

**Cópia:**

Do acórdão proferido nos autos de Pedido de Fiscalização Abstrata Sucessiva da Constitucionalidade n.º 3/2023, requerido pelo **Presidente da República**, tendo por objeto as normas constantes dos artigos 2º e 4º da Lei n.º 21/X/2023, de 16 de maio, que, respetivamente, altera o n.º 1 do artº 90º e adita os artigos 90º-B e 90º-C referentes à Lei n.º 31/VIII/2013, de 22 de maio.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ACÓRDÃO N.º 52/2024

(Relativo aos Autos de Fiscalização Sucessiva da Constitucionalidade n.º 3/2023, da Lei n.º 21/X/2023 de 16 de maio, tendo por objeto: a) a norma constante do artigo 2º que procede à 1ª alteração ao regime jurídico relativo às armas e suas munições, na parte em que altera o n.º 1 do artigo 90º; e b) da norma constante do art.º 4 da mesma Lei, na parte em que adita os artigos 90º-B e 90º- C à Lei n.º 31/VIII/2013, de 22 de maio).

I. Relatório

1. Sua Excelência o Presidente da República deu entrada na Secretaria do Tribunal Constitucional, no dia 29 de junho de 2023, a um pedido de fiscalização sucessiva abstrata da constitucionalidade e legalidade que tem por objeto:

a) a norma constante do artigo 2º da Lei n.º 21/X/2023 de 16 de maio, que procede à 1ª alteração ao regime jurídico relativo às armas e suas munições, na parte em que altera o n.º 1 do artigo 90º;

b) a norma constante do art.º 4º da mesma Lei, na parte em que adita os artigos 90º-B e 90º- C à Lei n.º 31/VIII/ 2013, de 22 de maio.

2. Aduziu os seguintes fundamentos:

1º

A Lei n.º 21/X/2023 de 28 de março [16 de maio] procede à alteração e ao aditamento de normas ao regime jurídico relativo às armas e suas munições, aprovado pela Lei n.º 31/VIII/2013, de 22 de maio.

2º

Suscita-se, a apreciação da constitucionalidade das normas que seguidamente se transcrevem:

3º

A alínea f) do número 1 do artigo 90.º, artigo alterado através do artigo 2.º do diploma em crise e que, mantendo a epígrafe “Crime de arma”, tem a seguinte nova redação:

«Artigo 90.º

[...]

1- Quem, sem se encontrar autorizado, fora das condições legais ou em contrário das prescrições da autoridade competente, trouzer consigo, detiver, transportar, guardar ou estabelecer depósito, reparar, montar, desativar, comprar, adquirir a qualquer título ou por qualquer meio, ou obtiver por fabrico, transformação ou transferência:

a) Arma biológica, arma química, arma radioativa ou suscetível de exploração nuclear, é punido com pena de prisão de 10 a 12 anos;

b) Produtos ou substâncias que se destinem ou possam destinar, total ou parcialmente, a serem utilizados para o desenvolvimento, produção, manuseamento, acionamento, manutenção, armazenamento ou proliferação de armas químicas ou armas radioativas ou suscetíveis de explosão nuclear, ou para o desenvolvimento, produção, manutenção ou armazenamento de engenhos suscetíveis de transportar essas armas, é punido com pena de prisão de 8 a 10 anos;

c) Bens e tecnologias militares, material de guerra, arma de guerra, quaisquer armamentos ou munições em uso ou destinados às Forças Armadas, arma de fogo de fabrico artesanal de qualquer calibre, características ou modalidade, armas lançadoras de gases, material explosivo, substância ou engenho explosivo ou seus componentes, ainda que improvisado, é punido com pena de prisão de 6 a 10 anos;

d) Munições de guerra é punido com pena de 5 a 10 anos;

e) Outras armas de fogo e munições, espingarda ou carabina, facilmente desmontável em componentes de reduzida dimensão, com vista à sua dissimulação, arma de fogo dissimulada sob forma de outro objeto, arma de fogo transformada ou modificada, réplicas de armas de fogo, desde que pelo calibre não sejam consideradas armas ou munições de guerra, é punido com pena de prisão de 5 a 8 anos;

f) As armas de sinalização, armas veterinárias, armas de ar comprimido, armas de airsoft, **reprodução e brinquedos com formato de armas de fogo**, facilmente confundíveis com estas, pelas suas vítimas e que, de acordo com as circunstâncias, não se mostra justificável a sua posse, é punido com pena de prisão de 5 a 8 anos;

g) Arma branca dissimulada sob a forma de outro objeto, as facas borboletas, as facas de abertura automática ou de ponta e mola, as facas de arremesso, boxers, as estrelas de lançar ou equiparadas, os cardsharp ou cartões com lâmina dissimulada, os estiletes e todos os objetos destinados a lançar lâminas, flechas ou virotões, outras armas brancas, engenhos ou instrumentos que possam ser utilizados como armas de agressão e que, de acordo com as circunstâncias, não se mostra justificável a sua posse, quaisquer engenhos ou instrumentos construídos exclusivamente, com o fim de serem utilizados como arma de agressão, é punido com a pena de prisão de 4 a 6 anos;

h) Aerossóis de defesa, bastão elétrico, armas elétricas, armas de alarme ou de salva, de sinalização, veterinárias, de ar comprimido e de airsoft, as reproduções com formato de arma de fogo, fora das circunstâncias previstas na alínea f), os silenciadores de armas de fogo ou quaisquer outros aparelhos com fins análogos, partes ou peças essenciais de arma de fogo, é punido com pena de prisão de 4 meses a 6 anos ou com pena de multa até 500 dias. (...).»

4.º

O artigo 90.º-B, aditado pelo artigo 4.º do diploma em crise, tem a seguinte redação:

«artigo 90.º-B
(Agravação)

A pena referida nas alíneas c), d), f) e g) do número 1, no número 2, do artigo 90.º e no artigo 99.º é agravada de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se pena mais grave não couber, por força de outras disposições legais, sempre que o agente estiver:

- a) Trazendo consigo ou tendo na sua posse gorro, capuz, lenço, máscara ou qualquer outro meio similar ou fraudulento, com vista a dissimular a sua pessoa ou prática de facto ilícito;
- b) Acompanhado de, pelo menos, uma pessoa, também na posse de arma branca, engenho ou instrumento, arma de fogo, de sinalização, veterinária, de ar comprimido, elétrica ou de airsoft, de alarme ou salva, de réplicas de armas de fogo, de reproduções e brinquedos com formato de armas de fogo, nas circunstâncias aí referidas, ou de material, engenho ou substância perigosa;
- c) Acompanhado de, pelo menos, uma pessoa, encontrada na posse de gorro, capuz, lenço, máscara ou qualquer outro meio similar ou fraudulento, com vista a dissimular a sua pessoa ou a prática de facto ilícito e que, de acordo com as circunstâncias, não se mostre justificável a sua posse.»

5º

Num Estado de Direito Democrático a prevenção e repressão do crime, devem ser levadas a cabo com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, sem intervenções arbitrárias ou excessivas, e com aplicação rigorosa dos princípios da necessidade, legalidade, tipicidade e proporcionalidade que encontram assento constitucional nomeadamente nos artigos 17.º, 29.º, 30.º, 32.º e 35.º da CRCV.

6.º

Atento os supracitados princípios, o segmento referente a “reproduções e brinquedos com formato de arma de fogo” **da alínea f) do número 1 do artigo 90.º, alterada pelo artigo 2.º da Lei n.º 21/X/2023 de 28 de março**, suscita dúvidas quanto à sua conformidade com a Constituição.

7.º

A norma em crise parece criar, no ordenamento jurídico cabo-verdiano, uma criminalização de brinquedos, com formato de arma, abrangendo desde a simples semelhança à identidade propriamente dita.

8.º

Com efeito, a redação adotada induz o entendimento de que, existe **crime de armas** quando o **agente trazer consigo, detiver, transportar, guardar ou adquirir** a qualquer título reproduções ou **brinquedos com o formato de armas de fogo, mesmo que esses objetos não tenham sido ou não estivessem destinados a ser utilizados numa atividade criminosa**, abrindo a porta a sancionamentos arbitrários, em frontal violação do princípio da proporcionalidade.

9.º

Ora, tratando-se de objetos que podem atualmente, ser adquiridos legalmente em estabelecimentos comerciais, os elementos da infração, devem ser formulados de forma precisa e inteligível, conforme exigem os princípios da legalidade e tipicidade, nomeadamente no que respeita à sua comercialização, para que o cidadão não tenha dúvidas sobre os comportamentos sancionados.

10.º

Sublinha-se que, a redação da alínea c) do artigo 90.º, antes da alteração levada a cabo pelo artigo 2.º da Lei n.º 21/X/2023 de 28 de março, era a seguinte:

“c) Armas de fogo, espingarda ou carabina facilmente desmontável em componentes de reduzida dimensão com vista à sua dissimulação, espingarda não modificada de cano de alma lisa inferior a 46 cm, arma de fogo dissimulada sob forma de outro objeto, ou arma de fogo transformada ou modificada, arma de fogo de fabrico artesanal, réplicas de arma de fogo, **brinquedos com formato de armas de fogo facilmente confundíveis com estas pelas suas vítimas, quando utilizados em agressão, assalto ou tentativa de**

assalto a propriedade sob vigilância de alguém, é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 500 dias;”. (boldeado nosso)

11.º

A nova redação dada pelo artigo 2.º do diploma em crise, à alínea f) do artigo 90.º, na medida em que não exige a utilização do objeto, brinquedo ou reprodução, num facto ilícito em concreto, configura o tipo legal como um crime de perigo comum (abstrato) e cria uma incriminação eventualmente desproporcionada e sem fundamento material.

12.º

Na verdade, a nova redação da alínea f) do artigo 90.º, implica a incriminação de comportamentos, como a mera posse de reproduções e brinquedos com formato de armas de fogo, incapazes de efetuar disparo de munição (pois de contrário seriam consideradas armas de fogo) que, não parecem aptos a constituir um perigo para o bem jurídico protegido, a segurança e tranquilidade públicas face aos riscos da livre circulação e detenção de arma.

13.º

Comportamentos que, são **absolutamente distintos daqueles em que se utilizam reproduções ou brinquedos, com formato de arma, para facilitar a prática de um ilícito criminal**, empunhando, por exemplo, uma pistola simulada ou um objeto que aparenta ser uma arma, para intimidar e executar com êxito um roubo ou para a apropriação ilícita de coisa móvel alheia ou ainda para criar medo ou alarme na comunidade.

14.º

A norma em causa pode, assim, violar os princípios constitucionais da necessidade, adequação e proporcionalidade, a que devem obedecer as leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias, nos termos do artigo 17.º da CRCV.

15.º

Acresce que, da redação das alíneas do número 1 do artigo 90.º decorre uma decrecente gravidade, partindo das armas mais graves, como *arma biológica, arma química, arma radioativa-alínea a)* – e, terminando com *aerossóis de defesa, bastão elétrico, armas elétricas, armas de alarme ou de salva, de sinalização, veterinárias, de ar comprimido e de airsoft, reproduções com formato de arma de fogo, fora das circunstâncias previstas na alínea f), silenciadores de armas de fogo ou quaisquer outros aparelhos com fins análogos, partes ou peças essenciais de arma de fogo – alínea h)*.

16.º

Esta decrecente gravidade é acompanhada de uma moldura penal decrecente, de tal modo que a pena prevista na alínea a) é de 10 a 12 anos de prisão, enquanto na alínea h) a pena prevista é de 4 meses a 6 anos de prisão ou multa até 500 dias.

17.º

Nesta valoração gradativa, parece manifestamente desproporcional, punir o porte de **reproduções de brinquedos com formato de armas de fogo**, no mesmo plano em que se pune o porte de armas que têm efetivamente capacidade de efetuar disparo, não se compreendendo que a moldura penal (*pena de prisão de 5 a 8 anos*) seja superior à moldura fixada para situações em que a arma ou objeto têm, objetivamente, o potencial de causar danos à integridade física, caso das alíneas g) e h).

18.º

A aparente incongruência e desproporcionalidade, é reforçada pela constatação de que a moldura penal prevista, no diploma sujeito a alteração, para o crime de disparo de arma (artigo 99.º) não ultrapassa 3 anos:

“1. Quem disparar arma de fogo contra pessoa é punido com pena de prisão de 6 meses a 3 anos, ainda que não lhe tenha causado qualquer lesão, se pena mais grave lhe não couber por força de outras disposições legais.

2. A pena é de prisão até 2 anos quando ocorra agressão ou arremesso levada a cabo com outro tipo de arma.

3. Quem disparar arma de fogo ou acionar munição em lugares habitados ou de aglomeração de pessoas é punido com pena de prisão até 3 anos, ou multa de 50 a 150 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outras disposições legais.”

19.º

Ora, apesar da nossa convicção de que cabe ao legislador uma larga margem de discricionariedade nesta matéria, não podemos olvidar que o princípio da proporcionalidade, em conjugação com o princípio da igualdade, na sua vertente moderna de tratar de forma igual o igual e de forma diferenciada o desigual, impõe que as molduras penais sejam ponderadas de forma que não se descaracterize a valoração subjacente ao tipo de ilícito e se criem normas de difícil compreensão para o cidadão.

20.º

Suscita também dúvidas, quando à sua eventual conformidade com os princípios constitucionais, a norma constante do artigo 4º, na parte em que adita o artigo 90.º -B, pois, consubstanciando as penas criminais uma restrição dos direitos e liberdades consagrados na Constituição, essa restrição só é legítima, quando tiver por objetivo a proteção de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

21.º

A agravação protagonizada pela norma em crise, dos crimes de perigo abstrato previstos no artigo 90.º, por efeito da mera posse de gorro, capuz, luvas, lenço, máscara ou qualquer outro meio similar, pode configurar uma agravação manifestamente excessiva que extravasa os limites impostos pelo princípio de necessidade.

22.º

Com efeito, tanto o ilícito como a circunstância agravante advém exclusivamente de razões de prevenção geral pelo que importa questionar se será proporcional e razoável

agravar a pena do agente, condenado por portar um brinquedo com formato de arma de fogo, meramente por ser possuidor de um lenço.

23.º

Veja-se a este propósito que o Código Penal, na alínea f) do número 1 do seu artigo 196.º e número 2 do artigo 198.º, já qualifica o furto e o roubo **quando na sua execução o agente utiliza** capuz, lenço, máscara ou qualquer outro meio similar ou fraudulento com vista a dissimular a sua pessoa ou a prática do facto.

24.º

Também as alíneas b) e c) do artigo 90.º - B suscitam dúvidas interpretativas, parecendo pretender-se, com estas disposições, forçar a comunicação das circunstâncias, de cuja verificação depende a ilicitude do facto, nos casos em que o agente não tenha conhecimento de tais circunstâncias, o que também se afigura poder ser considerado excessivo e passível de violar o princípio da proporcionalidade.

25.º

Na verdade, o simples confronto entre as alíneas b) e c) do artigo 90.º - B com o artigo 90.º -C adensa as dúvidas sobre o alcance destas disposições, sendo que o referido artigo 90.º - C considera que o crime é cometido com arma, quando qualquer participante trazer, no momento do crime, arma aparente ou oculta, mesmo que se encontre autorizado ou dentro das condições legais ou prescrições da autoridade competente, ou seja, sempre que um dos agentes traga, no momento do crime arma, o crime é sempre agravado para todos, mesmo que a arma seja legal.

26.º

O artigo 90.º - C define crime cometido com arma, no entanto, contempla apenas a autoria em comparticipação, nada referindo quanto à autoria singular, o que pode gerar dúvidas na sua aplicação, pelo que esta redação pode ferir a certeza e segurança jurídicas, e assim, o princípio do Estado de Direito Democrático de que a segurança jurídica é corolário.

27.º

Com efeito, se a norma em crise estivesse dirigida ao autor singular também se aplicaria à comparticipação, por força do disposto no Código Penal que estende a responsabilidade penal aos demais agentes que participam no crime, não parecendo que o contrário seja legalmente possível.

Ante o exposto, requer-se, nos termos da alínea a) do artigo 280.º da Constituição da República de Cabo Verde, bem como da alínea c) do artigo 11.º e do artigo 69.º da lei n.º 56/VI/2005 de 28 de fevereiro, a fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade da norma constante do artigo 2.º, na parte em que altera o n.º 1 do artigo 90.º e da norma constante do artigo 4.º, na parte em que adita os artigos 90.º B e 90.º C da [ou à] Lei n.º 31/VIII/2013, de 22 de maio, da Lei n.º 56/VI/2005 de 28 de fevereiro, por violação dos princípios da necessidade, proporcionalidade, legalidade e tipicidade, previstos nos artigos 17.º, 29.º e 23.º todos da Constituição da República.

3. Entretanto, o Venerando Juiz Conselheiro Presidente, ao abrigo do disposto no artigo 57º em conjugação com o artigo 70º entendeu solicitar a Sua Excelência o Presidente da República, enquanto entidade requerente da fiscalização da constitucionalidade esclarecimentos, antes de proceder à admissão do requerimento. O Venerando Juiz Conselheiro Presidente alicerçou o seu pedido em dois importantes considerandos: primeiro, porque o Tribunal Constitucional está vinculado à norma cuja apreciação se requer e *«não pode amplificar o objeto do pedido para abarcar a sindicância de normas que não estão contidas na formulação apresentada pela entidade requerente*; segundo, porque convém na fase inicial do processo esclarecer quaisquer dúvidas em relação àquilo que é pretendido. Em relação à matéria sujeita à fiscalização, o Venerando Juiz Conselheiro Presidente no seu douto despacho de 18 de setembro de 2023 admite que não existem dúvidas quanto aquilo que é desafiado «no concernente ao artigo 2º da Lei, na parte em que altera a alínea f) do artigo 90º , inserindo no preceito incriminador e no tipo penal a expressão *«reproduções e brinquedos com formato de arma de fogo»* com consequente eliminação de trecho qualificativo no sentido de o reduzir a situação em que elas fossem *«facilmente confundíveis com estas pelas suas vítimas»* e somente «quando utilizadas em agressão ou ameaça de agressão, assalto ou tentativa de assalto, por eventual desconformidade com o princípio da proporcionalidade – que condiciona, de entre outros,

as restrições, por definição legislativa, aos direitos, liberdades e garantias, nomeadamente o direito à liberdade sobre o corpo – e o princípio da igualdade, na medida em que a previsão de sanções criminais trataria situações diferentes de forma igual, ao alvedrio do seu sentido».

4. Considera ainda o Venerando JCP que não é tão inequívoco se o ilustre requerente pretende desafiar o artigo 4º da Lei nº 21/IX/ 2023, de 16 de maio, na parte em que procede ao aditamento à Lei nº 31/VIII/2013, de 22 de maio, dos artigos 90º B e 90º C, ou se pretende um escrutínio mais limitado que incidisse designadamente sobre

a) O artigo 4º da Lei nº 21/IX/2023, de 16 de maio, na parte em que adita à Lei nº 31/VIII/2013, de 22 de maio, o artigo 90º B e 90º C, no segmento em que agrava todos os crimes indicados nas alíneas mencionadas do artigo 90º por efeito de mera posse de gorro, capuz, luvas, lenço, máscara ou qualquer outro meio similar; ou de forma mais restrita;

b) O artigo 4º da Lei nº 21/IX/2023, de 16 de maio, na parte em que adita à Lei nº 31/VIII/2013, de 22 de maio, o artigo 90º B, no segmento em que agrava o crime de posse injustificada de reprodução de brinquedo ou de brinquedo com formato de arma de fogo previstos pelo artigo 90º, alínea f), quinto trecho, por efeito de mera posse de gorro, capuz, luvas, lenço, máscara ou qualquer outro meio similar.

5. Pergunta ainda se o ilustre requerente pretende igualmente a sindicância do seguinte:

a) Do artigo 4º da Lei nº 21/IX/2023, de 16 de maio, na parte em que adita à Lei nº 31/VIII/2013, de 22 de maio, o artigo 90º B, no segmento em que agrava os crimes previstos pelo artigo 90º, nº1, alíneas c) a g) e nº 2 , desse regime, no exato sentido de que abarca igualmente as circunstâncias em que o agente não tenha conhecimento da situação que conduz a agravação da pena; e

b) O artigo 4º da Lei nº 21/IX/2023, de 16 de maio, na parte em que adita à Lei nº 31/VIII/2013, de 22 de maio, o artigo 90º C, no segmento em que contempla somente a autoria por comparticipação, nada referindo quanto à autoria singular, o qual, sendo

possível de gerar dúvidas, seria desconforme ao princípio do Estado de Direito Democrático, de que a segurança jurídica seria corolário;

6. Notificado Sua Excelência o PR, nos termos da lei (artigo 57º e nº 4 do artigo 70º da LTC) ele viria a esclarecer a situação dentro prazo estabelecido e por escrito de 25 de setembro de 2023, afirmando o seguinte:

« Tendo sido notificado, nos termos do disposto no número 3 do Artigo 57.º da Lei nº 56/VI/2005 de 28 de fevereiro, para clarificar um segmento da peça em que se requereu a fiscalização da constitucionalidade, nos termos da alínea a) do artigo 280.º da Constituição da República de Cabo Verde (CRCV), da alínea c) do artigo 11.º e do artigo 69.º da Lei nº 56/VI/2005 de 28 de fevereiro, de normas da Lei n.º 21/X/2013 de 28 de março, que procede à primeira alteração à Lei n.º 31/VIII/2013, de 22 de maio, designadamente:

- Da norma constante do artigo 2.º na parte que altera a alínea f) do número 1 do artigo 90.º da Lei n.º 31/VIII/2013, de 22 de maio;

- Das normas constantes do artigo 4.º, na parte em que aditam os artigos 90.º -B e 90.º -C, à Lei n.º 31/VIII/2013, de 22 de maio.

Cumprindo o solicitado, vem clarificar o que se pretende:

*1. O escrutínio do artigo 4º da Lei 21/IX/2023, de 16 de maio, na parte em que adita à lei 31/VIII/2013, de 22 de maio, o artigo 90.º -B, no segmento em que agrava **todos** os crimes previstos nas alíneas mencionadas do artigo 90.º, por efeito de mera posse de gorro, capuz, luvas, lenço, máscara ou qualquer outro meio similar.*

*1.2. Na verdade, a agravação dos crimes de perigo abstrato previstos no artigo 90.º, por efeito de mera posse de gorro, capuz, luvas, lenço, máscara ou qualquer outro meio similar, **pode configurar uma agravação manifestamente excessiva** que extravasa os limites impostos pelo princípio da necessidade.*

1.3. Realçando-se, exemplificativamente que, por efeito deste aditamento, o crime de posse injustificada de reprodução de brinquedo, ou de brinquedo, com formato de arma

de fogo, previsto na alínea f) do artigo 90.º, é agravado por mera posse de gorro, capuz, luvas, lenço, máscara ou qualquer outro meio similar, sendo certo que tanto o ilícito como a circunstância agravante, resultam exclusivamente de razões de prevenção geral.

2. Pretende-se igualmente, o escrutínio do artigo 4.º da Lei 21/IX/2023, de 16 de maio, na parte em que adita à Lei 31/VIII/2013, de 22 de maio através do artigo 90.º-B, um segmento que agrava os crimes previstos pelo artigo 90.º, parágrafo primeiro, alíneas c) a g), e parágrafo segundo, no exato sentido de que abarca igualmente as circunstâncias em que o agente não tenha conhecimento da situação que conduz a agravação da pena;

2.1. O que se afigura poder ser considerado excessivo e passível de violar o princípio da proporcionalidade.

3. Pretende-se, ainda, o escrutínio do artigo 4º da Lei 21/IX/2023, de 16 de maio, na parte em que adita à Lei 31/VIII/2013, de 22 de maio, o artigo 90.º - C, no segmento em que contempla somente a autoria por participação, nada referindo quanto à autoria singular.

3.1. Situação que, sendo possível de gerar dúvidas, seria desconforme ao princípio do Estado de Direito Democrático de que a segurança jurídica seria corolário.

7. A 4 de 10 de 2023 foi notificado Sua Excelência o Senhor Presidente da Assembleia Nacional para nos termos do artigo 60º da Lei nº 56/VI/2005, de 28 de fevereiro, se pronunciar, querendo, sobre os pedidos formulados no prazo de legal de 30 dias, contados a partir da data de receção do ofício expedido pelo Venerando Juiz Conselheiro Presidente da Corte Constitucional.

8. Na mesma data foram solicitados à Assembleia Nacional documentos importantes relativos ao procedimento parlamentar de aprovação do ato legislativo, designadamente a iniciativa legislativa, pareceres que foram submetidos a debate, atas das Reuniões Plenárias pertinentes, bem como os registos de eventuais reuniões realizadas em sede das Comissões Especializadas.

9. Elaborado pelo Relator o projeto de Memorando, este foi depositado na Secretaria no dia 13 de março de 2024 para efeito da sua distribuição aos demais Juízes Conselheiros e de inscrição na tabela de julgamento.

10. A sessão para a apresentação e discussão da proposta do Memorando foi marcada para o dia 2 de abril de 2024, tendo-se realizado nesta data, sob a presidência do Venerando Juiz Conselheiro Presidente e com a presença dos demais Juízes Conselheiros, do digníssimo Senhor Procurador-geral da República e do Senhor Secretário do Tribunal Constitucional.

11. Respeitando o figurino previsto na lei, foi apresentado pelo Relator o memorando com as questões a serem discutidas, seguindo-se uma breve promoção oral do digníssimo Senhor Procurador-Geral da República. Relativamente às questões prévias esta alta entidade considerou, reportando-se ao facto de a Assembleia Nacional ter enviado ao Tribunal Constitucional um parecer do Governo, omitindo um pronunciamento expresse próprio, o seguinte: «... a AN fez seu o pronunciamento do governo. Isto quer dizer que terá havido uma total sintonia, os argumentos do governo são os mesmos que os da Assembleia Nacional, e nesse sentido, repito, eu considero que não se pode entender que não tenha sido a Assembleia Nacional a se pronunciar.». Em relação à questão do prazo do pronunciamento, que teria sido ultrapassado em quatro dias, sustentou que se tratava não de um «prazo perentório, mas sim meramente ordenador e que não tinha qualquer influência no decurso do processo, concluindo que que o TC devia aproveitar e de facto aceitar esse pronunciamento». No que tange às questões de fundo, o Senhor Procurador Geral da República, incidiu em primeiro lugar sobre a 1ª Questão, dizendo que o segmento em causa não viola a *Constituição da República*. No que diz respeito ao artigo 4º da Lei nº 21/X/2023, de 16 de maio que adita os artigos 90º B e 90º C, incluindo um segmento em que, agrava de um terço nos seus limites mínimos e máximos, os crimes constantes das alíneas c) a g) do número 1 do artigo 90º, por mera posse de gorros, capuzes, luvas, lenço, máscaras, etc., o digníssimo Senhor Procurador-Geral da República teceu comentários no sentido de que a lei foi elaborada num período de uma grande pressão, mas que já terá produzido algum efeito e que as coisas acalmaram-se um tanto ... também ...por causa dessa lei que foi mais dura. Afirmou em particular, no entanto, que o legislador *poderia ser «mais comedido»* no desenho da moldura penal quanto à agravação.

12. A seguir à promoção do Ministério Público, representado pelo Digníssimo Senhor Procurador-Geral da República, o coletivo de Juízes Conselheiros procedeu ao debate, tendo aprovado as questões de fundo e emitido orientação quanto às prévias, ao abrigo do nº 3 do artigo 71º da LTC.

13. Elaborado o projeto de Acórdão e depositado o mesmo, a 24 de maio de 2024, na Secretaria do Tribunal Constitucional, ele foi distribuído aos Juízes Conselheiros, seguindo-se o agendamento que ficou marcado para o dia 7 de junho.

14. Realizada a sessão de discussão do projeto de Acórdão este foi, após debate, votado nos termos e com os fundamentos que se seguem.

II. Fundamentação

1. O presente pedido de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade tem por objeto a) a norma constante do artigo 2º que procede à 1ª alteração ao regime jurídico relativo às armas e suas munições, na parte em que altera o nº 1 do artigo 90º; e b) a norma constante do art.º 4 da mesma Lei, na parte em que adita os artigos 90º-B e 90º- C à Lei nº 31/VIII2013, de 22 de maio.

2. Impõe-se antes de mais, como é habitual, referenciar ainda que brevemente os pressupostos da admissibilidade que foram verificados inicialmente pelo Venerando Juiz Conselheiro Presidente através de douto despacho de admissão a 4 de outubro de 2023. São eles a competência do Tribunal, a legitimidade da entidade que suscita o escrutínio, e a tempestividade do pedido.

2.1. *Quanto à competência do Tribunal:* É evidente que o Tribunal Constitucional é órgão competente para a apreciação do pedido formulado. Com efeito, nos termos do artigo 215º da Constituição «*O Tribunal Constitucional é o tribunal ao qual compete, especificamente, administrar a Justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional, designadamente, no que se refere a: ...a) fiscalização da constitucionalidade e legalidade (alínea a).* Por outro lado, a Lei nº 56/VI/2005, de 28 de fevereiro, que estabelece a competência, a organização e o funcionamento do Tribunal Constitucional, o estatuto dos seus juízes e os processos da sua jurisdição, adiante designada LTC , estabelece no seu

artigo 11º que compete especificamente ao Tribunal Constitucional, em matéria de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade : ... « c) a *fiscalização abstrata e concreta da constitucionalidade das normas e resoluções de conteúdo normativo ou individual e concreto*» e ... «e) a *fiscalização sucessiva abstrata da legalidade das resoluções de conteúdo normativo ou individual e concreto*».

2.2. Quanto à legitimidade: O Presidente da República é órgão de soberania que tem legitimidade para, nos termos do artigo 280º da CRCV, exercer o poder funcional de suscitar a apreciação e declaração de inconstitucionalidade de quaisquer normas ou resoluções de conteúdo material normativo ou individual e concreto.

2.3. Quanto à tempestividade: A fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade ou legalidade de normas ou resoluções pode ser feita a todo o tempo, conforme dispõe o nº1 do artigo 70º da LTC e vem mencionado no douto despacho anteriormente referido. O pedido deu entrada na Secretaria do Tribunal Constitucional a 29 de junho de 2023, não se colocando o problema de tempestividade.

3. Ao apreciar o pedido de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade, o Tribunal entendeu abordar duas questões prévias que surgiram no âmbito da tramitação processual. Em conformidade com o disposto no artigo 60º da Lei nº 56/VI/2005, de 28 de fevereiro, o Venerando Juiz Conselheiro e Presidente do Tribunal Constitucional no dia 4 de outubro de 2023 notificou a Assembleia Nacional, através do seu ilustre Presidente, para se pronunciar, querendo, sobre os pedidos formulados pela entidade requerente, no prazo legal de trinta dias. Acontece que, a Assembleia Nacional, por um lado, só veio a entregar a sua resposta no dia 7 de novembro do mesmo ano, apresentando um texto do Governo que é designado como *«pronunciamento do autor da iniciativa, cujo conteúdo se dá aqui por integralmente reproduzido para os devidos efeitos»*. A Assembleia, ela própria, na verdade, parece ter entendido não formular um pronunciamento próprio, veiculando todavia um ato de vontade de um outro órgão de soberania, o Governo, que politicamente responde perante ela.

3.1. Duas questões se colocam aqui: primeiro, pode esta Corte considerar a resposta em causa no atual processo? Segundo, corresponde ao disposto na lei e ao sentido do instituto do pronunciamento a substituição da pronúncia do órgão produtor da norma pela

veiculação de um ato de vontade de órgão ou entidade com mera iniciativa legislativa, mas que não é autora do ato normativo praticado, o qual, neste processo, está sujeito à sindicância de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional?

3.2. A primeira questão é simples. O prazo legal para apresentação do pronunciamento pelo órgão produtor da norma é de 30 dias. Este prazo é contínuo, nos termos do nº 1 do artigo 61º da Lei nº 56/VI/2005, de 28 de fevereiro, LTC. Ele terminou, por isso, no dia 3 de novembro. A resposta deu entrada no Tribunal Constitucional no dia 7 de novembro, portanto quatro dias depois do prazo. Entendeu, no entanto, o Tribunal, após discussão, que podia acolher o documento proveniente da Assembleia Nacional, considerando que o prazo tem natureza ordenadora e não perentória ou preclusiva. Neste sentido também foi a posição do Digníssimo Senhor Procurador-Geral da República, conforme ficou patente no Relatório.

3.3. A segunda questão é também de resposta fácil. Importa, no entanto, começar por dizer que não está em causa a liberdade de relacionamento da Assembleia Nacional com o Governo, pois que tal se processa no âmbito do sistema de Governo semipresidencial, do princípio da separação e interdependência de poderes consagrado artigo 119º da Constituição da República. Assim, a Assembleia pode solicitar ao Governo, se assim o entender, esclarecimentos sobre alguma iniciativa legislativa da sua autoria, o que normalmente acontece no âmbito do processo legislativo, como pode, igualmente, pedir alguma informação sobre trabalhos preparatórios no quadro da elaboração de propostas de lei a serem encaminhadas ao Parlamento. O que não se afigura muito curial, com a devida vénia, é o órgão produtor da norma substituir o seu próprio pronunciamento pelo de uma entidade que só é autora de uma iniciativa legislativa, enquanto sujeito parlamentar, mas não é autora do ato final. Na verdade, o ato final traz a chancela da Assembleia Nacional, isto é, é assinado pelo Presidente da Assembleia Nacional, antes de ser remetido ao Presidente da República para promulgação e subsequente publicação no Boletim Oficial (Cfr. artigo 327º do Regimento da Assembleia Nacional, sobre o formulário das leis). No caso concreto, é evidente que o autor da norma é a Assembleia Nacional. Mas, mais, a partir da entrada da iniciativa legislativa na Casa Parlamentar, esta torna-se «senhora» do processo legislativo. Por esta razão, o Tribunal Constitucional, em momento próprio, através do seu Presidente, pediu o pronunciamento do autor da norma e não daquele que simplesmente teve a iniciativa legislativa. E o pedido aconteceu,

com base no artigo 60º da LTC, que diz *ipsis verbis* o seguinte: «Admitido o pedido, o Presidente notifica o órgão de que tiver emanado a norma impugnada para, querendo, se pronunciar sobre ele no prazo de 30 dias, ou tratando-se de fiscalização preventiva, de 3 dias». O sentido desta notificação é, não obstante o processo de fiscalização abstrata da constitucionalidade ser um processo de natureza objetiva e não um processo de partes, o órgão produtor da norma poder exercer, querendo, uma espécie de contraditório em relação às razões aduzidas pela entidade que requer a fiscalização abstrata da constitucionalidade das normas ou resoluções. Na verdade, « o órgão produtor da norma tem um «poder» processual de réplica que lhe permite defender no plano do direito, a validade do ato impugnado, contra o poder de impugnação exercido pelo órgão ou entidade autora do pedido » ¹. Assim, é muito importante a manifestação da posição do órgão produtor da norma, que, no entanto, tem a liberdade de o fazer ou não, conforme entender, podendo, como acontece algumas vezes, oferecer o merecimento dos autos. Este papel, que se pode ancorar no âmbito do princípio da interdependência de poderes não é de somenos. Pelo contrário, é de grande utilidade, porque o órgão produtor da norma pode fornecer um conjunto de elementos ou argumentos com relevo para facilitar a atividade de instrução do processo que o Tribunal Constitucional é chamado a decidir. Assim, esta Corte, não obstante salientar a importância da obtenção de informações provenientes de sujeitos parlamentares participantes do processo legislativo para a qualificação do seu processo decisório, tem dificuldade em aceitar a substituição do pronunciamento do órgão produtor da norma pelo alegado pronunciamento de uma entidade que é simplesmente autora da iniciativa legislativa que esteve na base do ato praticado por aquele órgão. Tendo, todavia, em conta que se trata da primeira vez que este Tribunal está confrontado com uma situação como a descrita, considerando igualmente a posição do Governo na definição da política criminal (último segmento do nº 2 do artigo 225º da CRCV) e a importância comunitária do diploma ora em escrutínio de constitucionalidade, esta Corte Constitucional entende, exceccionalmente, aceitar o documento do Governo, na medida em que poderá ser relevante para esclarecer um ou outro aspeto significativo para a formação da convicção dos juízes. Este posicionamento do Tribunal não deve, contudo, ser visto como o estabelecimento de um qualquer precedente.

¹ Cfr. **Carlos Blanco de Moraes**: *Justiça Constitucional*, tomo II, 2ª edição, Coimbra, 2011, p. 586.

4. Importa agora considerar as quatro questões principais a que o Tribunal Constitucional deverá responder. A primeira pode ser formulada da seguinte forma: «O segmento referente a “reproduções e brinquedos com formato de arma de fogo” **da alínea f) do número 1 do artigo 90.º, alterada pelo artigo 2.º da Lei n.º 21/X/2023 de 28 de março,** é incompatível com a Constituição, designadamente com o princípio constitucional da proporcionalidade, quando parece criar, no ordenamento jurídico cabo-verdiano, uma criminalização de brinquedos, com formato de arma, abrangendo desde a simples semelhança à identidade»?

4.1. Antes de mais, é aconselhável reproduzir – se e analisar o segmento em causa. Ele está inserido no nº 1 do artigo 90º. Este começa da seguinte forma: «1. Quem, sem se encontrar autorizado, fora das condições legais ou em contrário das prescrições da autoridade competente, trouxer consigo, detiver, transportar, guardar ou estabelecer depósito, reparar, montar, desativar, comprar, adquirir a qualquer título ou por qualquer meio, ou obtiver por fabrico, transformação ou transferência:

...f) As armas de sinalização, armas veterinárias, armas de ar comprimido, armas de airsoft, **reproduções e brinquedos com formato de armas de fogo, facilmente confundíveis com estas pelas suas vítimas** e que de acordo com as circunstâncias não se mostra justificável a sua posse, é punido com pena de prisão de 5 a 8 anos».

4.2. Nota-se que há um conjunto de atos que estão ser considerados crimes tais como os atos de alguém, sem se encontrar autorizado, fora das condições legais ou contrariando as prescrições da autoridade competente, trazer consigo, deter, transportar, guardar ou estabelecer depósito, reparar, montar, desativar, comprar, adquirir a qualquer título ou por qualquer meio, ou obter por fabrico, transformação ou transferência: armas de sinalização, armas veterinárias, armas de ar comprimido, armas de airsoft, **reproduções e brinquedos com formato de armas de fogo, facilmente confundíveis com estas pelas suas vítimas** e que de acordo com as circunstâncias não se mostra justificável a sua posse.

4.3. Na petição argumenta-se que se está a criminalizar brinquedos e que tal poria em causa o princípio da proporcionalidade. Na verdade, o que a lei faz é considerar crime alguém trazer consigo, deter, transportar, etc. **«brinquedos com formato de armas de fogo, facilmente confundíveis com estas pelas suas vítimas** e que de acordo com as

circunstâncias não se mostra justificável a sua posse é punido com pena de prisão de 5 a 8 anos».

Não se criminalizam os brinquedos em si, mesmo que tenham formato de armas, mas sim, como ressalta da lei, o facto de alguém deter ..., etc., **brinquedos com formato de armas de fogo, facilmente confundíveis com estas pelas suas vítimas** e que de acordo com as circunstâncias não se mostra justificável a sua posse. Esta criminalização não de brinquedos, mas de condutas de agentes decorre do contexto em que há agentes e vítimas da utilização destes brinquedos, que são facilmente confundíveis com armas de fogo. Por isso, estes brinquedos com formato de armas são passíveis de em contextos, por exemplo de assaltos, quebrar uma resistência que normalmente a vítima poderia oferecer ao assaltante.

Aliás, com este sentido, a versão anterior da alínea c) do artigo 90º da Lei nº 31/VIII/2013, de 22 de maio, que estabelece o regime jurídico relativo às armas e suas munições já criminalizava, designadamente, os atos de usar ou trazer consigo «... *brinquedos com formato de armas de fogo, facilmente confundíveis com estas pelas suas vítimas, quando utilizados em agressão ou ameaça de agressão, assalto ou tentativa de assalto a propriedade sob vigilância de alguém*», prevendo para isso uma pena de prisão até 5 anos ou então, em alternativa, pena de multa até 500 dias.

4.4. Será que a determinação da conduta como crime pelo legislador democrático no exercício da sua competência constitucional (cfr. alínea c) do nº 1 do artigo 177º, artigo 182º e alínea b) do nº 2 do artigo 204º da CRCV) é incompatível com o princípio da proporcionalidade? O princípio da proporcionalidade, proibição do excesso ou razoabilidade, é em Cabo Verde um princípio **expressamente previsto na Constituição** (nº 5 do artigo 17º e nº 2 do artigo 244º), mas que em muitos países é puramente derivado do conceito de Estado de Direito (artigo 2º da CRCV), como é o caso, por exemplo, da República Federal da Alemanha. É encarado por uns como princípio estruturante do Estado de Direito (v.g. Jorge Reis Novais) e por outros como um fator de consolidação do Estado de direito material, social e democrático. A sua amplitude e essência manifestam-se no plano da legislação e da hermenêutica jurídica. O princípio da proporcionalidade, que enforma o princípio da legalidade, constitui um limite às

arbitrariedades do poder, quer se trate do poder de fazer leis, do poder de executar as leis ou do poder jurisdicional.

Como diz impressivamente, Winfried Hassemer, «à semelhança do princípio da igualdade, o princípio da proporcionalidade reside tão perto do coração da estrela-guia de todo o Direito, a justiça, que se poderia dizer que ela é apenas uma outra formulação de justiça: Assim como a justiça depende determinantemente do tratamento igual, assim como uma atuação não pode ser justa, quando trata o igual de forma desigual, também nenhuma ingerência pode ser justa, quando tenha perdido a sua medida, isto é não se contém nos limites da proporcionalidade (Angemessenheit) - é precisamente desproporcional. A proporcionalidade parece estar sentada, juntamente com a justiça e a igualdade, no mais elevado trono dos princípios fundamentais do Direito – em todo o caso, muito mais acima do que o conceito concretista e limitado de tutela de bens jurídicos que com a sua escassa iluminação só atinge uma pequena parte das constelações jurídicas, sobre as quais o princípio da proporcionalidade naturalmente deita a sua clara luz² ».

O princípio da proporcionalidade, proibição do excesso ou razoabilidade, como se sabe, engloba os sub - princípios da adequação/idade do meio, da ingerência mínima ou da necessidade e o da proporcionalidade em sentido restrito. Em conformidade com o sub- princípio da adequação/idade do meio só são lícitos os meios que são apropriados para o combate aos perigos ou ameaças.

Será que a criminalização do uso de brinquedos com forma de armas é adequada/idónea a diminuir a criminalidade? Sabendo que os criminosos costumam utilizar tais meios para levar as vítimas a não reagirem e, portanto, a permitirem que eles pratiquem mais facilmente determinados atos criminosos é aceitável que o legislador tenha escolhido a criminalização de determinadas condutas em que se utilizam brinquedos com formato de armas. Aparentemente, o legislador entendeu que era um meio idóneo a criminalização do ato para prosseguir o interesse público da redução da criminalidade e o não menos importante interesse público da responsabilização e punição dos criminosos. Na verdade, a criminalização das condutas em que se utilizam brinquedos com o formato de armas,

² Winfried Hassemer : Warum Strafe sein muss, Ein Plädoyer., Berlim 2009, p. 159.

embora não conduza à eliminação completa das situações de perigo, pode, no entanto, contribuir para a sua redução.

4.5. Por sua vez, o sub - princípio da ingerência mínima ou da necessidade ou exigibilidade (Erforderlichkeit) significa que se deve optar na prossecução do resultado pelo meio mais suave, tendo em conta a especificidade das posições afetadas, a intensidade do seu encurtamento, incluindo as consequências económicas e o número dos afetados. Note-se, finalmente, que quando estão em causa decisões do legislador há que ter em devida conta a margem de apreciação e de prognose dele. No caso concreto, não parece existir nenhum meio mais suave que permitisse contribuir para um combate mais eficaz à criminalidade. Um meio mais suave poderia ser simplesmente a dispensa de criminalização, mas neste caso não se afigura que se poderia alcançar o resultado que se pretende no combate à criminalidade com a mera dispensa da criminalização, enquanto forma de controlo social. Por isso, deve-se aceitar a posição do legislador, que é uma entidade que, num Estado de Direito, possui a legitimidade para prosseguir a realização dos direitos fundamentais, designadamente os da liberdade, da igualdade, de autonomia e participação política, de harmonia com as propostas políticas e orientações que tenham feito vencimento nas eleições democráticas.

4.6. O sub-princípio da proporcionalidade em sentido restrito requer que as afetações prejudiciais que advenham do meio utilizado não estejam numa desproporção em relação ao resultado pretendido. No exame desta proporcionalidade em sentido restrito deve-se contrapor a extensão do benefício pretendido para os interesses acautelados ao peso do encurtamento de posições jurídicas afetadas negativamente, tendo em conta todas as consequências cognoscíveis.

Por um lado, afeta-se a posição dos cidadãos na sua liberdade de utilização de um brinquedo aparentemente inofensivo e que não é propriamente uma arma, mas simplesmente parece com ela. Mas, a afetação desta liberdade é justificada pelos benefícios que se traz à comunidade através da criminalização da conduta e da consequente perseguição dos seus autores e sua responsabilização em sede criminal, pois que se consegue através da perseguição criminal e da responsabilização criminal do infrator um efeito de prevenção geral e especial.

Podemos concluir aqui que não houve uma violação do princípio da proporcionalidade pelo legislador que usou o seu poder de livre apreciação e decisão.

5. *A 2ª questão consiste no seguinte: O artigo 4º da Lei nº 21/IX/2023, de 16 de maio, na parte em que adita à lei 31/VIII/2013, de 22 de maio, o artigo 90.º -B, no segmento em que agrava todos os crimes previstos nas alíneas mencionadas do artigo 90.º, [c), d),*

e), f) e g)], por efeito de mera posse de gorro, capuz, luvas, lenço, máscara ou qualquer outro meio similar é incompatível com a Constituição, designadamente com o princípio da proporcionalidade?

5.1. O artigo 90º B determina na parte que interessa o seguinte : « *A pena referida nas alíneas c), d)) e) , f) e g) do número 1, no número 2 do artigo 90º e no artigo 99º , é agravada de um terço , nos seus limites mínimo e máximo, se pena mais grave não couber, por força de outras disposições legais, sempre que o agente estiver :a) Trazendo consigo ou tendo na sua posse gorro, capuz, luvas, lenço, máscara ou qualquer outro meio similar ou fraudulento, com vista a dissimular a sua pessoa ou a prática de facto ilícito*».

5.2. Do agravamento da pena podem resultar, respetivamente, as seguintes penas mínimas nas alíneas c), d)) e), f) e g) do número 1: de 5 para 6,6 anos; de 5 para 6,6 anos; de 5 para 6, 6 anos; de 5 para 6,6 anos; de 4 para 5, 3 anos.

A pena mínima do nº 2 do artigo 90º agrava-se de 4 anos para 5, 3 anos. A do artigo 99º, nº 1, de 6 meses para 8 meses.

Os limites máximos sobem no nº1 do artigo 90º e nas alíneas acima referidas de 10 para 13 anos; de 10 para 13, 3; de 8 para 10, 6; de 8 para 10, 6; de 6 para 8 anos. No nº 2 do artigo 90º sobe de 8 para 10, 6. No artigo 99º de 3 para 4 anos.

5.3. Nota-se que os agravamentos resultam em função da situação de o agente trazer consigo ou ter na sua posse determinados adereços tais como gorro, capuz, luvas, lenço, máscara ou qualquer outro meio similar ou fraudulento, com vista a dissimular a prática de facto ilícito por um agente.

5.4. Será que pelo facto de o legislador decidir o agravamento das penas em virtude de o agente trazer consigo ou ter na sua posse determinados adereços tais como gorro, capuz, luvas, lenço, máscara ou qualquer outro meio similar ou fraudulento, com vista a dissimular a prática de facto ilícito por um agente, é incompatível com o princípio da proporcionalidade ou qualquer outra norma da Constituição? Será que o agravamento da pena nestas circunstâncias não é um meio idóneo para concorrer para a diminuição da criminalidade no contexto social e de segurança que se vive em Cabo Verde? Para o

legislador democrático parece que sim. Aparentemente o legislador entendeu que era um meio idóneo o agravamento da pena nestas circunstâncias.

Com efeito, no documento enviado a este Tribunal e constante dos autos, a folhas 31 a 40, figura a posição do autor da proposta de lei em discussão, quanto à relevância da utilização de adereços dissimulativos por parte de criminosos que querem fugir às malhas da lei e da responsabilização criminal, tentando, passe o termo, « driblar» os meios técnicos de videovigilância que em virtude de políticas públicas de combate à criminalidade foram adquiridos e instalados no país, e em especial nas zonas urbanas, onde a criminalidade tende a ser maior. Vale a pena citar o texto do Governo da República enquanto sujeito parlamentar que esteve na origem da proposta da lei: *« Com efeito, a posse de gorro capuz, luvas, lenço, máscara ou qualquer outro meio similar ou fraudulento com vista a dissimular a pessoa do agente ou a prática do facto ilícito, no contexto da criminalidade e da utilização de armas de fogo e brancas em Cabo Verde, não constitui uma situação excecional, esporádica, qual mera coincidência, antes uma realidade comprovada da criminalidade urbana com especial incidência nos principais centros, sendo particularmente constatada na sequência da instalação do sistema de videovigilância urbana nas principais ilhas e cidades, e que recrudescer precisamente como forma de garantir a impunidade face à existência das câmaras instaladas nas ruas, avenidas e bairros, razão pela qual entendeu-se adequar o regime jurídico de armas e suas munições e o quadro sancionatório nele previstos, visando condutas antissociais muito comuns na realidade criminal atual e com particular impacto na ordem, segurança e a tranquilidade públicas».*

O documento, assinado pelo Chefe do Governo, acentua ainda o seguinte quadro : *« Não poucas vezes a Polícia, através do sistema de videovigilância urbana, vê-se na contingência de reagir com urgência perante a presença de indivíduos encapuzados ou mascarados, visivelmente armados, em situações de iminência do cometimento de crimes na via pública ou de flagrante, com incidência nos roubos, perante cidadãos indefesos, sendo portanto, uma medida adequada ao fim proposto, exigível no contexto criminal atual, com uma finalidade específica, , indispensável para a proteção da ordem, segurança e tranquilidade públicas, face a uma circunstância que impõe a intervenção do Estado e para a qual não existe outra igualmente eficaz e menos lesiva».*

5.5. A posição do legislador parece ter na sua base uma análise de práticas criminais onde é comum o recurso a adereços tais como gorros, capuzes, lenços e máscaras que são utilizados para a esconder a face e dissimulação dos criminosos e ainda luvas que podem dificultar a recolha de impressões digitais em contexto de investigação criminal. Tal reação legislativa parece-nos idónea para combater a criminalidade específica cujos agentes utilizam tais meios, embora não se possa defender que a resposta a todo o nível de requinte dos malfeitores deva traduzir-se necessariamente num agravamento da pena, descuidando-se outros meios de dar combate à criminalidade quer a montante na prevenção, quer a jusante, na repressão e reintegração. De todo o modo, o agravamento da pena aqui pode ser ainda compreendido no âmbito da finalidade das penas que consiste em, por um lado, proteger os bens jurídicos essenciais à subsistência da comunidade, como, por exemplo, a vida, a liberdade, a segurança, a propriedade, e, por outro lado, a reintegração do agente na vida comunitária (artigo 47º do CP).

Em relação às circunstâncias previstas nas alíneas a) e c) do artigo 90.º-B pretendeu o legislador assegurar uma proteção adequada ao bem jurídico também essencial à subsistência da comunidade que é a realização de uma justiça que se quer ou se pretende eficaz.

Como é do conhecimento geral, o Estado tem vindo a investir somas avultadas na aquisição de equipamentos, designadamente aparelhos de videovigilância, para não só dissuadir a prática criminosa, mas também, para, em caso de ocorrência de crimes, permitir identificar, localizar e punir os seus agentes.

Como se pode ver, as situações descritas nas alíneas a), b) e c) do artigo 90º-B constituem circunstâncias modificativas agravantes especiais, que têm o efeito de alterar a moldura penal dos crimes previstos nas alíneas c), d), e), f) e g) do número 1 e número 2 do artigo 90.º da Lei n.º 21/X/, 2023, de 16 de maio, de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, permitindo que o julgador possa fixar a pena concreta de acordo com o princípio da culpa e da censurabilidade da conduta do agente.

5.6. Haverá um meio para atingir o fim de combater a criminalidade e garantir a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade, enquanto bens comunitários, e que seja menos agressivo do que a afetação que resulta do aumento da pena? Não nos parece.

5.7. Vimos que o sub-princípio da proporcionalidade em sentido restrito requer que as afetações prejudiciais que advenham do meio utilizado não estejam numa desproporção em relação ao resultado pretendido. Ora, aqui também, podemos concluir singelamente que não houve uma violação do princípio da proporcionalidade pelo legislador.

5.8. É preciso notar que o agravamento das penas tem muito a ver com a ideologia da prevenção e da segurança, mas cabe sempre dentro da apreciação que o legislador faz. O legislador democrático entendeu que devia reprimir determinados comportamentos com vista a proteger interesses sociais essenciais, como os ligados à vida, à liberdade, à segurança ou à propriedade. Mas, mais ainda, o legislador entendeu prever determinadas molduras penais. Ora, a escolha da repressão é uma prerrogativa do legislador e releva da oportunidade. Ao Tribunal Constitucional, que não pode desconhecer o princípio da separação e interdependência de poderes que estrutura a organização do Estado de Direito Democrático cabo-verdiano (nº 2 do artigo 119º da CRCV) , fica reservado essencialmente um controlo de um erro manifesto de apreciação, designadamente quando houver manifesta desproporção entre a dimensão do ilícito e da culpa, por um lado, e o *quantum* da pena, por outro lado³.

6. *A terceira questão é a seguinte : O artigo 4.º da Lei nº 21/IX/2023, de 16 de maio, na parte em que adita à Lei 31/VIII/2013, de 22 de maio, através do artigo 90.º-B, um segmento que agrava os crimes previstos pelo artigo 90.º, parágrafo primeiro, alíneas c) a g), e parágrafo segundo, no exato sentido de que abarca igualmente as circunstâncias em que o agente não tenha conhecimento da situação que conduz a agravação da pena é incompatível com a Constituição, designadamente com o princípio da proporcionalidade?*

6.1. Vejamos o conteúdo deste artigo e mais concretamente o segmento referenciado. O artigo diz o seguinte: «A pena referida nas alíneas c), d), e), f) e g) do número 1, no nº 2 do artigo 90º ...é agravada de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se pena

³ Veja-se a propósito a posição do Conselho Constitucional francês na apreciação da « Lei que reforça a segurança e protege a liberdade das pessoas » . Aí os autores do livro de comentários jurídicos «Grands Arrêts Du Droit des Libertés Fondamentales, dizem: «*Dans la présente décision, le Conseil constitutionnel a adopté une position de principe consistant à considérer que le choix de la répression appartient au législateur et relève de l ' opportunité pour laquelle le Conseil doit s ' autolimiter. E citam o seguinte trecho de uma decisão « Si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d ' appréciation du législateur, il incombe au Conseil constitutionnel de s ' assurer de l ' absence de disproportion manifeste entre l ' infraction et la peine encourue*». Cfr. **X. Dupré de Boulois** (Org.): Les Grands Arrêts Du Droit des Libertés Fondamentales, 4ª edição, Dalloz, Paris, 2023.

mais grave não couber, por força de outras disposições legais, sempre que o agente estiver:

a) Trazendo consigo ou tendo na sua posse gorro, capuz, luvas, lenço, máscara ou qualquer meio similar ou fraudulento, com vista a dissimular a sua pessoa ou a prática de facto ilícito;

b) Acompanhado de, pelo menos, uma pessoa, também na posse de arma branca, engenho ou instrumento, arma de fogo, de sinalização, veterinária, de ar comprimido, elétrica ou de airsoft, de alarme ou salva, de réplicas de armas de fogo, de reproduções e brinquedos com formato de armas de fogo nas circunstâncias ali referidas, ou de material, engenho ou substância perigosa;

c) Acompanhado de, pelo menos, uma pessoa, encontrada na posse de gorro, capuz, luvas, lenço, máscara ou qualquer meio similar ou fraudulento, com vista a dissimular a sua pessoa ou a prática de facto ilícito e que, de acordo com as circunstâncias, não se mostra justificável a sua posse;»

6.2. As alíneas a), b) e c) do artigo 90º B apontam um complexo de três situações básicas que conduziriam ao agravamento das penas previsto no nº 1 do artigo 90 B. Na alínea a) trata-se da situação de o agente trazer consigo ou ter na sua posse gorro, capuz, luvas, lenço, máscara ou qualquer outro meio fraudulento, com vista a dissimular a sua pessoa ou a prática de facto ilícito. Ora, neste caso não parece que o agente do crime não tenha conhecimento desta circunstância concreta em que é ele próprio o portador destes adereços. Na alínea c) trata-se de uma situação em que o agente está acompanhado de, pelo menos uma pessoa, encontrada na posse dos mesmos adereços, com vista a dissimular a sua pessoa ou a prática de facto ilícito e que, de acordo com as circunstâncias, não se mostra justificável a sua posse. Ora, aqui também é muito difícil que o agente em contexto de prática de crime, acompanhado, não tenha conhecimento da situação concreta descrita na norma.

Em qualquer dos casos, designadamente nas situações de comparticipação descritas nas alíneas a) e c) do artigo 90-º-B, a responsabilidade penal e a pena concreta a atribuir a

cada participante ficam condicionadas ao princípio da culpa e ao regime da ilicitude na participação desenhado no artigo 28.º do Código Penal:

“1. As relações, circunstâncias e qualidades especiais do agente, de cuja verificação depender a ilicitude ou grau de ilicitude do facto, comunicam-se aos demais participantes para efeito de determinação da sanção que lhes é aplicável, desde que aqueles tenham conhecimento de tais relações, circunstâncias ou qualidades, salvo se outra for a intenção da lei ou outra coisa resultar da própria natureza da infração.”

No caso da alínea b) trata-se também de uma situação em que o agente goza da companhia de pelo menos uma pessoa que, como ele, se encontra na posse de arma branca, engenho ou instrumento ..., de réplicas de armas de fogo, reproduções e brinquedos com formato de armas de fogo, facilmente confundíveis com estas pelas suas vítimas...etc. Aqui é igualmente muito difícil que o agente, acompanhado, não se dê conta desta situação concreta que leva ao agravamento da pena.

A previsão do agravamento da pena visa aqui dar combate à criminalidade, reagindo às tentativas de contrariar a estratégia definida pelo poder público para este efeito. O meio parece idóneo, não se oferece um meio mais suave, e além disso, os objetivos alcançáveis sobrepõem-se à eventual afetação dos direitos do agente.

Não se regista aqui, pois, qualquer incompatibilidade com o princípio da proporcionalidade ou proibição do excesso, nem com a Constituição.

7. *A quarta questão é a seguinte: O artigo 4º da Lei 21/IX/2023, de 16 de maio, na parte em que adita à Lei 31/VIII/2013, de 22 de maio, o artigo 90.º - C, no segmento em que contempla somente a autoria por participação, nada referindo quanto à autoria singular, não é incompatível com a Constituição, designadamente com o princípio do Estado de Direito na sua dimensão de segurança jurídica?*

7.1. O artigo 90º C aditado apresenta o seguinte conteúdo: «*Considera-se que o crime é cometido com arma quando qualquer participante traga, no momento do crime, arma aparente ou oculta, mesmo que se encontre autorizado ou dentro das condições legais ou prescrições da autoridade competente*».

No entendimento da alta entidade que suscita a fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade do diploma em causa, contempla-se aqui só a «autoria em comparticipação», nada se referindo à «autoria singular». Tal pode, acrescenta, suscitar dúvidas na aplicação, «pelo que esta redação pode ferir a certeza e segurança jurídicas, e assim o princípio do Estado de Direito Democrático, de que a segurança jurídica é corolário». Acrescenta-se ainda que se a norma estivesse dirigida ao autor singular também se aplicaria à comparticipação, por força do disposto no Código Penal que estende a responsabilidade penal aos demais agentes que participam no crime, não parecendo que o contrário seja legalmente possível».

7.2. O questionamento a fazer agora é se tal preceito estaria em desconformidade com o princípio da segurança jurídica enquanto elemento do Estado de Direito? Antes de mais impõe-se revisitar os conceitos de Estado de Direito e de segurança jurídica. A Constituição cabo-verdiana caracteriza o Estado cabo-verdiano como um Estado de Direito Democrático, logo no seu artigo 2º. Por Estado de Direito entende-se um Estado que se funda na Constituição, respeita os princípios da constitucionalidade e da legalidade, a separação e interdependência de poderes, os direitos fundamentais do cidadão, incluindo as garantias perante a justiça, bem como o princípio da proporcionalidade, a segurança jurídica, a proteção da confiança e o controlo judicial de atos do poder público⁴. A segurança jurídica é um elemento do conceito de Estado de Direito que tem a ver com a confiabilidade do Direito e ainda com evitar a insegurança quanto à situação jurídica. A indissociabilidade da segurança jurídica com o Estado de Direito foi de resto afirmada claramente nos Acórdãos nº 13/2016 e nº 24/ 2016 deste Tribunal (Rel: JC Pina Delgado e JC J. Pinto Semedo). Constituem elementos do conceito de segurança jurídica, a clareza do direito, a determinabilidade e a durabilidade das decisões do Estado, incluindo as normativas. A estes três aspetos - clareza do direito, a determinabilidade e a durabilidade das decisões do Estado – se acrescenta a clarificação em tempo razoável de relações jurídicas controversas como imperativo para a consecução

⁴ Neste sentido, cfr. **Ingo von Münch**: *Staatsrecht I*, 1ª edição, Estugarda, Berlim e Colónia, 2000, p.137. Para um outro registo do conceito, cfr. **Louis Favoreu e outros**: *Droit Constitutionnel*, 26ª edição, Paris, 2023, p. 111. Aqui se concebe o Estado de Direito como «um sistema jurídico que apresenta as seguintes propriedades : 1) Formulações de normas suficientemente precisas para que a sua aplicação a) permita uma orientação clara aos destinatários, b) não deixe o mínimo lugar possível à arbitrariedade, e c) que se possa verificar a conformidade das normas de aplicação às normas de referência; 2) Procedimentos que permitam controlar efetivamente a conformidade das normas de aplicação em relação às normas de hierarquia superior segundo a relação de produção ».

da segurança jurídica. Ainda num determinado sentido a segurança jurídica requer a clarificação o mais cedo possível quanto à extensão de futuras limitações da liberdade das pessoas⁵.

Como elemento que integra a essência do Estado de Direito, o princípio da segurança jurídica, como se viu «projeta exigências diferenciadas dirigidas ao Estado». Estas exigências são, por um lado, de índole genérica, como as exigências de previsibilidade da atuação estadual, de certeza, clareza e densidade normativa das regras jurídicas e de publicidade e transparência dos atos dos poderes públicos, em especial dos que possam afetar de modo negativo os cidadãos e as suas organizações e, por outro lado, de índole mais específica, como as exigências de respeito dos direitos, expectativas e interesses legítimos dignos de proteção jurídica⁶.

Considerando o dispositivo legal em questão ele parece desde logo um texto com um conteúdo normativo claro, não enfermando de qualquer contradição nos seus termos. Além disso, o mesmo dispositivo quando diz «*o crime é cometido com arma quando qualquer participante traga, no momento do crime, arma aparente ou oculta, mesmo que se encontre autorizado ou dentro das condições legais ou prescrições da autoridade competente*», não padece de nenhuma falta de precisão substantiva quanto àquilo que o legislador determina, podendo os cidadãos orientar perfeitamente a sua conduta com base no preceito jurídico em si. Também a formulação não parece criar dificuldades para o exercício do poder de controlo conferido ao poder judicial, máxime para o juiz criminal que domina os conceitos básicos de autoria e participação criminosa que decorrem do artigo 25º do CP⁷.

Como é evidente, até porque a epígrafe- *Punição em razão da participação*, assim o indica, está-se a densificar o conceito de crime cometido com arma exclusivamente em situação de participação criminosa, bastando que, no momento do crime, qualquer participante traga uma arma.

⁵ Cfr. **Michael Sachs**, in *Sachs* (Org.), **Grundgesetz**, 7ª edição, 2014, Art. 20, nota de margem nº 122 (p. 842).

⁶ Neste sentido, cfr. **Jorge Reis Novais**: *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra 2019, p. 150.

⁷ Cfr. sobre os conceitos **Victor de Sá Pereira/ Alexandre Lafayette**: *Código Penal. Anotado e Comentado*, 2ª edição, Lisboa 2014.

Por outro, lado, convém recordar que um autor singular quando toma parte direta ou coopera na execução do facto típico é também participante.

Do ponto de vista da durabilidade do ato também não há, como é óbvio, nada a apontar, não se podendo convocar aqui qualquer questão ligada à proteção da confiança ou à «segurança da expectativa individual».

Por estas razões todas, é de se concluir que os dispositivos sindicados não estão em desconformidade com a Constituição da República.

III. Decisão

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

A) Não declarar a inconstitucionalidade do segmento referente a “reproduções e brinquedos com formato de arma de fogo” da alínea f) do número 1 do artigo 90.º, alterada pelo artigo 2.º da Lei n.º 21/X/2023 de 16 de maio, por *não ser incompatível com a Constituição e designadamente o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso*;

B) Não declarar a inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei nº 21/IX/2023, de 16 de maio, na parte em que adita à lei nº 31/VIII/2013, de 22 de maio, o artigo 90.º -B, no segmento em que agrava **todos** os crimes previstos nas alíneas mencionadas do artigo 90.º, [c), d), e), f) e g)], por efeito de mera posse de gorro, capuz, luvas, lenço, máscara ou qualquer outro meio similar;

C) Não declarar a inconstitucionalidade do artigo 4.º da Lei nº 21/IX/2023, de 16 de maio, na parte em que adita à Lei nº 31/VIII/2013, de 22 de maio, através do artigo 90.º-B, um segmento que agrava os crimes previstos pelo artigo 90.º, parágrafo primeiro, alíneas c) a g), e parágrafo segundo, no exato sentido de que abarca igualmente as circunstâncias em que o agente não tenha conhecimento da situação que conduz a agravação da pena, por não ser incompatível com a Constituição e designadamente com o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso;

D) Não declarar a inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei nº 21/IX/2023, de 16 de maio, na parte em que adita à Lei nº 31/VIII/2013, de 22 de maio, o artigo 90.º - C, no segmento em que contempla somente a autoria por participação, nada referindo quanto à autoria singular, por não ser incompatível com a Constituição e designadamente com o princípio da segurança jurídica, enquanto elemento do princípio do Estado de Direito.

Praia, 27 de junho de 2024

Os Juízes Conselheiros

Aristides R. Lima (Relator)

João Pinto Semedo

José Pina Delgado

(votei vencido, nos termos da declaração que anexo)

ESTÁ CONFORME

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 27 de junho de 2024.

O Secretário,

João Borges



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Declaração de voto (vencido) do JC Pina Delgado

1. Com pena minha, por razões que sintetizo através destas linhas, não pude acompanhar os companheiros que, comigo, compõem esta Corte Constitucional, os quais, com fundamentos respeitáveis, optaram por promover uma calibração diferente das difíceis questões constitucionais sujeitas à nossa apreciação e, dali partindo, chegaram às conclusões que especificaram no douto acórdão.

2. Penso que tal diferença deveu-se sobretudo a abordagens constitucionais diferentes que remetem à problemática da definição do escrutínio adequado que o Tribunal Constitucional deve lançar a situações a envolver a incriminação de condutas, nomeadamente ao nível da, a) construção dos tipos penais; b) determinação das penas; e, c) fixação de circunstâncias de agravação.

3. O douto aresto, atribuindo especial relevo a razões de segurança pública, parte da premissa de que, considerando o princípio da separação de poderes, em tais matérias, as instâncias de controlo devem ser deferentes para com as decisões dos órgãos legislativos competentes, enquanto encarnação, ainda que indireta, da soberania popular. Premissa da qual parece se ter assentado o escrutínio laço que foi lançado às normas que, em boa hora, foram desafiadas por S. Excia. o Senhor Presidente da República.

3.1. A muito bem articulada posição merece o nosso respeito total, sem que disso decorra a nossa concordância.

3.1.1. Primeiro, porque ao contrário do respeitável juiz constitucional francês, que adotou o entendimento jurisprudencial defensor da tese da deferência em matéria de incriminação de condutas e definição de penas que se verteu para uma das notas de pé de página da douta decisão, nós, em Cabo Verde, estamos legalmente vinculados a critérios

constitucionais de apreciação de situações de restrição, por definição legislativa, de direitos, liberdades e garantias que passam por, primeiro, impedir a ingerência legitimada pelo legislador sobre certos tipos de direitos, os que assumem natureza de garantia fundamental; segundo, de estabelecer um limite de ingerência nos outros direitos – no seu núcleo essencial – e, terceiro, de controlar qualquer afetação por meio das condições previstas no artigo 17(4) e artigo 17(5) da Constituição, nomeadamente impondo a generalidade e abstração do ato, a não-produção de efeitos retroativos e a sua proporcionalidade estrita. Disso decorre que não há grande margem para qualquer deferência especial para as decisões do legislador que transcendam a consideração dos interesses legítimos que ele invoca para justificar a medida legislativa. Não cabendo, ademais nesta matéria – que abarca um direito fundamental importante, a liberdade sobre o corpo, no quadro de uma relação tipicamente vertical, marcada pela aplicação do princípio da vinculatividade das entidades públicas do artigo 18 – recorrer a um escrutínio laço, mas antes a um escrutínio se não estrito, pelo menos rigoroso o suficiente, e assente, sobretudo, na verificação e no balanceamento dos vários elementos constitucionais e penais que o princípio da proporcionalidade na sua tríplice dimensão de adequação, necessidade e justa medida impõe.

3.1.2. Porque a aplicação do princípio da separação e interdependência entre os poderes parece conduzir a um sentido diferente, nomeadamente porque desde o Marquês de Beccaria – personalidade que destacou as ideias de que “somente as leis podem decretar as penas relativas aos delitos e esta autoridade só pode residir no legislador que representa toda a sociedade unida por um contrato social” e que tal “soberano, que representa a própria sociedade, só pode aprovar as leis gerais que obrigam todos os membros, mas já não julgar”, pois, nestes casos, “seria necessário um terceiro juiz da verdade dos factos” (Cesare Beccaria, *Dei Delitti e delle Pene*, Roma, Castelvechi, 2004 [orig: 1764], III, pp. 40-41) – que, em matéria penal, e sem prejuízo de todo o desenvolvimento dogmático-constitucional ocorrido desde então, mantém-se um notório predomínio da separação sobre a interdependência entre os poderes. Precisamente porque a função do legislador ao incriminar condutas e fixar penas deve fazê-lo de tal forma a reduzir amplamente a discricionariedade do juiz quando este haja de as aplicar a situações concretas, evitando que seja este a proceder a essas determinações caso a caso, tentando, na falta de lei clara, decifrar a vontade do legislador, fazendo inferências de todas a espécie ou interpretando por analogia, e, assim, atingindo a legalidade penal,

constitucionalmente protegida, e o próprio princípio da igualdade, quando não o princípio da dignidade da pessoa humana.

3.1.3. A deferência do Tribunal Constitucional deve ser com a Lei Fundamental, não com o legislador, por mais iluminado que este seja, e isso em benefício do sistema e do próprio povo. Não nos parecendo que uma abdicação, relativa é certo, das funções que se reserva a este Tribunal de ser guardião supremo da Constituição e dos direitos fundamentais, seja sequer boa para um legislador de boa fé, o qual pode errar, como todos, simplesmente calibrando de forma imprecisa certas normas, usando terminologia inadequada ou prevendo consequências jurídicas para certas condutas além do que seria constitucionalmente tolerável. Quando o faz, como parece ter sido o caso, à flor da pele, para dar resposta a situações causadoras de forte comoção social, por vezes comunitariamente pressionado, elementos de racionalidade devem ser introduzidos pelas instituições de controlo, que, protegidas das paixões populares e cuja legitimidade resulta diretamente da Lei Fundamental, como esta Corte Constitucional, devem atuar para impor a reponderação das soluções adotadas, desde que viciadas de inconstitucionalidade.

4. Neste conspecto, parece-me que, cada uma ao seu modo, as quatro normas desafiadas são desconformes à Constituição.

4.1. Que, espelho, terá sido o resultado do contexto descrito.

4.2. Mas que, objetivamente, resultou em normas algo imprecisas, deficientemente calibradas e cuja aplicação deverá ser um tormento para os juízes, como, de resto, já é do conhecimento deste Coletivo, ao qual já chegaram recursos de fiscalização concreta da constitucionalidade por desaplicação de normas aprovadas no quadro do mesmo processo legislativo, um dos quais autuado como Autos de Recurso de FCC 11/2023, não pôde prosseguir por ter sido considerado deserto pelo subscritor (Decisão Sumária N. 2/2023), mas mantendo-se pendente de apreciação o outro (Autos de Recurso de FCC 12/2023)

4.3. Sendo eu próprio crítico de alguma tendência de cientistas do direito criminal de reduzir o papel da política criminal em detrimento da dogmática jurídico-penal, também não me parece que se deva cair no extremo oposto. E este parece ser um caso

paradigmático em que num processo legislativo, por razões de política criminal, simultaneamente práticas e simbólicas, não se considera a dogmática.

5. Especificamente em relação à primeira norma impugnada, de acordo com a qual “quem, sem se encontrar autorizado, fora das condições legais ou em contrários das prescrições da autoridade competente, trazer consigo, detiver, transportar, guardar ou estabelecer depósito, reparar, montar, desativar, comprar, adquirir a qualquer título ou por qualquer meio ou obtiver por fabrico, transformação ou transferência (...) brinquedos com formato de armas de fogo, facilmente confundíveis com estas, pelas suas vítimas e que, de acordo com as circunstâncias não se mostra justificável a sua posse, é punido com pena de prisão de 5 a 8 anos”, não só problemas de conformidade com o princípio da proporcionalidade parecem colocar-se, como também de determinabilidade.

5.1. Este tipo penal foi construído na sequência de incriminação constante da primeira versão do regime jurídico de armas e munições aprovada pela Lei 31/VIII/2013, de 22 de maio, nos termos da qual “quem, sem se encontrar autorizado, fora das condições legais ou em contrário das prescrições da autoridade competente, detiver, transportar, guardar, comprar, adquirir a qualquer título ou, por qualquer meio, fabricar, transportar, importar ou exportar, usar ou trazer consigo (...) brinquedos com formato de armas de fogo facilmente confundíveis com estas pelas vítimas, quando utilizadas em agressão ou ameaça de agressão, assalto ou tentativas de assalto a propriedade sob a vigilância de alguém, é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 500 dias”;

5.2. Não me movendo qualquer posição de princípio contra a possibilidade de o Estado tentar preservar interesses públicos relevantes e bens jurídicos individuais protegidos pela Constituição através da consagração de crimes de perigo abstrato ou, como diria um grande penalista, “no estado prévio à lesão de um bem jurídico” (Günther Jakobs, “Incriminação no estado prévio à lesão de um bem jurídico” in: *Fundamentos do Direito Penal*, André Luís Callegari (trad.), São Paulo, RT, 2023, p. 108 e ss), assente em incriminação preventiva de condutas passíveis de promoção da sua lesão, creio que em tais situações deveres especiais de cuidado devem ser considerados para assegurar que existe bem jurídico, que este, pela sua relevância, justifica tal tipo de incriminação preventiva e que seja definido de forma clara, precisa e minuciosa.

5.3. Neste caso, no mínimo, a incriminação da conduta radica numa formulação deficientemente articulada, mesmo considerando a justificação apresentada de que, afinal, só se preencheria os elementos do tipo com o uso injustificado do brinquedo com formato de arma de fogo para a comissão de crime, resultando tal sentido putativo da singela expressão “confundíveis com estas pelas suas vítimas”. Porém, no mínimo, isso é muito confuso, na medida em que teoricamente nos crimes de perigo abstrato existem vítimas, ainda que correspondentes a um coletivo indeterminado de pessoas, sem que necessariamente ocorra o uso de objeto proibido. Além do que a expressão “confundíveis” tanto pode ser considerada em abstrato, na perspectiva meramente ideal, como ser relacionada a vítimas em concreto. Sendo assim, o que observamos é uma formulação tão vaga que tanto permite que uma pessoa que tenha em casa um brinquedo de arma de fogo tão fidedigno que qualquer homem-médio e vítima potencial confundiria com uma arma de fogo em si incorra na conduta descrita, como cobre as situações em que elas são efetivamente utilizadas para intimidar as pessoas e assim facilitar a prática de crimes de agressão, inclusive sexual, ou crimes contra a propriedade, reduzindo a resistência das vítimas.

5.4. E, às vezes, sem prejuízo da racionalização que se fez, fica-se com a impressão de ser esta a vontade do legislador: ter um tipo tão abrangente que sempre haveria base para nos casos concretos enquadrar qualquer situação que envolva brinquedos com formato de arma de fogo, quicá considerando as características do próprio agente. Caso contrário, o segmento “quando utilizadas em agressão ou ameaça de agressão, assalto ou tentativas de assalto a propriedade sob a vigilância de alguém, (...)” que constava da versão anterior, seria suficiente, ainda que passível de alguma expansão para, eventualmente, cobrir outras situações. Porém, se assim é, não só haveria que se considerar a manifesta violação do princípio da determinabilidade da lei penal, nos termos, de resto, já desenvolvido por este Tribunal em outro caso de formulações penais vagas (*Acórdão 13/2016, de 7 de julho, Proferido no Processo de Fiscalização Abstrata Sucessiva da Constitucionalidade n.º 1/2016 referente à inconstitucionalidade de certas normas restritivas do Código Eleitoral*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 43, 27 de julho de 2016, pp. 1421-1479, 2.9), como conduziria a norma a inequívoco vício de desconformidade com o princípio da proporcionalidade. Não só por força de tratamento igual de situações de gravidade diferenciada, na medida em que o perigo potencial da utilização de um brinquedo como se fosse arma de fogo para facilitar

a prática de um crime nunca seria de se ponderar da mesma forma que a sua mera detenção, nomeadamente numa residência.

5.5. E muito menos, já agora, poderia conduzir às mesmas consequências jurídico-sancionatórias, já que sempre puníveis com uma pena de prisão de 5 a 8 anos.

5.5.1. Aliás, a aparência de que não se ponderou devidamente a questão ressalta da amálgama entre armas veterinárias, armas de ar comprimido, armas de *airsoft*, todas classificadas como armas de classe F, pressupondo alguma letalidade, por um lado, com os brinquedos com formato de arma de fogo, do outro, e da previsão da mesma pena. Isso, considerando que, enquanto em relação às primeiras ainda se pode invocar que resultando o perigo de potencial letalidade do seu uso, bens jurídicos individuais como a vida e a integridade pessoal estariam em causa, em relação ao derradeiro, dada a inexistência de letalidade, a menos que qualificado pelo uso de certo tipo de material mais contundente, o perigo limita-se ao facto de ele poder atingir potencialmente à autodeterminação das pessoas, na medida em que passíveis de terem a sua vontade tolhida pela intimidação resultante da representação mental que fazem do objeto, tomando por arma o que não é, e a tranquilidade pública.

5.5.2. Mas, a mesma pena é aplicável a qualquer dessas circunstâncias, o que, mais uma vez, gera, por si só, desconformidade com o princípio da proporcionalidade ínsito a qualquer forma de afetação de direitos, estando em causa de forma direta o direito geral à liberdade, o direito à liberdade ambulatoria, na medida em que associa uma sanção criminal de privação da liberdade por um período mínimo de cinco anos para o comportamento vedado, sem falar no efeito que o trecho “não seja justificável a sua posse” pode ter sobre a determinação do ónus da prova, considerando parecer exigir-se implicitamente um esforço de justificação do portador do brinquedo, e da possibilidade de autoincriminação que tais circunstâncias podem engendrar.

5.5.3. Mais problemática ainda é a fixação de uma moldura penal de 5 a 8 anos por mera posse, detenção, transporte, etc., de brinquedo com formato de arma de fogo, quando comparada à prevista para o crime de disparo de arma, punível com pena de 1 a 4 anos. Solução, mais uma vez, de duvidosa compatibilidade com o princípio da proporcionalidade, nomeadamente porque sequer se apresentam estatísticas criminais para se poder atestar a intensidade da utilização de brinquedos com formato de arma em

crimes e muito menos qualquer estudo criminológico destinado a esclarecer o impacto desse tipo de objeto como arma, nomeadamente do ponto de vista do seu reconhecimento e capacidade de intimidação.

5.5.4. Com consequências tão nefastas que uma pessoa condenada por posse de brinquedo com formato de arma de fogo a pena mínima de cinco anos de cárcere, deixa de poder beneficiar-se de pena de substituição (multa, permanência em habitação ou de trabalho em favor da comunidade) ou obter decisão de suspensão de execução.

6. As circunstâncias de agravação também deveriam ser melhor ponderadas, nomeadamente porque não são menos problemáticas. Mais uma vez, não pelo facto de se as prever, mas pela forma como foram construídas, de forma que me pareceu pouco cuidada, considerando as especiais exigências que tais espécies de normas impõem, e de modo excessivamente amplo.

6.1. As minhas reservas em relação ao artigo 90 B, alínea a), nos termos do qual “a referida pena (...) é agravada de um terço, nos seus limites, mínimo e máximo, se pena mais grave não couber, por força de outras disposições legais, sempre que o agente estiver: a) trazendo consigo ou tendo na sua posse gorro, capuz, luvas, lenço, máscara ou qualquer outro meio similar ou fraudulento com vistas a dissimular a sua pessoa ou a prática de facto ilícito”, prendem-se à sua aplicação aos brinquedos com formato de armas de fogo, único segmento em que eu declararia a inconstitucionalidade da norma.

6.2. Mas, já em relação ao artigo 90 B, sobretudo considerando as alíneas b) e c), no sentido impugnado, as reservas que tenho em relação à compatibilidade constitucional da norma são mais profundas pelas razões que sumarizo:

6.2.1. Com a construção da norma em termos segundo os quais “a referida pena (...) é agravada de um terço, nos seus limites, mínimo e máximo, se pena mais grave não couber, por força de outras disposições legais, sempre que o agente estiver: a) trazendo consigo ou tendo na sua posse gorro, capuz, luvas, lenço, máscara ou qualquer outro meio similar ou fraudulento, com vista a dissimular a sua pessoa ou a prática de facto ilícito; b) acompanhado de, pelo menos uma pessoa, também na posse de arma branca, engenho ou instrumento, arma de fogo, de sinalização, veterinária, de ar comprimido, elétrica ou de *airsoft*, de alarme ou salva, de réplicas de arma de fogo, de brinquedos com formato

de armas de fogo, nas circunstâncias ali referidas, ou de material, engenho ou substância perigosa; c) acompanhado de pelo menos uma pessoa, encontrada na posse, capuz, luvas, lenço, máscara ou qualquer outro meio similar ou fraudulento com vistas a dissimular a sua pessoa ou a prática de facto ilícito e que, de acordo com as circunstâncias não se mostra justificável a sua posse”,

6.2.2. Parece-nos que o efeito prevenido pela Alta Entidade Requerente não é implausível, pois, com efeito, a norma parece abarcar mesmo circunstâncias de comparticipação criminosa e de outras em que o agente sequer sabe se a pessoa que o acompanha tem na sua posse os itens que conduzem à agravação da pena.

6.2.3. Sendo a questão a resolver somente a de se saber se esta possibilidade hermenêutica resultante da norma seria inconstitucional por incompatibilidade com o princípio da culpa ínsito às garantias constitucionais da intransmissibilidade da responsabilidade criminal (artigo 32, parágrafo primeiro) e da reserva legal (artigo 32, parágrafo quarto), parece-nos ser a resposta necessariamente negativa, sem que a questão possa ser resolvida pelo regime geral da comparticipação do artigo 28 do Código Penal, nos termos do qual “as relações, circunstâncias e qualidades especiais do agente, de cuja verificação depender a ilicitude ou grau de ilicitude do facto, comunicam-se aos demais participantes para efeito de determinação da sanção que lhes é aplicável, desde que tenham conhecimento de tais relações, circunstâncias e qualidades”, precisamente porque a norma em causa contempla igualmente o segmento “salvo se outra for a intenção da lei ou outra coisa resultar da própria natureza da infração”.

6.2.4. Neste sentido, colocando-se a possibilidade de que a mera posse por qualquer pessoa que acompanhe o agente, ainda que por esse desconhecida, portanto em circunstâncias em que este nunca teve a intenção de a usar, aumenta o perigo abstrato da posse de um objeto – neste caso, letal ou intimidatório, como uma arma branca – ou de peça de vestuário apta a dissimular a identidade do agente, partícipes ou de potenciais testemunhas, também permita a agravação da pena.

6.2.5. Naturalmente, compreende-se que, ao formular-se a norma desta forma, reduz-se acentuadamente a possibilidade de – através da transmissão da posse desse tipo de objeto ou peça –, o próprio agente, de forma planeada ou não, a eles tenha acesso. Porém, de modo claramente desproporcional e em moldes a conduzir a situação em que

inclusive o princípio da culpa pode ser colocado em causa, gerando a inconstitucionalidade da norma.

7. Convicção que também tenho em relação à última norma, posto que, depois de aturada reflexão, considero bem fundada a dúvida colocada pela Alta Entidade requerente, em relação à fórmula inserta no artigo 90 C, de acordo com a qual “considera-se que o crime é cometido com arma quando qualquer participante traga, no momento do crime, arma aparente ou oculta, mesmo que se encontre autorizado ou dentro das condições legais ou prescrições da autoridade competente”.

7.1. As confusões que essa redação encerra são tão amplas que afastam a norma de patamares mínimos da determinabilidade exigíveis em qualquer norma de caráter penal, cuja aplicação e execução pode ter efeitos devastadores sobre a vida de uma pessoa.

7.1.1. Primeiro, porque está longe de ser inequívoco para os seus destinatários se a finalidade da norma é, como se anuncia na epígrafe, fixar um critério de “punição em razão da participação” ou se, pela forma como está redigida, e aparentemente foi lida por S. Excia. o Senhor Presidente da República, pretenderia antes ou quiçá também estabelecer as bases normativas de qualificação do conceito de “crime cometido com armas”, seja em situação de comparticipação, seja em contexto de autoria singular. De resto, esta mesma questão é alvo de entendimento divergente entre o Governo, entidade promotora da iniciativa legislativa, que pareceu dar a entender que essa disposição também cobria o último caso, ao passo que o acórdão foi taxativo no sentido de que cobriria “exclusivamente” os crimes cometidos em situação de comparticipação criminosa.

7.1.2. Acresce que a norma padece de outro vício ainda mais grave, na medida em que, mesmo que se pudesse chegar à conclusão que ela apenas se aplica efetivamente em casos de comparticipação, a elíptica expressão “arma aparente” falha enquanto sinal comunicativo aceitável na esfera penal. Porque, no mínimo, projeta dois sentidos muito distintos em relação às suas consequências e em relação à conduta que se pretende recobrir. Literalmente, a expressão “aparente” indica tanto aquilo que aparece, no sentido de ser visível, como, de forma mais evidente e comum entre nós, o que parece ser e não é. Usar essa expressão ao invés da mais inequívoca “visível”, num contexto em que o legislador, considerando o que já se discutiu em relação à primeira questão, visa afastar a

utilização de objetos que não são armas, mas o parecem ser, como os brinquedos com forma de arma, conduz a situação em que não se sabe ao certo se certas condutas, como, por exemplo, de simular ter no bolso uma arma, quando se tem um telemóvel ou as mãos, também estariam recobertas pelo preceito.

7.2. Por conseguinte, não tive alternativa a não ser considerar que a norma em causa, por ser obscura, é desconforme ao princípio da determinabilidade das normas penais e, logo, do princípio da segurança jurídica, ínsito ao princípio do Estado de Direito.

8. Por conseguinte, no meu entendimento, as quatro normas desafiadas por S. Excia. o Senhor Presidente da República deviam ser declaradas inconstitucionais com as consequências constitucionais advenientes, permitindo, assim, ao legislador, caso mantivesse vontade de rever as soluções normativas então em vigor, reponderar a sua formulação deontica e as operações de balanceamento que conduziram às soluções que adotou em relação à fixação dos elementos típicos dos crimes a envolver brinquedos com formato de arma de fogo, das penas previstas e das circunstâncias de agravação fixadas.

O Juiz Conselheiro

José Pina Delgado

ESTÁ CONFORME

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 27 de junho de 2024.

O Secretário,

João Borges