante em sede de fiscalização concreta (...) delimitar o objeto do recurso não só considerando os pedidos, como também os limites jurisdicionais que são colocados à Cúria Constitucional em termos de escrutínio no quadro do esquema gizado pelo legislador constituinte e desenvolvido pelo legislador ordinário*”, nomeadamente considerando dois desdobramentos decorrentes desse pressuposto especial. Primeiro, se o enunciado concreto impugnado é um enunciado deôntico; segundo se foi aplicado, expressa ou implicitamente, e qualquer que seja a sua aceção hermenêutica, pelo órgão recorrido como *ratio decidendi* da decisão de que se recorre.

O recorrente suscita a fiscalização de duas normas aplicadas pelo órgão recorrido. A primeira, que terá sido tacitamente e expressamente aplicada pela Egrégia Corte recorrida, decorrente do número 1 do artigo 2 da Lei nº 84/VI/2005, no sentido de que ela determina a suspensão a realização de audiências públicas contraditórias no Supremo Tribunal de Justiça, quer abrangendo apenas as audiências para a produção ou renovação de provas quer abrangendo as outras audiências, impondo desta forma necessariamente que os julgamentos realizados neste Tribunal passassem a ser feitos em conferência. A segunda, resultante da interpretação do Supremo Tribunal de Justiça que se terá baseado no artigo 177 do Código de Processo Penal – princípio da livre apreciação das provas – e considerado culpado o recorrente, entendendo que o mesmo não terá atuado de acordo com uma causa de justificação, muito menos de exclusão da culpa, como entende o recorrente, concedendo-se-lhe liberdade de promover uma interpretação sem regras, sem limites, balizas, inclusive inserindo factos novos no acórdão com o intuito de incriminar o arguido. Pelo seu diferente teor normativo devem ser abordadas autonomamente.

3.1. Em relação ao primeiro enunciado o seu conteúdo é relativamente claro, pois dispõe que “*Ficam também suspensas provisoriamente as disposições do Código de Processo Penal, referentes à tramitação dos recursos penais em audiência pública*

contraditória, enquanto não forem criadas as condições para a realização de sessões desse teor no Supremo Tribunal de Justiça”.

Mas, já a sua natureza não é assim tão fácil de definir dadas as suas especificidades. Não tem um teor normativo clássico, destinando a regular uma única situação, prescrevendo em relação à mesma por motivos também específicos. Porém, os efeitos normativos são evidentes, porque dela decorre não só uma proibição do destinatário da norma, o Supremo Tribunal de Justiça, não realizar audiências públicas – pelo menos enquanto à luz do número 2 da mesma disposição, “*o membro do Governo responsável pela área da Justiça, ouvidos previamente os Conselhos Superiores da Magistratura Judicial e do Ministério Público, mediante Portaria*” não declarasse, “*quando verificadas, preenchidas as condições de habilitação do Supremo Tribunal de Justiça para a realização das audiências públicas de julgamento*” –, como também inibe o exercício de qualquer pretensão de outra entidade em impor-lhe essa obrigação. Portanto, o seu carácter prescritivo e os seus efeitos generalizados são evidentes, sendo enquadrado senão debaixo da expressão norma, seguramente sob a de “*resolução de conteúdo material normativo ou individual e concreto*” da disposição relevante.

3.1.1. A sua aplicação ao caso concreto poderá ser um pouco mais exigente de atestar, sendo em todo o caso relevante verificar se do acórdão impugnado consta menção a esta norma e identificar a sua conexão com o sentido da decisão proferida nesse segmento. Centra-se a análise sobre a decisão do recurso numerada com a identificação 46/2017, mas este Tribunal entende que não é, no essencial, só a possível aplicação desta norma pelo tribunal recorrido nesse aresto, que está em causa, mas fundamentalmente pelo próprio Acórdão recorrido que é o 64/2017, e as respostas a cada situação podem levar a caminhos diferentes, ainda que, somente a da segunda seja verdadeiramente determinante.

Em relação à aplicação dessa norma pelo Acórdão nº 46/2017 do Supremo Tribunal de Justiça, o recorrente alega que implicitamente teria de ser aplicado para que se julgasse em Conferência e não em Audiência Pública, como de facto, e incontestavelmente se fez. Não é despiciendo que o Venerando Pretório recorrido também aceita que aplicou implicitamente essa norma naquele douto aresto, ao fazer registar na decisão de admissão deste recurso que “*Efectivamente, no caso em apreço o que pretende impugnar o recorrente é o facto de, com base na interpretação unânime e reiterada do artigo 2º, nº1,*

da Lei nº 84/VI/2005, este Supremo ter prosseguido, ainda que de forma implícita, mas absolutamente previsível para qualquer jurista cabo-verdiano, no entendimento de que o julgamento dos recursos em processo penal em audiência, seja para que finalidade for, isto é, para a renovação da prova, ou para apresentação de meras alegações orais, ter sido suspenso por essa lei de 2005. Por isso mesmo o recurso interposto pelo arguido da decisão da Primeira Instância foi julgado em “conferência” e não em “audiência”, (...). Portanto, mesmo na hipótese desse acórdão não se mostrar relevante, o que se discutirá com mais vagar no próximo segmento desta decisão ficaria estabelecida a aplicação da primeira norma impugnada por esse primeiro acórdão.

3.1.2. Por esse motivo não será despendendo também verificar se a norma em questão foi aplicada pelo aresto que decidiu a reclamação contendo pedidos de esclarecimento e arguição de nulidades, numerado sob o número 64/2017 e datado de 26 de outubro. Nele se apreciou inconformação pós-decisória interposta pelo recorrente nos presentes autos, a qual, no entanto, não mereceu, após apreciação do Venerando Pretório, acolhimento, posto que a julgou “improcedente”, conforme consta da sua parte dispositiva.

3.1.3. A reclamação continha alegações, fundamentos e pedidos diversos, alguns de clarificação de alegadas obscuridades ou de contradições, outros arguindo nulidades. Dentre eles, destacando o que é relevante para este segmento decisório, argumentava-se que “1. O acórdão é nulo porque o recurso foi julgado em conferência e não em audiência contraditória, como impõe o artigo 463 do CPP, o que configura as nulidades estatuídas nas alíneas d), g) e i) do artigo 151º do CPP; 2. Ao se optar por decidir em conferência, e não em audiência contraditória, o STJ desrespeitou o princípio do contraditório (nº 6 do artigo 35º da CRCV), desrespeitou o princípio da ampla defesa (nº 7 do artigo 35º da CRCV), desrespeitou o princípio da publicidade da audiência (nº 9 do artigo 35º e nº 4 do artigo 211º da CRCV), pelo que o Acórdão violou princípios fundamentais invioláveis, donde resulta a sua nulidade”.

3.1.4. O Egrégio Tribunal recorrido, perante tais argumentos, aos quais se juntaram os decorrentes do Ministério Público que em douto parecer inserto aos autos do processo principal promoveu no mesmo sentido, no quadro do segmento relevante, racionalizou tais pretensões no sentido de que “*Pretende o Reclamante que o recurso devia ter sido julgado em audiência e não em conferência, como efetivamente aconteceu. Mas, não lhes*

assiste razão, como passaremos a demonstrar. As disposições do Código de Processo Penal (CPP) que regulam o julgamento do recurso em audiências no Supremo Tribunal de Justiça, à data o único tribunal de recurso, foram suspensas pela Lei nº 84/VI/2005, de 12 de dezembro, e, a nosso ver, suspensas continuam. Efetivamente, em Cabo Verde, o legislador, embora tenha introduzido no Novo CPP o regime de julgamento dos recursos em audiência, não deixou de se aperceber das dificuldades, ou ao menos de algumas das dificuldades, com que se iria confrontar na sua implementação, donde ter suspenso a vigência desse regime”. Depois de se citar o inteiro teor do artigo, conclui-se que “Com a disposição de tais disposições do CPP o julgamento do recurso passou a ter lugar exclusivamente em “conferência”, por imposição de uma Lei da Assembleia Nacional”.

Na sua opinião, mesmo que formalmente essa norma tenha sido revogada por um ato normativo posterior, o *Decreto-Legislativo nº 5/2015, de 11 de novembro*, através do seu artigo 4º, este diploma teria de ser desaplicado por ser inconstitucional na medida da sua desconformidade com um preceito da Constituição que fixa uma reserva absoluta de competência em matéria de funcionamento dos tribunais da Assembleia Nacional, logo indelegável por via de Lei de Autorização Legislativa, nomeadamente a que habilitou o governo a aprovar a norma revogatória. E assim, concluindo a sua fundamentação dizendo que “Assim sendo, é vedado a este Supremo Tribunal de Justiça aplicar o disposto no artigo 4º do Decreto-Legislativo nº 5/2015, o que significa que a lei por ele revogada continua plenamente em vigor. Por conseguinte, é nosso entendimento de que o julgamento dos recursos em audiência no Supremo Tribunal de Justiça, bem como nas Relações, continua suspenso, não assistindo razão ao Reclamante ao pretender que se cometeu ilegalidade ao se julgar o recurso em conferência”. Destarte, dúvidas não haverá que o órgão recorrido aplicou o número 1 do artigo 2º da *Lei nº 84/VI/2005, de 12 de dezembro*, e fê-lo como fundamento para decidir o segmento referido da reclamação.

3.2. A outra norma que o recorrente alega lhe ter sido aplicada e que padeceria de vício de constitucionalidade relaciona-se ao modo como a prova terá sido valorada para afirmar a sua culpa e para o condenar ao cumprimento de sanção criminal.

Poderia parecer, à primeira vista, que se referiria expressamente ao artigo 177 do Código de Processo Penal em si, o qual estabelece que “*salvo disposição legal em contrário, a prova será apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção*”

de quem, de acordo com a lei, a deve valorar”. Não é, contudo, esta a norma que o recorrente pretende ver escrutinada outra com teor segundo o qual *“Da norma resultante da oblíqua e obnóxia interpretação que o STJ quer fazer do preceito legal estatuído no Artigo 177º do CPP – Princípio da Livre Avaliação das provas Pelo Tribunal – no sentido de que dele terá resultado uma total liberdade para os Tribunais fazerem uma valoração sem regras, sem balizas e sem limites, podendo até incluir no Acórdão Factos Novos para incriminar o arguido”*, partindo do princípio de que está perante uma norma e que a mesma foi aplicada, constituindo-se na razão da decisão.

3.2.1. O problema não estaria tanto na natureza de um enunciado que fosse construído em termos a permitir, no fundo, uma decisão arbitrária de um órgão judicial e que permitisse-lhe assumir um viés inquisitório e uma liberdade para surpreender o recorrente com novos factos dados por provados. Um enunciado com tal conteúdo assumiria, independentemente da sua duvidosa constitucionalidade, uma natureza normativa inequívoca, ao estabelecer um enunciado deontico permissivo geral de o julgador decidir nos termos que entendesse, lateralizando o devido processo legal e a sua vinculação à lei. No fundo significaria que o órgão judicial recorrido terá usado uma norma hipotética com um sentido de que estaria autorizado a decidir de modo arbitrário por oposição ao sentido de mera discricionariedade resultante da aceção em si do enunciado normativo.

É, à partida, importante que o Tribunal registe, como tem feito em outras ocasiões, que no quadro de um recurso de fiscalização concreta não está autorizado a escutinar toda e qualquer conduta que possa ser atribuída ao poder judicial no quadro de um ato inserto em decisão judicial ou em ato extra-decisório. Simplesmente pode escutinar uma norma que foi aplicada como fundamento de uma determinada decisão. Os demais atos, ainda que contenham dimensão hermenêuticas passíveis de sindicância, somente poderão ser impugnáveis, presentes os restantes pressupostos e requisitos de admissibilidade, através do outro recurso constitucional reconhecido pela Constituição, o recurso de amparo.

Portanto, a questão que preocupará o Tribunal Constitucional no quadro desta averiguação de presença das condições que lhe permitem conhecer de um recurso de fiscalização concreta não se reporta a se o órgão judicial recorrido agiu em desconformidade com o efeito vinculante das normas consagradoras de direitos,

liberdades e garantias sobre a interpretação que se lança ao direito ordinário que aplica, mas se usou normas com sentido incompatível à Constituição para fundamentar uma decisão judicial.

3.2.2. Por conseguinte, a questão aqui não é a definir se o órgão judicial recorrido aplicou tal norma para fundamentar as decisões que o recorrente impugna ou se efetivamente tal resultado a que chegou dependiam racionalmente de se ancorar numa norma com o sentido impugnado pelo recorrente.

Recorde-se a este respeito que o Tribunal recorrido através do Acórdão nº 64/2017, de 26 de outubro, julgou improcedente a reclamação, neste segmento, perante a argumentação do arguido de que *“O Acórdão é nulo por ter invocado um facto novo que nunca antes tinha sido trazido, nem discutido, nem provado no processo, que é a afirmação de que o malogrado acusava algumas dificuldades de coordenação de movimentos devido ao efeito do álcool, quando nada nos autos nos aponta para tal cenário, ou seja, muito pelo contrário (...)”*, responde que *“para qualquer leitor ou observador isento é manifesto que o acórdão está exhaustivamente fundamentado, com as razões pelas quais se deu acolhimento à conclusão da sentença impugnada de que foi o arguido quem espectou o canivete na zona do coração da vítima e se rejeitou a tese da Defesa de que terá sido a vítima a se ferir ao ir de encontro ao canivete segurado pelo arguido. De igual modo ficou devidamente fundamentada a razão pela qual se confirmou a decisão da instância no sentido da não verificação da legítima defesa, enquanto causa de exclusão da ilicitude”*.

Acrescentando ainda *“tal como foi dito no acórdão embora já houvesse suficiente prova testemunhal para sustentar a conclusão acima referida, foi decisivo para os Juízes do STJ o depoimento da testemunha António Lopes Moraes (...). Este depoimento assume extraordinária relevância porque foi o próprio recorrente que se referiu a essa mesma testemunha nas suas alegações de recurso. (...)”*, e arrematando que *“também exhaustiva, clara, e persuasiva é a fundamentação do acórdão quanto ao modo com que o arguido se pretendeu defender, atingindo a vítima numa zona vital, em que sobressai o uso de um meio não racional, pelas razões aduzidas, não se justificando qualquer fundamentação adicional. Sobre a referência de que a vítima se encontrava sob o forte efeito do álcool, ela assenta em factos dados por provados nomeadamente nos parágrafos 3 e 5 aonde se deu por assente que durante o período do trabalho o Autelindo (a vítima) e o Adilson*

consumiram juntos alguns cálices de aguardente, por certo cálices durante o trabalho e dois no fim do trabalho, sendo ainda certo que já depois do trabalho o Autelindo mandou comprar um quarto de grogue que repartiu com o Admir, o que legítima a inferência de que cada um terá consumido metade da bebida adquirida. Ora atendendo ao comportamento exaltado e agressivo que ele passou a denotar, com propensão para agredir pessoas, tendo mesmo agredido um familiar, sem qualquer outra razão aparente, é legítimo inferir, em termos de raciocínio, que isso ficou a dever ao efeito do álcool, a mesma causa que à luz das regras da experiência impede uma perfeita coordenação de movimentos. Aliás, por alguma razão a lei proíbe a condução sob o efeito de álcool, mesmo que se tenha ingerido pequena quantidade”.

Essa argumentação veio na sequência do Acórdão objeto da reclamação, autuado sob o número 46/2017, em que confrontou a impugnação da matéria de facto feita pelo recorrente em que o Tribunal considerou que *“Esse depoimento condiz com a prova global, em relação a esse particular momento da contenda, nomeadamente os depoimentos acima já referidos das testemunhas Wilson Jorge Lima Lopes, Fred Aricson e Antão Sousa. Para além disso, contém ainda um detalhe que se ajusta àquilo que seria o comportamento esperado do Autelindo ao chegar junto do Arlindo: desferir-lhe um soco. Isto é, depois de ter prometido agredir outras pessoas, e de ter efetivamente agredido o seu irmão com um soco no ventre ou um empurrão, para sair em disparada em direção ao Arlindo, não é normal que, no estado de agitação em que ele se encontrava tivesse chegado junto dele e ficado quieto, sem esboçar qualquer gesto. Pelo contrário, se ele já tinha agredido o irmão, era de se esperar que agredisse também a pessoa para quem se dirigiu dessa forma resoluta, ameaçadora, que denunciava uma predisposição para o ataque. E o depoimento da testemunha António Lopes Moraes consegue prevalecer sobre os demais para fazer uma descrição integral desse momento fatídico, sem omitir nada, fazendo como que, à luz das regras da experiência, seja aquele que mais se aproxima da realidade. Mas, se assim é, deve então ser valorizado no seu todo, e não de forma seletiva. O que significa que através dele se confirma que o Autelindo desferiu um soco contra o arguido e que este, desviou-se da trajetória do soco e de imediato espetou ao agressor a navalha que trazia consigo. O termo efetivamente empregue pela testemunha em referência é “tchussil”, o que significa na variante local “espetar”. Não há, pois, qualquer razão para se dar acolhimento à versão apresentada pela Defesa, de que a vítima ter-se-ia ferido por si própria, pois dúvidas não existem de que a lesão que*

viria a causar-lhe a morte foi-lhe causada por um golpe com um Instrumento corto perfurante que lhe foi desferido pelo arguido. E, atendendo às características do instrumento utilizado, à zona atingida, aonde qualquer pessoa sabe que se localiza o órgão vital do ser humano, o coração, que, em sendo atingido, leva em regra à morte da vítima, é razoável, à luz das regras da experiência, dar como provado, como fez a sentença que o arguido previu e quis esse resultado. Reconhecido o acerto dessa conclusão, importa porém introduzir uma correção ao julgamento da primeira instância na parte em que atribui ao arguido uma predisposição para retirar a vida ao Autelindo, quando, ainda na fase da discussão, afirmou que o mesmo não veria o sol nascer no dia seguinte. No contexto em que essa afirmação foi proferida, marcado pela insistência da vítima, que aliás se encontrava sob forte efeito do álcool, em provocar desordem e perturbar a tranquilidade das pessoas que se encontravam por perto, e que tinham razões para temerem pela sua integridade física, incluindo o arguido, que por certo já se encontrava saturado dessa situação, é no mínimo duvidoso que essa sua afirmação possa ter tido como uma ameaça séria, que seria efetivamente concretizada, ao invés de um simples meio de dissuadir, por intimidação, o Autelindo de persistir naquilo que vinha fazendo e abandonar o local, como lhe imploravam até os familiares, para deixar os outros em paz. Assim sendo, e dado esse estado de dúvida razoável, não se pode dar como provado que a resolução do arguido, no sentido de agredir o Autelindo, se tenha formado no momento em que afirmou que este último não veria o sol nascer no dia seguinte. Trata-se de um aspeto relevante em sede da matéria de facto porque acaba por ter implicações na aferição da intensidade do dolo com que a agiu o arguido quando agredia a vítima. Cabe finalmente referir nesta sede, e com respeito às observações do recorrente a propósito da factualidade constante do articulado 79 da matéria de facto, que, está sobejamente demonstrado que, por maiores que pudessem ser as suas limitações físicas, as mesmas não eram de molde a impedir-lhe de espetar um instrumento corto-perfurante na vítima, como efetivamente acabou por acontecer”.

Sendo assim, não nos parece realmente que a norma articulada pelo recorrente foi aplicada pelo Tribunal com o sentido que lhe atribui o recorrente, pois, o que fez foi simplesmente utilizar o artigo 177 na sua aceção *per se* que lhe garante liberdade de apreciação da prova, de acordo com as regras da experiência, como se refere algumas vezes, para chegar as conclusões a que chegou. Não transparece da decisão que o Tribunal se tenha arrogado um poder decorrente do artigo 177 de decidir recursos em matéria penal

de forma arbitrária, à margem da Lei, sem balizas, regras ou limites, inserindo factos novos, com o intuito de incriminar o arguido.

Naturalmente, o Tribunal Constitucional não pode se pronunciar neste tipo de processo se aconteceu efetivamente conduta no sentido construído pelo recorrente e atribuído ao órgão judicial recorrido que lesa algum dos seus direitos. Mas, seguramente, se tal aconteceu, sendo passível, em abstrato, de impugnação por recurso construído para esse fim, o de amparo, não terá sido por meio da aplicação da norma desafiada, até porque não seria necessário justificar o desfecho decisório com base numa alegada norma atributiva de um poder aos tribunais para fazer a justiça de forma arbitrária, pois este poderia ser simplesmente justificado pela margem de discricionariedade acentuada concedida pela aceção mais evidente do enunciado normativo em causa, o artigo 177 do Código de Processo Penal. Por conseguinte, a haver alguma questão de desconformidade constitucional da decisão impugnada nesse segmento, ela nunca poderia, mesmo a existir – e o Tribunal Constitucional não se pronuncia sobre tal hipótese neste momento - se consubstanciar num problema normativo porque norma com o sentido gizado pelo recorrente não foi aplicada. O que poderá estar a chamar a atenção seria para um desvio de conduta, nomeadamente de se ter usado a margem de liberdade de julgamento concedida pelo artigo 177 sem considerar devidamente o efeito de certos direitos, liberdades e garantias sobre o mesmo ou agindo além do que seria permitido pelas balizas normativas do mesmo. Logo falecendo competência para dela conhecer por via de recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade, por não ser via processual adequada para tanto.

Portanto, na opinião desta Corte se a primeira norma impugnada foi efetivamente aplicada pelo tribunal recorrido, o mesmo não acontece com a segunda, de modo que, neste quesito, faltaria um dos critérios básicos que sustentariam a legitimidade de a Corte escrutinar tal norma, devendo determinar-se a sua inadmissão. Não tendo sido aplicada a norma concreta invocada pelo recorrente, o Tribunal Constitucional não pode dar por preenchida, quanto à segunda norma impugnada, o pressuposto de ela ter sido aplicada pelo Tribunal recorrido.

4. Posto isto, faltaria ainda responder a uma questão adicional de admissibilidade, a de se saber se a *inconstitucionalidade das normas que o recorrente ora impugna, concretamente a constante do número 1 do artigo 2 da Lei nº 84/VI/2005, na parte em*

que, de acordo com a interpretação do Supremo Tribunal de Justiça, suspendeu a realização de audiências públicas contraditórias no órgão recorrido, quer abrangendo apenas as audiências para a produção ou renovação de provas quer abrangendo as outras audiências, enquanto não fossem criadas as condições para a sua realização, impondo desta forma necessariamente que os julgamentos realizados neste Tribunal passassem a ser feitos em conferência e a resultante da interpretação do Supremo Tribunal de Justiça que terá baseado no artigo 177 do Código de Processo Penal – princípio da livre apreciação das provas – e considerado culpado o recorrente, entendendo que o mesmo não terá atuado de acordo com uma causa de justificação, muito menos de exclusão da culpa, foram efetivamente colocadas por ele durante o processo, na primeira oportunidade processual que teve, ou, caso se queira ater à terminologia legal, se ela foi suscitada perante o Tribunal que proferiu a decisão recorrida, em termos de este estar obrigado a dela conhecer?

4.1. Considerando que o Tribunal já considerou que o Artigo 177º do CPP – Princípio da Livre Apreciação das provas Pelo Tribunal – no sentido de que dele terá resultado uma total liberdade para os Tribunais fazerem uma valoração sem regras, sem balizas e sem limites, podendo até incluir no Acórdão Factos Novos para incriminar o arguido”, não foi aplicado pelo órgão recorrido – e, logo, nesse segmento, o recurso não pode ser admitido – limitar-se-á a verificar se a norma impugnada que foi aplicada – o número 1 do artigo 2º da Lei nº 84/VI/2005 – foi suscitada pelo recorrente em moldes a que o tribunal recorrido a pudesse conhecer.

Trata-se, no fundo, de promover uma análise mais aprofundada do pressuposto enunciado no número 2 do artigo 76 da Lei do Tribunal Constitucional, conjugado com a alínea b) do número 1 do artigo 177, que, embora o tribunal *a quo* considere não estar preenchido, não lhe impediu de admitir o recurso por razões diversas, conforme, sempre muito doutamente, justificou.

4.2. De acordo com o primeiro preceito legal aplicável, “*Os recursos previstos nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 77º só podem ser interpostos pela parte que haja suscitado a questão de inconstitucionalidade ou da ilegalidade de modo processualmente adequado perante o tribunal que proferiu a decisão recorrida, em termos de este estar obrigado a dela conhecer*”, e, conforme o segundo dispositivo mencionado no parágrafo anterior, “*Cabe recurso para o Tribunal Constitucional, das decisões dos tribunais que:*

(...) apliquem normas ou resoluções de conteúdo normativo individual e concreto cuja constitucionalidade haja sido suscitada durante o processo".

4.2.1. O enunciado normativo contido neste preceito é característico do sistema de controlo de constitucionalidade adotado pelo legislador constitucional cabo-verdiano, na medida em que ele permite, além de impedir que o Tribunal Constitucional fique sobrelotado com processos e casos que perfeitamente poderiam ser solucionados pelos tribunais judiciais, que estes tribunais possam, de acordo com a prerrogativa e dever que têm nos termos constitucionais de não aplicarem normas contrárias à Lei Fundamental, afastar a aplicação de toda e qualquer norma que for inconstitucional. Daí a *ratio* desta norma que obriga que a parte que requer a inconstitucionalidade com base na alínea b) do número 1 do artigo 281 da Constituição e na alínea b), do número 1 do artigo 77 da Lei do Tribunal Constitucional tenha suscitado a inconstitucionalidade da norma durante o processo, para que, naturalmente, se dê aos tribunais judiciais a oportunidade de escrutinarem tais normas e eventualmente proceder à sua declaração de inconstitucionalidade. Por outro lado, assim fazendo, evita-se que o Tribunal Constitucional, na qualidade de instância de jurisdição especial, fique sobrecarregado com diversos casos que poderiam ser resolvidos pela jurisdição comum.

4.2.2. Mais do que isso, um terceiro objetivo está intimamente relacionado a esta norma, o de, considerando o contexto de utilização do recurso de fiscalização concreta, evitar que ele seja transformado num mero expediente dilatório que as partes lançam mão, já no prolongamento, somente para evitarem a produção de efeitos de uma decisão judicial tirada pelos órgãos judiciais, nomeadamente de topo. Esta é a finalidade mais relevante no quadro dos elementos que integram o presente processo porque é somente neste contexto que a doutrina do dever de suscitação preventiva de questão de constitucionalidade prévia à aplicação da norma se pode colocar.

4.2.3. Da norma aplicável resultam, no fundo, quatro exigências: primeiro, que o recorrente suscite a questão na pendência do processo; segundo, que a suscite perante o tribunal recorrido; terceiro, de tal sorte que este esteja legalmente habilitado a conhecê-la, nomeadamente por manter poder jurisdicional que lhe permita apreciar e decidir a questão colocada; quarto, que o faça de modo processualmente adequado, nomeadamente no que diz respeito ao cumprimento de exigências de tempo e de forma.

É o que também parece decorrer do único pronunciamento substantivo havido aquando dos debates a respeito da Lei do Tribunal Constitucional e que não foi nem contestado nem objeto de qualquer complemento naquela ocasião. Tratou-se do Deputado André Afonso, que sumariou a sua opinião da seguinte forma: *“Aqui nessa questão da fiscalização concreta da constitucionalidade, o juiz não é de entendimento que a norma é inconstitucional. O juiz não é desse entendimento, mas a parte interessada no processo, o autor, ou o réu, ou o assistente entende que a norma que o juiz está a aplicar é inconstitucional ou vice-versa. Então o que é que acontece? A parte suscita a questão no processo para ele poder recorrer para o Tribunal Constitucional, ele tem que suscitar a questão no processo porque se ele não o suscita o Tribunal Constitucional não pode tomar conhecimento do recurso, é isso que se está a dizer aqui. Portanto, só se torna a parte legítima para efeito do recurso se tiver suscitado a questão no processo. É essa a questão. (...). Portanto, a parte é que entende que a norma é constitucional ou inconstitucional. Então é ele que está em desacordo com aquilo que entende o juiz, então ele pretende recorrer para o Tribunal. Então ele suscita a questão, a partir daí que ele pode ter legitimidade para recorrer. E por isso que como se disse aí “...a parte que haja suscitada a questão de inconstitucionalidade ou da legalidade de modo processualmente adequado...” não é? Processualmente adequado, significa que ele não pode ir para casa e telefonar ao Juiz e diz: senhor Dr. Juiz, entendo que a norma que o senhor está aqui a aplicar é inconstitucional. Isto não seria o modo processualmente adequado para suscitar a questão da inconstitucionalidade, não é verdade? E não é ir escrever um artigo num jornal a dizer sim senhor, o juiz está a aplicar inconstitucionalmente a norma. Portanto, veja-se que estamos a tratar do processo de fiscalização concreta e é neste caso que a questão se põe, deste modo”* (Atas da Reunião Plenária de 19 de janeiro de 2005, Praia, AN, 2005, pp. 178-179).

4.2.4. Por outro lado, em caso algum a solução legislativa atribui aos tribunais ordinários a prerrogativa de, em casos em que não houver a suscitação de questões inconstitucionais, em momento anterior à prolação da decisão final, com base na ideia de que o recorrente deveria ter previsto uma possível aplicação de normas inconstitucionais e suscitado essas questões, aplicarem normas inconstitucionais, pois o dever de não as aplicar continua incólume, como decorre do artigo 211(3) da Constituição.

4.5. É igualmente relevante ter-se em conta que, por esse motivo, e também porque o recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade decorre de um meio diretamente previsto pela Constituição para proteger direitos e outros interesses públicos que habilita particulares a recorrerem ao Tribunal Constitucional, quando a aplicação de uma norma inconstitucional ou a recusa de sua aplicação com fundamento em inconstitucionalidade, atinge um dos seus direitos subjetivos ou até interesses legalmente protegidos e, desta forma, lesa posições jurídicas de sua titularidade, a margem de manobra do legislador, inclusive aquele que elaborou a Lei do Tribunal Constitucional e o julgador que as aplica, não é assim tão acentuada ao ponto de inserir restrições desproporcionais ou proceder à interpretação extensiva daquelas que já existem.

E não parece que seria constitucionalmente aceitável, fora de um quadro de excepcionalidade, impossibilitar a um titular de direito recorrer ao Tribunal Constitucional, com base no argumento de que teria a obrigação de suscitar a questão da inconstitucionalidade em momento anterior à prolação da decisão, na medida em que tinha que fazer um juízo de previsão no sentido de antecipar todas as eventuais normas e interpretações normativas potencialmente inconstitucionais a serem aplicadas e suscitá-las antes que fossem efetivamente aplicadas. Entende-se que, nesse contexto, estaríamos perante uma inversão de ónus e o dever que todo e qualquer tribunal tem de não aplicar normas inconstitucionais não faria sentido e perderia força, pois o seu escrutínio e eventual condenação por tribunal superior, mormente pela Corte Constitucional não seria possível, por mais grave que a violação à Carta Magna fosse, pois se o recorrente não a invocou, porque não a previu, não é possível o seu conhecimento pelo Tribunal Constitucional. Assim, como lembrado na decisão citada no caso *INPS v. STJ (Acórdão 15/2017, de 27 de julho, Rel: JC Pina Delgado)*, estar-se-ia a esvaziar por completo a tutela de direitos através do recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade. A menos que os tribunais consigam estabelecer que o recorrente conhecendo da aplicação de norma inconstitucional não o fez na primeira oportunidade ou que se trata de mero expediente dilatório por parte do recorrente, a inserção dessa exigência parece não se conformar com a própria Lei Fundamental da República ou uma interpretação conforme a Constituição das normas legais supramencionadas.

4.6. Parece que, embora admita alguma flexibilização, o Egrégio Supremo Tribunal de Justiça e o Ministério Público, ancorados no seu entendimento da doutrina e

jurisprudência portuguesas, seguramente meritórias no seu contexto nacional, adotam uma interpretação mais rígida desta disposição legal, no sentido de se exigir do recorrente na maioria das vezes a capacidade de efetuar um juízo de prognose relativamente às diversas normas e interpretações normativas que ele, enquanto última jurisdição judicial, possa aplicar e sua suscitação no processo em peça anterior à decisão final, na medida em que com esta geralmente se esgota o poder decisivo de qualquer instância judicial. Parece que o órgão *a quo*, conforme fundamentou, desde que fosse previsível a aplicação de uma norma ou uma dada interpretação normativa de um preceito legal possivelmente inconstitucional, o recorrente teria o ónus de invocá-la antes da prolação da decisão final. Só não teria esta responsabilidade nos casos em que a previsão fosse absolutamente inviável. E, no caso, o órgão recorrido entende que era previsível que fosse adotar tal interpretação do número 1 do artigo 2 da Lei de Suspensão de Artigos do Código de Processo Penal de 2005, na medida em que já tinha prática uniforme e consistente no mesmo sentido, pelo que o recorrente deveria prever tal situação, suscitando a questão da inconstitucionalidade em momento anterior e não na reclamação como efetivamente fez.

Abstratamente a interpretação da egrégia corte recorrida tem os seus fundamentos, na medida em que a *ratio* dessa norma parece indicar que se pretende que a questão da inconstitucionalidade seja suscitada em momento anterior à prolação da decisão final de tal forma a permitir à instância que aplicou a norma a possibilidade de dela conhecer e escrutinar, evitando-se assim o seu uso com propósitos meramente instrumentais que não teriam nada a ver com a defesa dos direitos do recorrente ou da ordem constitucional objetiva.

No entanto, e como bem notaram o órgão *a quo* e o Ministério Público e este Tribunal endossa, sendo relevante evitar que o nobre recurso seja utilizado de forma espúria por recorrentes prospetivos imbuídos somente de um propósito de retardamento da produção dos efeitos de uma decisão judicial legítima, esta finalidade do ponto de vista constitucional não pode ser tida por inflexível e não é idónea a justificar toda e qualquer limitação de acesso ao mecanismo judicial em causa, sob pena de se adulterar o propósito do legislador constituinte com o inserção dessa possibilidade de tutela de direitos, o recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade, que se justifica como mecanismo de proteção subjetiva ainda que com efeitos objetivos, não sendo reconduzível a sua configuração a um poder geral de qualquer cidadão requerer a fiscalização de uma norma

fora do quadro dos seus interesses particulares em demandar somente com o objetivo de proteger a Constituição.

4.7. Na verdade, jamais poderia ser, pois, embora não tenha ainda definido todas as variáveis que comporta, nos termos da decisão tirada por este Tribunal no processo já citado – *INPS v. STJ* (Acórdão 15/2017, de 27 de julho, *STJ*, Rel: JC Pina Delgado) – caso se adotasse uma interpretação rígida dessa norma poderia chegar-se a situação de esvaziamento de tutela por esta via. No segmento relevante o Tribunal considerou que *“2.1.6. Em decorrência, uma outra questão preliminar que urge abordar para se delimitar o objeto deste recurso tem a ver com as normas aplicadas pelos órgãos judiciais cujas decisões habilitam este recurso de constitucionalidade e cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada no processo. Isso, para conformar o recurso, ao previsto pela base normativa que reconhece a presente espécie de recurso de fiscalização concreta, a alínea b) do artigo 77, de acordo com o qual “Cabe recurso para o Tribunal Constitucional, das decisões dos tribunais que: (...) apliquem normas ou resoluções de conteúdo material normativo ou individual e concreto cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo”. Naturalmente, caso a norma venha a ser aplicada originariamente por uma decisão da qual não cabe recurso ou reclamação ao órgão judicial a quo, como seria o caso de uma reclamação em razão do indeferimento de recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade, não havendo qualquer oportunidade de se a colocar perante o juízo a quo, determinado a lei que a reação se coloque diretamente ao tribunal constitucional, nos termos dos números 5 do artigo 83 e número 1 do artigo 84 da Lei do Tribunal Constitucional (“Do despacho que indefira o requerimento de interposição do recurso ou retenha a sua subida cabe reclamação para o Tribunal Constitucional”; “O julgamento da reclamação de despacho que indefira o requerimento de recurso ou retenha a sua subida cabe ao Tribunal Constitucional”), não se pode colocar tal exigência sob pena de se esvaziar a tutela por esta via.”*

No caso em análise indubitavelmente parece ainda que o recurso à fiscalização concreta da constitucionalidade tem esse pendor de proteção subjetiva, na medida em que se requer a fiscalização concreta de duas normas potencialmente violadoras de garantias fundamentais, quais sejam a garantia da publicidade de audiências e a garantia da presunção de inocência (parte do pedido que, pelos motivos invocados, não se pode conhecer), conforme requerido pelo recorrente. Este facto em princípio também

advogaria contra a adoção de uma interpretação rígida dos dispositivos legais em causa, no sentido de praticamente não se permitir nenhum tipo de interposição de fiscalização concreta da constitucionalidade quando o recorrente não tenha suscitado a questão da constitucionalidade antes da prolação da decisão final.

4.8. Portanto, desde logo, é de se dizer que o Tribunal Constitucional em qualquer situação vê com muita reserva a adoção da interpretação das normas no sentido adotado de existir um ónus de suscitação preventiva de questão de constitucionalidade antes da aplicação da norma por um órgão judicial recorrido como padrão básico para se avaliar a admissibilidade de um recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade, a menos que, de alguma forma, tivesse conhecimento, através dos autos que ela seria aplicada ou se houver indícios suficientes que a suscitação da questão seria somente um expediente dilatório, não se constituindo em verdadeira questão de constitucionalidade.

4.9. No caso concreto, porém, mesmo que o Tribunal estivesse na disposição de acolher essa doutrina – e, pelos motivos expostos entende que não o pode fazer, pelo menos com essa intensidade – o facto é que nem sequer é seguro que no caso concreto fosse exigível a antecipação de que se fala, o tal juízo de prognose.

4.9.1. Assim, mais fundamentalmente, o que interessa no caso concreto, independentemente do modo como se deve interpretar aquela disposição legal, é saber se efetivamente o recorrente teve oportunidade processual para suscitar a questão de inconstitucionalidade antes da decisão final e, segundo, caso não tenha tido essa oportunidade, se ainda assim deveria suscitá-la em momento anterior à prolação da decisão final.

4.9.2. De acordo com a orientação indicada no caso *INPS v. STJ (Acórdão 15/2017, de 27 de julho, Rel: JC Pina Delgado)*, em tese o recorrente só terá a obrigação de suscitar a questão depois da norma ter sido efetivamente aplicada no processo pela primeira vez. Esta é a regra. Uma situação em que o mesmo teria o ónus de suscitar a questão em momento anterior seria necessariamente excecional e não se basearia, como entende a egrégia corte recorrida, em mera possibilidade de previsão de aplicação de possível norma inconstitucional. Pois a aceitar este dever de suscitação prévia da inconstitucionalidade, ele teria que decorrer das circunstâncias fácticas concretas do caso, nomeadamente nas situações em que, indubitavelmente, o órgão recorrido deu indícios claros de que se

preparava para aplicar determinada norma, enviando orientações ao recorrente neste sentido, mediante práticas processuais constantes dos autos, que se podia consubstanciar hipoteticamente de notificação dando-lhe ciência de que o Tribunal reunir-se-ia em conferência para julgar, sem realizar audiência pública contraditória.

4.9.3. A interpretação do Egrégio Supremo Tribunal de Justiça vai no sentido de que, na situação concreta, o recorrente tinha o dever de prever a aplicação das normas que ele reputa inconstitucionais e, portanto, de as suscitar em momento anterior à decisão final o que não fez. Especificamente em relação à primeira norma concernente à não realização de audiências públicas que o recorrente reputa inconstitucional, o órgão *a quo* invoca que tem tido uma prática jurisprudencial uniforme e constante no sentido de não realizar essas audiências desde a sua suspensão operada em 2005 pela *Lei n.º 84/VI/2005*, embora reconheça que em 2015 esta lei foi revogada pelo Decreto-legislativo n.º 05/2015, de 11 de novembro que aprovou alterações ao Código de Processo Penal.

4.9.4. Destarte, mesmo que se considere, tese que este Tribunal não acolhe, que o recorrente deveria prever a atuação do Supremo Tribunal de Justiça, pois que durante muito tempo, desde 2005, vinha realizando os julgamentos em matéria crime seja para qual fim em conferência sem realizar audiências públicas contraditórias, em virtude da suspensão dessas audiências pela Lei de 2005, não era de todo previsível que continuaria adotando o mesmo procedimento a partir de 2015 quando aquela lei foi revogada por meio do artigo 4º do Decreto-Legislativo n.º 5/2015, de 11 de novembro, conforme o qual “*É revogada a Lei n.º 84/VI/2005, de 12 de dezembro*” e que entrou em vigor, nos termos do artigo 6º daquele ato legislativo (“*O presente diploma entra em vigor no prazo de 30 (trinta) dias a contar da data da sua publicação*”), no mês seguinte, portanto em dezembro daquele ano.

Por conseguinte, em princípio passaria a realizar essas audiências, a menos que considerasse, como legitimamente o fez que, no seu entendimento, deveria desaplicá-la por inconstitucionalidade. Todavia, este entendimento somente foi adotado aparentemente no quadro desses mesmos autos, não podendo exigir-se que também tal encaminhamento fosse antecipado pelo recorrente, o qual, conforme consta da f. 1079 dos autos do processo tribunal submeteu a sua peça de recurso ordinário a 26 de agosto de 2016, portanto cerca de nove meses depois.

Difícilmente se poderia construir um entendimento de que nesse prazo, a menos que o órgão judicial recorrido se tenha pronunciado sobre a constitucionalidade da norma revogatória e dado a devida publicidade à mesma deixando-a acessível a toda a comunidade jurídica através dos meios conhecidos, alguém poderia antecipar que não só continuaria a decidir em conferência sem realizar audiência pública contraditória, como também consideraria o artigo 4º do *Decreto-Legislativo nº 5/2015, de 6 de novembro*, passível de desaplicação e em razão da sua inconstitucionalidade. Não sendo, neste caso, exigível a ninguém, nem ao recorrente, nem tão-pouco ao seu mandatário, que fizesse um triplo juízo de prognose, isto é, de antecipar que, a) o Tribunal aplicaria norma que ele reputa inconstitucional e; b) na sequência, de o órgão judicial em causa desaplicar uma norma em vigor que revogou aquela outra e, c) com fundamento em inconstitucionalidade. Evidentemente, não se podia, de modo algum, exigir que soubesse que o órgão judicial recorrido mantinha tal posição, com base nos fundamentos mencionados.

4.10. Acresce que, em relação ao caso concreto, é ainda muito duvidoso que as causas excepcionais que se atribui aos proponentes da doutrina do dever de suscitação prévia da questão de constitucionalidade admitem como exceções, não estejam preenchidas, nomeadamente por estarem associadas ou não à manutenção do poder jurisdicional do Tribunal, questão que em Cabo Verde fica, na maior parte dos casos asseguradas em razão da legislação processual ordinária aplicável.

4.10.1. A mesma não se tem ancorado na doutrina nacional, já que também os valiosos estudos publicados a respeito da matéria de autoria de Jorge Carlos Fonseca, “Fiscalização da Constitucionalidade – Algumas notas, em jeito de tópicos desenvolvidos, com incidência particular sobre o direito cabo-verdiano”, *DeC*, a. 3, Número Especial: Direitos e Democracia em Cabo Verde, 1999, pp. 109-121; José Lopes Graça, *Controlo da Constitucionalidade das Leis no Espaço Lusófono*, Praia, Edição do Autor, 2003; Nuno Piçarra, “A evolução do sistema de garantia da Constituição em Cabo Verde”, *DeC*, a. 7, n. 22, 2005, pp. 211-248; Benfeito Mosso Ramos, “A garantia da Constituição e a justiça constitucional em Cabo Verde”, *DeC*, a. 9, n. 29, 2009; Simão Santos, *Sistema de Fiscalização da Constitucionalidade em Cabo Verde*, Coimbra, Almedina, 2017, não focaram esta questão específica, com a exceção do artigo de Raúl Varela, “A Fiscalização da Constitucionalidade em Cabo Verde”, *DeC*, a. III, Número Especial: Revisão Constitucional em Cabo Verde, 1999, p. 138, ainda antes da aprovação

da Lei do Tribunal Constitucional que já anteviu as dificuldades hermenêuticas que a questão suscitaria, ressaltando que *“Aparentemente o legislador cabo-verdiano, ao utilizar a expressão no processo quis evitar uma controvérsia jurisprudencial semelhante à que se verificou em Portugal a propósito da interpretação da locução durante o processo. Se foi essa a real intenção do legislador não creio que tenha logrado o seu objetivo. Pode a questão de inconstitucionalidade ser suscitada mesmo depois de se ter esgotado o poder jurisdicional do juiz? Quando seja de prever com segurança a aplicação de norma inconstitucional a questão deve ser suscitada depois da sua aplicação? Estas e outras interrogações com certeza se colocam e vão dividir a doutrina e a jurisprudência do nosso país”*.

4.10.2. Foi, outrossim, em doutrina estrangeira que se foi encontrar a base para a tese do dever de suscitação prévia de questão de constitucionalidade a menos que se se esteja perante uma decisão surpresa. Mas, mesmo desconsiderando a necessidade de se estabelecer as devidas distâncias quando se incorpora ensinamentos de luminares jurídicos estrangeiros, e o que nesse caso é relevante por se tratar, na prática de teorização assente na jurisprudência do seu país, que naturalmente confronta-se com desafios jurídicos e institucionais distintos da justiça constitucional cabo-verdiana, o facto é que nem sequer se pode inferir efeitos tão drásticos e amplos em relação a essa doutrina, precisamente porque, em larga medida, ela é utilizada como critério de definição do momento de colocação da questão de constitucionalidade em fase processual em que o poder jurisdicional ainda subsiste em moldes a permitir que o órgão ao qual se imputa a aplicação de norma inconstitucional possa dela conhecer.

A – Por exemplo, segundo Fernando Alves Correia, *Justiça Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 234, nota 297, *“Significa isto que, em regra, a suscitação da questão da constitucionalidade já não é atempada no requerimento de arguição da nulidade da decisão final, nem no requerimento de reforma dessa decisão (a que se referem os artigos 615º a 617º do vigente Código de Processo Civil, correspondente aos artigos 668º a 670º do Código de Processo Civil de 1961), salvo quando a questão de constitucionalidade se ligar a matéria em que o poder jurisdicional do tribunal a quo ainda subsiste, nem, muito menos, no requerimento de interposição de recurso para o Tribunal Constitucional”*.

B – Sublinha Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional II: O Direito do Contencioso Constitucional*, 2. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 764, que “O Tribunal Constitucional admite uma pluralidade restrita de excepções à regra geral em epígrafe. Procura-se, deste modo, permitir uma maleabilização do regime legal vigente, de forma a evitar que a absolutização de um cânone processual impeça o recorrente de reagir contra a aplicação de normas inválidas em circunstâncias processuais ou substanciais em que lhe não teria sido possível, ou exigível, que suscitasse a mesma invalidade antes de ser proferida a decisão final. Os cenários excepcionais pela jurisprudência não têm carácter taxativo, havendo duas situações típicas, no âmbito das quais deve ser reconhecido ao interessado direito ao recurso, saber: i) Aquelas em que o poder jurisdicional não se esgota no plano processual com a prolação da sentença recorrida; ii) Aquelas em que o interessado não dispôs manifestamente da oportunidade para suscitar a questão de validade antes de proferida a sentença.i) Situações em que o poder jurisdicional do tribunal a quo se não esgota com a aprovação da sentença recorrida: nulidade do processo ou da decisão do tribunal a quo. A situação presente ocorre quando o recorrente invoca nulidades no processo-pretexto ou na decisão que se conectam directamente com uma questão de constitucionalidade. Considera a jurisprudência constitucional que, para que se verifique a situação em epígrafe, necessário se torna que: - o poder jurisdicional do tribunal a quo se não tenha esgotado, por força da aplicação de regras processuais que permitam ao mesmo tribunal pronunciar-se sobre questões de nulidade processual que tenham sido arguidas depois de proferida a decisão final; - que a questão de constitucionalidade suscitada se conecte directamente com as regras normativas susceptíveis de serem apreciadas pelo tribunal, em incidente pós- decisório e que mostre ser relevante para a respectiva resolução”.

C – Carlos Lopes do Rego, *Os Recurso de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2010, pp., 77-78, também teoriza no sentido de que “Assim – porque o poder jurisdicional se esgota, em princípio, com a **prolação** da sentença ou acórdão e a eventual aplicação de uma norma inconstitucional não constitui erro material ou lapso notório, não é causa de nulidade da decisão e não torna esta obscura ou ambígua – tem de entender-se que os incidentes **pós-decisórios** (pedido de aclaração, de reforma ou arguição da nulidade da decisão), previstos na lei de processo, não são já, em princípio meios idóneos (...). A jurisprudência constitucional sempre admitiu, porém, que tal princípio ou regra – que

obriga a suscitar a questão de inconstitucionalidade antes da prolação da decisão recorrida – tem de sofrer restrições ou limitações em determinadas situações processuais excepcionais ou anómalas. a). Desde logo, naquelas hipóteses em que, de um ponto de vista procedimental, o poder jurisdicional para apreciar a matéria a propósito da qual é convocada a questão de inconstitucionalidade se não haja esgotado no momento da prolação da decisão final; (...)”

D – Ou ainda Guilherme da Fonseca & Inês Domingos, *Breviário de Direito Processual Constitucional. Recurso de Constitucionalidade (Recurso de Constitucionalidade)*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 47-48, que destacam que “O recurso para o TC [de Portugal] pressupõe, pois, que o tribunal recorrido tenha formado sobre a norma aplicada um juízo de constitucionalidade, um juízo que constitua a ratio decidendi da decisão e não um simples obter dictum, ou um simples argumento ad ostentationem. E isso implica que a questão de constitucionalidade tenha de ser colocada em termos de aquele tribunal saber que tem essa questão para resolver – o que requer que seja colocada de forma atempada, clara e perceptível (...). É que essa exigência de a questão dever ser suscitada antes de se ter esgotado o poder jurisdicional da instância recorrida visa a obtenção de uma decisão suscetível de ser impugnada perante o TC, de forma a evitar que este, ao conhecer da questão sem a certeza de a mesma ter sido pelo menos implicitamente ponderada, se substitua à instância recorrida, desta forma ultrapassando os seus poderes de cognição e desnaturando o próprio sentido de recurso que é a reavaliação de anterior decisão. Os incidentes pós decisórios não são, em princípio, meios idóneos e atempados de levantar a questão de constitucionalidade, como não o são logicamente um requerimento autónomo apresentado após a decisão (...). Mas, se esta é a regra, ressalvados ficam, porém, os casos em que o poder jurisdicional, por força de norma processual específica, se não esgota com a prolação da decisão recorrida e ainda alguma hipótese, de todo excecional ou anómala, em que o interessado dispõe de oportunidade processual para levantar a questão de inconstitucionalidade antes de proferida a decisão, casos em que lhe deve ser reconhecido o direito ao recurso”. Exemplificando tais situações, dentre várias exceções, consideram que “Considerou ainda o TC que a questão de constitucionalidade invocada após a prolação da sentença, na reclamação de uma irregularidade processual, ainda é suscitada atempadamente (...) desde que a decisão dela seja relevante para a decisão da referida questão processual. Tratava-se, neste caso, de um ato irregularmente cometido

entre a última intervenção processual do interessado e a decisão. E do qual este só viera a ter conhecimento após a sua prolação”. Não parece que a situação descrita seja estruturalmente distante da que temos em mãos.

4.10.3. E isso porque, no fundo, alguns desafios são comuns a vários sistemas que reconhecem institutos similares visando equilibrar um conjunto de bens jurídicos e interesses distintos, nomeadamente o direito ao recurso consubstanciado na possibilidade de se recorrer ao Tribunal Constitucional no caso de aplicação de norma inconstitucional, no interesse do sistema que se o faça para proteger a Carta Magna, com a necessidade de se manter a natureza de recurso do instituto, isto é, de reapreciação de uma decisão judicial anterior por um outro órgão; de se conceder a oportunidade aos tribunais judiciais para resolverem a questão de constitucionalidade; de se evitar que o Tribunal Constitucional seja inundado por pedidos de tal teor que podem ser resolvidos pelos órgãos judiciais ordinários enquanto tribunais de defesa da Constituição e para evitar a utilização desse mecanismo como expediente dilatório.

4.10.4. Portanto, claro está que o Tribunal Constitucional reconhece que somente em situações muito excepcionais seriam admissíveis pedidos de fiscalização em situações em que o órgão judicial recorrido não tivesse a oportunidade de se pronunciar sobre a questão de constitucionalidade subjacente que determina o desfecho de um processo principal. Casos estes que deverão ser efetivamente ponderados à luz nomeadamente do princípio da justiça que imporia que um titular de um direito não se veja privado de um direito sem que dê causa a isso.

4.11. Contudo, a questão que envolve o caso concreto sequer exige que se considere a possibilidade de o órgão judicial ao qual se imputa a aplicação de norma inconstitucional não ter podido conhecer dessa questão ou porque foi colocada de modo processualmente inadequado ou porque dela não podia conhecer, nomeadamente por faltar-lhe potência jurisdicional para tanto.

4.11.1. Em qualquer cenário que se considere a aplicação dessa norma ela terá sido colocada de forma processualmente adequada perante o Tribunal recorrido e em moldes que ele dela podia conhecer, apreciando e decidindo de modo a influir em relação à decisão recorrida. Isto porque se considerarmos, nos termos em que alega o recorrente e foi admitido pelo órgão judicial recorrido, que uma norma com o teor construído pelo

primeiro foi aplicada implicitamente pelo *Acórdão nº 46/2017, de 4 de julho*, apesar de o recorrente não ter suscitado antecipadamente a questão de constitucionalidade para que o Tribunal pudesse apreciar e decidir, fê-lo na primeira oportunidade que teve, como reação que dirigiu ao órgão judicial recorrido em jeito de arguição de nulidade do acórdão por aplicação dessa norma.

4.11.2. Esse meio de reação está previsto, como impõe a legislação processual referente ao processo principal, no artigo 408 do Código de Processo Penal, nos termos do qual “*1. Proferida a sentença, ficará esgotado o poder jurisdicional do tribunal relativamente à matéria da causa. 2. Sem prejuízo do disposto no artigo seguinte e de casos de sentença inexistente, será lícito, porém, ao tribunal, oficiosamente ou a requerimento, suprir nulidades, rectificar erros materiais ou quaisquer omissões, inexactidões ou lapsos manifestos, esclarecer dúvidas existentes na decisão e reformá-la quanto a custas*”.

4.11.3. Fica claro que lícito é, mesmo tendo sido prolatada a decisão, ao Tribunal, dentre outras intervenções, “*oficiosamente ou a requerimento*”, suprir “*as nulidades*”. Como deflui dos autos do processo principal foi ao abrigo desta norma e dos artigos 629, 575 a 579 do CPC que o recorrente dirigiu reclamação ao órgão judicial recorrido, pedindo que se reconhecesse a nulidade do próprio Acórdão em razão de se estar perante causa de nulidade insanável reconhecida pelo artigo 151 do Código de Processo Penal, o qual se refere na alínea i) à publicidade das audiências; nestas bases, no seu douto parecer referente a esse requerimento, o Digníssimo Senhor Procurador Geral da República fez constar que “*é nosso parecer que a reclamação merece provimento, e que o douto acórdão deve ser declarado nulo, e em consequência após o exame preliminar, serem os autos remetidos à Excelentíssima Juíza Conselheira Presidente para os efeitos do artigo 464º nº 1 e o julgamento o recurso ser realizado em audiência contraditória até ao proferimento do acórdão*”, tendo o Egrégio Supremo Tribunal na sua douta decisão, conhecido daquele pedido, e de outros constantes da peça de reclamação, e decidido em conformidade.

4.11.4. O que permite aflorar duas questões decisivas. Primeiro, que legalmente o artigo 408 do Código de Processo Penal permite uma ampla possibilidade de qualquer recorrente arguir a nulidade de decisões judiciais, termo construído de modo tão amplo e sem qualquer limitação, que acreditaríamos abarcar não somente as nulidades previstas

por esse instrumento de codificação, como também outras nulidades nomeadamente referentes à aplicação de norma inconstitucional no processo. O que, aliás, é solução legislativa mais do que compatível, verdadeiramente ajustada ao modelo de fiscalização da constitucionalidade pátrio, no seio do qual todos os tribunais são tribunais constitucionais, permitindo, ademais, reduzir o número de questões constitucionais que não pudessem ser colocadas aos tribunais ordinários. Foi o que aconteceu neste caso concreto, pois o recorrente arguiu perante o órgão judicial recorrido uma nulidade prevista pelo Código de Processo Penal na alínea i) do artigo 151, conforme o qual “*Constituem nulidades insanáveis, que devem ser oficiosamente declaradas em qualquer fase do procedimento, além das que como tal forem cominadas noutras disposições legais, as que constituam violação das disposições relativas a: i) publicidade da audiência*”, e ainda considerou que ela violaria um conjunto de normas reconhecedoras de garantias processuais constitucionais que enumerou, por maioria de razão geradoras de nulidades impassíveis de sanção e arguíveis a todo o tempo dentro do processo.

4.12. Acresce que mesmo que assim não fosse, há factos que não podem deixar de ser considerados e que se prendem com a circunstância incontornável de a reclamação que incluía a arguição de nulidade ter sido conhecida, apreciada e decidida, transparecendo que o próprio órgão judicial recorrido entende que podia conhecer da matéria e que, caso tivesse considerado a reclamação procedente nesse segmento, anularia o seu próprio acórdão, por ainda ter poderes para assim proceder. Sendo assim, mesmo que por hipótese se viesse posteriormente a considerar que a questão foi colocada de tal modo que o Tribunal não a podia conhecer, muito dificilmente se poderia com coerência fazê-lo depois de se ter conhecido e decidido essa mesma questão, pois disso decorreriam efeitos potencialmente inaceitáveis do ponto de vista do princípio da proteção da confiança que também se impõe, como esta Cúria tem salientado, aos órgãos do poder judicial.

4.13. Mas, mesmo que não se considerasse que o *Acórdão n.º 46/2017, de 4 de julho*, aplicou a norma em causa e que ela somente veio a ser aplicada pelo acórdão recorrido de n.º 64/2017, de 26 de outubro, que decidiu a reclamação dirigida ao Tribunal arguindo nulidade daquele aresto, a mesma resposta emergiria.

4.13.1. Porque, nesta situação, tudo aquilo que é argumentado no douto acórdão do STJ e na promoção oral do Ministério Público foi devidamente acautelado pelo recorrente

que, na verdade, antecipou-se a esta decisão já que a questão de constitucionalidade foi colocada no quadro da própria reclamação. Logo, o tal juízo de prognose que, de forma excessiva, quer-se exigir dos particulares foi plenamente satisfeito pelo recorrente neste cenário, pois perante conhecimento de uma conduta de possível desconsideração de uma norma constitucional geradora de nulidade de acórdão, colocou a questão ao órgão competente, que respondeu indeferindo arguição com aquele teor, aplicando a norma que ora se impugna perante este Tribunal.

4.13.2. É, pois, perante o número 2 do artigo 76 da Lei do Tribunal Constitucional que a questão se coloca, não de forma genérica com a adoção de consideração doutrinária geral segundo a qual a reclamação não é um meio adequado de se colocar questões de constitucionalidade. Não é isto que está em causa, mas de se saber se: a) a questão da inconstitucionalidade foi colocada de modo processualmente adequado perante o tribunal recorrido; e, b) em termos de que este esteja obrigado a dela conhecer.

Portanto, no que se refere à reclamação o que se tem de avaliar não é a forma da reação, mas se ela é colocada de modo processualmente adequado perante o tribunal recorrido e se ele tem, em concreto, a obrigação de dela conhecer. Especificamente de se saber se a arguição de nulidade promovida em razão da não realização da audiência pública foi um modo processualmente adequado de colocar a questão perante o órgão recorrido e se o mesmo estava obrigado a conhecê-la.

Não existem dúvidas nesta matéria, considerando que a reclamação pode ser utilizada para arguir a nulidade de um acórdão pelas causas previstas pela lei processual ao abrigo da qual se prolatou uma decisão judicial, não sendo de se excluir que possa ser considerada uma forma de colocação de uma questão de constitucionalidade a um órgão judicial ordinário.

Aliás, em tais casos em que se argue nulidades, o tribunal pode conhecer a questão e, caso considere o desafio lançado procedente, tal determinação tem efeitos sobre a decisão originária, que será alterada em conformidade. E foi assim que legitimamente o órgão recorrido procedeu, nomeadamente conhecendo de tal desafio, o qual, todavia, não considerou merecedor de procedência.

4.14. Em resumo, se o recorrente tivesse a oportunidade de suscitar a questão da inconstitucionalidade em momento anterior à decisão final ou pudesse perfeitamente prever em concreto que a norma cuja constitucionalidade contesta seria aplicada na decisão final, pela entidade recorrida, nomeadamente porque esta lhe deu indicações nos autos de que iria aplicar a norma ou adotar determinada interpretação eventualmente inconstitucional ou porque seria a norma central a se aplicar e o seu único sentido fosse possível padecesse de desconformidade estruturante, teria que necessariamente suscitar a inconstitucionalidade da norma antes da sua aplicação. Caso contrário só terá o dever de a fazer na primeira oportunidade processual que tiver após a aplicação originária da norma no processo.

Assim, em casos em que a norma é aplicada originariamente na decisão final ou por exemplo na decisão que indefere reclamação ou recurso de fiscalização concreta para o Tribunal Constitucional, não parece que seja constitucionalmente aceitável exigir que o recorrente invoque a questão da inconstitucionalidade em momento anterior à aplicação da norma quando mantém-se intacta a capacidade de o Tribunal conhecer da questão quando permissiva de arguição de nulidade. E isso mesmo que houvesse jurisprudência de determinado tribunal no sentido de aplicar a norma ou determinada interpretação eventualmente inconstitucional.

Ora tendo a entidade recorrida procedido ao julgamento do recorrente em conferência, sem preceder audiência pública contraditória, e não tendo este o ónus de prever no caso concreto que o seu julgamento iria ser realizado em conferência pelos motivos supra indicados e porque aquela entidade não lhe deu qualquer indicação nos autos de que iria proceder dessa forma, não se pode exigir que o mesmo tivesse o ónus de suscitar a questão da inconstitucionalidade em momento anterior à prolação da decisão final, pelo que só o poderia tê-lo feito na primeira oportunidade que tivesse, o que ocorreu somente quando tomou conhecimento da decisão.

E parece que assim fez, precisamente porque o recorrente invocou perante o órgão recorrido as alegadas inconstitucionalidades na primeira oportunidade que teve, ainda antes de interpor o recurso de fiscalização concreta, através de reclamação que dirigiu àquele órgão, requerendo aclaração, declaração de nulidade e inconstitucionalidade.

Portanto, o Tribunal Constitucional considera que a norma resultante do número 1 do artigo 2º da Lei de Suspensão de Artigos do Código de Processo Penal foi suscitada de forma correta no processo perante o tribunal recorrido pelo recorrente, de tal sorte a permitir que dela este órgão pudesse conhecer, podendo, pois, ser escrutinada por este Pretório Constitucional. Porém, não sem antes verificar se também outras normas invocadas no processo podem ser consideradas para esse efeito e assim respondendo à questão de se saber se:

5. O Tribunal pode conhecer de eventuais normas desaplicadas pela entidade recorrida com base em inconstitucionalidade ou outras mencionadas no processo se tal não tiver sido suscitado pelo recorrente?

Aqui referimo-nos naturalmente à desaplicação por inconstitucionalidade do artigo 4º do *Decreto-Legislativo nº 5/2015, de 11 de novembro*, que alterou o Código de Processo Penal, que, em abstrato, também poderia ter sido objeto deste recurso de fiscalização concreta, já não com fundamento na alínea b) do número 1 do artigo 177, mas, outrossim, da alínea a) da mesma disposição (*“Cabe recurso ao Tribunal Constitucional, das decisões dos tribunais que: (...) recusem a aplicação de qualquer norma ou resolução de conteúdo material normativo individual e concreto, com fundamento em inconstitucionalidade”*).

Isso atendendo ao facto de o órgão judicial recorrido ter de forma clara desaplicado a norma desafiada com fundamento em inconstitucionalidade, considerando muito eloquentemente que *“Ora, no caso de que vimo-nos ocupando, e como já foi dito, apesar de o CPP Cabo-verdiano ter previsto o regime de julgamento dos recursos em audiência, o certo é que o citado regime acabou por ser suspenso por uma lei da Assembleia Nacional, que, chamando a si a regulamentação da matéria, passou, para todos os efeitos, a prevalecer, deixando as disposições do CPP sobre a audiência pública contraditória de se aplicarem. Entretanto, com a Revisão Constitucional de 2010, como já vimos, a matéria do “funcionamento” dos Tribunais passou a ser da competência absolutamente reservada da AN. Logo, uma lei desse órgão de soberania que tenha por objecto essa matéria, só por outra lei do mesmo órgão pode ser revogada. O mesmo é dizer que o Governo, ainda que munido de uma autorização legislativa, não podia revogar essa lei, e fazer alterar o regime do julgamento dos recursos, impondo ao STJ o funcionamento em audiência pública contraditória. Compreender-se-á até mais*

facilmente o acerto dessa conclusão se se considerar que esse Decreto-legislativo do Governo está, em discrepância com a Lei de Organização, Competência e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (a Organização Judiciária), que lhe é anterior, na parte em que esta prevê que os Tribunais da Relação funcionam em “conferência”. E seria, por exemplo, a mesma anomalia que ocorreria caso a Assembleia Nacional viesse, depois da Revisão Constitucional de 2010, conferir autorização legislativa ao Governo para legislar sobre a Competência, Organização e Funcionamento do Tribunal de Contas (Lei no 84/IV/93) de 12 de Julho, nomeadamente determinando as situações em que o mesmo deverá funcionar em audiência ou em conferência. Do mesmo modo, não estaria em conformidade com a Constituição, depois da revisão de 2010, uma lei de autorização legislativa que viesse a conferir ao Governo a competência para, através de Decreto-legislativo, legislar sobre a mesma matéria em relação ao Tribunal Constitucional. O mesmo se diga para o funcionamento dos restantes Tribunais. Na verdade, qualquer lei de autorização legislativa com esse objecto, bem como o correspondente Decreto-legislativo, seriam inconstitucionais, desde logo por violação do disposto no artigo 176º, alínea d), da Constituição da República. Aqui chegados já não será difícil a conclusão de que a Lei de autorização legislativa no 93/VII/2015, de 13 de Julho, pela qual se conferiu ao Governo a competência para revogar a Lei nº 84/VI/2005, de 12 de Dezembro, enferma de inconstitucionalidade material, por violação directa do disposto no artigo 176º, alínea d), da Constituição da República. E o correspondente Decreto-legislativo nº 5/2015, de 11 de Novembro, produzido ao abrigo dessa autorização legislativa, cujo artigo 4º revogou expressamente a Lei nº 84/VI/2005, não deixa de estar também inquinado, no citado artigo, de inconstitucionalidade, neste caso orgânica. Ora, a Constituição da República dispõe no seu artigo 3º, nº 3, que “as leis e os demais actos do Estado, do poder local e dos entes públicos em geral só serão válidos se forem conformes com a Constituição”. A mesma CR estatui no seu artigo 211º, nº 3, que “os tribunais não podem aplicar normas contrárias à Constituição e aos princípios nela consignados”. Assim sendo, é vedado a este Supremo Tribunal aplicar o disposto no artigo 4º do Decreto-legislativo nº 5/2015, o que significa que a lei por ele revogada continua plenamente em vigor”.

Por mais importante que se possa considerar em abstrato esta questão, a resposta, neste caso, é evidente em razão do princípio do pedido que limita o poder de cognição desta Corte, dispondo número 1 do artigo 62 da Lei do Tribunal Constitucional que esta

Cúria “*só pode declarar a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de normas cuja apreciação tenha sido requerida*” e, conforme consta do pedido, em nenhum momento o recorrente dirigiu pedido incidente sobre esta norma a este órgão judicial.

Não se colocando neste caso qualquer exceção a essa regra, nomeadamente da norma em causa fazer parte do mesmo complexo normativo daquela que se requereu fiscalização ou de poder substituir por repristinação uma que o Tribunal declare inconstitucional, não pode dela este Tribunal conhecer.

Seja como for, mesmo que fosse admitida a trâmite ficaria na dependência de se considerar ou não inconstitucional a norma do número 1 do artigo 2º da Lei de Suspensão de Artigos do Código de Processo Penal de 2005, pois a questão ficaria igualmente prejudicada caso se viesse a entender que este preceito integraria norma que foi aplicada com sentido inconstitucional.

Por maioria de razão, até porque aqui não estaria perante caso de aplicação, mas de mera enunciação argumentativa, o Tribunal não poderá conhecer também eventual norma constante da Lei da Organização Judiciária, no sentido de que estipularia que os julgamentos no Supremo Tribunal de Justiça se processariam em conferência, sem preceder realização de audiências públicas contraditórias.

Por conseguinte, o Tribunal limitar-se-á a fiscalizar a constitucionalidade de norma decorrente do número 1 do artigo 2º da Lei de Suspensão de Artigos do Código de Processo Penal (*Lei nº 84/VI/2005, de 12 de dezembro*), aplicada no sentido de que ainda todas as audiências públicas no Supremo Tribunal de Justiça até à presente data se encontram suspensas, a qual será, por consequência, escrutinada no mérito, a qual aplicada pelo Tribunal e suscitada no processo seria desconforme na opinião da recorrente a um conjunto de garantias fundamentais previstas pela Constituição da República.

6. Relativamente a esta norma em específico, o recorrente considera que ela atinge diversas cláusulas constitucionais e normas nelas insertas, especificamente o número 1 do artigo 22 (direito a um processo justo e equitativo), o número 6 do artigo do artigo 35 (princípio do contraditório), o número 9 do artigo 35 e número 4 do artigo 211 (garantia da publicidade das audiências), o número 7 do artigo 35 (o direito à ampla defesa) e o número 5 do artigo 17 (princípio da proporcionalidade).

6.1. Assim, ultrapassadas as questões preliminares e tendo-se admitido parcialmente o pedido, o próximo passo é identificar a questão constitucional de fundo suscitada pelo recorrente e proceder à sua resolução, sendo de se recordar que por força da decisão de admissibilidade já tomada não é possível a este Tribunal escrutinar a norma decorrente do artigo 177 do Código de Processo Penal nos moldes em que foi recortada pelo recorrente, já que se considerou que ela não foi aplicada pelo Tribunal recorrido. Diga-se que, mesmo que fosse, o seu conhecimento sempre dependeria do desfecho da sindicância lançada à outra norma. Precisamente porque se a norma aplicada pelo Tribunal que levou ao indeferimento da reclamação, o número 1 do artigo 2º da Lei de Suspensão de Certas Normas do Código de Processo Penal aprovada em 2005 na aceção que lhe foi conferida pelo Tribunal no sentido de que as audiências públicas em processo criminal estariam suspensas, for julgada inconstitucional, isso atingiria, em última instância, o julgamento no qual se teria aplicado norma inconstitucional concernente à apreciação das provas.

Apesar de esta ser a única norma a ser escrutinada por este Tribunal no âmbito do presente processo, opta-se por se proceder à análise de desconformidade constitucional em dois momentos diferentes, segmentando o problema com base nos parâmetros de avaliação, começando pela alegada violação de direitos que mantêm uma acentuada proximidade entre si – ao processo justo e equitativo, ao contraditório e à ampla defesa –, e, em seguida, procedendo ao inquérito com base em possível violação da garantia de audiências públicas em processo criminal, a qual também se materializa como princípio objetivo das audiências públicas nos tribunais.

6.2. Antes disso, porém, dada a importância desses elementos para o próprio processo de fiscalização da constitucionalidade em curso convém traçar um percurso básico da norma impugnada considerando o processo que levou à aprovação do ato legislativo que integra.

6.2.1. Isso porque ela surge depois de um longo processo legislativo de reformas penais que vinha da década de noventa do século XX e que visava, desde então, para usar a fundamentação utilizada pelo seu autor material e redator da base dos termos de referência, publicada como Jorge Carlos Fonseca, “Proposta de Grandes Linhas para a Elaboração de um Novo Código de Processo Penal de Cabo Verde”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 5, 1995, pp. 373-417, “1. Adequar a nova legislação à

Constituição do país a qual é balizada e atravessada por princípios e valores conaturais ao Estado de direito democrático instituído (arts. 1.º e 2º), princípios e valores que se impõem a todas as leis e demais atos do Estado, do poder local e dos entes públicos em geral (n.º 3 do art. 3.º), exigência radicada ela própria na ideia de que a Constituição deve ser vista e assumida não apenas como fundamento, mas também como limite do Estado. Dito de forma rasa, o Estado instituído é não só de direito, no sentido de que ele se funda no respeito da dignidade da pessoa humana, dos direitos, liberdades e garantias individuais (n.º 1, in fine, do art. 2.º); não só Estado democrático, enraizado nas ideias de soberania popular e de pluralismo de expressão e de organização política (n.º 1 do art. 2.º), mas também Estado constitucional (art. 3.º), no sentido de que «... o poder se forma e se exerce nos termos da Constituição, de que não existe democracia fora da Constituição e que nenhuma vontade pode prevalecer contra a Constituição...».E, sendo a nossa Constituição uma lei fundamental modeladora de um Estado de direito, no sentido como acabamos de descrever, seria normal que, tratando-se o direito processual penal, como hoje é quase banal dizer-se, na esteira de Henkel, de direito constitucional aplicado, daquele ramo do direito mais atinente à matéria dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, a Constituição cabo-verdiana rodeasse o processo criminal de um conjunto essencial de garantias. De um conjunto de regras e princípios que têm aplicação direta e imediata em matéria de processo penal e constituem também imposições e injunções ao legislador ordinário, no sentido de este se considerar vinculado a erigir um sistema de direito processual criminal em conformidade com o modelo e os valores constitucionalmente plasmados. E a Constituição cabo-verdiana define realmente um conjunto de princípios e normas atinentes ao processo penal”, citando-se expressamente “o n.º 7 [do artigo 35 da CRCV] que consagra o princípio da publicidade das audiências em processo criminal, com algumas exceções” (p. 392 e ss).

Ideias que, mais tarde, vieram a ser sintetizadas pelo mesmo autor desta forma: “Se pudéssemos sintetizar os grandes objetivos que presidiram à reforma do direito processual penal, diríamos, seguindo de perto *Um novo processo penal...*: -Adequar a nova legislação à Constituição do país. E sendo a nossa Constituição uma lei fundamental modeladora de um Estado de direito, seria normal que, tratando-se o direito processual penal, mormente nos seus princípios e fundamentos básicos, de direito constitucional aplicado, a Constituição cabo-verdiana rodeasse o processo criminal de um conjunto essencial de garantias. De um conjunto de regras e princípios que têm

*aplicação direta e imediata em matéria de processo penal e constituem também imposições e injunções ao legislador ordinário, no sentido de este se considerar vinculado a erigir um sistema de direito processual criminal em conformidade com o modelo e os valores constitucionalmente plasmados. Modernização da nossa lei processual penal, particularmente no que diz respeito à sua actualização com as conquistas dogmáticas do direito processual penal, com os novos conceitos, os novos princípios (próprios, no fundo, de um estado de direito dos nossos dias) ou uma sua redefinição, as novas formas de combate à pequena criminalidade e à criminalidade violenta ou organizada, sem esquecer a sintonização – de que atrás falámos já – imposta pela reforma em curso do direito penal substantivo. -A realização da justiça e a descoberta da verdade material. -A promoção da segurança na aplicação do direito, através da reafirmação da validade das normas jurídicas violadas. -Também implicado já pelas exigências constitucionais atrás recortadas, nomeadamente as previstas no já citado art. 33.º da Lei Fundamental, mas em consonância com o disposto nomeadamente nos n.ºs 1 e 6 do art. 21.º da CRCV («Acesso à justiça») e n.º 1 do art. 34.º («Princípios do processo penal») o objectivo traduzido na simplificação e aceleração processuais possíveis, no sentido exacto de compatíveis com as garantias de defesa do arguido e com as condições para uma justa decisão da causa» (Jorge Carlos Fonseca, “O Novo Direito Processual Penal de Cabo Verde. Dados de um percurso. Estrutura e Princípios Fundamentais” in: Augusto Silva Dias & Jorge Carlos Fonseca (coord.), *Direito Processual Penal de Cabo Verde. Sumários do Curso de Pós-Graduação sobre o Novo Processo Penal de Cabo Verde*, Lisboa/Praia, ICJ-FDUL/ISCJS, 2009, pp. 18-19).*

A significação e o propósito de erigir essa audiência pública a um verdadeiro julgamento e não como mera formalidade dispensável resulta do que diz o mesmo autor em *Um Novo Processo Penal para Cabo Verde. Estudo sobre o AnteProjeto do Código*, Lisboa, AAFDL, 2003, p. 149, quando sustenta que “O Anteprojeto prevê o julgamento do recurso em audiência, nos casos em que, por lei, ele não deva ser feito em conferência, mas aspectos concretos de conformação do julgamento são deixados para a disciplina da respectiva lei de organização judiciária ou lei orgânica do tribunal de recurso. O que não exclui que o Anteprojeto regule em pormenor o processo de julgamento do recurso (artigo 466.º ss.), sendo de realçar que ele é marcado pela contraditoriedade, ainda que não haja lugar à renovação da prova. O quer significar tratar-se de um verdadeiro «julgamento», contrariamente ao que se passa hodiernamente entre nós”.

6.2.2. A mesma relação entre a previsão de audiências públicas inclusive nos tribunais de recurso foi referida por outros juristas que se pronunciaram a respeito da questão, nomeadamente Belarmino Lucas, “Ante-Projecto do Novo Código Penal de Cabo Verde”, *Direito e Cidadania*, a. IV, nº 10/11, 2000-2001, pp. 345-352, quando registrou que “*o sistema proposto é todo ele coerente com a filosofia subjacente às demais opções normativas do anteprojeto, em particular dos princípios que lhe são transversais, nomeadamente os da oralidade e da contrariedade. A esse respeito convém referir a previsão da possibilidade de decisão dos recursos em audiência contraditória, eventualmente com renovação da prova produzida no julgamento (...). Essa possibilidade de renovação de prova é potenciada pela faculdade prevista nos artigos 357 e 358 de documentação das declarações prestadas oralmente na audiência de julgamento (...)*” (pp. 351-2).

6.2.3. Não deixa de ser importante referir que o proponente da iniciativa legislativa que levou à aprovação do Código de Processo Penal na sequência de autorização legislativa, por meio da Ministra da Justiça, deixou de forma cristalina lavrada a ideia de que se tratava de “*reforma norteadada por um ideário político-criminal marcado pelos valores fundamentais consagrados na Lei Fundamental de Cabo Verde e sintonizada com os mais recentes ensinamentos e conquistas da dogmática jurídico-penal é por certo refractária à convivência com um Código do Processo Penal ultrapassado traduzido numa manta de retalhos como unanimemente o reconhece o corpo jurídico nacional e que contém orientações múltiplas e contraditórias do ponto de vista dos valores da modernidade*” (Atas da Reunião Plenária do dia 26 de Abril de 2004, Praia, Assembleia Nacional, 2004, p. 115).

Nisso foi secundada pelos representantes do povo que foram intervindo e de forma representativa já que incluíram o Deputado Jorge Silva (PTS), que registou que “*de facto, nós vemos que os anteriores Códigos tanto o Código Penal como o Código do Processo Penal, todos eles estavam desactualizados de acordo com os novos tempos, os novos direitos dos cidadãos à luz da Constituição e da Carta dos Direitos do Homem*” (Id., p. 124); o Deputado José Manuel Andrade (PAICV) que asseverou que “*São várias as importantes mudanças que o novo Código pretende imprimir e revolucionar o sistema. Dentre elas, posso salientar a pretensão de adequação aos valores e princípios do Estado de Direito Democrático*” (Id., p. 125) e o Deputado Humberto Cardoso (MPD) que

arrematou que *“Acho que um dos aspectos que devemos realçar neste momento em que se vai dar autorização legislativa ao Governo é o da ligação do Código do Processo Penal à Constituição da República. (...). Acho que é extremamente importante que se dê ênfase a este Código do Processo Penal que só é possível porque temos a Constituição de 1992. O que vai estar no Código do Processo Penal é o que está na Constituição de 1992”* (Id., p. 126). Fechando o debate ainda a Ministra Cristina Fontes Lima partilhou posição de que *“Por ter esta perspectiva histórica permanente não tenho qualquer problema e por isso mesmo nesta nota justificativa está claramente plasmada que esta reforma processual penal é tributária da Constituição de 1992”* (Id., p. 129).

6.2.4. É o que, de igual modo, ficou consagrado na parte preambular do Decreto-Legislativo de Aprovação da versão originária do Código de Processo Penal, quando se menciona exhaustivamente que *“Esse Código [o de 1929], apesar de ter sofrido inúmeras e dispersas alterações, nas sete décadas da sua existência, mantém-se no essencial, inalterado na sua estrutura e, mais do que isso, nos princípios jurídico-filosóficos que então lhe haviam dado corpo, mostrando-se refractário a todo e qualquer esforço da hermenêutica com vista à sua compaginação com a contemporaneidade. Constata-se, com efeito, um enorme desfasamento do Código de Processo Penal actual, face às correntes do pensamento jurídico-penal hodierno, consubstanciadoras de novos princípios e valores que dizem respeito ao pleno gozo da cidadania em democracia, tanto no que concerne a direitos individuais como a deveres para com a comunidade. Princípios e valores esses, exhaustivamente consagrados na Constituição da República e recentemente densificados no novo Código Penal, o qual, em vigor desde Julho do ano transacto, demanda agora a necessária adequação do direito adjectivo. Evidente, também a desadequação desse vetusto Código do Processo Penal com as realidades nacionais e internacionais deste dealbar do terceiro milénio, no concernente à preservação do tecido social, face ao surgimento de novas formas de criminalidade e recrudescer de outras, organizadas e violentas, que atentam contra a vida, a dignidade humana, a liberdade das pessoas e o Estado de Direito Democrático. É nesse contexto que foi o Governo autorizado pela Assembleia Nacional para aprovar um novo Código de Processo Penal”*.

E da que consta do Preâmbulo do próprio Código de Processo Penal, quando se sublinha que o *“Código de Processo Penal vigente em Cabo Verde é basicamente o*

Código de Processo Penal português aprovado pelo Decreto 16489, de 15 de Fevereiro de 1929, com as alterações e incorporações levadas a cabo em Portugal, tornadas extensivas ao antigo Ultramar português e poucas outras introduzidas pelo legislador cabo-verdiano após a independência do país. Uma análise, mesmo que perfunctória, desse Código e das subsequentes alterações que foi sofrendo ao longo do tempo, incluindo as produzidas já conseguidas a emancipação política, levam facilmente à constatação de que, na sua estrutura e finalidade, o processo penal ainda consagrado entre nós assume como característica fundamental a adopção de um regime de investigação penal do tipo inquisitório, onde toda a investigação é dirigida pela autoridade pública, indiferente quanto à possibilidade de contribuição do arguido para a descoberta da verdade. E como corolário de tal regime apresenta o processo penal cabo-verdiano uma feição marcadamente secreta em relação ao arguido, o qual se acha quase arredado da colaboração na investigação e de todo o andamento do processo, bem como segregado do contacto com a sua própria defesa, mesmo quando surpreendido com uma medida preventiva de coacção. Esse regime está claramente nos antípodas daquilo que se pode conceber para um País que, como o nosso, tem por bandeira o funcionamento de um Estado de Direito Democrático, onde refulge na Lei Fundamental o primado da presunção da inocência do arguido até que em sentença definitiva seja comprovada a prática de uma infracção penal. (...) Ora, para além de ser o Código de Processo Penal vigente um código dos inícios do século passado, que não pode reflectir os valores, os conceitos e a própria evolução dogmática de um direito processual penal moderno, o facto é que há já uma trintena de anos que sucedeu a independência do país, se procedeu à normação da estrutura e configuração jurídica e política do Estado e se pôs a vigorar, desde 1992, uma nova Constituição da República”. Neste sentido, arremeta, “Pretende-se, assim, adequar o processo penal à Constituição do País, a qual é balizada e atravessada por princípios e valores conaturais ao Estado de Direito Democrático”.

6.2.5. E dentre sentido e a extensão estabelecidos pelas alíneas 1) e 2) da Lei/43/VI/2004, de 7 de junho, publicada no *Boletim Oficial*, I Série, nº 17, 7 de junho, pp. 396, que concedeu autorização legislativa ao Governo, encontrava-se menção a fórmula segundo a qual “1. O novo Código deverá proceder à adequação do processo penal à Constituição do país, a qual é balizada e atravessada por princípios e valores conaturais ao Estado de Direito Democrático instituído, princípios e valores que se impõe a todas as leis e demais atos do Estado, do poder local e dos entes públicos em

geral, exigência radicada na ideia de que a Constituição deve ser vista e assumida não apenas como fundamento mas também como limite do poder do Estado. 2. O que deverá ser concretizado antes de mais através da adoção do conjunto de normas atinentes ao processo penal contidas na lei fundamental, designadamente (...); da publicidade das audiências”, referindo-se o mesmo, mais adiante, ainda que em termos menos taxativos, que “o diploma a ser aprovado pode consagrar a possibilidade do julgamento dos recursos em audiência contraditória, como efetivamente fez”.

6.2.6. Desse percurso fica claro que se estava perante um processo de alteração paradigmática do processo penal cabo-verdiano, com o objetivo precípuo de harmonizá-lo à Lei Fundamental da República e que a garantia do julgamento em audiências públicas em matéria criminal era parte integrante e indissociável desse desiderato.

6.3. O que ocorre é que aparentemente o legislador não tinha acautelado um elemento, que mais tarde veio a considerar relevante,

6.3.1. Já havia sido colocado pelo Conselho Superior da Magistratura quanto ao funcionamento do Supremo Tribunal de Justiça, o único órgão recursal ordinário à época, ao salientar no seu relatório anual que “*a nível do Supremo Tribunal de Justiça, os recursos vão passar a ser julgados, com muita frequência, em audiência, o que pressupõe, entre outros ingredientes, a existência de uma sala de audiências para o efeito o que, como é do conhecimento público, não existe nesse tribunal. Estando iminente a entrada em vigor desse diploma, sem que qualquer das condições para o efeito estejam a ser criadas nesta sede, o Conselho Superior da Magistratura não pode deixar de manifestar a sua mais profunda preocupação pela constatação e ao mesmo tempo expressar o seu justificado receio de ocorrência de desagradável perturbação na administração da justiça criminal caso não sejam criadas, em tempo, as mínimas condições para a entrada em vigor do Novo [C]ódigo de Processo Penal*” (Relatório sobre a Situação da Justiça, Praia, CSM, 2005, p. 18).

6.3.2. Preocupação essa que teve o devido eco societário, tendo sido coberta pelos principais periódicos gerais nacionais, constando, nomeadamente, no jornal *A Semana*, “Justiça sob o Pêndulo do novo Código de Processo Penal”, a. 15, n. 728, 30 de setembro de 2005, pp. 14-15, expondo essa preocupação com a ausência de condições mínimas que passariam, segundo o veículo de comunicação social, pela “*disponibilização de mais*

magistrados (...) e a existência de uma sala de audiências, para os casos de recurso”, informando ainda que “O CSM baseia, ainda, a sua preocupação, na experiência da entrada em vigor do novo Código Penal, a alteração reconhecidamente mais significativa a nível da Justiça em 2004 e quiçá, nos últimos anos, da reforma do sector, em curso desde a instauração da democracia. É que, nesse caso, a limitação de recursos humanos, e o consequente acúmulo de processos pendentes, vieram juntar-se à determinação de prazos de prescrição criminal introduzidos pelo CP e fizeram com que muitos processos acabassem por prescrever, sem satisfazer as demandas legítimas dos cidadãos”.

6.3.3. Aparentemente tais constatações foram consideradas atendíveis pelo Governo que levou ao Parlamento o diploma ora em discussão (v. “Imposições do Código [de Processo] Penal adiadas”, *A Semana*, a. 15, n. 733, 4 de novembro de 2005, p. 10), mas cujo encaminhamento ainda assim suscitou alguma reação, nomeadamente proveniente do próprio autor material do anteprojeto de diploma, o académico Jorge Carlos Fonseca, que sumarizou as suas preocupações num artigo de opinião ao vincar que *“Sem uma tal capacitação e sem vencer uma tal cultura ritualística, cresce a tentação do comportamento conservador, de rejeição do que surge como novo ou moderno, das reformas escudando-se, muitas vezes, em pretextos pouco consistentes como a «adaptação à realidade sociocultural», a ausência de «recursos humanos e materiais», a falta de «salas», sem esquecer a nossa velha maneira de opinar sem conhecimento de causa (às vezes, sem ler) ou de deixar para o último momento a tarefa que, responsabilmente, deveria ser feita tempos antes (p.e, há casos de agentes que, tendo um papel decisivo na aplicação de um novo Código, não o estudam na altura em que era projeto, desinteressam-se ou ignoram as múltiplas iniciativas de sua divulgação e debate, não conhecem sequer que há estudos já realizados sobre eles; quando entra em vigor o diploma, inicia o primeiro contato com o novo texto, sendo, naturalmente, surpreendidos, por dúvidas, receios e fantasmas). Como se fosse aceitável que se inviabilize ou adie uma reforma que se toma por importante (o novo Código de Processo Penal, por exemplo, cujo o projeto foi objeto de apreciação por uma Comissão de Acompanhamento, formada por magistrados, advogados e outros juristas, durante meses, de aprovação pelo Governo, antecedida de debate e aprovação parlamentar de uma extensa autorização legislativa), por razões meramente logísticas, muitas vezes ultrapassáveis facilmente e sem grandes custos (o custo de uma viatura, se for o caso)”*

(“O Estado da Justiça em Cabo Verde (1)”, *Horizonte*, a. VI, II Série, nº 378, 20 de outubro de 2005, p. 13).

6.3.4. No debate que se gerou no Parlamento, a proposta, na parte que nos interessa, foi apresentada pela Ministra da Justiça depois de dizer que “*para garantir a aplicação do Código de Processo Penal em coerência que o Governo trouxe a esta Casa Parlamentar a proposta de suspensão provisória, provisória repito*” com o seguinte conteúdo que se reproduz a partir das Atas da Sessão da Assembleia Nacional (versão áudio), cujo termo e objetivo seriam “*enquanto se conclui a criação de condições para a realização de audiências públicas para a produção de prova no Supremo Tribunal de Justiça, posto que a sala existente não garantia neste momento as condições que se considera ótimas*”, reiterando que estava consciente de que “*a comunidade jurídica cabo-verdiana via com alguma pena a suspensão, mesmo que provisória da disposição do Código de Processo Penal. Mas, para grandes males grandes remédios. O legislador tem de assumir as suas responsabilidades nessa matéria*” (da Reunião Plenária do Dia 25 de outubro de 2005, Praia, Assembleia Nacional, 2005 (áudio)).

Muitos deputados mostraram sérias reservas sobre a judiciosidade dessa medida. Foi o caso de Felisberto Cardoso do PCD que lembrou tratar-se de solução que, nas suas palavras, é exigida pela Constituição e forma de garantia do contraditório, lembrando que a solução nunca tinha sido posta em causa por ninguém desde que a iniciativa tinha começado a tramitar em 1999. Ademais entendia que a invocação de inexistência de uma sala de audiências era, nas suas palavras, “*quase ridícula*”, pois já se sabia desde aquela data que ela teria de existir. Acresce que pelas informações que tinha ela existe no Supremo Tribunal de Justiça e que já fora utilizada há pouco tempo. Coloca, então, a hipótese de existirem outras razões, nomeando a resistência, na sua opinião, sem fundamentos e de matriz corporativista, ao próprio poder democrático, que este não podia ceder, pois, reforça, a razão arrolada para justificar a limitação era, a todos os títulos, “*caricata*” (*Ibid.*).

O Deputado Mário Fernandes do MpD disse ter informações que havia resistência no seio da classe, considerando-a normal. Porém, não entendia como é que se podia considerar a possibilidade de justificar a suspensão com o argumento da falta de condições, designadamente porque, na sua opinião, as audiências podiam ser realizadas

fora da sede do Supremo, nomeadamente em locais vocacionados para eventos públicos, como colóquios ou fóruns (*Ibid.*).

Do lado do PAICV, o Deputado Arlindo Vicente Silva mostrando-se compreensivo lembrava que o que se estava a pedir seria uma suspensão de um mês ou dois meses, para garantir a eficácia das próprias normas do Código de Processo Penal e evitar que elas constassem somente do papel, e o Deputado José Manuel Andrade registou que muitos entendiam não haver condições de operacionalidade ainda, o que significava que a questão não fora ainda ultrapassada (*Ibid.*).

Na sua intervenção de resposta, a Senhora Ministra da Justiça, rebateu algumas críticas, nomeadamente de que tinha cedido a pressões de interesses corporativos, rejeitando tal imputação e deixando lavrado que se se conseguiu aprovar o Código de Processo Penal contendo as soluções que integra foi precisamente porque os tais interesses corporativos foram confrontados (*Ibid.*).

6.4. Mais especificamente sobre a razão de ser da iniciativa partilhou pormenores que se revelam decisivos para a determinação da finalidade justificante apresentada pelo legislador, asseverando que foi confrontada pelos interessados diretos com uma preocupação muito simples, que achou que deveria respeitar. Tratava-se do facto de haver no Supremo Tribunal de Justiça apenas uma sala de reuniões, onde o Conselho e esse tribunal superior se reuniam. Daí lhe terem colocado a questão de saber se seria digno ter juízes sentados ao redor de uma mesa com membros do próprio público ou se não seria preferível o Ministério da Justiça criar condições para que se pudesse realizar as ditas audiências com dignidade. Segundo disse a governante era isso que estava a fazer naquele momento e que seria uma questão de “*um mês, um mês e tal*” ter as condições necessárias para esse fim, pois estava já em curso um projeto para a criação de uma sala de audiência no Supremo. Portanto, não custaria nada esperar por esse tempo para que este importante órgão – como em qualquer parte do Mundo referiu – tivesse o seu espaço e o público também o seu (*Ibid.*). Nestas bases, o Deputado Arlindo Vicente Silva acolheu essa justificação e sugeriu que ficasse expressamente consagrado na disposição em causa que a suspensão seria provisória (*Ibid.*). A proposta foi colocada em votação e o diploma foi aprovado com trinta e seis votos a favor dos deputados do PAICV, um contra do deputado do PCD e quinze abstenções dos deputados do MpD(*Ibid.*).

6.5. Não se pode dizer que a questão tenha sido massivamente debatida entre nós, mas, não deixa de ser importante o registo,

6.5.1. com tons constitucionais, com que foi pintada em 2006 pelo Deputado Eurico Correia Monteiro, que não se coibiu aquando do Debate sobre o Estado da Justiça desse ano de denunciar que *“Deixando de lado a matéria de separação entre o juiz da pronúncia e o juiz de julgamento, cujos defensores da suspensão têm argumentos mais consistentes, mas perfeitamente rebatíveis, devo dizer que não é minimamente sustentável a tese que pretende inviabilizar a solução normativa que impõe as audiências públicas no Supremo Tribunal de Justiça. O argumento segundo o qual os advogados e os cidadãos não podem assistir aos julgamentos do Supremo por falta de sala, e por essa razão as sessões são reservadas apenas aos juízes, não pode ser levado a sério, sobretudo quando a situação se mantém há mais de um ano depois de ter sido invocado. Falta de sala? Será esse um grande problema em Cabo Verde, de sorte a inviabilizar uma disposição fundamental do Código do Processo Penal e da própria Constituição da República? Até quando se vai continuar a dizer que não existem salas? Os Juízes do Tribunal da Comarca da Praia estiveram cerca de um ano fora do Palácio da Justiça e em condições de instalação muito precárias, mas não invocaram a falta de salas, para não fazerem julgamentos públicos. Fez-se uso de escolas e até de casas particulares e ainda bem”* (Atas da Reunião Plenária do Dia 30 de Outubro de 2006, Praia, AN, 2006, p. 13).

6.5.2. E a intervenção do Deputado Mário Silva (MpD) interpelando o Ministro da Justiça com a seguinte questão: *“A lei que suspendeu os Artigos do Código do Processo Penal foi aprovada há um ano e dizia que era uma suspensão provisória. Ficamos sem saber até quando vai durar essa provisoriedade? Ou seja, queremos saber, já que quer debater e clarificar posições, a suspensão vai durar até quando? Um ano não foi possível para resolver os problemas que levaram à suspensão? É este o pedido que queria que fosse esclarecido”* (Ibid., p. 22).

6.5.3. Ao qual o governante responde em termos segundos os quais *“devo dizer que com respeito à provisoriedade da aprovação da lei sobre a suspensão daqueles Artigos do Código do Processo Penal, que a provisoriedade não deve demorar muito [...] é preciso ter em conta que a aprovação dessa lei foi em Julho do ano passado e depois disso o Parlamento entrou em férias parlamentares. Depois, seguiu-se a campanha, o*

processo eleitoral, depois houve todo um conjunto de acções que terminaram em Março e o Governo tinha que preparar o Programa do Governo, o Orçamento do Estado e estamos a trabalhar neste momento para uma nova arrumação em termos de organização judiciária. Esperamos [que] dentre em breve, nos próximos seis meses, ou menos até, teremos certamente soluções ou propostas para que se resolva esta questão. Relativamente à sala de audiências, só para lhe dizer que as obras vão iniciar nos próximos tempos e aguardamos a sua conclusão num prazo muito curto que não será nunca superior ao decurso dos próximos seis meses. Nessa altura teremos que ter a solução, de facto, porque essa provisoriedade não pode continuar por muito tempo sob pena de conspurcarmos a filosofia do Novo Código do Processo Penal” (Ibid., p. 22).

6.5.4. Seja como for, do debate parlamentar resulta claro que a finalidade apresentada se prendia com uma necessidade pontual de em curto espaço de tempo serem criadas as condições para que o Supremo Tribunal de Justiça pudesse realizar as audiências públicas conforme disposto no Código de Processo Penal a partir do seu artigo 463.

Como muitos apontaram não deixa de causar alguma perplexidade a evolução de um processo legislativo justificado com base numa situação que se realmente fosse impeditiva seria passível de ser prevista e acautelada com a devida antecedência, de tal sorte a evitar os efeitos deletérios causados à própria vigência da norma e ao bom funcionamento das instituições. Contudo, não é algo que por si só preocupa o Tribunal, mas simplesmente as suas dimensões que contenham questões constitucionais relevantes.

6.6. O Tribunal a este respeito não pode deixar de lidar com a alegação do recorrente de que “*Felizmente, ao contrário do que os [do] STJ quer[em] fazer crer, o representante da DEFESA (Amadeu Fortes Oliveira) sempre defendeu que o n.º 1 do Artigo 2.º da Lei N.º 84/VI/2005 que procedeu à Suspensão Temporária das Audiências Públicas para Produção de Prova no Supremo Tribunal não estatuiu, como consequência necessária, a imposição de todos os recursos serem decididos em “Conferência”, mas sim, essa suspensão somente determinava que sempre que o Supremo Tribunal de Justiça sentisse a necessidade de Realizar Audiências Pública para Produção de Prova, tal como previsto no Artigo 464.º/n.º4, Artigo 467.º/n.ºs 1, 2 e 3, Artigo 442.º/n.º2, - essa Produção/Renovação de Prova não se faria no Supremo Tribunal, em virtude de estar Suspenso a realização de audiências públicas de Produção de Provas no Supremo Tribunal, pelo que o Supremo*

*Tribunal somente determinaria os termos e a extensão das provas que deveriam ser renovadas (Nº 2 do Artigo 467º do CPP) e o Processo deveria ser remetido ao Tribunal Recorrido para a Realização de Novo Julgamento, em audiência pública contraditória, nos termos previsto no Nº 1 do Artigo 470º do CPP; - **Essa é a solução legal, estatuída no CPP e é esta a solução resultante da Constituição da República**”*

6.6.1. Neste sentido, a hermenêutica alternativa apresentada pelo recorrente para compatibilizar a disposição à Constituição, independentemente do seu mérito intrínseco no sentido de levantar possibilidade de interpretação que fosse compatível com a garantia constitucional subjacente, exigiria um entorse acentuado da expressão “*audiência pública contraditória*” que é utilizada pelo legislador no preceito legal e a consideração prevalente da epígrafe que menciona de facto “*suspensão de vigência de audiências públicas para produção de provas*”.

Naturalmente, fosse o poder judicial comum a fazê-lo em princípio nada esta Corte teria a dizer, mas também não se pode dizer que estava obrigado a interpretar o preceito dessa forma, por que a disposição legal é, de facto, construída no sentido de que ficam “*também suspensas provisoriamente as disposições do Código de Processo Penal referentes à tramitação dos recursos em audiência pública contraditória*”, abarcando os artigos 463 a 468 do Código de Processo Penal e outros. Portanto, não só as que se destinassem eventualmente à renovação da prova, mas igualmente aqueles que simplesmente tivessem por objetivo discutir as questões merecedoras de tratamento especial arroladas pelo juiz-relator e para a sustentação oral dos intervenientes processuais. Assim sendo, o âmbito da suspensão transcendia a mera produção de prova como erroneamente a epígrafe do artigo enuncia. Seja como for, fica claro que o legislador pretendeu, pelos motivos avançados, suspender, ainda que provisoriamente, qualquer audiência pública em matéria de processo criminal no Supremo Tribunal de Justiça.

É precisamente por isso que a questão constitucional se coloca. Na medida em que essa solução atinge potencialmente vários direitos e princípios objetivos previstos pela Constituição, é imperioso registar que, nos termos em que a finalidade foi apresentada, no bojo da norma estava um elemento temporal importante, o de ter vigência por curto período, que não deixa de ser relevante para o escrutínio que se lançou ao enunciado normativo desafiado.

Assim, com base na decomposição anunciada ancorada nos parâmetros diferenciados que se identificou, a questão que se segue é a de se saber se:

7. A norma constante do número 1 do artigo 2 da Lei n° 84/VI/2005, na parte em que, de acordo com a interpretação do Supremo Tribunal de Justiça, suspendeu a realização de audiências públicas contraditórias no órgão recorrido, quer abrangendo apenas as audiências para a produção ou renovação de provas quer abrangendo as outras audiências, enquanto não fossem criadas as condições para a sua realização, impondo desta forma necessariamente que os julgamentos realizados neste Tribunal passassem a ser feitos em conferência, viola o direito a um processo equitativo, o princípio do contraditório e o direito à ampla defesa?

7.1. É o primeiro problema constitucional levantado pelo recorrente e que importa a esta Corte responder. Todos esses direitos e princípios homólogos já foram tratados aqui e ali, uns mais amplamente, outros menos pelo Tribunal, pelo que se pode dizer que o seu conteúdo já esteja de alguma forma recortado, tendo o Tribunal sempre considerado que esses direitos estão intimamente ligados entre si, na medida em que as garantias ao contraditório e à ampla defesa são ambas, até pela sua ligação umbilical ao *Rule of Law* (*Império do Direito*), decorrências do próprio direito a um *due process*, que por sua vez deriva do direito à proteção judiciária, ou se assim se quiser do direito de acesso à justiça. Ainda relativamente a estes direitos uma outra questão já se encontra superada pela jurisprudência do Tribunal, no sentido de se considerar que, embora se possa afirmar que tais posições jurídicas não sejam especificamente direitos, liberdades e garantias, na medida em que exigem prestações iniciais por parte do Estado e a continuidade dessas prestações, no mínimo seriam direitos análogos a esta categoria de direitos e, portanto, merecedores da mesma proteção (vide: *Acórdão 15/2017, de 26 de julho, INPS v. STJ*, sobre a constitucionalidade do n° 2) do Art. 3° e o Art. 2° do DL 194/91, na interpretação que lhe foi dada pelo Presidente do STJ, no sentido de que fixa um prazo de recurso de cinco dias, independentemente de se tratar de um litígio decorrente de relação de trabalho estabelecida ou de litígio tendente à constituição de uma relação de trabalho, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n° 35, 6 de junho de 2018, pp. 844-856 e na Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional de Cabo Verde, Vol. IV, INCV, 2018 (2017), pp. 137-176/para. 3.1.2; *Acórdão n° 8/2018, de 25 de abril, Arlindo Teixeira v. STJ*, sobre o direito do arguido ser julgado no mais curto espaço de tempo, o direito à

liberdade sobre o corpo, a garantia de presunção da inocência, a garantia da subsidiariedade da prisão preventiva e o direito à legítima defesa, Rel: JC José Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 88, 28 de dezembro de 2018, pp. 11-21/para. 28; *Acórdão nº 10/2018, de 3 de maio, Joaquim Wenceslau v. STJ*, sobre os direitos de audiência e de defesa, a garantia de não ser despedido com base em motivos políticos ou ideológicos e de não ser prejudicado em virtude das suas opções político-partidárias, Rel: JP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 35, 6 de junho de 2018, pp. 869-884/para. 1.2.; *Acórdão nº 22/2018, de 11 de outubro, Martiniano v. STJ*, sobre o direito de acesso aos tribunais, Rel: JC José Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 76, 22 de dezembro de 2018, pp. 1824-1835/para. 2; *Acórdão nº 24/2018, de 13 de novembro, Alexandre Borges v. STJ*, sobre o direito ao contraditório, à audiência e ao devido processo legal e o direito à liberdade sobre o corpo, Rel: JC José Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 88, 28 de dezembro de 2018, pp. 1824-1835/para. 2.1).

7.1.1. Concretamente, em relação ao direito a um processo equitativo o Tribunal teceu-lhe no caso *INPS v. STJ*, sobre a constitucionalidade do prazo recursal de cinco dias em matéria laboral, decidido pelo *Acórdão 15/2017, de 26 de julho*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 35, 6 de junho de 2018, pp. 844-856 e na *Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional de Cabo Verde*, Praia, INCV, 2018 (2017), v. IV, pp. 137-176, algumas considerações no seguinte sentido: “3.2. *O direito a um processo equitativo decorre do número 1 do artigo 22 da Constituição, conforme o qual “a todos é garantido o direito de obter (...) mediante processo equitativo, a tutela dos seus direitos e interesses”.* Não se pode deixar de considerar que se está, pelos motivos já expostos, perante posição jurídica que tem, nada obstante portar uma dimensão notoriamente prestacional, uma natureza de direito, liberdade e garantia especial, portanto que gozaria de proteção conforme, nomeadamente à luz do artigo 26 da Constituição da República. Até por ser uma decorrência inevitável do princípio do Estado de Direito, já se tinha decidido que, com efeito, a esfera de proteção fundamental que é recoberta por esse tipo de direito e até a sua origem histórica militarizam favoravelmente ao entendimento de que são protegidos como os direitos, liberdades e garantias, não obstante sequer constarem do título alusivo aos mesmos. 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 prospetivos”.

7.1.2. Esta foi a consideração geral do Tribunal relativamente ao princípio, embora numa situação em que se aplicava a um caso que dizia respeito a questões de natureza laboral e civil, mas que não deixa, com as devidas adaptações, de ser válida e pertinente para o caso em apreço. Todavia, como o Tribunal teve a oportunidade de inferir, no tipo de situação como a que está em apreço – aplicação do processo penal – em que o direito aparece como uma garantia processual penal associada geralmente à liberdade sobre o corpo, a intensidade do escrutínio é ainda mais densa e apertada.

Assim, por meio do *Acórdão nº 24/2018, de 13 de novembro*, tirado no caso *Alexandre Borges v. STJ*, Rel: JC Pina Delgado, sobre violação dos direitos ao contraditório, de audiência e de defesa em processo criminal, a processo justo e equitativo, da liberdade sobre o corpo e da garantia de presunção da inocência e do direito a não se ser discriminado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 88, 28 de dezembro de 2018, pp. 2132-2157, em que o Tribunal teve que escrutinar possível violação a este direito, acolheu entendimento que se deve estender aos outros direitos escrutinados neste segmento e não só – que *“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”* (p. 2137, para. 2.1.2).

7.1.3. Quanto ao direito ao contraditório, que, como afirmado, é uma decorrência natural do direito a um processo equitativo, uma sua exigência inerente, pois que o processo jamais será justo, em processo penal, se ao arguido não for reconhecida a oportunidade processual de contra-alegar, caso assim entenda, e pelos meios que achar pertinentes, a acusação contra si deduzida nas suas diversas dimensões, o Tribunal no mesmo caso *Alexandre Borges v. STJ*, *Acórdão nº 24/2018, de 13 de novembro*, Rel: JC Pina Delgado, entendeu que *“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”*.

7.1.4. Relativamente ao terceiro dos direitos elencados que o recorrente entende terem sido violados pela decisão do Supremo Tribunal de Justiça que decidiu a sua questão em conferência sem antes realizar qualquer audiência pública contraditória, a Corte Constitucional já se tinha pronunciado na mesma decisão – *Alexandre Borges v. STJ*, *Acórdão nº 24/2018, de 13 de novembro*, Rel: JC Pina Delgado – com remissão para um outro caso decidido pelo *Acórdão 10/2018, de 3 de maio*, *Joaquim Wenceslau v. STJ*,

Rel: JCP Pinto Smedo, sobre o direito de audiência e de defesa e a garantia de não se ser despedido com base em motivos políticos e ideológicos e de não se ser prejudicado em virtude das suas opiniões político-partidárias, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, nº 35, 6 de junho de 2018, pp. 869-873, que “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 [Joaquim Wenceslau v. STJ] supracitado “No essencial, esses dois direitos [de audiência e de defesa] conferem ao arguido uma posição jurídica subjetiva que lhe permite[...] 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”.*

7.2. Antes de se proceder à análise do caso concreto *sub judice*, no sentido de se averiguar se a norma aplicada pelo egrégio pretório recorrido é incompatível com a

Constituição, mais um elemento essencial deve ser trazido à colação. Trata-se de uma questão que o Tribunal tem sempre discutido e que gira à volta da possibilidade ou não de se limitar os direitos, liberdades e garantias. O Constitucional tem considerado que seriam raríssimas as situações em que um direito, liberdade e garantia não poderia ser afetado, pendendo, portanto, no sentido de acolher a ideia de que essas posições jurídicas teriam um carácter relativo, podendo ser limitados, especialmente pela via da restrição, quando determinadas condições estiverem preenchidas, *máxime* as previstas pelos números 4 e 5 do artigo 17 da Constituição da República. E concretamente, face aos direitos ora sob escrutínio, já tinha cogitado esta possibilidade, tendo no caso *Alexandre Borges v. STJ*, Acórdão nº 24/2018, de 13 de novembro, Rel: JC Pina Delgado, considerado que *“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, nº 43, 27 de julho 2016, pp. 1421-1479/p. 1433 e ss; Acórdão nº 10/2018, de 3 de maio, Joaquim Wenceslau 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”*.

7.3. Feitas essas considerações gerais sobre os direitos objeto de escrutínio deste tópico, importa verificar se concretamente a norma constante do número 1 do artigo 2 da *Lei nº 84/VI/2005, de 12 de dezembro*, que suspendeu as audiências públicas contraditórias no Supremo Tribunal de Justiça, por falta de condições de ‘habitabilidade’, enquanto não fosse criado o suporte necessário à realização de sessões desse teor neste órgão, viola os direitos gerais ao processo equitativo, ao contraditório e de audiência e defesa.

7.3.1. Neste particular, há uma questão de base que deve ser desde logo precisada: certos parâmetros indicados pelo recorrente não parecem, *a priori*, passíveis de serem afetados no geral por essa norma, nomeadamente a garantia ao contraditório e a garantia geral ao processo justo e equitativo. A razão não tem a ver com uma ausência de conexão abstrata entre a realização de audiências públicas e o processo justo e equitativo – muito pelo contrário, note-se – bem assim como o do contraditório, mas sim da necessidade de as ter forçosamente em todos os níveis jurisdicionais ordinários à luz desses mesmos direitos, já que não se pode olvidar que no caso concreto, em princípio, a norma em si, somente suspendia a sua realização no Supremo Tribunal de Justiça. Por outras palavras, se é quase seguro que a preterição do dever de realizar audiências públicas contraditórias em todos os graus jurisdicionais seria notoriamente incompatível com a Constituição, atingindo o núcleo de todos esses direitos arrolados, a sua não previsão em relação a um órgão recursal de topo como o Supremo Tribunal de Justiça sempre seria menos evidente, partindo-se do princípio que continuariam a ser realizadas nos escalões judiciais inferiores.

Naturalmente, caso a questão se colocasse genericamente no sentido de se saber se os tribunais devem realizar audiências públicas como decorrência de posição jurídica fundamental gerada pela garantia geral ao processo justo e equitativo, não seria possível negar conexão entre uma norma a limitar toda e qualquer audiência pública perante os tribunais e essa garantia. Mais ainda se se tratar de aplicar a garantia ao processo justo e equitativo ao processo crime em que, em abstrato, os bens jurídicos pessoais em causa são de valor superior.

Nesta dimensão a garantia ao processo equitativo no tipo de processo em causa não se constrói somente com apelo à fórmula genérica do número 1 do artigo 22 da Lei Fundamental, mas desdobra-se no reconhecimento de várias das suas dimensões, nomeadamente de acesso à justiça penal, a garantia de julgamento por tribunal imparcial, de garantia ao contraditório e de paridade de armas na defesa e de poder se defender através de todos os meios disponíveis, de garantia ao juiz natural, de julgamento no mais curto espaço de tempo possível e, naturalmente, à publicidade do processo penal. Como se pode constatar a partir de qualquer análise da Constituição todas elas se encontram formuladas enquanto garantias constitucionais específicas, que, como tais, devem constituir-se em parâmetros autónomos e específicos de escrutínio de normas que recaiam

debaixo do seu alcance, sem descurar, naturalmente, situações residuais reconduzíveis, ainda assim, à fórmula geral.

A questão, porém, é que neste processo não está bem em causa consideração do princípio geral da publicidade do processo penal na sua dimensão de garantia de julgamento em audiência pública no geral, mas, antes, da sua aplicação também ao principal tribunal judicial do país, o Egrégio Supremo Tribunal de Justiça.

Isto porque não parece ao Constitucional que do facto de não haver audiência pública num órgão de topo da hierarquia dos tribunais judiciais, derivasse, à margem da garantia específica que será tratada no segmento posterior, uma afetação incompatível a esses direitos, considerando que, por um lado, o recorrente, já terá tido a oportunidade de contraditar a acusação em vários momentos diferentes argumentos e provas apresentados pela acusação e alegações de eventuais assistentes, não se desequilibrando necessariamente a relação processual porque também não se concede um poder nem ao Ministério Público, nem à parte civil, para serem ouvidos sem que se o garanta a um arguido. Destarte, preservando-se assim a igualdade de armas e realizando-se audiências em níveis jurisdicionais inferiores, a garantia ao contraditório não é vulnerada pela medida legislativa em causa.

7.3.2. Por conseguinte, a questão relevante neste particular, independentemente do regime previsto pela legislação ordinária, não tem tal nível de generalidade. Outrossim, visa apreciar se a sua exclusão específica no órgão de topo de hierarquia dos tribunais judiciais seria medida incompatível com a Constituição. Portanto, a questão é a de saber se a própria Lei Fundamental permitiria que se limitasse o exercício do contraditório e do direito de defesa em eventual audiência realizada no Supremo Tribunal de Justiça. Se a resposta à questão for afirmativa, a suspensão operada pela Lei de 2005 não atinge ilegítimamente esses direitos, afetando, entretanto, caso a resposta seja em sentido contrário.

O direito ao contraditório e o direito de defesa implicam que ao arguido sejam dadas oportunidades processuais para ser ouvido relativamente a factos que lhe sejam imputados, contraditá-los e trazer novos elementos ao processo, oferecendo os meios de prova que achar pertinentes para esse fim. Entretanto, estes direitos específicos já não exigem que ele tenha que o fazer, pelo menos a nível do órgão de recurso, em audiência

pública contraditória. Pode perfeitamente, apresentar a sua defesa por meio de alegações escritas, contradizendo quer as imputações do Ministério Público quer as do assistente e da parte civil.

Não parece que esses direitos em si exigiriam que a forma do seu exercício fosse necessariamente em audiência por meio de alegações orais a esse nível. Desde que se lhe permita o exercício do direito, não se afigura que haja uma afetação ilegítima incidente sobre a mesma.

Destarte, no caso concreto, o desvio em relação aos direitos ao contraditório e de defesa, operado pela *Lei nº 84/VI/2005, de 12 de dezembro*, não parece violar os números 4 e 5 do artigo 17 da Constituição. Primeiro, porque há previsão constitucional para a restrição, na medida em que tanto o artigo 22 como o artigo específico nesta matéria, o 35, remetem a regulação dos direitos derivados do princípio de acesso à justiça e das garantias processuais penais do arguido para a Lei. Entretanto, mesmo que assim não fosse, pela sua natureza, são direitos relativos que teriam que ser sempre limitados de alguma forma, com vista até a assegurar o exercício de outros direitos advenientes dos mesmos princípios.

Segundo, a lei que operou a restrição, sendo aplicável de forma ampla a qualquer pessoa que esteja na mesma situação, preenche a obrigação de dever ser de caráter geral e abstrato e não parece que tenha efeitos retroativos. Ademais, pelos argumentos utilizados, não viola o núcleo essencial dos direitos em causa, na medida em que continuam a poder ser exercidos, embora apenas não o possam ser em audiência pública, pelo que estas condições também se têm por verificadas.

De outro modo, não parece também que a questão da proporcionalidade se coloque, uma vez que, como argumentado, o direito ao contraditório e o direito de defesa não implicam necessariamente que o seu exercício, pelo menos no órgão de recurso do topo da hierarquia, tenha que ser realizado em audiência pública. Pode-se perfeitamente exercer o direito sem que tenha que ser necessariamente em audiência e pública audiência. Coisa diferente seria a situação em que o legislador não tivesse previsto o exercício dos direitos por parte do arguido perante o órgão de recurso, não podendo de todo contrargumentar os fundamentos da acusação, do assistente ou da parte civil. Entretanto, o legislador prevê a possibilidade de exercício do contraditório e de defesa quando estipula

nos números 1 e 2, do artigo 456 que “1. O requerimento de interposição ou a fundamentação serão, após o despacho de admissão do recurso, notificados aos restantes sujeitos processuais afetados pelo recurso, devendo ser entregues no número de cópias necessários” e que “2. Os sujeitos processuais (especialmente o arguido por razões óbvias) afectados pela interposição do recurso poderão responder no prazo de dez dias, contado da data da notificação da apresentação das alegações do recorrente”. Assim, prevê-se a possibilidade de o arguido poder se defender e contraditar os fundamentos apresentados quer pela acusação quer pelo assistente ou parte civil.

Pelo que, de acordo com os fundamentos utilizados, não se considera que a norma constante do número 1 do artigo 2 da *Lei nº 84/VI/2005, de 12 de dezembro*, na parte em que, de acordo com a interpretação do Supremo Tribunal de Justiça, suspendeu a realização de audiências públicas contraditórias no órgão recorrido, quer abrangendo apenas as audiências para a produção ou renovação de provas quer abrangendo as outras audiências, enquanto não fossem criadas as condições para a sua realização, impondo desta forma necessariamente que os julgamentos realizados neste Tribunal passassem a ser realizados integralmente em conferência, violava quando nasceu, o princípio do contraditório e o direito à ampla defesa, e através destes, a garantia ao processo equitativo.

Assim sendo, podendo-se considerar que, no geral, mesmo à margem de qualquer garantia específica – a que será considerada no próximo segmento decisório – da garantia ao contraditório e da ampla defesa e por extensão da garantia ao processo equitativo não resultaria necessariamente uma obrigação de previsão legal de audiências públicas no órgão de topo dos tribunais judiciais, fica por verificar se limitá-las depois de terem sido previstas por lei seria aceitável do ponto de vista constitucional, considerando as circunstâncias em que isso aconteceu.

7.4. Acresce que, em abstrato, por esse motivo, a questão que poderá exercer algum efeito constitucionalmente relevante não é a de se saber se o direito à defesa do arguido pode ser atingido pelo facto de não se realizar uma audiência pública em processo criminal, mas, essencialmente, se nas circunstâncias em que isso aconteceu, a medida não seria incompatível com esses preceitos constitucionais.

7.4.1. A razão para encaminhar a argumentação nesse sentido tem a ver com o facto de que – considerando os principais momentos do percurso dessa norma e o contexto em

que se procedeu à sua aprovação – não se trata simplesmente de situação em que o legislador resolveu limitar uma norma consagradora do direito à defesa, restringindo as possibilidades de um recorrente agir, nomeadamente limitando graus recursais, estabelecendo alçadas ou definindo prazos de reação, mas de afetá-la depois de ter conformado um direito genérico previsto pela Constituição estabelecendo determinado regime processual e modo de atuação através do Código de Processo Penal.

Procedendo desta forma, operou potencialmente uma restrição atípica de um direito, liberdade e garantia neutralizando os efeitos de uma norma legal de concretização de posição jurídica fundamental. Isto porque é evidente que a garantia de defesa do arguido está expressamente consagrada na Lei Fundamental da República e tem refrações sobre a possibilidade de haver audiências públicas perante qualquer órgão judicial. Todavia, como vários direitos ligados à proteção judiciária, tendo um conteúdo definível ainda que fluído, realiza-se também através de prestações públicas contínuas que mantenham os tribunais e os operadores judiciários ativos, assunto que será retomado com mais aprofundamento adiante.

Não obstante, no caso concreto, se ainda dúvidas pudessem subsistir se o direito geral de defesa, conforme consagrado no número 2 do artigo 22 da Constituição, seria um direito, liberdade e garantia, assim passível de ser protegido pelo regime especial de proteção associado a essa categoria de direitos, no que diz respeito à garantia de defesa do arguido, tais dúvidas não se colocariam de modo algum, nomeadamente em razão da posição clara que ocupa no segmento destinado a tal categoria direitos e pela associação instrumental à liberdade sobre o corpo.

Sendo assim, a ele é aplicável o princípio da aplicabilidade direta dos direitos, liberdades e garantias enunciado no artigo 18 da Carta Magna em termos segundo os quais, “*as normas constitucionais relativas aos direitos, liberdades e garantias (...) são diretamente aplicáveis*”. Considerando que desde há muito se abandonou a ideia de uma conceção de exclusão completa da possibilidade de existirem direitos, liberdades e garantias que se realizam primariamente através de prestações estatais, salvaguardada questão que se abordará no próximo segmento, em situações em que assim é, como acontece com o caso vertente, o que o legislador tem de fazer é interpor-se rapidamente para criar as condições regulatórias necessárias à concretização do direito, e ao poder

executivo materializar tais disposições legais com os aportes financeiros aprovados pelo Parlamento.

É importante reter esta questão quando se está a lidar com um direito complexo, o qual, apesar da sua natureza, realiza-se primariamente com prestações públicas, nomeadamente relacionadas à criação de órgãos judiciais, à construção de infraestruturas ou sua disponibilização, ao equipamento das mesmas e sua manutenção, à aquisição contínua de consumíveis, à aprovação de legislação organizatória e processual, ao estabelecimento de carreiras judiciárias, ao recrutamento de agentes e sua permanente remuneração, etc. Contudo, em razão do seu papel no Estado de Direito Democrático fica sujeito ao regime especial de direitos, liberdades e garantias construído sobre a lista tríplice de princípios do artigo 18º da Lei Fundamental da República, nomeadamente de aplicabilidade direta, de vinculatividade das entidades públicas e de vinculatividade das entidades privadas, e não às diretrizes aplicáveis aos direitos económicos, sociais e culturais, principalmente de reserva do possível, de aplicação progressiva e de flexibilidade na aplicação na dimensão de possibilidade do retrocesso.

Neste sentido, ao prever as normas consagradoras de audiências públicas em sede recursal, o legislador de 2005 que aprovou o Código de Processo Penal não estava a fazer mais do que cumprir uma obrigação constitucional e provavelmente tardiamente atendendo à obrigação que lhe impendia com base no mencionado princípio da aplicabilidade direta na dimensão de exequibilidade imediata, em relação a uma garantia fundamental desde 1992 prevista pelo número 7 do artigo 33 da Constituição Pátria (versão originária). Neste contexto justificava parcialmente a ausência de realização de audiências públicas na medida em que fosse necessário aos órgãos responsáveis tempo para conformar o Direito Organizatório e Processual aplicável e criar as condições físicas para tanto, sendo certo que não se pode olvidar que a necessidade de atos positivos do Estado para a realização da garantia ao julgamento em audiência pública em processo crime é somente primário, mas não pode ser tido por permanente. A partir do momento em que existam edifícios, carreiras, previsão legal de realização de julgamentos a obrigação estatal decorrente é negativa, em tese não se poderia obstruir a presença dos intervenientes processuais ou a participação do público, pois em tese qualquer ato nesse sentido, de base legislativa ou meramente executiva, corresponderia a uma afetação daquele direito.

Seja como for, foi depois de cumprir a injunção constitucional que os efeitos normativos da garantia fundamental foram castrados pela Lei de Suspensão de 2005, com a justificativa clara que seria provisória, e apesar de não se poder tomar ao pé da letra a expressão usada pelo proponente de ter a duração de no máximo um mês, um mês e tal, seria seguramente por um período curto.

Ora, se se levar em consideração esta fórmula, apesar do tortuoso processo legislativo em causa, no limite, a justificação apresentada pela Ministra da Justiça que se consubstancia numa necessidade premente por falta de condições, nas suas palavras ótimas, para assegurar a dignidade do Tribunal e a respetiva segregação de espaço entre juízes, intervenientes processuais e público no Supremo Tribunal de Justiça pelo curto período de tempo necessário para se criarem as condições materiais para tanto, no limite, seria constitucionalmente tolerável.

Embora aqui, com muita deferência para com o legislador porque, o facto é que se essa justificação se aplicaria à presença de público, no mínimo, a sala de reuniões que foi mencionada sempre permitiria, pelo menos, que dela pudessem participar os sujeitos processuais, como, de resto, ia acontecendo em outros processos.

7.4.2. Ultrapassando-se esta questão e aceitando a finalidade apresentada pelo legislador como tendo um fio de aceitabilidade, poderemos ver se essa norma à nascença era compatível com o direito à defesa. Lembrando que apenas se atendendo ao nome dessas audiências parece não haver dúvidas de que a intenção do legislador ao prevê-las, essencialmente, além de garantir a publicidade de audiências na Egrégia Suprema Corte de Justiça, assunto a ser abordado no próximo ponto, densificar a possibilidade da defesa neste órgão recursal, permitindo que o recorrente sustente oralmente as suas teses e, eventualmente, na hipótese disso estar em pauta, atendendo às condições legais, ocorra renovação da prova. O regime previsto nos artigos 463 a 468 do Código de Processo Penal revelam esta intenção do legislador, nomeadamente o número 2 do artigo 464 quando prevê que *“2. Serão sempre convocados para a audiência o Ministério Público, o defensor, os representantes do assistente e da parte civil e o arguido quando tiver sido julgado sem a sua presença nos termos do artigo 366.º”*, o número 5 do mesmo artigo na medida em que estipula que *“Seguidamente, o presidente dará sucessivamente a palavra, para alegações, ao Ministério Público e aos representantes dos recorrentes e dos recorridos, a cada um por período não superior a trinta minutos, prorrogável em caso*

de especial complexidade”, o número 6 deste mesmo artigo quando diz que “Não haverá lugar a réplica, sem prejuízo da concessão da palavra ao defensor, antes do encerramento da audiência, por mais quinze minutos, se ele não tiver sido o último a intervir” e o número 2 do artigo seguinte pois garante que “3. Se o legislador não comparecer e não houver lugar a adiamento, o tribunal nomeará novo defensor, sendo correspondentemente aplicável o disposto no n.º 2 do artigo 94.º”.

Todas essas disposições legais procuram sedimentar essas posições jurídicas especialmente quando o seu exercício deverá ser efetuado pelo arguido, sendo certo de que lhe garante sempre a representação na audiência por parte do seu defensor, sendo até que em certas situações a sua presença é obrigatória, tendo sempre o direito a contraditar os argumentos apresentados pelo Ministério Público e pelos representantes do assistente e da parte civil, inclusive tendo mais 15 minutos para apresentar a sua defesa nos casos em que não foi o último a intervir e garantindo a lei ainda que sempre estará representado na audiência quer seja pelo seu defensor quer seja por novo defensor nomeado pelo tribunal. Ou seja, com o regime previsto de audiências públicas contraditórias no Supremo Tribunal de Justiça, o legislador garantiu que os direitos ao contraditório e de defesa serão assegurados ao arguido, garantindo assim que o processo neste particular seja equitativo.

Todavia, tal facto ainda que seja bastante garantístico das posições subjetivas em análise, não implicam que o legislador não pudesse ter adotado um outro sistema menos protetor, ou mesmo que pudesse limitar ou mesmo suspender o exercício destes direitos nesta fase, isso com o argumento de que os direitos fundamentais não são absolutos e impassíveis de limitação por parte do legislador ordinário, nem mesmo os direitos, liberdades e garantias.

7.4.3. Outra questão, no entanto, é a de se saber se volvidos mais de dez anos (quase doze considerando a data da interposição do recurso e quase catorze atualmente) da sua aprovação esta norma ainda se conforma com a garantia de defesa em processo penal, já que a sua vigência continua a ser atestada pelo Supremo Tribunal de Justiça que a aplicou para fundamentar uma decisão num caso concreto. E aqui a resposta tem de ser necessariamente negativa e radicalmente negativa porque ela atinge a própria base de legitimação constitucional de qualquer afetação de direito promovida pelo legislador. Porque, como se tem considerado várias vezes, se as afetações a direitos operadas pelo

legislador não são repudiadas no geral pela Constituição, as que não perseguem qualquer finalidade ou tenha finalidade incompatível com a Constituição são anatemizadas pelo sistema de proteção de direitos fundamentais.

Em relação à norma desafiada nesses autos e que foi admitida a escrutínio de compatibilidade constitucional, se, em retrospectiva, a finalidade da norma era de criar uma situação indefinida ou tendencialmente permanente na prática de não aplicação das normas do Código de Processo Penal, considerando que a aprovação foi justificada pelo proponente como provisória e por um prazo de no máximo um mês e tal, haveria, no fundo, um vício inultrapassável de finalidade ilegítima que tornaria desnecessário submeter a questão aos demais critérios, posto que, por si só, atingiria a garantia à defesa, aqui limitada sem que exista finalidade legítima aparente.

Por conseguinte, se em relação à afetação objetiva de direito ocorrida em 2005, a Constituição poderia ser condescendente, considerando a finalidade apontada pelo legislador de visar somente a uma inibição provisória de vigência de normas destinadas a garantir o exercício mais amplo do direito à defesa por um período curto de tempo, em 2017, quando foi aplicada, a norma já tinha deslizado de forma irremediável rumo à inconstitucionalidade, afastando-se intensamente da Lei Fundamental. Só por isso já seria justificado declarar a sua inconstitucionalidade, mesmo que não houvesse uma garantia específica a impor a realização de audiências públicas em matéria criminal e há, conforme se analisará no segmento seguinte.

8 – A norma constante do número 1 do artigo 2 da Lei nº 84/VI/2005, na parte em que, de acordo com a interpretação do Supremo Tribunal de Justiça, suspendeu a realização de audiências públicas contraditórias no órgão recorrido, quer abrangendo apenas as audiências para a produção ou renovação de provas quer abrangendo as outras audiências, enquanto não fossem criadas as condições para a sua realização, impondo desta forma necessariamente que os julgamentos realizados neste Tribunal passassem a ser feitos em conferência, viola o princípio da realização das audiências públicas nos tribunais e a garantia da publicidade das audiências em processos criminais?

8.1. Questão diferente – e neste quadro essencial para o pronunciamento do Tribunal quanto ao presente desafio de constitucionalidade – igualmente suscitada pelo

recorrente tem a ver com a constitucionalidade da norma constante do número 1 do artigo 2 da *Lei nº 84/VI/2005, de 12 de dezembro*, na parte em que, de acordo com a interpretação do Supremo Tribunal de Justiça, suspendeu a realização de audiências públicas contraditórias no órgão recorrido face a princípios objetivos que determinam a sua realização nos tribunais e de normas constitucionais reconhecedoras de garantia fundamental que impõe a sua ocorrência em processo criminal.

Isso porque remetem a parâmetros muito mais taxativos e decisivos do que os que foram apreciados no quesito anterior, já que não decorrendo de fórmulas garantísticas genéricas aplicáveis a um conjunto mais ou menos vasto de atos processuais, mas dispondo especificamente sobre uma das dimensões do princípio da publicidade do processo penal, ínsito ao Estado de Direito Liberal, que decorre da Constituição da República.

8.2. Tal ligação é natural e impõe, de uma parte, que se reforce essa conexão umbilical, e, da outra, que se identifique qual das suas diversas dimensões está em causa no presente desafio de constitucionalidade promovido pelo Senhor Arlindo Teixeira.

A relevância da publicidade e a sua ligação ao princípio/garantia a audiências públicas em processo criminal têm sido vincadas pela doutrina da especialidade, mormente pela pátria, pronunciando-se Jorge Carlos Fonseca, “O Novo Direito Processual Penal de Cabo Verde. Dados de um percurso. Estrutura e Princípios Fundamentais”, pp. 138-139, no seguinte sentido: *“A exigência de publicidade das audiências de julgamento, com algumas exceções, figura igualmente entre os princípios fundamentais e garantias do processo penal. Trata-se, também aqui, de uma disposição que praticamente retoma um princípio do processo penal inscrito na Constituição cabo-verdiana (n.º 7 do art. 34.º). De alguma maneira se relaciona este princípio com outros, nomeadamente o da oralidade, ou, pelo menos, com um certo sentido de oralidade (o originário). Na verdade, a publicidade das audiências – exigências, aliás, que a CRCV estabelece no geral, para as audiências de quais quer tribunais (art. 210.º), enquanto um dos «princípios fundamentais da administração da justiça» - perderia muito do seu sentido garantístico (enfim, ela mostra-se como um instrumento que potencia as garantias de defesa do arguido em processo penal e a realização, pois, de um processo penal centrado na presunção de inocência), se os actos de julgamento fossem praticados na forma escrita. Neste sentido preciso, a oralidade surge, pois, como uma consequência*

da publicidade. A função de controlo social informal da realização da justiça – que se pretende seja feita em nome do povo (o art. 209.º, n.º 1 da CRCV diz-nos isso precisamente; entre os requisitos da sentença está a proclamação de que ela é proferida «em nome do povo de Cabo Verde» - n.º 1, a), do art. 403.º do C.P.P.), com independência e imparcialidade – e a de legitimação das decisões dos tribunais perante a comunidade estariam mitigadas sem a oralidade essencial do acto de julgar. Uma tal ligação com as garantias de defesa é visível na particularização – feita pela Constituição e retomada pelo Código, como vimos -, do princípio para o processo penal, e, sobremaneira, pela colocação do princípio entre as garantias do processo penal. É no domínio deste que, naturalmente, se fazem sentir de forma mais forte aquelas exigências atrás recortadas. Tanto assim é que se invoca a asserção de FEUERBACH, segundo a qual o público, seria ele mesmo, um participante do processo penal, numa perspetiva de processo democrático. Daí que se comine a falta da publicidade de audiência, excepto nos casos em que tenha havido lugar a exclusão ou restrição de publicidade (art. 350.º do C.P.P.)”.

O princípio da publicidade dos atos processuais penais poderá abarcar diversos momentos, como é natural, projetando-se de forma diferente sobre cada um deles porque a latitude que o poder público está autorizado a desviar-se do mesmo poderá ser mais ou menos circunscrito consoante a fase e o ato concreto em que se manifestarem, distinguindo-se igualmente o nível de publicidade que cada entidade pode ter, podendo considerar-se que *a priori* as expectativas de uma parte do processo serão sempre maiores do que um terceiro que não faça parte da causa ou de um integrante de órgão de comunicação social que, simplesmente, pretenda transmitir informação sobre o mesmo.

Seja como for, ela abarca necessariamente o acesso à acusação e às suas provas, a comunicação dos mesmos e permissão do seu conhecimento, a consulta dos autos, a possibilidade de se ser ouvido diretamente e presencialmente pelo Tribunal, a participação nas audiências públicas contraditórias, o acompanhamento da própria deliberação e a obtenção a própria decisão e os seus fundamentos, seja por via oral, seja por meio de comunicação por escrito e, além disso, a transmissão do processo através de veículos de comunicação social.

Em abstrato, posições jurídicas decorrentes desses direitos seriam apropriáveis por partes ou arguidos de processos, outros intervenientes processuais, por órgãos de comunicação social e jornalistas e pelo público no geral. Daí existir uma dimensão

interna – mais nuclear – da publicidade, que abrange os arguidos, partes e outros intervenientes processuais com posições subjetivas perante o processo em razão da própria garantia de defesa pública e de imparcialidade do tribunal; e uma projeção externa que alcança os órgãos de comunicação social em razão da liberdade de imprensa e de informar, e o público em função do direito a ser informado e de participar da administração da justiça, conjugando-se com o anterior, e pelo direito a ver a justiça a ser feita, já que em seu nome é aplicada.

Isso não significa que sobre elas não possa incidir afetação, nomeadamente operada pelo próprio legislador ordinário, desde que se o faça devidamente autorizado, através de lei geral e abstrata, cuidando de não produzir efeitos retroativos e garantindo que não atinge o núcleo essencial do direito e que a medida adotada é proporcional.

Neste caso concreto, não estão em causa todas as dimensões da publicidade do processo criminal, mas somente as que dizem respeito à fase de recurso que decorre perante um órgão judicial colegial, podendo abranger qualquer ato que se processe depois de interposto o mesmo. Nomeadamente os que ocorram num momento pré-decisório, de oitiva e de coleta de elementos, que antecede ao julgamento propriamente dito, especificamente de fase de audiências contraditórias para apresentação de alegações orais – etapa em que se realiza efetivamente o conteúdo básico da garantia à audiência pública, pois ouve-se os interessados perante terceiros, nomeadamente quanto a eventual reapreciação da prova. E além disso um propriamente decisório, em que se julga efetivamente, deliberando e decidindo, e uma pós-decisória em que se apura o sentido da mesma e se a comunica externamente.

É importante reter que, mesmo que se pudesse discutir se – na medida em que o princípio da publicidade também abarca um direito de acesso à deliberação dos tribunais e também um direito de tomar parte da comunicação das decisões do tribunal após deliberação pública, como acontece até com este tribunal em sede de processo de amparo – essas importantes questões assim formuladas não seriam objeto direto deste desafio de constitucionalidade, pois o que se questiona especificamente decorre de suspensão de norma legal que não impunha a publicidade da própria deliberação. Pois em relação a esta, a legislação aplicável, além de dispor que ela se realiza em conferência, não obriga que o Tribunal apresente o resultado da mesma – o julgamento, portanto, no sentido estrito – de forma pública. Simplesmente reserva, antes das mesmas acontecerem, um

momento para que os intervenientes processuais habilitados se possam dirigir aos juízes direta e oralmente, eventualmente reapreciem provas e isso seja acompanhado por cidadãos interessados.

8.3. O recorrente invoca duas bases constitucionais que, do seu ponto de vista, terão sido violadas pelo número 1 do artigo 2 da *Lei nº 84/VI/2005, de 12 de dezembro*, especialmente se entendido de acordo com a interpretação da egrégia corte recorrida, no sentido de que implicaria na suspensão de todas as audiências públicas contraditórias neste órgão, passando os julgamentos a serem feitos exclusivamente em conferência, primeiro, o número 4 do artigo 211, e, segundo, o número 9 do artigo 35.

8.3.1. A primeira disposição constitucional, constando do título V da Parte IV, relativo ao poder judicial, tem estipulação no sentido de que *“4. As audiências dos tribunais são públicas, salvo decisão em contrário do próprio Tribunal, devidamente fundamentada e proferida nos termos da lei de processo, para a salvaguarda da dignidade das pessoas, da intimidade da vida privada e da moral pública, bem como para garantir o seu normal funcionamento”*.

A sua natureza precípua não é de um direito fundamental em espécie que pode ser apropriado individualmente por pessoa que se transforma em seu titular. É, com efeito, um princípio objetivo decorrente do conceito constitucional de Estado de Direito e que integra a Constituição Judiciária do país, acolhendo uma das principais dimensões da publicidade do processo penal, conforme o qual o processo penal deve, por um lado, ser transparente, e, do outro, permitir a participação e acompanhamento de interessados e do público em geral.

Neste sentido, implica na rejeição da secretude do processo, âncora de abusos de poder de toda a sorte, e antecâmara de arbitrariedades cometidas contra os cidadãos pelo poder público judicial, e na adoção de um modelo que garanta, em diversos momentos e fases processuais, com intensidades diferenciadas, precisamente essa transparência e participação, as quais, do ponto de vista do preceito constitucional, só podem ser lateralizados em casos muitos específicos sujeitos a reserva de lei, já que a Carta Magna impõe que tal possibilidade venha tipificada por lei de processo, e aplicada no decurso de uma decisão do Tribunal com a devida fundamentação que ateste necessidade de proteger interesses públicos e individuais importantes, nomeadamente de salvaguarda da

dignidade das pessoas, da intimidade da vida privada e da moral pública, bem como o normal funcionamento do tribunal. Decisões tomadas caso a caso e sujeitas elas próprias a juízos de proporcionalidade. Destarte, enquanto tal prevê a regra de publicidade de todas as audiências em todo e qualquer tribunal e no julgamento de qualquer matéria.

Assim, segundo o comando do legislador constitucional, em regra, as audiências em qualquer tipo de processo são públicas, quer se esteja perante processo civil, quer defronte de processo criminal, laboral, administrativo, tributário e até constitucional. Esta disposição integra, pois, um princípio objetivo que impõe a qualquer entidade pública um dever de conformar a sua atuação no sentido de facilitar o acesso do público às sessões dos tribunais que sejam reservadas para ouvir as partes, os arguidos, a parte civil, o Ministério Público, eventuais terceiros interessados ou até, havendo, *amici curiae*.

8.3.2. Por sua vez, o segundo dispositivo, inserido no Título II da Parte II no artigo que reconhece os direitos processuais penais do arguido, com um carácter mais garantístico e subjetivo, determina que “9. *As audiências em processo criminal são públicas, salvo quando a defesa da intimidade pessoal, familiar ou social determinar a exclusão ou a restrição da publicidade*”.

Esta última disposição consagra uma garantia fundamental, no sentido de que as audiências nos tribunais são públicas em matéria criminal. Todavia, na situação concreta, seja qual for a interpretação que se faça de eventuais efeitos subjetivos do princípio objetivo acima recortado, não parece que a questão se colocasse, ou causasse problemas interpretativos de grande monta, na medida em que o legislador constitucional teve o cuidado de garantir que em processo criminal, ao contrário do que acontece em outras paragens, se está defronte de uma verdadeira garantia individual, ao consagrá-la ao lado de outras importantes garantias processuais penais.

Precisamente porque ele quis reforçar as garantias de defesa do arguido e garantir que o julgamento crime possa ser controlado publicamente por todos que – em tese sempre poderão assisti-lo e fazer as apreciações que entenderem a seu respeito – no sentido de se fiscalizar se o mesmo foi realizado com transparência e imparcialidade. Aqui, não em razão de interesse social e popular no acompanhamento da justiça, mas como pressuposto de garantia de processo justo e atuação imparcial do Tribunal e

precaução contra qualquer manejo inadequado do sistema judicial que pudesse atingir os direitos e interesses de qualquer arguido.

Além disso, o argumento de que seria uma autêntica garantia individual, portanto confirmando a sua natureza subjetiva, sempre poderia ser reforçado com recurso à orientação de interpretação conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos resultante do número 3 do artigo 17 da Lei Fundamental e que remeteria ao artigo 10 desse ato da Assembleia Geral das Nações Unidas, o qual estipula que *“Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial (...)”*. Ou alternativamente permitindo considerar o Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos no seu artigo 14 estipula que *“(...)Todas as pessoas têm o direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial (...)”* e continua estabelecendo que *“as audições à porta fechada podem ser determinadas durante a totalidade ou em parte do processo, seja no interesse dos bons costumes, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, seja quando o interesse da vida privada das partes em causa o exija, seja ainda na medida em que o Tribunal considerar absolutamente necessário, quando, por motivos das circunstâncias particulares do caso, a publicidade prejudicasse os interesses da justiça”*, posição subjetiva que, caso não prevista pela Lei Fundamental, sempre poderia permitir, à luz dos critérios utilizados por este Tribunal derivados do número 1 do mesmo artigo 17, a sua incorporação ao sistema cabo-verdiano de direitos fundamentais, ou até proceder ao controlo de convencionalidade da norma por possível violação indireta da Carta Magna.

Pelo que não restam dúvidas de que a figura da publicidade das audiências em processo-crime é uma verdadeira garantia individual e que, portanto, merece toda proteção reservada constitucional e legalmente aos direitos, liberdades e garantias.

8.3.3. Assim, tendo ficado estabelecida a natureza da figura jurídica de obrigatoriedade de audiências públicas nos tribunais, especialmente em sede criminal, faltaria delimitar o seu âmbito, nomeadamente o seu conteúdo essencial e eventuais camadas acessórias de proteção, com vista a se aferir a possibilidade de eventuais limitações ao mesmo, bem como até aonde é que pode chegar o nível dessas afetações. Isto porque, como o Tribunal já teve a oportunidade de sustentar em várias situações, os direitos, liberdades e garantias em regra não são absolutos, mas existem certas condições

para a sua limitação, especialmente a operada pela via de restrição, a que mais importa no caso concreto. Relevante neste contexto é que, para o Tribunal Constitucional, mesmo nos casos em que o direito assuma a forma de garantia e seja construído normativamente como regra e não como princípio, dada a não absolutidade dos direitos, admite certos desvios em relação ao padrão estabelecido desde que estes sejam estritamente proporcionais.

Pela sua natureza, verifica-se que o direito ora sob escrutínio não é absoluto, desde logo porque o próprio legislador constituinte estabeleceu algumas situações em que a garantia deverá mesmo ser limitada, por entrar em conflito com outros direitos e interesses públicos relevantes que teriam que ver, de acordo com a própria letra do dispositivo constitucional, com a defesa da intimidade pessoal, familiar e social. São essas as situações que legitimariam uma eventual exclusão ou restrição da publicidade de audiências no geral e em processo criminal.

Por esse motivo, mesmo que se ateste a obviedade que é a existência do princípio objetivo que impõe a realização de audiência pública em todos os tribunais e abstratamente em qualquer tipo de processo e a garantia especial e determina essa fase de forma ainda mais taxativa em processos criminais, isso não significa que o legislador não possa considerar alguma finalidade legítima que justifique a afetação desses direitos, eventualmente configurando o regime jurídico ordinário com regras que atinjam objetivamente esse princípio e/ou garantia, mas de modo compatível com a Lei Fundamental da República, e não imponham a realização de audiências em todos os tipos de processos ou em todas as fases de tramitação.

Pode, caso assim o entenda, em relação ao artigo 211, desviar-se do padrão estabelecido caso, por exemplo, entenda que, numa determinada situação, e depois de ponderar os interesses em causa, que o funcionamento do tribunal poderá ser melhor servido prescindindo-se de audiência pública, seja porque ela é prospectivamente inócua, não sendo passível de inserir elementos novos que possam ajudar à boa decisão da causa, nem reforçar objetivamente a efetividade da defesa, seja porque poderá implicar numa dilação excessiva do tempo do processo que não seja justificado pela nova oportunidade de interlocução entre o tribunal e os sujeitos processuais. Ou então porque se trata de processo marcado por uma celeridade tão grande que se torna incompatível com a realização de audiências de interessados e/ou porque porta natureza objetiva que lhe

afasta de tal forma de interesses subjetivos que não há verdadeira tutela de posições jurídicas individuais que o legitime.

Haverá, de certo, outras finalidades que poderiam ser invocadas, as quais seriam analisadas caso a caso pelo Tribunal se fosse convocado a decidir. Não é isso que é relevante neste momento, mas sim asseverar que não foi o que aconteceu neste caso, daí a atipicidade dessa afetação feita pelo legislador. Não se está perante uma situação em que o Tribunal é chamado a agir porque o legislador atinge um princípio objetivo e afeta concomitantemente um direito fundamental ao aprovar norma que os atinge de alguma forma, por exemplo, determinando que não há audiência pública no Supremo Tribunal de Justiça.

Outrossim, o que fez foi diferente, pois, primeiro, concretizou as suas obrigações constitucionais, efetivamente prevendo a possibilidade de tais audiências, para, depois, neutralizar essa norma com uma norma não de revogação – pois esta teria o efeito acima assinalado – e inserção de um novo regime processual para o recurso nesse particular, mas de suspensão de produção de efeitos daquelas normas que garantiriam a realização de audiências públicas contraditórias. É nesse quadro particular e anômalo que o Tribunal Constitucional se deve pronunciar sobre a norma impugnada nesse segmento à luz do parâmetro assinalado.

8.4. Parece, todavia, ser pertinente que, antes que se proceda à análise dessas condições de afetação, no sentido de se ver se o seu regime jurídico, claro com o fito final de se analisar se a limitação operada ao direito pelo número 1 do artigo 2 da *Lei nº 84/VI/2005, de 12 de dezembro*, é constitucionalmente legítima, se deve, em primeiro lugar, procurar delimitar o âmbito desta garantia individual.

Naturalmente, isto tem que passar necessariamente pela delimitação do sentido normativo-constitucional dos seus termos: “*audiência*”, “*pública*” e “*processo criminal*”. Relativamente ao último termo não parece que traga problemas maiores em que é termo amplamente conhecido pelos operadores de direito.

A questão mais importante seria responder se não abarcaria, sempre sujeito a afetações e conformações ordinárias, também outros tipos de processo, especialmente os sancionatórios, no sentido de se estender o mesmo nível de proteção à garantia que se

eventualmente se reservaria para o processo criminal. Não que se esteja a perguntar se as audiências em outros tipos de processo devam ser públicas, na medida em que este facto já se encontra superado, pois ao que o Tribunal fundamentou *supra*, o número 4 do artigo 211 preveria uma garantia individual de audiências públicas em qualquer tipo de processo, mas se se deve estender o mesmo tipo de proteção principalmente aos outros tipos de processo sancionatórios que se reconhece para o processo criminal.

Isto porque ainda que possam decorrer da mesma garantia, o nível de proteção não é a mesma. A publicidade em processo civil e em processo penal não têm o mesmo significado e, neste último tipo processual, a proteção é mais reforçada e, portanto, o nível de escrutínio a ser adotado tem que ser naturalmente mais apertado. Com efeito, tendo em conta a intenção do legislador constituinte de estender os direitos de defesa aos outros processos sancionatórios, em 2010, com a revisão constitucional, parece não ser irracional considerar que também, neste aspeto particular, seria possível projetar o nível de proteção reservado ao processo criminal pela Constituição no sentido de abarcar qualquer outro processo sancionatório, ainda que admitindo-se a possibilidade de o ser em relação a cada espécie de processo de acordo com a sua natureza, algo que a acontecer por via legislativa, mereceria uma análise independente de conformidade constitucional.

Por conseguinte, as questões mais complexas teriam que ver com o termo “audiência pública”, especialmente o primeiro, pois conceito de audiência está longe de ser unívoco, mas também não impassível de precisão se consideramos que decorre da expressão latina *audire*, ouvir, de onde resulta a palavra *audientia*, algo que serve para ouvir. Daí o *Houassis* referir que se trata “do ato de ouvir ou de dar atenção àquele que fala; ato de receber alguém com o intuito de escutar ou de atender sobre o que fala ou sobre o que alega (...)” (p. 443). Por conseguinte, do ponto de vista normativo, o conceito deve ser entendido como um momento em que o Tribunal ouve e fala aos sujeitos processuais, interage com eles, ausculta, pergunta e toma nota do alegado e do que se pretende provar. Enquanto tal, ela abrange simplesmente a relação entre o tribunal e os sujeitos processuais, não necessariamente com o público não diretamente interessado na lide.

Apesar dessa ressalva, o legislador constituinte não se limita a utilizar neste caso a palavra audiência, mas, antes, conjuga-a com a palavra “pública”, que, pela sua própria natureza de abertura e de interesse geral tem um alcance maior, uma vez que transcende

aquilo que pode ser considerado como reservado aos principais interessados, mas abrange qualquer pessoa. Então, transforma a ideia de audiência em mais do que um ato dialógico entre o tribunal e sujeitos processuais, mas sim um ato de comunicação universal, o qual abrange potencialmente qualquer pessoa que integre a comunidade política.

Por este motivo, a garantia à audiência pública dá margem a dois efeitos conjugados, mas independentes. Primeiro, os arguidos têm um direito à audiência, ou seja, a serem ouvidos e a ouvirem o tribunal, portanto a com ele se comunicarem; segundo, eles e quaisquer outras pessoas e órgão de comunicação social têm um direito a participar desse ato, não sendo lícito impedir-lhes a entrada se o pretenderem fazer, a menos que se esteja perante uma das situações tipificadas que legitimam a não realização das mesmas.

A abrangência do direito pode ir desde o seu conteúdo mais tradicional e claro que é o de audiência de discussão, ao julgamento no sentido da própria deliberação dos tribunais e sua comunicação. Parece que entendendo o direito de assistir o julgamento como o direito de ver a justiça a ser feita pelos tribunais, com vista ao seu controlo, abarcaria, além do direito de ver as provas a serem produzidas, os factos a serem discutidos pelos diversos intervenientes processuais, o modo como o tribunal dirige a audiência, também o direito de ver e assistir, para poder controlar mais efetivamente que a justiça esteja a ser feita de forma imparcial e transparente, o próprio processo deliberativo dos juízes integrantes dos tribunais, embora qualquer dessas suas vertentes possam ser limitadas por interesses públicos predominantes.

Além disso, releva saber se essa publicidade abarcaria apenas o direito de assistir ou também o direito de transmitir e relatar o conteúdo da audiência publicamente. A primeira vertente implicaria que os tribunais devessem ter as suas portas abertas para qualquer pessoa que queira assistir determinada audiência a possa acompanhar, pelo que o Estado terá necessariamente que criar as condições para o efeito, nomeadamente um espaço físico apto a permitir o acesso do público, onde a audiência deverá ser realizada. Parece, com efeito, que o direito implicaria também a possibilidade de se relatar por quaisquer meios lícitos os factos que acontecerem nas audiências, pelo que deve ser facultado acesso dos jornalistas às audiências que poderão relatar os factos, transmitindo-os ao público em geral, embora neste aspeto sempre também se poderá estabelecer certos limites desde que não violem ilegitimamente o direito.

Ainda relacionado com o âmbito desta garantia fundamental restaria a questão de se saber se ela se estenderia às instâncias de recurso, ou se, pelo contrário, bastaria que se garantisse publicidade nas instâncias e na Relação – que não são abrangidos pela Lei de Suspensão de 2005 – para se considerar que o direito se realiza. Trata-se de questão de extrema relevância para o caso em apreço, na medida em que a questão se coloca num órgão recursal. Sobre ela parece que a interpretação constitucional da garantia é que, em princípio, todas as audiências criminais devem ser públicas, independentemente da instância em que forem realizadas.

8.5. Assim, parece que do ponto de vista constitucional as audiências criminais no Supremo Tribunal de Justiça têm que ser públicas, a menos que razões ponderosas levassem o legislador a afetar por via legislativa esse direito, o que ele não fez, com o sentido normal que se atribui a esse tipo de afetação, pelo menos na fase que importa para efeitos deste processo, a destinada a ouvir os arguidos. O que aconteceu foi outra coisa. Como já relatado, na verdade, ele concretizou uma imposição constitucional e fê-lo com a intensidade que lhe ocorreu por meio do Código de Processo Penal, materializando o efeito relacionado ao direito à audiência em matéria criminal dos arguidos e determinando igualmente que ela fosse pública, contudo, mais tarde, optou pelos motivos já expostos, por obstruir a produção de efeitos das normas relevantes suspendendo a sua eficácia.

8.6. Tendo feito este enquadramento geral, a próxima etapa passa necessariamente pela avaliação concreta dos meandros do caso, com vista à decisão final sobre a operação levada a cabo pelo número 1 do artigo 2 da *Lei n° 84/VI/2005, de 12 de dezembro*, no sentido de se pronunciar se ela seria inconstitucional ou não.

8.6.1. Do ponto de vista do órgão recorrido esta operação foi perfeitamente válida e, nos termos como interpreta esta disposição legal, ela teria suspenso todas as audiências públicas contraditórias neste órgão e por conseguinte ditado que os julgamentos em sede de recurso na última instância judicial teriam que obrigatoriamente ser realizados em conferência, que, conforme indica, aconteceriam a porta fechada com a presença exclusiva dos juízes e do oficial de justiça competente. E relativamente ao argumento utilizado pelo Ministério Público de que o *Decreto-legislativo n° 5/2015, de 11 de novembro*, que procedeu à revisão do Código de Processo Penal teria revogado essa lei, contra-argumenta que, na medida em que a Lei de 2005 é uma lei que dispõe sobre o funcionamento do Supremo Tribunal de Justiça, uma vez que determina, segundo

entendem, que os julgamentos deverão ser realizados em conferência, somente uma outra lei poderia revogar a de 2005, pelo que o Decreto-legislativo padeceria de uma inconstitucionalidade orgânica.

O raciocínio do órgão recorrido é formalmente lógico do ponto de vista legal e constitucional e tem fundamento a esse nível estrito que mereceria toda a consideração e ponderação caso fosse esta a questão de fundo. Parece-nos que efetivamente não será este o problema nodal, pois é a própria versão originária da Constituição que relativamente a esta matéria já estipula e impõe a que as audiências em matéria criminal sejam públicas, consignando, especialmente, que as alegações finais orais e eventualmente a reapreciação da prova seja feita necessariamente em audiência pública, pelo que em tese o funcionamento em conferência só poderia ser excecional nessa fase, caso se encontre algum interesse público predominante que justifique a limitação do princípio e da garantia constitucional neste quesito.

Se considerarmos que a garantia à audiência pública nesta matéria, do ponto de vista constitucional, abarcaria em simultâneo três esferas principais, a saber; a de os arguidos serem ouvidos pelo tribunal e, de forma pública, nomeadamente por aplicação do número 7 (*“o [...] direito de audiência em processo criminal (...), é inviolável (...)”*), e presencialmente e eventualmente a interagirem com ele; a de poderem acompanhar a deliberação do Tribunal; e a receberem comunicação dessa decisão, correspondendo, respetivamente a referentes a um momento pré-decisório, a um momento decisório e a outro pós-decisório, o legislador, com o regime inserido no Código de Processo Penal simplesmente está a obrigar o tribunal de recurso em causa a concretizar o primeiro, não o determinando nos mesmos termos em relação aos demais.

Porém, já nessa operação, por si só restritiva, livrou-se a primeira dimensão designada dessa garantia, a única não atingida pelos cortes legais e que tinha sido preservada pelo legislador ordinário, que optou por não a afetar. Não o fez e nem sequer é fácil fazê-lo do ponto de vista constitucional, porque não haveria muitas finalidades idóneas disponíveis que pudessem legitimar a exclusão de audiências públicas em matéria penal no Supremo Tribunal de Justiça num tipo de processo em que podem estar em jogo bens jurídicos supremos, como a liberdade, e cuja natureza é por si só marcada pela oralidade. Uma fase de um processo que mais do que as outras carece, para o bem do arguido e da sociedade, de acompanhamento e controlo público. Naturalmente, o

legislador está ciente de que a previsão de audiências públicas neste tipo de processo comporta os seus ônus, exigirá que se reserve tempo da pauta para os realizar, poderá fazer postergar um pouco mais a prolação da decisão e pressionar o tribunal no que toca ao cuidado com eventuais prazos de subsistência de medida cautelar ou até prescricionais, cria necessidades organizatórias, nomeadamente de segurança, mas, tudo isso, ainda assim, não é suficiente para ultrapassar os notórios benefícios que a audiência pública gera.

Não só em termos de incremento material das garantias do próprio arguido, que transcendem a pessoa em si, e alcançam a todos os integrantes da sociedade que potencialmente podem ser comparecer perante a justiça penal, mas também de reforço da confiança das pessoas com a sua realização e com os seus tribunais, os quais carregam parte da soberania que emprestam, de transmissão da sensação de segurança à sociedade no sentido de que o direito está efetivamente a ser aplicado, de difusão da imagem institucional dos tribunais enquanto órgãos de justiça e de proteção de direitos, da pedagogia e de propagação das virtudes de um processo penal que inocenta quando não se prova a culpa e que reintegra o direito violado quando se consegue atestar além de dúvida razoável.

Muito diferente até dos casos em que a fase verdadeiramente decisória é aparentemente afastada do público com a fórmula do número 1 do artigo 468 do Código de Processo Penal segundo a qual “*encerrada a audiência, o tribunal reunir-se-á para deliberação*” porque esta – que também poderia ser pública –, como acontece com o recurso de amparo no Tribunal Constitucional, foi excluída pela Lei – ainda assim o efeito restritivo é evidente, ainda que não necessariamente inconstitucional, questão a respeito da qual o Tribunal não se pronunciará neste momento –, podendo até haver, em abstrato, boas razões para isso, considerando que o legislador pode considerar, com maior convencimento, que a troca de argumentos no quadro de um órgão judicial coletivo beneficia-se de algum recolhimento, podendo, pela sua natureza e possibilidade de avanços e recuos argumentativos, favorecer decisões colegiadas muito mais do que se se processasse em público, em situações em que se pode mais facilmente descambar para discussões retóricas das quais resultam decisões menos consistentes do ponto de vista técnico e argumentativo. Ou ainda da fase da comunicação da decisão em que o valor acrescentado de uma comunicação pública, nomeadamente relacionados ao próprio

direito à informação e a solenidade que pode implicar, são mais facilmente cobertos pela alternativa de se proceder a tais comunicações por escrito, nomeadamente através de notificações judiciais e publicação em jornal oficial, coletânea própria e em plataformas digitais das decisões, permitindo o acesso comunitário às mesmas.

Enfim, não parece a este Tribunal que haveria alguma margem constitucional para se permitir que o legislador ordinário suprimisse completamente as audiências públicas contraditórias seja em qual momento processual se estivesse a operar, nem mesmo, por motivos que se explicitará adiante, se se conseguisse apresentar uma finalidade assente em interesse público que lograsse cobrir o sacrifício da garantia individual que geraria com tal solução e o prejuízo ao próprio interesse público da transparência e participação dos cidadãos na administração da justiça que promoveria.

Não parece, por conseguinte, que seria o caso de se discutir quem é que teria competência para determinar como é se deve regular o modo de funcionamento dos tribunais, pois trata-se de questão relativamente clara, ou de se saber se o Governo teria competências no âmbito de uma autorização legislativa para revogar a Lei de 2005. A verdadeira questão aqui se prende com o facto de se saber se a própria Assembleia Nacional teria competência para impor, sem apresentar qualquer interesse público com peso suficiente, que os julgamentos no Supremo Tribunal de Justiça em matéria criminal passassem a ser proferidos sem que preceda realização de audiência pública.

E relativamente a esta questão quando se fala da Lei de 2005 ora sob escrutínio a mesma coisa pode ser dita sobre a Lei de Organização dos Tribunais Judiciais. É que a Corte recorrida parece inferir que haveria uma orientação por parte do legislador ordinário de que os julgamentos aí realizados deveriam ser em conferência. É o que parece resultar das suas afirmações quando diz que no Acórdão nº64/2017 que *“Compreender-se-á até mais facilmente o acerto dessa conclusão se se considerar que esse Decreto-legislativo do Governo está, em discrepância com a Lei de Organização, Competência e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (a Organização Judiciária), que lhe é anterior, na parte em que esta prevê que os Tribunais da Relação funcionam em “conferência”.*”

Embora o Tribunal não possa fiscalizar nenhuma norma da Lei de Organização Judiciária na medida em que tal não lhe foi requerido, pode sempre utilizar quaisquer

normas de quaisquer disposições legais com vista à fundamentação adequada de qualquer desafio de constitucionalidade que tenha que decidir.

A disposição legal da Lei de Organização Judiciária em que o órgão recorrido parece se fundamentar essa sua decisão é o artigo 38 que, dispondo sobre o funcionamento dos Tribunais da Relação, estipula que os mesmos funcionam em conferência, composta por três juízes. Não parece a este tribunal que esta disposição legal queira estipular que esse tribunal poderá julgar sem antes ouvir os arguidos e outros intervenientes processuais, mas sim indicar que os tribunais da relação seriam órgãos coletivos compostos por três juízes que atuam em bloco, pois, caso contrário, além de ser extremamente difícil, ou mesmo impossível, conciliar esta exigência com os artigos 211, número 4, e 35, número 9 da Lei Fundamental, e menos ainda conciliá-lo com a própria Lei de Organização Judiciária que, no artigo 9, repetindo o que a Constituição já havia estipulado, consagra o princípio da publicidade de audiências nos tribunais, *rectius* em todos os tribunais. Nestes termos parece que a própria Lei reforça o entendimento constitucional que as situações em que os tribunais tenham de obrigatoriamente conduzir para ouvirem os sujeitos processuais, sobretudo o arguido, devem permitir o acesso de público.

8.6.2. Em relação ao problema concreto, o de se saber se a norma constante do número 1 do artigo 2 da *Lei n° 84/VI/2005, de 12 de dezembro*, na parte em que, de acordo com a interpretação do Supremo Tribunal de Justiça, suspendeu a realização de audiências públicas contraditórias no órgão recorrido, quer abrangendo apenas as audiências para a produção ou renovação de provas quer abrangendo as outras audiências, enquanto não forem criadas as condições para a sua realização, impondo desta forma necessariamente que os julgamentos realizados neste Tribunal passassem a ser feitos em conferência, viola a garantia da publicidade das audiências em processos criminais, a resposta passa necessariamente pela análise das condições de afetação – neste caso restrição – como elencados acima.

Mesmo com a ressalva supramencionada, para explorar todas as possibilidades destinadas a salvaguardar a viabilidade constitucional de norma com tal teor, a Corte Constitucional operará a dois níveis, um levando em conta que a restrição atípica que aconteceu poderia ser considerada própria, no sentido de que o legislador, como já se considerou, entendeu acertada, na prática, revogar a solução que adotara com a aprovação

do Código de Processo Penal, promovendo, então, edição de nova norma que definia o afastamento de qualquer interlocução presencial entre o tribunal e os sujeitos processuais e o público a esse nível recursal.

Nestes termos, em relação o princípio objetivo previsto pelo artigo 211, número 4, da Constituição, garantiria maior maleabilidade ao legislador, no sentido de poder desviar-se dela e conquanto não a descaracterize, desde que existam razões ponderosas. Não se podendo falar neste particular do núcleo essencial de um direito, nem sequer haveria o limite absoluto previsto pelo número 5 do artigo 17 da Constituição a obstruir a criação de um regime legal que pudesse considerar desnecessário prever audiência pública num determinado processo ou fase que se desenrolasse perante certos órgãos judiciais.

O mesmo já não se pode dizer da garantia homóloga prevista pelo número 9 do artigo 35, pois esta, pela sua natureza, associa-se aos critérios de restrição daquela outra disposição constitucional. Assim desde que uma norma fosse hábil a produzir efeitos limitadores sobre a mesma teria de ser invocada, juntamente com o número 4 do mesmo preceito, para se aferir se a operação foi conduzida nos limites previstos pela Lei Fundamental.

Não suscitaria dúvidas que a solução concreta sob análise gera efeitos restritivos, pois a garantia constitucional seria atingida na sua extensão. Do que não decorre necessariamente a sua inconstitucionalidade. Porém, chegados aqui, e por se tratar de hipótese meramente abstrata, porque não foi isso o que aconteceu, pergunta-se qual seria a finalidade legítima de tal norma. Seria promover a celeridade decisória no tribunal recursal, nomeadamente dispensado a promoção de uma fase tida por desnecessária porque dela não resultaria qualquer incremento em termos de reforço da defesa e inserção de elementos valiosos para a decisão final?

Não se consegue saber ao certo, mas pode-se dar de barato que fosse, ainda que muito no limite atendendo sobretudo às situações que podem propiciar a reapreciação de provas nessa fase. Se se ultrapassasse artificialmente essa primeira barreira, até seria relativamente fácil preencher o pressuposto do número 4 do artigo 17 da Constituição, na medida em que há autorização constitucional para restringir que têm a ver com o normal

funcionamento do tribunal. Naturalmente, estar-se-ia perante atos normativos de caráter geral e abstrato e que não produziriam efeitos retroativos.

Mas, não parece que as coisas sejam tão líquidas quanto ao não atingimento do núcleo essencial do direito, embora seja de se admitir, considerando a sua extensão máxima e as camadas sobrepostas de proteção, que se se garante audiência pública em primeira instância e em segunda instância, não estando em causa a reapreciação dos factos, poder-se-ia prescindir da sua realização perante o órgão de topo de hierarquia dos tribunais judiciais. Porém, não é o caso porque a garantia parte do princípio que as audiências públicas em matéria criminal são meios efetivos de defesa, permitindo, mais uma oportunidade para que o arguido interaja presencialmente com o Tribunal e tente convencê-lo da justiça da sua pretensão, sendo assim envia os seus feixes de forma disseminada para todos os graus de jurisdição nos quais tais matérias sejam apreciadas. Logo, deste modo, ainda que o legislador possa conformar o regime de modo adaptado as características de cada tribunal disposto numa cadeia hierárquica, nomeadamente em termos de organização dessa fase processual, tempo disponível para a mesma e intensidade da interação possível, não pode pura e simplesmente excluí-la. Nomeadamente, porque, assim sendo, afasta a presença de público, portanto a publicidade externa, e assim impede, do ponto de vista da garantia, que o arguido se beneficie de um processo que é controlado pelo público e, logo, é menos propenso a criar situações que facilitem algum tipo de arbitrariedade ou injustiça. Sendo assim, nessa perspetiva a supressão pura e simples de audiências públicas num tribunal judicial, sempre atingiria a garantia a audiências pública em matéria criminal.

Não fosse assim, ocorre adicionalmente que, em relação ao princípio da proporcionalidade a compatibilização é uma empreitada muito mais difícil de concretizar, pois ainda que se diga que havendo aquela finalidade hipotética, e se lograsse contornar o subprincípio da idoneidade de meios, e que se se considerasse em função dela que não havia meios menos restritivos disponíveis, assim assegurando que a medida seria necessária, não se conseguiria justificar o sacrifício que se imporia ao próprio direito, impedindo que de forma direta e pessoal, através dos seus mandatários, arguidos apresentassem as suas alegações, sustentassem oralmente as suas posições e tentassem um último esforço de convencimento de um tribunal de instância ordinário da justiça da

sua causa, sobretudo se ainda, de acordo com a lei, for possível renovar a prova. Portanto, uma norma com tal teor seria inconstitucional.

8.7. Mas, no caso concreto nem sequer se tem de chegar a tanto e censurar o legislador do Código de Processo Penal por ter configurado o sistema de tal sorte a afetar o núcleo da garantia a audiências públicas em processo penal. No fundo, o que está em causa é uma norma que, sem desmerecer, nem questionar, a bondade do regime criado por aquele instrumento codificador, pretendeu simplesmente inserir uma moratória condicional à sua aplicação pelo período de tempo necessário para criar condições necessárias para construir uma sala de audiências com a devida dignidade e possibilidade de segregação de espaço entre juízes, sujeitos processuais e público.

A finalidade invocada para tal medida era exclusivamente esta e, sendo assim, merece-nos a mesma resposta que demos em relação ao parâmetro anterior. Se, perante o contexto concreto, de concretização de uma injunção constitucional, o próprio legislador escolhe não restringir a norma, mas simplesmente neutralizar provisoriamente os seus efeitos pelo tempo necessário à criação das condições necessárias à sua concretização, se se pode admitir a sua legitimidade pelo período de tempo necessário a tal finalidade, o decurso do mesmo faz com que ela descambe para a inconstitucionalidade. Isso pela simples razão de que a finalidade legítima deixa de existir, logo pervertendo a norma do ponto de vista constitucional, já que o sistema, sendo extremamente moderado quanto à possibilidade de se afetar os direitos, não admite que isso seja feito de forma gratuita, isto é, que a limitação incidente seja promovida quando não há qualquer finalidade legítima a perseguir. Logo, não se tem outra alternativa a não ser também considerar que a norma impugnada é contrária ao princípio das audiências nos tribunais e à garantia fundamental à audiência em processo criminal.

O que ainda não permite pôr termo à discussão porque o teor, nomeadamente linguístico, do ato legislativo onde se insere a norma impugnada, poderia sugerir que, afinal, não está em causa, uma restrição, figura de afetação cuja base de legitimação é relativamente apertada, sobretudo em razão da preservação do núcleo essencial de cada direito que lhe está associada e da imposição de um manejo mais inflexível do princípio da proporcionalidade, mas, antes, uma suspensão, que permite, ainda que com limites temporais mais vinculados, uma maior capacidade de atuação por parte dos poderes

públicos competentes. Isso conduz-nos ao seguinte segmento decisório, que tenta responder à questão de se saber se:

9. A adoção das soluções legislativas descritas neste memorando nos termos em que decorrem do modo como foram interpretadas pelo tribunal recorrido mesmo atingindo por hipótese os direitos invocados pelo recorrente, pode ser justificada como decorrendo de uma suspensão constitucional de direitos fundamentais e, logo, como resultando de modalidade legítima de afetação de direitos?

9.1. Com efeito, a forma de afetação não-originária mais evidente de autorizar tal efeito supramencionado – de atingir o núcleo essencial de determinados direitos de modo legítimo – parece ser a suspensão de direitos. Entretanto, o artigo 27 da Constituição é claro e taxativo em dizer que somente nos casos de estado de sítio ou de emergência é que tal pode acontecer (no caso não parece que houve a declaração de algum deles) e, mesmo nessas situações, jamais poder-se-ia efetuar uma tal suspensão por tempo indeterminado como aconteceu nessa questão concreta.

Essa hipótese já tinha sido colocada pela doutrina nacional, na pessoa de Jorge Carlos Fonseca, “O Novo Direito Processual Penal de Cabo Verde. Dados de um percurso. Estrutura e Princípios Fundamentais”, pp. 71-72, crítico em relação à sua legitimidade ao sustentar que “*Para se perceber o teor desta disposição legislativa, deve esclarecer-se que o Código, em matéria de recursos, consagra, no art. 463.º, a regra segundo a qual, não sendo o recurso julgado em conferência, «o julgamento será feito em audiência contraditória...» e regula em pormenor o processo de julgamento do recurso (arts. 464.º e ss.), sendo de realçar que ele é marcado pela contraditoriedade, ainda que não haja lugar à renovação da prova. O que quer significar tratar-se de um verdadeiro «julgamento», contrariamente ao que se passava entre nós. Qual justificação para a suspensão daquelas disposições? O art. 2.º, n.º 1 da lei refere-se a (...) inexistência de condições para a realização de sessões desse teor no Supremo Tribunal de Justiça, acrescentando ainda que o ministro da Justiça, ouvidos previamente os Conselhos Superiores da Magistratura Judicial e do Ministério Público, declarará, por portaria, quando estarão preenchidas tais condições. Argumento que, comparado com a apresentado para a suspensão do art. 12.º se revela ainda muito mais frágil, quase anedótico mesmo num país como Cabo Verde e (...) comprometedor de uma perspectiva das reais motivações da suspensão. A verdade é que esta suspensão, que aliás, é definida*

como provisória, mostra-se ditada pela pressão de segmentos corporativos (das magistraturas) que dificilmente poderiam sufragar a pura eliminação de tais regras e princípios do Código, sem pôr em causa princípios fundamentais ou até a tomada de posição pública em favor do teor das disposições cuja vigência foi suspensa. Certo, porém, é que a suspensão se mantém, e significativamente sem que haja uma clara e forte denúncia da parte da comunidade jurídica e muito menos das organizações da sociedade cabo-verdiana, inclusive da parte da Ordem dos Advogados (esta teve uma outra tímida reclamação). 3. No fundo não temos muitas dúvidas de que a suspensão de tais preceitos, traduzindo-se na suspensão de normas que contêm princípios ou corolários e princípios impostos constitucionalmente, como vimos, equivale à suspensão destes, à suspensão da vigência da Constituição. Uma suspensão inconstitucional, pois” (pp. 71-72).

9.2. Naturalmente, não partiremos do princípio de que a suspensão é inconstitucional. Outrossim, analisaremos se é possível enquadrar a situação descrita no âmbito dessa modalidade que permite, preenchidas certas condições, afetações à Constituição, as quais, por definição, seriam necessariamente temporárias.

9.2.1. Qualquer discussão a respeito dessa figura decorre do artigo 27º da Carta Magna, que reza que “*os direitos, liberdades e garantias só poderão ser suspensos em caso de declaração de estado de sítio ou de emergência, nos termos previstos pela Constituição*”, remetendo, portanto, às duas figuras da exceção constitucional previstas pela Lei Fundamental. Nomeadamente, o estado de sítio, que, nos termos do artigo 270 “*só pode ser declarado, no todo ou em parte do território nacional, no caso de agressão efetiva ou iminente do território nacional por forças armadas estrangeiras ou de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional*”, e o estado de emergência, que, conforme o 271, “*será declarado, no todo ou em parte do território nacional, em caso de calamidade pública ou de perturbação da ordem constitucional cuja gravidade não justifique a declaração do estado de sítio*”, e circunscrevendo a figura da suspensão a esses dois institutos da exceção constitucional.

O regime cabo-verdiano, nos seus traços mais próprios e aperfeiçoamentos foram caracterizados pela doutrina da lavra de Jorge Bacelar Gouveia, *O estado de exceção no Direito Constitucional. Entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*, Coimbra, Almedina, 1998, v. I, da seguinte forma: “*O quarto e ultimo plano, tal como o anterior inteiramente dedicado ao texto constitucional*

de Cabo Verde, refere-se não tanto às semelhanças existentes entre a CCV e a CRP, quanto aos aspectos que são, do ponto de vista regulativo, aperfeiçoamentos ao sistema constitucional português, mostrando que o texto constitucional cabo-verdiano, embora numa primeira fase influenciado pelo texto luso, em alguns aspectos acabou por superar o próprio articulado que lhe serviu de inspiração. São estas as importantes novidades que devemos enunciar e que, se aplicados no regime português de excepção, aí responderiam a problemas que, no plano da normação, estão em aberto, sem esquecer ainda a melhor evidenciação do respectivo articulado no texto constitucional, integrando a parte relativa à garantia da Constituição, como é da sua natureza: 1º) A participação consultiva do Governo é particularmente regulada, admitindo-se que, ao lado do seu parecer aquando da solicitação presidencial, o mesmo possa, sponte sua, por recomendação, aconselhar o Chefe de Estado a declarar o estado de excepção; 2º) Quanto ao funcionamento da comissão permanente parlamentar, estabelece-se que a sua reunião se dá, por direito próprio, de entre outras hipóteses, quando o Parlamento não esteja reunido e seja necessário deliberar sobre o estado de excepção; 3º) O aditamento do rol de direitos fundamentais que são insusceptíveis de suspensão da novidade atinente à imodificabilidade, em estado de sítio ou de emergência, dos “...princípios de responsabilidade do Estado e dos seus agentes reconhecidos na Constituição”; 4º) A adopção de efeitos organizatórios específicos do estado de excepção, para além da mera cláusula geral de que a sua decretação permite a tomada das providências necessárias para debelar a crise: a automática prorrogação dos mandatos dos titulares electivos dos órgãos do poder político e do adiamento de qualquer acto eleitoral que eventualmente possa ter lugar, sem esquecer ainda a preciosidade da proibição da realização do referendo, “...durante a vigência e até ao trigésimo dia seguinte à cessação do estado de sítio ou de emergência, e, neste ultimo caso, só na parte do território declarada em estado de emergência”; 5º) Na execução do estado de excepção, estabelece-se a competência geral a cargo do Governo para “Tomar as providências que nos termos da Constituição e da lei se mostrem adequadas em caso de declaração de guerra, de estado de sítio ou de emergência”, bem como a participação das forças armadas” (pp. 769-771).

9.2.2. Por conseguinte, sendo, no geral, a suspensão de direitos uma modalidade legítima de afetação de direitos no nosso sistema constitucional, ela só o será, em relação a cada situação específica, se se conformar às condições estabelecidas pela Lei Fundamental para se operacionalizar o mecanismo, nomeadamente a presença do

pressuposto de base previsto pelo artigo 27, a declaração de uma das figuras da exceção constitucional, que remete para as condições atinentes a cada uma delas, respetivamente ou a agressão efetiva ou iminente do território nacional por forças estrangeiras ou grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional no caso do estado de sítio, ou situação configuradora de calamidade pública ou de perturbação da ordem constitucional que não justifique a declaração do estado de sítio, caso da outra figura da exceção constitucional acolhida pela Lei Fundamental de Cabo Verde.

Nesta conformidade, em última instância, a legitimação de qualquer suspensão, ficaria, desde logo, na dependência estrita da presença de qualquer dos pressupostos alternativos que permitem a declaração do estado de exceção constitucional.

É de descartar quase liminarmente a possibilidade de se estar perante um estado de sítio não declarado, nomeadamente porque faticamente nem se estava perante situação de agressão efetiva ou iminente do território nacional por forças estrangeiras estaduais ou não-estaduais, que, por motivos evidentes pressuporia à luz do Direito Internacional uma movimentação massiva de forças armadas terrestres, marítimas e /ou aéreas ou, no mínimo, um uso da força que pudesse ser rechaçado ao abrigo do direito à legítima defesa do Estado, conforme disposto na Carta das Nações Unidas (artigo 51) e no Direito Internacional Costumeiro aplicável – pelo menos quando está em causa a sua versão mais clássica que pressupõe um ataque armado dirigido ao território nacional –, e tão-pouco havia grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional, que remeteria a uma situação de risco efetivo de sobrevivência do Estado de Direito Democrático ou, no mínimo, um turbamento efetivo e disseminado do normal funcionamento das instituições da República.

Tão-pouco se podia dizer que se estava perante situação de calamidade pública, natural ou de origem humana, constatação que carece de maiores desenvolvimentos. Por conseguinte, o único pressuposto que, de alguma forma, teria alguma conexão com a situação em causa seria o extraído do segmento do artigo 271 que permitiria a declaração do estado de emergência, em caso de *“perturbação da ordem constitucional cuja gravidade não justifique a declaração do estado de sítio”*. A Lei Fundamental não insere mais elementos caracterizadores ou constitutivos do que consideraria ser uma perturbação da ordem constitucional de tal nível, ainda que uma lei infraconstitucional alusiva à matéria aprovada antes da Constituição, a Lei do Estado de Sítio e do Estado de

Emergência e da Suspensão de Direitos, no seu artigo 3º associe o estado de emergência a situações a envolver a “*ordem pública*” e a “*paz social*” ameaçadas. Com base nessa terminologia muito geral até seria possível acolher perspectiva de existência de estados de emergências judiciais correspondentes a situações em que o sistema judicial ou um órgão central do mesmo, como seria o Supremo Tribunal de Justiça, pudesse estar impedido ou ameaçado de funcionar convenientemente em razão de um volume processual anómalo, de número insuficiente de juízes, ausência de quórum de funcionamento ou algo que paralisasse ou diminuísse consideravelmente a sua capacidade.

Ocorre que, mesmo podendo colocar-se essa questão abstrata, o facto é que a situação concreta tinha a ver com instalações e ainda que se pudesse imaginar um quadro em que a falta de acesso a espaços próprios ou alheios para realizar as suas atividades, pudesse, numa situação limite de ausência total de alternativas, produzir o efeito excecional propiciador da emergência constitucional, a situação descrita não parece permitir chegar à conclusão de que efetivamente havia materialmente uma situação anómala com esse porte e que disso resultasse alguma perturbação da ordem constitucional. Neste sentido o *Relatório sobre a Situação da Justiça* daquele ano refletia um sentimento contrário ao resumir-se o quadro sublinhando-se que “*o quadro geral sobre a situação da justiça no país continua a evidenciar indicadores consistentes que deixam perceber uma tendência para a melhoria do serviço público de justiça, a nível do país, pese embora os notórios constrangimentos, devidamente identificados e cada vez mais localizados que, por razões diversas, exigem necessariamente tempo e persistência para a sua remoção, ou ao menos para uma sensível atenuação dos seus efeitos*” (p. 2).

Seja como for, mesmo admitindo que tal situação estivesse presente, não é automático que da declaração do estado de exceção se tenha de suspender direitos e se isso fosse imperioso, sempre controlado pela necessária obediência ao princípio da proporcionalidade, sendo que certos direitos não podem ser atingidos, já que protegidos pela cláusula de limites materiais à suspensão de direitos ínsita ao artigo 274 da Carta Magna da República.

A Constituição, assim, impermeabiliza certos direitos da possibilidade de serem afetados por via de uma suspensão, nomeadamente, os direitos à vida, à integridade física, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroatividade da lei penal, o direito de defesa do arguido e a liberdade de consciência e de religião, além de proteger

as regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania, os direitos e imunidades dos respetivos titulares, e os princípios da responsabilidade do Estado e dos agentes, reconhecidos pela Constituição.

No caso concreto que o Tribunal tem em mãos, o direito em causa não está protegido expressamente pelo artigo 274, pois em nenhum momento se veda o atingimento da garantia fundamental à audiência pública. O direito mais próximo que se podia invocar seria o direito à defesa do arguido, mas trata-se de direito autónomo que somente seria vulnerado nas suas dimensões intangíveis caso não se permitisse que ele se defendesse, nomeadamente pudesse aceder aos tribunais, exercesse o contraditório, fosse representado por advogado, etc. Ainda que se possa conceber que se tivesse de lhe garantir uma audiência para poder materializar esses direitos não teria, em períodos de anormalidade constitucional, ter de ser necessariamente uma audiência pública.

Sendo, então, esta questão ultrapassável, muito mais problemático é conciliar a forma concreta de afetação sob análise com aspetos formais e sobretudo temporais da exceção constitucional que repercute automaticamente na legitimidade da suspensão de direitos. Isso porque a figura não conhece apenas limites materiais, mais igualmente formais e orgânicos, bem como uma tramitação especial, pois o texto fundamental estabelece um processo de declaração que, além de promoção direta pelo próprio Presidente da República à luz da alínea h) do artigo 135 da Carta Magna (*“Compete ao Presidente da República (...) declarar o estado de sítio e de emergência, ouvido o Governo e depois de autorizado pela Assembleia Nacional”*), admite também iniciativa do Executivo habilitado a tanto pelo número 2 do artigo 203, conforme o qual *“competete ao Governo, no exercício de funções políticas, propor ao Presidente da República: (...) b) a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência”*, mas, em qualquer caso, depende de autorização da Assembleia e é declarada pelo Chefe de Estado por meio de ato devidamente fundamentado quanto ao espaço de aplicação, à duração do estado e, sendo caso disso, os direitos, liberdade e garantias suspensos. É verdade que sempre se pode fazer um paralelo relativo entre esse percurso e o que marca a tramitação da Lei de Suspensão de 2005 que foi, nos termos já relatados, proposta pelo Governo, aprovada pela Assembleia Nacional e promulgada pelo Presidente da República, mas claramente as normas ao abrigo das quais se invocou para legitimar os poderes jurídico-públicos habilitantes não foram bem essas.

E o que é particularmente importante neste caso o regime constitucional define-se um período de duração que não poderá ser superior a trinta dias, o qual seria prorrogável por igual período e com os mesmos fundamentos, fórmula que, no entanto, contempla uma exceção relacionada a situação de guerra e declaração de um estado de sítio, onde se poderá fixar prazo superior àquele, porém limitado ao que for estritamente necessário para o pronto restabelecimento da normalidade democrática.

Aqui, além da inexistência do pressuposto, porque, como se viu, a situação de modo algum seria reconduzível a um estado de sítio e muito menos à sua base mais desafiante a situação de guerra, desconsiderar-se-ia de modo ostensivo a ideia de proporcionalidade se se mantivesse tal situação de suspensão mais de dez anos volvidos para resolver uma situação que se poderia solucionar, como inicialmente prognosticado, em um mês, um mês e tal. Neste sentido, o apelo à possibilidade de ter havido uma suspensão de direito não auxiliaria à sustentação da compatibilidade constitucional da medida impugnada.

10. Assim, não resta outra alternativa, a não ser a conclusão de que a norma constante do número 1 do artigo 2 da *Lei nº 84/VI/2005*, na parte em que, de acordo com a interpretação do Supremo Tribunal de Justiça, suspendeu a realização de toda e qualquer audiência pública contraditória no órgão recorrido, quer abrangendo apenas as audiências para a produção ou renovação de provas quer abrangendo as outras audiências, enquanto não fossem criadas as condições para a sua realização, impondo desta forma necessariamente que os julgamentos realizados neste Tribunal passassem a ser feitos exclusivamente em conferência, viola a garantia da publicidade das audiências em processos criminais, na medida em que a afetação realizada ao direito é constitucionalmente ilegítima. Assim, o Supremo Tribunal de Justiça tinha e tem o dever de realizar audiências públicas contraditórias, à luz do que está prescrito pelo Código de Processo Penal, através de normas que concretizam diretamente princípios constitucionais e garantias fundamentais, porque a norma na qual se amparou para não a realizar é inconstitucional.

11. Determinada a questão principal pendente ficaria somente discutir o efeito da declaração de inconstitucionalidade por esta Corte Constitucional, considerando que, desde 2005 e depois de se ter ultrapassado em que tal seria tolerável até esta data aparentemente, as audiências públicas em processo crime no Supremo Tribunal de Justiça

não vinham sendo realizadas, o que significa que provavelmente centenas de julgamentos foram realizados sem considerar essa fase processual.

11.1. Os efeitos normais de uma declaração de inconstitucionalidade em sede de fiscalização concreta não são diferentes dos que decorreriam da outra modalidade de fiscalização sucessiva, a abstrata, isto é, teria força obrigatória geral e produziria efeitos *ex tunc*, portanto desde o momento da entrada em vigor da norma inconstitucional, determinando-se ainda um efeito repristinatório. É o que dispõe o número 1 do artigo 285 da Constituição, segundo o qual “*a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma julgada inconstitucional ou ilegal e repristinação das normas que ela haja revogado*”.

11.1.1. Naturalmente, não será caso de se repristinar a norma revogada porque a norma impugnada não produziu tal efeito sobre nenhuma outra ou outras, simplesmente interrompeu a sua vigência. Destarte, a este nível, o efeito dessa declaração será o de desobstruir a capacidade que se retirou aos artigos 463 a 467 do Código de Processo Penal de produzir os seus efeitos normais no Supremo Tribunal de Justiça, que, como visto, no mínimo, tornou-se inconstitucional.

11.1.2. Mais delicado é resolver a questão dos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade, designadamente em face de muitas situações potencialmente atingidas pela aplicação da mesma norma portadora de vício de constitucionalidade.

11.2. Para tais situações o legislador constituinte também formulou uma solução, a que se verteu para o número 5 da mesma disposição fundamental, redigida em termos segundo os quais “*dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido*”.

11.2.1. Com base nesse preceito, define-se uma limitação à regra do efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, com o legislador constituinte a privilegiar, em qualquer situação, a segurança jurídica, ao ressaltar o caso julgado. Portanto, em princípio, todos processos transitados em julgado ficariam ressalvados desses efeitos e

naturalmente não teriam de ser reabertos para, atendendo a este caso, realizar-se audiência pública contraditória.

Ocorre, contudo, que a segunda parte da disposição contempla uma possibilidade de o Tribunal ainda assim permitir o efeito retroativo da decisão de inconstitucionalidade se presentes duas condições cumulativas: de a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido. Trata-se de um poder discricionário do Tribunal contemplado pelo legislador para evitar que a segurança jurídica privilegiada no primeiro segmento do dispositivo resulte em injustiças constitucionalmente insuportáveis e que o Tribunal deve avaliar caso a caso.

Na presente situação, ainda que não se esteja perante uma das situações mais evidentes para as quais se previu a solução, é verdade que os pressupostos estão preenchidos, pois, por um lado, trata-se de matéria penal, incidindo sobre disposições do Código de Processo Penal, e, do outro, é de conteúdo menos favorável ao arguido em relação à alternativa disponível que obrigava à realização de audiências públicas no Supremo Tribunal de Justiça.

Contudo, o Tribunal não vê nenhuma razão que justifique a adoção de uma medida abstrata que permitisse ultrapassar a medida-padrão de intangibilidade do caso julgado. Designadamente porque como se trata de norma que foi deslizando rumo à inconstitucionalidade, depois de um curto período que seria, no limite, tolerável desse ponto de vista, a realidade é que sempre seria difícil determinar o momento preciso em que isso aconteceu. Além disso, entende que não necessariamente do facto de não se terem realizado audiências públicas durante esses anos atingindo um número indeterminado de processos, se tenha de alguma forma pervertido a justiça material, agido arbitrariamente ou de forma parcial. Seja como for, em tais situações específicas em que se tenha ficado com a sensação ou convicção que isso tenha acontecido, as pessoas prejudicadas sempre tinham meios para manifestar a sua inconformação, nomeadamente através da utilização de reclamações dirigidas ao próprio órgão julgador e dos recursos constitucionais disponíveis. Disso não decorrendo que casos excepcionais não possam ser avaliados caso a caso pelos órgãos competentes e pelas formas processuais idóneas na hipótese de gerarem injustiças constitucionalmente insuportáveis.

11.2.2. Finalmente, é importante igualmente saber se mesmo as situações que não estejam a coberto de um caso julgado, designadamente ainda não se terem esgotado todos os prazos para a interposição de recurso ordinário ou equiparado ou recurso constitucional, devem ser ressalvados dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

De acordo com o número 4 da disposição constitucional citada neste segmento, o Tribunal tem poderes para o fazer, já que se dispõe que “*quando razões de segurança jurídica, equidade ou interesse público de especial relevo, devidamente fundamentado o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar efeitos de alcance mais restrito do que os previstos nos números 2 e 3*”.

Por motivos naturais, o poder que o Tribunal possui não é arbitrário, designadamente porque sempre estará, à margem da Constituição, a desviar-se do efeito de nulidade padrão do ato inconstitucional. Por isso cuidou o legislador de condicionar a utilização desse poder a razões alternativas de “*segurança jurídica*”, “*equidade*” ou “*interesse público de especial relevo*”. Claro está que perante os dados concretos deste processo, questões específicas de segurança jurídica não se colocariam, designadamente porque sempre seriam decisões ainda não transitadas em julgado. No mesmo sentido, se razões de equidade, no sentido aristotélico de justiça no caso concreto, fossem invocadas não se conseguiria justificar a modelação de efeitos ora em discussão porque perante a situação concreta ela sempre seria atingida por si só pela salvaguarda do caso julgado, a qual já daria margem a percepções de injustiça relativa.

Contudo, nesta situação concreta, questões de interesse público especialmente relevantes se colocam e justificariam essa limitação de efeitos, evitando a projeção retroativa da declaração de inconstitucionalidade, porque se está perante uma situação em que haverá provavelmente dezenas de situações de processos ainda não transitados em julgados ou por estarem pendentes reclamações dirigidas ao Supremo ou em razão de interposição de recursos constitucionais e que foram decididos pela Alto Tribunal Judicial em causa sem que fossem antecedidas por audiência pública contraditória que se viessem a exigir a sua realização, estando em causa prazos vários, nomeadamente de subsistência de medidas cautelares de prisão preventiva, eventualmente de prescrição ou de decisão de processos, poderia ter um impacto particularmente negativo no sistema judicial. Sendo que, no caso concreto, sempre se estaria a obedecer ao princípio da proporcionalidade, considerando que o sacrifício imposto, dada a ausência de específica inconformação com

o comportamento do tribunal em termos de imparcialidade e de aplicação justa do direito, e centrando-se exclusivamente na questão da própria realização da audiência e do direito a ser ouvido pelo mesmo, logo não impedindo que outras nulidades insanáveis não cobertas pela norma impugnada e declarada inconstitucional fossem arguidas, não seria excessivo atendendo ao interesse público que se preserva com a modelação de efeitos desta decisão de inconstitucionalidade, nem levaria a que este Tribunal pudesse ser acusado de desconsiderar a garantia de aplicação retroativa de norma penal mais favorável ao arguido, uma vez que se estaria perante uma norma de processo penal sem qualquer dimensão substantiva, logo não coberta por posição jurídica dela derivada.

III. Decisão

Pelos motivos expostos, os Juízes do Tribunal Constitucional, reunidos em plenário, decidem-se por:

3.1. Admitir o recurso restrito à norma inserta no número 1 do artigo 2º da Lei Nº 84/VI/2005, de 12 de dezembro, na parte em que, de acordo com a interpretação do Supremo Tribunal de Justiça, suspendeu a realização de audiências públicas contraditórias no órgão recorrido, abrangendo qualquer audiência, enquanto não fossem criadas as condições para a sua realização, impondo desta forma necessariamente que os julgamentos realizados neste Tribunal em fase de recurso passassem a ser feitos exclusivamente em conferência sem preceder audiência pública contraditória;

3.2. Não admitir o recurso na parte em que se pede a fiscalização da constitucionalidade de norma decorrente do artigo 177 do Código de Processo Penal, no sentido de que dele terá resultado uma total liberdade para os tribunais fazerem uma valoração de provas sem regras, sem balizas e sem limites, podendo até incluir no acórdão factos novos para incriminar o arguido;

3.3. Declarar inconstitucional a norma constante do número 1 do artigo 2º da Lei nº 84/VI/2005, de 12 de dezembro, na parte em que, de acordo com a interpretação do Supremo Tribunal de Justiça, suspendeu a realização de audiências públicas contraditórias no órgão recorrido, abrangendo qualquer audiência, enquanto não fossem criadas as condições para a sua realização, impondo desta forma necessariamente que os julgamentos realizados neste Tribunal em fase de recurso passassem a ser feitos

exclusivamente em conferência sem preceder audiência pública contraditória, por ser incompatível com o princípio da realização das audiências públicas pelos tribunais, a garantia constitucional da publicidade das audiências em processos criminais e o direito de defesa do arguido;

3.4. Ressalvando o caso concreto que deu origem a este pedido de fiscalização concreta, determinar que os efeitos de declaração de inconstitucionalidade não se apliquem aos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça sem que precedesse audiência pública contraditória realizados até à data da publicação deste acórdão.

Sem custas.

Registe, notifique e publique.

Praia, 30 de julho de 2019

José Pina Delgado (Relator)

Aristides R. Lima

(Conforme declaração e voto em anexo)

João Pinto Semedo

ESTÁ CONFORME

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 30 de agosto de 2019.

O Secretário do TC,

João Borges



Declaração de voto do Juiz Conselheiro Aristides R. Lima nos autos de Recurso de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade nº 02/2018, em que é recorrente Arlindo Teixeira e recorrido o Supremo Tribunal de Justiça

1. As questões jurídico-constitucionais suscitadas por este recurso no âmbito de um processo de fiscalização concreta de normas são muito importantes não só na perspetiva da estratégia de defesa do arguido, mas também, por certo, na ótica de garantia da Constituição da República. Tal importância advém do facto de elas colocarem no centro da atenção do Tribunal matérias fundamentais relacionadas com as garantias do processo penal, designadamente a garantia do contraditório e da publicidade¹.

2. Não tive qualquer dificuldade em acompanhar as questões substantivas colocadas perante o Tribunal e que foram doutamente tratadas no projeto de acórdão. Todavia, entendi que houve um pressuposto de admissibilidade que não se verificou. Na verdade, a meu ver, o recorrente só suscitou a questão de constitucionalidade após o tribunal ter esgotado o poder jurisdicional e por via de incidente pós-decisório o que significa que, em termos funcionais, ele não suscitou a questão no processo e de forma adequada, como requer a parte final da alínea b) do nº 1 do artigo 77º em conjugação com o nº 2 do artigo 76º, todos da Lei nº 56/VI/2005, de 28 de fevereiro.

3. Como dispõe o nº 1 do artigo 575º do Código de Processo Civil, que se aplica subsidiariamente, nos termos do artigo 50º da Lei nº 56/VI/2005, de 28 de fevereiro: *«Proferida a sentença, fica imediatamente esgotado o poder jurisdicional do juiz quanto à matéria da causa.»*

¹ Tanto é assim que a questão da constitucionalidade da Lei nº 84/VI/2005 fora suscitada pelo autor do Ante-Projeto do Código de Processo Penal, Dr. Jorge Carlos Fonseca, em 2007 no âmbito de uma formação que viria a ser traduzida em livro. Cfr. **Jorge Carlos Fonseca**, *O Novo Direito Processual Penal de Cabo Verde. Dados de um Percorso. Estrutura e Princípios Fundamentais*, in: **Augusto Silva Dias e Jorge Carlos Fonseca** (Org.): *Direito Processual Penal de Cabo Verde. Sumários do Curso de Pós-Graduação sobre o Novo Processo Penal de Cabo Verde*, Coimbra, 2009, p. 69 e segs.

4. Neste sentido, por exemplo, a doutrina e jurisprudência portuguesas vêm defendendo, face a um quadro normativo semelhante ao cabo-verdiano, que *«após a prolação da decisão só é possível requerer-se o suprimento dos vícios mencionados nos artigos 668º e 669º do CPC² (retificação de erros materiais, suprimento de nulidades e esclarecimento de dúvidas) e o poder jurisdicional do juiz «a quo» se esgota, em princípio com a prolação da sentença e nos termos do artigo 666º do CPC não pode no decurso do trânsito em julgado, suscitar-se uma questão de inconstitucionalidade, dado que a eventual aplicação de uma norma inconstitucional não constitui erro material, não é causa de nulidade da decisão judicial, nem torna esta obscura ou ambígua (Acs. 62/85, 352/94, 443/94, 126/95, 595/96, 560/98, 496/99, 374/200) ³»;*

5. Assim, como recordam o Venerando Juiz Conselheiro, Guilherme da Fonseca, e a conceituada Assessora, Inês Domingos, *«o pedido de aclaração de uma decisão judicial ou a arguição da sua nulidade não são já, em princípio, meios idóneos e atempados para suscitar – em vista de ulterior recurso para o TC – a questão de inconstitucionalidade relativa a matéria sobre a qual o poder jurisdicional do «juiz a quo» se esgotou com a decisão e num momento em que não lhe é possível tomar posição sobre a mesma»⁴.*

6. Por estas razões, entendi na análise dos pressupostos de admissibilidade que ficou por preencher o requisito da suscitação da questão em processo e de modo adequado, conforme estipula o nº 2 do artigo 76º que, remetendo para o artigo 77º, todos da LTC, dispõe o seguinte : *« Os recursos previstos nas alíneas b) e c) do nº 1 do artigo 77º só podem ser interpostos pela parte que haja suscitado a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade de modo processualmente adequado perante o tribunal que proferiu a decisão recorrida, em termos de este estar obrigado a dela conhecer».*

O Juiz Conselheiro

Aristides R. Lima

ESTÁ CONFORME

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 30 de agosto de 2019.

O Secretário do TC,

João Borges

² Artigos similares aos artigos 575º a 579º do CPC de Cabo Verde.

³ Cfr. **Guilherme da Fonseca e Inês Domingos**: *Breviário de Direito Processual Constitucional*, Coimbra, 2, p. 46.

⁴ Ibidem.