



**Cópia:**

Do acórdão proferido nos autos de Fiscalização Sucessiva Abstrata da Constitucionalidade n.º 8/2015, em que é Requerente o **Digníssimo Procurador-Geral da República**, tendo por objeto a norma do **n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 90/VII/2011, de 14 de fevereiro.**

# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## ACÓRDÃO N.º 7/2016

### **I – Relatório**

1.1. O Digníssimo Senhor Procurador Geral da República requereu ao Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional, que, com fulcro no art. 280, da Constituição da República de Cabo Verde e dos artigos 11 c), 51 a 62 c) e 69 d), 70 a 74 da Lei n.º 56/VI/2005, de 28 de Fevereiro, doravante Lei do Tribunal Constitucional, e 22 (1) c), da Lei Orgânica do Ministério Público, que fosse apreciada a constitucionalidade da norma constante do número 2 do artigo 9º da Lei n.º 90/VII/2011, que regula a organização e funcionamento do Conselho Superior da Magistratura Judicial.

1.2. Em fundamentada peça, a ilustre entidade requerente aduz os seguintes argumentos que justificam o desafio lançado à compatibilidade constitucional da supramencionada norma:

1.2.1. A Lei n.º 90/VII/2011, de 14 de Fevereiro, que estabelece a competência, a organização e o funcionamento do Conselho Superior da Magistratura Judicial aprovada pela Assembleia Nacional no exercício da sua competência absolutamente reservada, inseriu norma constante do artigo 9, n.º 2, no nosso ordenamento jurídico que, na sua opinião, *“viola o princípio da igualdade consagrado no artigo 24 da Constituição”* (Autos, f. 3).

1.2.2. Isto porque dispõe-se neste artigo que *“O CSMJ dispõe de um Vice-Presidente a tempo inteiro que coadjuva o Presidente. 2. O Vice-Presidente é eleito de entre os membros designados pela Assembleia Nacional. O Vice-Presidente tem*

*remuneração correspondente à de juiz conselheiro do STJ”, acrescentando que o “artigo 223 da Constituição, epigrafiado de ‘Conselho Superior da Magistratura Judicial, no número 5, dispõe que este órgão é composto por nove membros: um juiz designado pelo Presidente da República; quatro cidadãos de reconhecida probidade e mérito, que não sejam magistrados nem advogados, eleitos pela Assembleia Nacional; e quatro magistrados judiciais eleitos pelos seus pares”, “remetendo a lei ordinária a fixação da competência, a organização e o funcionamento do Conselho Superior da magistratura Judicial, bem como o estatuto dos seus membros” (f. 4).*

1.2.3. Conclui que *“esta norma reserva o acesso ao cargo de Vice-Presidente do CSMJ exclusivamente aos membros designados pela Assembleia Nacional”, conferindo “capacidade eleitoral passiva, para o cargo de Vice-Presidente do CSMJ, apenas aos membros designados pela Assembleia Nacional”, e “retira a capacidade eleitoral passiva aos membros não-designados pela Assembleia Nacional”, o que “impede os juízes, tanto o designado pelo Presidente da República como os eleitos pelos seus pares, de serem eleitos para o cargo de Vice-Presidente do CSMJ” (f. 4).*

1.2.4. Densificando, sustenta que *“como é evidente, nos termos do artigo 8 da mencionada Lei nº 90/VII/2011, o Presidente da República pode, num primeiro momento, escolher um juiz para integrar o CSMJ e, num segundo momento, designar um outro juiz Presidente do citado órgão do governo da Justiça”, o que, no seu entender, “significa que se tal vier a acontecer, o juiz designado membro do CSMJ pelo Presidente da República não poderá ser eleito Vice-Presidente do mesmo órgão” (f. 5).*

1.2.5. Que, *“por outro lado, o artigo 9º, n. 2, da citada Lei nº 90/VII/2011 impede os membros do CSMJ de elegerem para aquele cargo um juiz”, entendendo, complementarmente, ser “certo que a designação de quatro membros para o CSMJ pela Assembleia Nacional confere, de um certo modo, legitimidade democrática, ainda que indireta a este órgão de justiça”, porém “isso [diz] não é razão suficiente nem legitima a que o legislador ordinário conceda privilégio especial aos membros do CSMJ designados pela Assembleia Nacional, mediante atribuição em exclusivo de capacidade eleitoral passiva para o cargo de Vice-Presidente do mencionado órgão, prejudicando, nos termos acima referidos, os juízes que compõem o mesmo órgão (f. 5)”.*

1.2.6. O fundamento de tudo é que *“as funções de Vice-Presidente do CSMJ são funções públicas, a que todos os membros do CSMJ têm direito a aceder, em condições de igualdade e liberdade, como determinado pelo artigo 56º, nº 1, da Constituição”* (f. 5).

1.2.7. Para além disso, arremata *“na medida em que a solução normativa vertida no artigo 9º, nº 2, da mencionada da (...) Lei nº 90/VII/2011 não encontra paralelo na Lei Orgânica do Ministério Público [Lei nº 89/VII/2011, de 14 de Fevereiro – LOMP), a aludida norma confere tratamento diferenciado aos juízes relativamente aos magistrados do Ministério Público”* (f. 6), pois *“nos termos do nº 2 artigo 34º da LOMP, os três magistrados do Ministério Público que integram o Conselho Superior do Ministério Público podem ser eleitos para o cargo de Vice-Presidente”* (f. 6).

1.3. É assim que o Excelentíssimo Senhor Procurador Geral da República, *“pelos fundamentos expostos, requer ao Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional, que aprecie e declare, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma contida no artigo 9º, nº 2, da lei nº 90/VII/2011, de 14 de Fevereiro, por violação do princípio da igualdade consagrado nos artigos 24º e 56º, nº 1, da Constituição”* (Conclusão, Autos, f. 6).

1.4. Na jurisdição constitucional, o mesmo seguiu os seus trâmites, recortando-se o seguinte:

1.4.1. O requerimento deu entrada neste Tribunal no dia 10 de Janeiro de 2013 (f. 1) e o pedido foi admitido no dia 17 de Janeiro do mesmo mês (Autos, f. 9)

1.4.2. Foi admitido o pedido em razão da presença de todos os pressupostos da ação, uma vez que, *“O subscritor tem legitimidade para formular o pedido – A petição inicial não evidencia deficiências – Nada obsta pois a que o pedido seja admitido”* (Despacho de Presidente do STJ, enquanto TC, 17 de Janeiro de 2013, f. 9), pois, efetivamente o Procurador Geral da República integra as entidades com legitimidade processual para suscitar fiscalização abstrata sucessiva de normas constantes, e o enunciado em questão, em razão da sua natureza deontica, abstrata e geral, tem o estatuto de norma e porque a petição indica todos os requisitos exigidos por lei, ou, nos termos em que integram a proposta de memorando preparada pelo ilustre relator, *“verificam-se os requisitos respeitantes à legitimidade do requerente, nos termos do disposto no artº 280, al. a) da CRCV, foi identificada a norma do nº 2 do artigo 9º*

*da Lei nº 90/VII/2011 como sendo aquela cuja constitucionalidade pretende ver sindicada pelo TC e também foi apontado como violado o princípio constitucional da igualdade, como resulta do nº 1 do art. 57º da LOFT” (Autos, f. 15).*

1.4.3. A 18 de Janeiro, a petição foi remetida à entidade produtora da norma, a Assembleia Nacional, para, em querendo, se pronunciar sobre o pedido (Autos, f. 11); através do seu Excelentíssimo Presidente ofereceu a seguinte resposta no dia 18 de Fevereiro de 2013: *“venho em nome da Assembleia Nacional, enquanto órgão produtor da norma, responder, oferecendo merecimento dos autos”* (Autos, f. 12).

1.4.4. Na sequência, o Venerando Juiz-Conselheiro Relator Anildo Martins elaborou a mencionada proposta de memorando que, de forma superior, identificou as questões que o Tribunal Constitucional deve responder em ordem a decidir o mérito do pedido de fiscalização, no sentido de que *“sabendo-se que tal princípio [o da igualdade] se desenvolve em duas vertentes, a saber, a da proibição da discriminação e da obrigação de diferenciação, cabe aferir nos presentes autos se o princípio da igualdade se mostra violado nalguma das suas vertentes”* (Ibid.), *“cabe determinar se a norma sindicada, ao restringir a capacidade eleitoral passiva para o cargo de Vice-Presidente do CSMJ, mantendo-a apenas em relação aos membros designados pelo Parlamento, faz uma restrição que se afigura desrazoável ou injustificada por constituir uma exigência ou decorrência da realização da ideia de justiça”* (Ibid.), e *“ainda aferir se na verdade esse tratamento diferenciado ou desigual na norma do nº 2 do art. 9º da lei nº 90/VII/2011 em comparação com a norma do nº 2 do artº 34º da LOMP, nos termos da qual os magistrados que integram o CSMP podem ser eleitos para o cargo de Vice-Presidente do CSMP – pode ser justificado por argumento razoável e cognoscível que justifique a observância da obrigação de diferenciação por parte do legislador”* (Ibid.) (Autos, ff. 14-16).

1.4.5. Este programa decisório preparado de forma superior pelo Venerando Conselheiro- Relator foi adotado em sessão de 18 de Março de 2013 pelo Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional, com o aditamento de que *“deverá o tribunal indagar se a norma em causa não violará outras normas ou outros princípios constitucionalmente consagrados”* (v. Acta, Autos, f. 21).

1.4.6. Com a declaração de instalação do Tribunal Constitucional (‘Texto da Declaração da Instalação do Tribunal Constitucional’, publicado, nos termos legais, por via de determinação do Despacho nº 1/2015, de 19 de Outubro, *B.O. da República*

*de Cabo Verde*, I Série, nº 63, p. 2084), assinado pelo Presidente do TC, ordenou o Colendo Relator a remissão dos autos a esta entidade (Autos, f. 47), cumprindo, assim, o estipulado no artigo 139 da Lei de Organização e Funcionamento do Tribunal Constitucional.

1.4.7. Recebido pedido a 26 de Outubro de 2015 pela Secretaria do Tribunal Constitucional (f. 49), o mesmo foi distribuído, nos termos da lei, ao Juiz Conselheiro Pina Delgado que assumiu a função de relator do processo de fiscalização sucessiva da constitucionalidade n.º 3/2013, renumerado de Autos de Apreciação Sucessiva da Constitucionalidade n.º 8/2015 (Ibid.).

1.5. Naturalmente, todas as indicações constitucionais e legais aplicáveis permitem deduzir um princípio da continuidade material da jurisdição constitucional, conforme o qual, apesar da instalação de um órgão judiciário especial para administrar a justiça em matéria constitucional, a jurisdição permanece ativa desde a consagração do modelo atual com a revisão constitucional de 1999. Não podia haver outra conclusão considerando o disposto.

1.6. Assim sendo, cumpre discutir as questões constitucionais subjacentes e decidir, nos termos do programa decisório adotado, se o artigo 9 (2) da Lei Orgânica do Conselho Superior da Magistratura Judicial:

1.6.1. Viola o princípio geral da igualdade, o direito a não ser tratado de forma discriminatória pela lei ou direito à igualdade de acesso a funções públicas previsto pelo artigo 56 (1) (II e III);

1.6.2. Afeta de forma constitucionalmente ilegítima a liberdade de acesso a cargo público reconhecida pelo artigo 56 (1) da CRCV (IV);

1.6.3. Atinge o princípio da independência dos tribunais e o seu corolário de independência dos magistrados judiciais;

1.6.4. Inibe de forma constitucionalmente ilegítima os poderes e as funções constitucionais atribuídas ao Presidente da República pela Lei Fundamental.

## **II – O Princípio e o Direito Constitucional da/Igualdade**

2.1. O mui Digno Procurador Geral da República assenta o lançamento deste pedido de fiscalização da constitucionalidade na sua convicção de que a previsão legal

impugnada vulnera, de forma constitucionalmente ilegítima, o princípio da igualdade plasmado no artigo 24 da Constituição da República de Cabo Verde (CRCV), um preceito que mereceu do legislador constituinte a seguinte redação: “*Todos os cidadãos têm igual dignidade social e são iguais perante a lei, ninguém podendo ser privilegiado, beneficiado ou prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de raça, sexo, ascendência, língua, origem, religião, condições sociais e económicas ou convicções políticas ou ideológicas*”. Assim sendo, a primeira etapa desta decisão deve passar necessariamente pela identificação e caracterização da igualdade na Constituição da República de Cabo Verde, que exige, *a priori*, a determinação da sua natureza exclusiva de princípio ou plurímo, nomeadamente de direito e dos seus eventuais contornos e âmbito, por um lado, e de se saber se há relevância na enunciação de situações de tratamento diferenciado previstas pelo dispositivo em questão no sentido de se poder determinar um núcleo ou esferas acessórias de proteção, do outro. Isto, considerando que, do ponto de vista prático, haverá uma diferença entre a igualdade como princípio, do qual resultariam deveres de concretização das autoridades públicas nos limites do que for jurídica e faticamente possível, e o caráter de direito, que, para além de criar deveres aos poderes públicos, estabelece posições jurídicas individuais, as quais o titular pode usar para opor-se a qualquer medida – legislativa ou de outra natureza – desses mesmos poderes.

2.2. A importância do princípio da igualdade já foi enunciada e não se questiona e é tão maior porque o legislador constituinte não se coíbe de manifestar a sua posição de que é não só um princípio do sistema de direitos fundamentais, mas um princípio constitucional da República Cabo-verdiana, explicitando-o na primeira parte do número 2 do artigo 1º da Lei Fundamental com a formulação de que: “*A República de Cabo Verde reconhece a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de origem social ou situação económica, raça, sexo, religião, convicções política ou ideológicas e condição social*”. Acresce ainda que o associa a outro princípio caro do sistema constitucional cabo-verdiano, o da liberdade, completando a expressão com a assertiva de que “*assegura o pleno exercício por todos os cidadãos das liberdades fundamentais*” e associa-a, com a utilização do “*conceito de igual dignidade*” do artigo 24, a um valor que a jurisdição constitucional cabo-verdiana (e, diga-se, o constitucionalismo global), tem atribuído uma posição suprema na ordenação constitucional, ao considerar, em

importante *dicta*, que “*A Constituição da República leva em devida conta a evolução constitucional operada nos sistemas constitucionais democráticos (sobretudo do mundo ocidental) e parte da concepção jusfilosófica da dignidade da pessoa humana, como pedra angular da construção do estado constitucional, reconhecendo assim o primado da pessoa humana face ao Estado. As constituições deixaram de constituir meras cartas políticas sobre o estatuto do Estado para passarem a consagrar, e, em primeiro lugar, um leque de direitos fundamentais além de princípios básicos (fundamentais) e conferindo aos mesmos um conjunto de garantias de efectividade, visando a sua materialização, como acontece com a nossa Constituição*” (Acórdão n.º 1/2009, de 15 de Maio, sobre a Inconstitucionalidade de Norma que Indica como Juiz Conselheiro Cidadão com Idade Superior a 65 anos”, Supremo Tribunal de Justiça (enquanto Tribunal Constitucional), Praia, STJ, p. 7).

2.3. Como decorre especificamente da ligação sugerida pelo artigo 24 entre o princípio da igualdade e o princípio da dignidade humana, enunciado pelo artigo 1.º da Constituição da República, por via da fórmula de acordo com a qual “*Cabo Verde é uma República soberana, unitária e democrática, que garante o respeito pela dignidade da pessoa humana (...)*”, que resulta claramente da associação entre dignidade da pessoa humana e igualdade representada pelo conceito de “*igual dignidade social*”.

A jurisdição constitucional cabo-verdiana também pronunciou-se especificamente sobre este princípio, tentando definir os seus contornos a diversos níveis. Se se considerar a plasticidade de termos que compõem a expressão, nomeadamente dignidade, pessoa e humano, e da indeterminação e plurissemia acentuada do seu significado, a sua determinação não é tarefa fácil. Não obstante ser real tal possibilidade, por meio do *Parecer n.º 1/2015 (sobre a constitucionalidade da imprescritibilidade de certos crimes) (Rel: JC Zaida Lima)*, Supremo Tribunal de Justiça (como Tribunal Constitucional), 7 de Julho de 2015, dois aspetos fundamentais foram destacados e enunciados: a importância desse princípio no sistema constitucional cabo-verdiano no geral e no sistema de proteção de direitos em especial, e a importância de se recorrer às suas bases filosóficas, o pensamento moral e jurídico kantiano, para se determinar o seu conteúdo concreto.

Seguindo esta importante jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional, reiteramos essas conclusões, sublinhando a importância do princípio da dignidade da pessoa humana no nosso sistema constitucional, resultando no essencial na centralização do sistema na pessoa humana, conforme o próprio Preâmbulo do Texto Fundamental que, sem embargo de não ter força normativa direta, é um meio de interpretação constitucional importante, e ressalta a “*concepção da dignidade da pessoa humana com valor absoluto e sobrepondo-se ao próprio Estado*”, um valor que deve ser entendido na perspectiva da sua correlação com o Estado de Direito Democrático, com a soberania popular e com os direitos, liberdades e garantias do cidadão, não podendo ela própria justificar interpretação independente ao ponto de levar à negação total das liberdades, do bem-estar social ou do estatuto próprio do cidadão. Neste sentido, se a dignidade da pessoa humana é suprema, ela o é generalizadamente, mas enquanto realidade absoluta – e neste sentido excludente – ela o é somente em relação ao Estado, não se aplicando com tanta força em relação ao próprio homem, cuja dimensão constitucional é também configurada como autónoma e igual. Assim sendo, se o recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana pode criar um limite inatingível para o Estado, não pode legitimar tudo o que se faça em relação à liberdade, igualdade e bem-estar dos indivíduos.

Segundo, a douta decisão do Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional, remete-nos a outro elemento importante do princípio da dignidade da pessoa humana no sistema constitucional, precisamente um que permite dotar-lhe de conteúdo, ultrapassando-se as imputações que lhe são dirigidas de ser, apenas, uma fórmula vazia que, perante notória indeterminação, pode significar tudo e nada ao mesmo tempo. Neste sentido, na linha da jurisprudência constitucional pátria (*Parecer nº 1/2015 (sobre a constitucionalidade da imprescritibilidade de certos crimes)*, p. 25), citando Kant, entende-se que o recurso aos ensinamentos morais e jurídico-filosóficos que enformaram e formaram o princípio da dignidade da pessoa humana, é fundamental para se determinar o seu sentido.

2.3.1. Nesta linha, Marco Túlio Cícero, já havia considerado que “*É pertinente a toda a investigação do dever ter em mira o quanto a natureza do homem ultrapassa a dos animais domésticos e as feras. Nada sentem os animais a não ser o prazer, para o qual são arrastados com o máximo ímpeto; o espírito do*

homem, ao contrário, é nutrido pelo aprendizado e o pensamento, está sempre examinando ou agindo pelo deleite de ver e ouvir” (*De Officiis [Dos Deveres]*, Ângela Chiapeta (trad.), São Paulo, Martins Fontes, , 1999, l. I, para. 30).

2.3.2. “*Dignitas significat bonitatem alicujus propter seipsum, (...) [Dignidade significa algo que é bom em si mesmo]*”, dizia Santo Tomás de Aquino no período medieval (c. 1257) (in: *Scripti Super Sententis Magistri Petri Lombardi*, Maria Fabianus Moos (ed.), Parisii, Lethielleux,, 1933, Distinctio XXXV, Articulus IV, Quaestincula 1, solutio 1c, para. 86, p. 1189, opondo-a à “*utilitas vero propter aliud*”).

2.3.3. No período seguinte, o humanista do Renascimento, Pico de la Mirandola asseverava que “*Pareceu-me ter compreendido, por que razão é o homem o mais feliz de todos os seres animados e digno, por isso, de toda a admiração, e qual enfim a condição que lhe coube em sorte na ordem universal, invejável não só pelas bestas, mas também pelos astros e até pelos espíritos supramundanos. Coisa inacreditável e maravilhosa. E como não? Já que precisamente por isso o homem é dito e considerado justamente um grande milagre e um ser admirado, sem dúvida digno de ser admirado*” (Giovanni Pico de la Mirandola, *Oratio de Hominis Dignitate/Discurso sobre a Dignidade do Homem*, Edição Bilíngue, Maria de Lourdes Ganho (trad.), Lisboa, Edições 70, 2011, p. 55)

2.3.4. Por fim, Kant, de forma ímpar, estabelecia alguns elementos constitutivos da dignidade da pessoa através das suas fórmulas do imperativo categórico e dos exemplos da conduta moralmente correta.

A – No primeiro caso, indica-nos a segunda fórmula que “*Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio*” (Immanuel Kant, *Fundação da Metafísica dos Costumes*, Paulo Quintela (trad.), Lisboa, Edições 70, 1995, sec. 2, p. 69), prescrevendo efetivamente o que ficou conhecido como a fórmula da dignidade da pessoa humana. É também desdobramento da primeira fórmula, a da universalização, de acordo com a qual “*Age apenas segundo uma máxima tal que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal*” (Ibid., p. 59). Esta, além da dimensão de moralidade como reciprocidade, também contém a ideia da moralidade como igualdade.

B – A determinação da substância do princípio é auxiliada igualmente se analisarmos os exemplos que Kant dá em obra que se seguiu àquela, *A Metafísica dos Costumes*, na qual sustentou que “*No sistema da natureza, um ser humano é um ser com reduzida importância e partilha com o resto dos animais, como descendência da Terra, um valor ordinário (pretium vulgare). Apesar do homem ter, no seu entendimento, algo mais do que eles e pode estabelecer finalidades para si, isto dá-lhe apenas um valor extrínseco pela sua utilidade; (...), mas um ser humano visto como pessoa, ou seja, como o sujeito da razão moral prática, é exaltado acima de qualquer preço; porque como pessoa (homo noumenon) ele não deve ser valorizado meramente como meio para os fins dos outros ou até para os seus próprios fins, mas como um fim em si mesmo, isto é, que ele possui uma dignidade (um valor interno absoluto) a partir do qual exige respeito para si de todas as criaturas racionais do mundo. Ele pode medir-se em relação a qualquer outro ser deste tipo e valorar-se em pé de igualdade com eles*” (*The Metaphysics of Morals*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, parte ii, l. i, cap. iii, para. 11), acrescentando o Sábio de Königsberg, dizendo ao homem: “*Não sejas o laço de ninguém – não deixes ninguém pisar com impunidade os teus direitos (...)* Ajoelhar-se ou prostrar-se, (...) é contrário à dignidade da humanidade” (Ibid., para. 12.)

2.3.5. Entre nós, não deixa de ser relevante para esse processo lembrar *O Escravo* de José Evaristo de Almeida (2. ed., Praia, ICL, 1989), de 1856, quando se faz essa associação num trecho no qual, pela boca de Maria, a heroína da trama, diz-se a João, que “*o homem não tem culpa da condição em que nasceu: as más acções, a ignorância e a maldade, é que deviam torná-lo indigno ante a sociedade. Se esta não o julga assim, não serei eu de certo, que siga o seu exemplo. Teu coração é nobre, tua alma bem formada; pela inteligência és superior a muitos que nasceram livres; mereces pois a minha estima, nem me envergonho de ouvir-te*” (p. 31), ou o manifesto anti-esclavagista que sai da boca de João dirigindo-se contra os seus algozes, que a reduziram à “*posição aviltante em que nascemos*” (p. 56) ao dizer: “*Maldição! Oh! Maldição sobre os brancos, que primeiro vieram devassar nossos climas; que chamaram selvagens a nossos costumes; e que – despertando a ambição em nossos pais – os levaram a sacrificar seus filhos à posse de vis europeus! Ah! Maldição sobre aqueles que vêm escravizar-nos, chamando-se humanos, porque – dizem eles – nos livram da morte quando em nossas guerras*

*caímos prisioneiros – sendo aliás que essa morte fora o paraíso, em relação ao inferno que eles nos reservam! Chamam-se humanos, e suas mãos mandam o chicote retalhar nossas carnes, como se o sangue que dela corre não fosse igual aos deles! Chamam-se humanos e ordenam que pesadas algemas venham torturar os nossos pés! Deixem-nos livres seguir nossos instintos; ou eduquem-nos e verão que nossos gênios poderão ombrear com os seus. A cor é atributo do corpo, e não da alma, a cor é um indício do país, e não do espírito; a cor não obsta a que a que a nossa pele seja tão acetinada como a deles – nem a que possuam nossas mulheres olhos e dentes tão belos como os seus mais belos” (p. 57).*

2.3.6. De Eugénio Tavares, que tratando de matéria outra, não deixou de retratar o *ethos* e os ideais do homem cabo-verdiano e forma como entende digno viver, ao dizer que proibir a emigração cabo-verdiana para os Estados Unidos é dirigir-se ao povo cabo-verdiano, e dizer-lhe: *‘Amigo, tira os sapatos; despe o casaco; pega numa enxada, e salta para os morgadios de Santiago, do Fogo, de Santo Antão, onde há falta de braços. Foste até aqui trabalhador livre da América; de agora em diante passas a ser espécie de contratado de S. Tomé. Até hoje comeste, à tua mesa, em pratos e com talheres, o pão que o suor do teu rosto livremente fecundou e amadureceu; de hoje em diante irás comer, em gamelas de pau, o pão da escravidão que o diabo amassa - dessa escravidão encamisada de liberdade, que é um insulto à dignidade humana. Tiveste, até esse momento, casas e terras tuas, sobre as quais teus avós derramaram seu suor de honra; desde esta hora teus filhos, sob a vespasta da necessidade, com lágrimas fertilizarão malditas terras alheias, onde, se não forem muito humildes, muito rasteiros, muito fraldiqueiros para lamberem as mãos que os alancam, e se não souberem engolir afrontas sem que desespero lhe irrompa da alma, sem que o mais justo protesto lhes ensanguente as bocas, serão expulsos sem dó, avergoadas as faces pelos látigos dos comitres”* (Para Alexandre Almeida [Brava, 10 de Junho de 1918] in: *Eugénio Tavares. Viagens, Tormentas, Cartas e Postais*, Praia, IPC, 1999, p. 236).

2.3.7. A inolvidável acusação de Luiz Loff de Vasconcelos no concernente à omissão das autoridades colonias em relação à carestia alimentar nas Ilhas e ao morticínio resultante não deixa de estar ligado a uma perceção alargada, de acordo com a qual da dignidade humana resultam deveres positivos para o Estado no sentido deste ser obrigado a fazer tudo o que estiver ao seu alcance para impedir que o ser humano atinge um estado de degradação. Dizia o nosso polemista a

propósito nas suas “Pavorosas Revelações”: que “*Está procurando, dizem, meios para acudir a esses milhares de desgraçados, que estão implorando misericórdia e que estão morrendo às dezenas por dia, n’uma agonia cruel e estrepitosa; mas até agora ainda não encontrou esses meios, ou pelo menos, não são do domínio do paiz, que aguarda com grande ansiedade o termo da horrível mortandade, que está devastando uma parte da população da ilha de S. Thiago de Cabo Verde. É uma responsabilidade gravíssima que o governo está assumindo perante o paiz, permanecendo n’esta situação de paliativos, deixando **morrer á fome** milhares de subditos portugueses n’uma colonia portugueza. É um perfeito **exterminio d’um povo**. É ridiculo e cynico o argumento, de que uma parte da imprensa governamental lançou mão, que o governo não tem culpa de que em Cabo Verde não tenha havido chuva regulares. A população da ilha de S. Thiago está morrendo, é por **falta de providencias a tempo**. Com metade do sacrificio que agora se tem de fazer, não haveria ali um só caso de morte pela fome. Mas não; a população da ilha de S. Thiago morre de fome e está prestes a desaparecer, porque foi votada ao **exterminio**. (...) Uma população andrajosa, faminta, estropiada, em estado de inanição, que está succumbindo aos horrores da fome; um bando de miseraveis, que já nem forças tem para pedir pão! A foice terrível da fome está devastando por dia cêrca de oitenta pessoas. E tudo isto havendo nos cofres da provincia recursos para debellar esse sinistro flagello. Ainda ha pouco tempo devia existir ali **quatrocentos contos de réis**. Sim; quatrocentos contos de réis, e com esse dinheiro que é do povo, deixa-se-lhe morrer á fome” (L. Loff de Vasconcelos, *O Extermínio de Cabo Verde. Pavorosas Revelações*, Lisboa, Guimarães, Libânio & C<sup>a</sup>, 1903, pp. 4-5).*

E ainda arremata que “*É um crime, dos mais hediondos e repugnantes, o que se está passando n’essa colonia. É o exterminio d’um povo e d’um povo que sempre foi amigo e leal á mãe patria. Está aniquilada a provincia de Cabo Verde; reduziram-n’a os seus algozes, a um montão de cadaveres e a um vasto campo de desolação. Quando a Providencia derramar sobre os seus campos a agua que trazia a abundancia, não haverá braços para lançar as sementes á terra: elles estarão ou presa dos vermes no fundo das valas mortuárias, ou bem longe em terras distantes, arroteando os campos de extranhos, enquanto os da sua patria querida ficarão incultos e aridos. Eis a situação desgraçadíssima a que Cabo Verde está condemnado; eis em singelas palavras, um leve rumor, do chammejante vulcão que*

*ali está engulindo vidas. Adiante ver-se-ha descripta mais nitidamente toda pavorosa situação, toda esta medonha e luctuosa catastrophe, que está lançando o terror e a morte entre milhares de nossos desafortunados irmãos. É uma guerra de extermínio a um povo indefeso, humilde e digno de melhor sorte; é uma vilania revoltante, uma monstruosidade inqualificavel e um crime de lesa humanidade, tudo o que a imprensa periodica d'esta capital já revelou ao paiz sobre a fome em Cabo Verde e o que vamos revelar agora ao paiz e á imprensa, appellando para os nobres sentimentos do povo portuguez e da imprensa do paiz, para que n'um movimento geral e energico, se levante mais uma vez um grito de alarme, a favor d'uma população que soffre, d'um povo que se extingue á fome e que de mão levantadas pede misericordia, pede uma esmola ás almas caritativas.*

2.3.8. De Kant, da tradição judaico-cristã, que também moldou a cultura destas Ilhas, e de todos eles, mormente dos nossos Eugénio Tavares e Luiz Loff de Vasconcelos, aprendemos que, primeiro, a dignidade da pessoa humana significa que ele, *imago dei* ou especial pela sua racionalidade, possui um valor intrínseco, autonomamente definido, que não depende de qualquer apreciação heterónoma. Neste sentido, qualquer tratamento que coisifique o homem, que o humilhe, que o menorize, que o instrumentalize, e que seja empreendida por poderes públicos ou privados, atentam contra a sua dignidade, o seu senso de si, a sua necessidade de não depender arbitrariamente de ninguém, de não ser descartável, enfim de não ser reduzido a condição animalesca e/ou de *res*, como o escravo ou até o liberto, que, sem liberdade ou igualdade, é equiparado as alimárias e condenado, contra a sua vontade, a servir a senhores em sociedades hierarquizadas. Neste sentido, também o ideário da Revolução Francesa, anti-aristocrático e anti-escravocrata, expresso no artigo 1º da *Déclaration Française des Droits de l'Homme et du Citoyen* na versão o originária de 1789, de acordo com a qual, “*Les Hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune [Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ser fundadas na utilidade comum]*”, e, na mais clara, de 1795, “*La égalité consiste en ce que la loi est la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse, l'égalité n'admett aucune distinction de naissance, aucune heredité de pouvoirs [A igualdade consiste em ser a lei a mesma para todos, seja ela protetora, seja ela punitiva,, a igualdade não admite qualquer distinção de nascimento, nenhuma hereditariedade de poderes]*” (art. 3º), recusando ao mesmo

tempo o privilégio e a discriminação, que o associou a outros princípios importantes, a dignidade como dependente da igualdade, a dignidade como decorrente da autonomia da vontade e a dignidade como potenciadora da fraternidade, ou, como dizia, o ‘nosso’ Eugénio Tavares, “*em que covis se ocultam aqueles que não cultuam a liberdade, e a não praticam num nível de absoluta igualdade e de perfeita fraternidade*” (‘Para Alexandre Almeida [Brava, 10 de Junho de 1918] in: *Eugénio Tavares. Viagens, Tormentas, Cartas e Postais*, Praia, IPC, 1999, p. 238), pois é natureza intrínseca do homem a dignidade, a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

Mas, também os nossos, refletindo os *mores* do crioulo, sempre entenderam a dignidade da pessoa humana como refletindo deveres positivos de auxílio público em qualquer situação que a pessoa possa cair numa situação que não traduza a sua natureza intrínseca, mormente, nas trágicas situações experimentadas por nós, da fome, da pobreza extrema e da inexistência de condições materiais mínimas, que obrigava o homem cabo-verdiano, face ao descaso das autoridades coloniais, a vender-se, como se escravos fosse, para sobreviver nas roças de São Tomé ou condenar-se a morrer resignado e desesperançado de inanição.

2.4. O ponto que nos interessa para a resolução desta situação específica é a sua associação com o princípio da igualdade na modernidade e que remete-nos para a conceção de “*igual dignidade social*” do artigo 24. O conceito contemporâneo de igualdade ancora-se, ainda que não integralmente, no princípio da dignidade da pessoa humana, ligando-se, em última instância, à outra fórmula de Kant, a primeira, chamada da universalização, e que prescreve que devemos “*agir de tal forma que a máxima conduta se transforme em lei universal*”. É verdade que quando tratamos alguém de forma discriminatória, abaixo da lei, porque é de outra raça, etnia, religião, género, estado mental ou físico, peso, traços estéticos, orientação sexual ou outros dessa natureza, negamos-lhe o seu valor intrínseco, sobrepujando-se elementos derivados de uma avaliação heterónoma que não é compatível com essa conceção. É a humilhação do tratamento diferenciado por motivos aleatórios, a mágoa pela arbitrariedade e a reação contra o subjetivismo irracional que configura uma situação atentatória à dignidade. Quem é tratado de forma diferente por tais motivos é reduzido a uma situação não humana, como diria Cícero animalizante, ou como mera coisa ou instrumento, logo atinge-se o âmago do princípio da dignidade da pessoa humana que proíbe tais tratamentos, nalguns

casos mesmo que consentidos pela própria pessoa. É este o tratamento, que à luz da Constituição, é discriminatório, pois atinge a essência da humanidade de cada pessoa somente pelo fato de portar características tidas pelos outros como menores.

Neste sentido, a proibição da discriminação protege pessoas que integram grupos vulneráveis de tratamentos diferenciados por parte do Estado, permitindo-se, igualmente, a sua projeção para recobrir mesmo relações entre particulares. São pessoas que, por pertencerem, transitória ou permanente, a esses grupos são estigmatizados ou colocados em situação de especial desvantagem por motivos históricos e sociais que as tornam, à luz da Constituição, merecedores de especial proteção, por um lado, e que, por isso, demandam um controlo mais estrito em relação a qualquer tratamento diferenciado porque este, em potência, poderá ser mais um instrumento consciente de opressão ou poderá ter este efeito.

Estes grupos vulneráveis não só decorrem do artigo 24 da Constituição, como também são mencionados explicitamente por outros dispositivos constitucionais como é o caso da pessoas com deficiência (art. 76), registando-se, igualmente, a sua forte identidade com o que os instrumentos internacionais de proteção de direitos prescrevem nesta matéria, nomeadamente:

2.4.1. A Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, que, por força da Constituição faz parte do Direito Cabo-verdiano nos termos do artigo 12 (2) e goza, no geral, de força supralegal conforme o artigo 12 (4), de acordo com a qual: *“1 - Os Estados Partes condenam a discriminação racial e obrigam-se a prosseguir, por todos os meios apropriados, e sem demora, uma política tendente a eliminar todas as formas de discriminação racial e a favorecer a harmonia entre todas as raças, e, para este fim: a) Os Estados Partes obrigam-se a não se entregarem a qualquer acto ou prática de discriminação racial contra pessoas, grupos de pessoas ou instituições, e a proceder de modo que todos as autoridades públicas e instituições públicas, nacionais e locais, se conformem com esta obrigação; b) Os Estados Partes obrigam-se a não encorajar, defender ou apoiar a discriminação racial praticada por qualquer pessoa ou organização; c) Os Estados Partes devem adoptar medidas eficazes para rever as políticas governamentais nacionais e locais e para modificar, revogar ou anular as leis e disposições regulamentares que tenham como efeito criar a discriminação racial ou perpetuá-la, se já existe; d) Os Estados Partes devem, por todos os meios*

*apropriados, incluindo, se as circunstâncias o exigirem, medidas legislativas, proibir a discriminação racial praticada por pessoas, grupos ou organizações e pôr-lhe termo; e) Os Estados Partes obrigam-se a favorecer, se necessário, as organizações e movimentos integracionistas multirraciais, e outros meios próprios para eliminar as barreiras entre as raças, e a desencorajar o que tende a reforçar a divisão racial. 2 - Os Estados Partes adoptarão, se as circunstâncias o exigirem, nos domínios social, económico, cultural e outros, medidas especiais e concretas para assegurar convenientemente o desenvolvimento ou a protecção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos, a fim de lhes garantir, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Essas medidas não poderão, em caso algum, ter como efeito a conservação de direitos desiguais ou diferenciados para os diversos grupos raciais, uma vez atingidos os objectivos que prosseguiam” (art. 2º).*

2.4.2. A Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, com o mesmo estatuto que o tratado anteriormente mencionado, que estabelece que “*Os Estados Partes condenam a discriminação contra as mulheres sob todas as suas formas, acordam em prosseguir, por todos os meios apropriados e sem demora, uma política tendente a eliminar a discriminação contra as mulheres e, com este fim, comprometem-se a: a) Inscrever na sua constituição nacional ou em qualquer outra lei apropriada o princípio da igualdade dos homens e das mulheres, se o mesmo não tiver já sido feito, e assegurar por via legislativa ou por outros meios apropriados a aplicação efectiva do mesmo princípio; b) Adoptar medidas legislativas e outras medidas apropriadas, incluindo a determinação de sanções em caso de necessidade, proibindo toda a discriminação contra as mulheres; c) Instaurar uma protecção jurisdicional dos direitos das mulheres em pé de igualdade com os homens e garantir, por intermédio dos tribunais nacionais competentes e outras instituições públicas, a protecção efectiva das mulheres contra qualquer acto discriminatório; d) Abster-se ,de qualquer acto ou prática discriminatórios contra as mulheres e actuar por forma que as autoridades e instituições públicas se conformem com esta obrigação; e) Tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação praticada contra as mulheres por uma pessoa, uma organização ou uma empresa qualquer; f) Tomar todas as medidas apropriadas, incluindo disposições legislativas, para modificar ou revogar qualquer lei, disposição regulamentar, costume ou prática que constitua*

*discriminação contra as mulheres; g) Revogar todas as disposições penais que constituam discriminação contra as mulheres” (art. 2º).*

2.4.3. A Convenção das Nações Unidas relativa às Pessoas com Deficiência, com a mesma natureza, que, no seu artigo 4º, estabelece: (Obrigações gerais): *“1 - Os Estados Partes comprometem-se a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todas as pessoas com deficiência sem qualquer discriminação com base na deficiência. Para este fim, os Estados Partes comprometem-se a:* a) *Adoptar todas as medidas legislativas, administrativas e de outra natureza apropriadas com vista à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção; b) Tomar todas as medidas apropriadas, incluindo legislação, para modificar ou revogar as leis, normas, costumes e práticas existentes que constituam discriminação contra pessoas com deficiência; c) Ter em consideração a protecção e a promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência em todas as políticas e programas; d) Abster-se de qualquer acto ou prática que seja incompatível com a presente Convenção e garantir que as autoridades e instituições públicas agem em conformidade com a presente Convenção; e) Tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação com base na deficiência por qualquer pessoa, organização ou empresa privada; f) Realizar ou promover a investigação e o desenvolvimento dos bens, serviços, equipamento e instalações desenhadas universalmente, conforme definido no artigo 2.º da presente Convenção o que deverá exigir a adaptação mínima possível e o menor custo para satisfazer as necessidades específicas de uma pessoa com deficiência, para promover a sua disponibilidade e uso e promover o desenho universal no desenvolvimento de normas e directrizes; g) Realizar ou promover a investigação e o desenvolvimento e promover a disponibilização e uso das novas tecnologias, incluindo as tecnologias de informação e comunicação, meios auxiliares de mobilidade, dispositivos e tecnologias de apoio, adequados para pessoas com deficiência, dando prioridade às tecnologias de preço acessível; h) Disponibilizar informação acessível às pessoas com deficiência sobre os meios auxiliares de mobilidade, dispositivos e tecnologias de apoio, incluindo as novas tecnologias assim como outras formas de assistência, serviços e instalações de apoio; i) Promover a formação de profissionais e técnicos que trabalham com pessoas com deficiências nos direitos reconhecidos na presente Convenção para melhor prestar a assistência e serviços consagrados por esses direitos”.*

2.5. Não deixou de se densificar nesta mesma senda o ordenamento jurídico infra-constitucional, sendo exemplos desta reserva de utilização do termo ‘discriminação’:

2.5.1. O Código Penal (versão com as alterações inseridas pelo Decreto-Legislativo nº 4/2015, de 11 de Novembro, *B.O. da República de Cabo Verde*, I Série, nº 69, pp. 2175-2247), designadamente no tipo homólogo, quando se estipula que “*quem, com base em distinção feita entre pessoas em razão da origem, do sexo, da situação familiar, do estado de saúde, dos hábitos e costumes, das opiniões políticas, da atividade cívica, da pertença ou não pertença, verdadeira ou suposta, a uma etnia, nação, raça ou religião, no fato de ser membro ou não de uma organização: a) recusar ou condicionar o fornecimento de um bem ou de um serviço; b) impedir ou condicionar o exercício normal de uma atividade económica qualquer; c) punir, despedir ou recusar contrato ou emprego a uma pessoa; será punido com pena de prisão (...)*”.

2.5.3. O Código Laboral igualmente no seu artigo 15, prescrevendo que “*a igualdade no trabalho compreende, nomeadamente: a) o direito a não ser preterido, prejudicado ou de outro modo discriminado no acesso ao trabalho, na fixação das condições de trabalho, na remuneração do trabalho, na suspensão ou extinção da relação de trabalho ou em qualquer outra situação jurídica laboral em razão do sexo, cor da pele, origem social, religião, convicções políticas ou ideológicas, filiação sindical ou outro motivo discriminatório*”.

2.6. Todavia, há tratamentos desiguais que não têm qualquer relação com a dignidade humana, pelo menos no sentido apontado de dignidade como valor intrínseco do homem. Atentam, outrossim, contra a dignidade institucional ou pública de autoridades pelos cargos que desempenham e das instituições que representam e que resultam da sua qualidade de dignatários da República e que se refletem, por exemplo, na forma prescrita para o seu tratamento público (“*Excia.*”), como, por exemplo, e a propósito, o artigo 47 do Estatuto dos Magistrados Judiciais, o qual estipula que “*os magistrados judiciais têm o tratamento de excelência (...)*”; nas precedências que se pode exigir em cerimonial do Estado, nos termos da *Lei sobre Ordem de Precedências e o Tratamento Protocolar das Entidades do Estado de Cabo Verde e Outras Entidades (Lei nº 54/VIII/2014, de 22 de Janeiro)*, quando compareçam em Solenidades Oficiais, cuja ordenação é, pela sua própria natureza

hierarquizada, com exclusão, de aceder, de forma diferenciada, a mordomias como salas VIP, como decorre do artigo 3º do *Decreto-Lei nº 43/2013, de 11 de Novembro, que regula a Utilização das Salas VIP dos Aeroportos do País* (Presidente da República, Presidente da Assembleia Nacional, Primeiro Ministro, , Presidente do Tribunal Constitucional; Presidente do Supremo Tribunal de Justiça; os demais membros do governo, etc.), a honras de funeral de Estado (reservado ao Presidente da República, ao Presidente da Assembleia Nacional, ao Primeiro-Ministro e aos Antigos Presidentes da República pelo artigo 9º da *Lei nº 55/VIII/2014, que estabelece o Regime Jurídico do Luto Oficial, bem como das Honras Fúnebres*), as honras fúnebres, (exclusividade daquelas, dos Antigos Presidentes da Assembleia Nacional, dos Antigos Primeiros Ministros, dos Combatentes da Liberdade da Pátria e de outras personalidade de elevado prestígio de acordo com o artigo 10º da mesma lei) ou mesmo a decretação de luto oficial que reservada a algumas personalidades nacionais e estrangeiras somente beneficia o comum dos cidadãos se se tratar de morte coletiva resultante de catástrofe, calamidade natural, massacre ou outro acidente com incidência nacional, nos termos do artigo 4º do mesmo diploma.

Naturalmente, falhas do legislador em respeitar tais tratamentos, tais honorarias, de dignatários nacionais, podem até levantar questões constitucionais, nomeadamente a envolver o respeito pelo princípio da separação de poderes ou o valor tribuído a cada órgão de Estado ou entidade pública pela Lei Fundamental, mas, seguramente, não têm o mesmo valor do que aquele que resulta de tratamentos diferenciados que atentam contra o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, até porque o lesado em tais casos não é a pessoa, é a instituição que representa e quando muito o seu titular. Nestes casos, naturalmente, que não são suportados pela ideia de dignidade da pessoa humana, o nível de proteção do princípio da igualdade deve ser substancialmente menor, até porque são meras situações que podendo ser justificadas com base na invocação de interesses públicos relevantes, nascem elas próprias do privilégio que as Repúblicas ainda têm que suportar. Estas não geram seguramente um direito fundamental, até porque de difícil subjetivação; são honorarias que não cabem diretamente à pessoa humana enquanto tal, mas estão adstritas a instituições, a cargos, e funções e somente se justificam a este nível. Nestas situações, não há tratamento discriminatório, haverá simples tratamento diferenciado e, logo, merece um escrutínio conforme de

igualdade, que, em tese, acentar-se-á somente na projeção sistémica do princípio e não decorre de um direito à igualdade perante a lei.

2.7. A Constituição incumbe, para se concretizar o ideal de igualdade, ao Estado as tarefas de “*garantir o respeito pelos direitos humanos e assegurar o pleno exercício dos direitos e liberdades fundamentais a todos os cidadãos*” (art. 7, b), e de “*promover o bem estar e a qualidade de vida do povo cabo-verdiano, designadamente dos mais carenciados, ver progressivamente os obstáculos de natureza económica, social, cultural e política que impedem a real igualdade de oportunidades entre os cidadãos, especialmente os fatores de discriminação da mulher na família e na sociedade*”, e, ainda, projeta-o explicitamente para cobrir situações especiais em diversos domínios da vida social, humana, económica, nomeadamente consagrando direitos especiais de igualdade no acesso à função pública (art. 42 (1)) ou a cargo público (art. 56 (1)).

2.8. Não podia ser diferente, aliás, atendendo ao modelo de organização da comunidade política vertido para a Constituição da República em que o princípio da igualdade inevitavelmente ocupa uma posição nuclear. É um princípio que, no fundo, é razão de ser de tal modelo, criado especificamente como reação a ordens políticas marcadas pelo privilégio e pela castificação social, em que parte da população (a maioria ou a minoria) é reduzida a um estatuto de diminuição jurídica, tratados como se filhos de um Deus menor se tratassem. Por determinação autocrática dos seus semelhantes, pessoas, por motivos de raça, género, religião, circunstancialismos diversos, eram colocadas abaixo da lei, como ‘intocáveis’ para o Direito. Naturalmente, na República de Cabo Verde, criada mais de quinhentos anos volvidos após o povoamento das ilhas, o povo conhece muito bem o que tais situações produzem e como são incompatíveis e intoleráveis para uma República Livre e Democrática; não só conheceu a escravatura, uma das mais vilipendiantes condições humanas, como também viu os seus filhos serem tratados de forma desigual em relação aos nativos da metrópole que por estas bandas se fixavam e laboravam. A humilhação permanente de se ver discriminado, impedido de realizar as suas potencialidades, pior, de ter de explicar aos filhos que eles não podem a mais almejar, independentemente das suas virtudes, esforços e méritos, tendo que se sujeitar e reverenciar pessoas cujo único mérito é serem tidas por ‘melhores’ por decreto, é tão forte que nenhuma pessoa, numa República de iguais e regida pelo Direito, deve ter que suportar.

A Constituição, apesar da sua universalidade e elementos abstratos e racionais, é também resultado de uma experiência concreta, constitucional, e, logo, histórica e sociológica, tem que ter um olhar no mundo e os pés na terra. Daí que o significado constitucional deve ter como referentes obrigatórios o texto constitucional e as significações dogmáticas partilhadas, mas igualmente o sentido que lhe é atribuído pela experiência nacional e institucional. Destarte, não é demais lembrar que em Cabo Verde a luta pela igualdade e pela dignidade foi sempre, em larga medida, uma luta contra a discriminação por motivos raciais, de origem, de nascimento, de cor, de religião, de género e política, naturalmente o que é elencado no artigo 24 da Constituição. É este o âmago da igualdade e é por isto que o termo discriminação somente cobre o núcleo essencial desses preceitos, com as restantes situações de tratamento desigual a corresponderem a meras esferas secundárias de incidência do princípio. Não correspondem à mesma realidade, e essa distinção não é só parte de um imaginário global que se está a reproduzir. Antes, é uma reação a situações concretas da nossa história que justificaram a solução constitucional que se tenta interpretar.

2.8.1. É o que decorre da experiência do século XVI da célebre petição enviada ao Rei de Portugal pelos ‘pretos e baços de Santiago’ para poderem aceder aos cargos camarários do município da Ribeira Grande ‘Carta dos Moradores de Santiago a El-Rei [26 de Maio de 1546]’ in: *Monumenta Missionaria Africana*, Padre António Brásio (org.), 2ª Série, Lisboa, Agência Geral da Colónias, 1963, v. II, doc. 117, pp. 386-387), de André Álvares d’Almada – o primeiro cabo-verdiano a escrever uma obra científica em 1594 – a receber as mais altas honrarias do Reino, apesar do seu ‘defeito de nascença’, assente no facto de não ter ‘sangue limpo’, posto que de avó escrava (o Parecer favorável da Mesa da Consciência e Ordens pode ser encontrado em ‘Concessão do Hábito de Cristo a André Álvares de Almada [19 de Agosto de 1598]’ in: *Monumenta Missionaria Africana*, Padre António Brásio (org.), 2ª Série, Lisboa, Agência Geral da Colónias, 1964, v. III, pp. 428-430), a tentar ultrapassar preconceitos de raça e o tratamento discriminatório estabelecidos pelas leis do Reino e aplicadas às Colónias em relação a negros, mestiços, judeus e cristãos-novos.

2.8.2. Três dos maiores vultos da História Intelectual de Cabo Verde questionaram o tratamento diferenciado do cabo-verdiano por motivos de origem e nascimento, nomeadamente:

A – Eugénio de Paula Tavares, que, com notórios conhecimentos jurídicos, ainda que não tivesse formação formal, dizia, sobre mais uma lei de exceção para as colónias, que *“Tem agitado a inconstitucionalidade de algumas ordens postas aqui em vigor. Guarde-se Deus da ousadia de me espezitar em acção de controvérsias sobre matéria inatingida pela minha visão intelectual. Que bem me basta, porém, que sobre o assunto desta, se me conceda lastimar o facto verdadeiramente lamentável de os cabo-verdianos não permitirem meras circunstâncias legislatórias entrar no gozo de um direito reconhecido a todos os membros da família portuguesa. E deplorar mais ainda, que a lei, neste caso, tal seja no seu rigor excepcionalista que não conceda a cabo-verdianos o que a mais portugueses reconhece. (...) E calar, quando no-la negam, é consentir que, de facto, não a mereçamos. O que põe de relevo, imediatamente a nossa suposta inferioridade social. Mas se se não dá o caso de tal inferioridade (como é certo que não se dá), então apenas nos ficará a convicção de que, de facto, os poderes superiores se manifestaram, em tal ponto, desligados do interesse de ponderar a questão antes de a resolver”* (“Sobre a questão da regulamentação das horas de trabalho” in: *Eugénio Tavares. Viagens, Tormentas, Cartas e Postais*, Praia, IPC, 1999, pp. 268-9), arrematando em outra ocasião que, convicto filosoficamente, entendia convir que *“ao mesmo tempo que se decretam deveres aos cidadãos, outorgar-lhes direitos, em distribuição equilibradora. Porque assim se daria, ao mesmo tempo, ao cidadão, uma ideia exata das justas compensações, esclarecendo-o, de par, sobre suas responsabilidades. Se os deveres são, por lei, exigidos os direitos, por lei serão igualmente concedidos. Se o povo não está atrasado para se lhe exigir deveres, também o não deve estar para se lhe conceder direitos”* (‘O 4º Aniversário da República’ in: *Eugénio Tavares pelos Jornais...*, Félix Monteiro (recolha; organização e prefácio, Praia, ICLD, 1997, p. 155), atirando, nas suas arengas públicas contra o preconceito, por não compreender *“que seja aceitável o princípio de conceder direitos restritos, cerceados aos coloniais, por exemplo, sob o fútil pretexto de não estarem preparados”*(Ibid.).

B – Nhô Pedro Cardoso, que dizia, quando reivindicava igualdade de tratamento, ancorando-se na sua qualidade de cidadão, ainda que colonial, em face aos cidadãos metropolitanos que aportavam às nossas Ilhas. Lembrando que na Constituição da República Portuguesa, o *“Artigo 1º – o território de Portugal compreende na África Ocidental o Arquipélago de Cabo Verde; art. 3º – Constituem a Nação todos os*

*cidadãos portugueses; e art. 5º – o Estado português é uma República Unitária baseada na igualdade de todos os cidadãos perante a lei!*”, concluía que “logo, eu nasci no território português, sou membro constituinte da Nação perante a lei aos demais cidadãos” e que “como eu, todos os naturais de Cabo Verde, seja qual for sua coloração epidérmica, sabendo ou não ler e escrever” (‘Conferência 1’ in: Pedro Cardoso. *Textos Jornalísticos e Literários*, Manuel Brito-Semedo & Joaquim Morais (org.), Praia, IBNL, 2008, Parte I, p. 31). Daí a sua indignação quando criticava todas “as regalias concedidas a metropolitanos, no exercício dos mesmos cargos”, ou a sua reivindicação de “um estatuto especial só para os nativos, com garantias insofismáveis contra o arbítrio ou o favoritismo”, dando “dois exemplos como amostra: É aberto um concurso documental para preenchimento de um lugar de professor. Apresentam-se 2 candidatos: um habilitado com o 3º ano do liceu de Guimarães e o outro com o 7.º ano do liceu-seminário de Cabo Verde. Pode acontecer mesmo, como várias vezes tem acontecido, que o peregrino do berço da democracia, nada perceba da poda. Mas apesar de tudo, o provido sabe-se de antemão quem será. (...). Suponhamos agora que os dois concorrentes são nomeados, porque apareceu mais um lugar, pela mesma portaria. Tornam-se colegas e metem-se a trabalhar ... Mas um após 6 anos de serviço pode ir flunar a Lisboa e visitar a família, e o outro não, tendo ambos estado sob o mesmo clima e desempenhados as mesmas funções (vide o decreto de 11 de Agosto de 1900, artigos 1º, 6º e para. 2. Porquê? Os leitores conhecem bem a razão da escandalosa desigualdade. Desnecessário pois, fazer a sangra da chaga. Ou direitos iguais, já que os deveres o são – ou nada de concorrência que isto não pode nem deve continuar a ser assim, para honra, prestígio e tranquilidade da República. Termino gritando com todas as forças da minha alma: união, união cabo-verdianos!” (‘Funcionários Africanos’ in: *Ibid.*, p. 119).

C – Estas mesmas incongruências essenciais que marcam estatutos de desigualdades impostos por parte da população por via de Lei foram, décadas depois, objeto da observação irónica de Amílcar Cabral, quando sublinhou que “não é exagerado afirmar que, se o Estatuto dos Indígenas fosse aplicado em todas as partes ‘integrantes de Portugal’ com o mesmo rigor que na Guiné ‘Portuguesa’, pelo menos 50% da população da ‘metrópole’ seria considerada indígena” (‘As Leis Portuguesas de Dominação Colonial’ in: *Unidade e Luta. A arma da teoria*, Mário de Andrade (coord.), Praia, FAC, 2013, v. I, p. 92).

2.8.3. E isto porque não faltaram leis discriminatórias na História das Ilhas, que, de forma direta ou indireta, atingiam pessoas pertencentes a determinados grupos.

A – O tratamento desigual conferido a confissões ou etnias religiosas minoritárias, desde os primórdios da colonização; desde logo os cristãos-novos, os tachados de heréticos, nomeadamente os seguidores de confissões protestantes, os que optam pelo racionalismo cristão, etc, já que na legislação lusitana aplicável até ao século XIX, nomeadamente vertida para os Livros das Ordenações (*Ordenações Afonsinas [1446]*, 2. ed., Lisboa, FCG, 1998, l. II; *Ordenações Manuelinas [1512?]*, Lisboa, FCG, 1984, l. II; *Ordenações Filipinas [1603]*, Lisboa, FCG, 1985, com as referências subsequentes a usarem respetivamente as siglas OA, OM e OF), não deixava de conter previsões legais discriminatórias em razão da religião, origem, etnia, sexo, etc., de que são exemplo, a punição da heresia e da apostasia (OA, liv. v, tit. ii; OM, liv. v, tit. ii; OF, liv. V, tit. I), a incriminação de relações sexuais inter-religiosas, posto que *“qualquer Christão, que tiver ajuntamento carnal, com alguma Moura, ou com qualquer outra Infiel; ou Christã com Mouro ou Judeu, ou com qualquer outro infiel morra por isso, e esta mesma pena haverá o infiel”* (OF, liv. v, tit. xiv, já vinha das OA, liv. v, tit. xxv, e das OM, liv. v, tit. xxi), ainda que com redação diferente); pela proibição de entrada no *“Reino de Ciganos, Armenios, Arabios, Persas e Mouriscos de Granada”*, prevendo-se que, se tal acontecesse, fossem *“presos e açoutados, com baraço e pregão”* (OF, liv. V, tit. LXIX). Mouros e Judeus eram obrigados a portar sinal de sua condição, sob pena de aplicação de sanções criminais nos termos das OF, liv. V, tit. XCIV (*“Os Mouros e Judeos, que em nossos Reinos andarem com nossa licença, assi livres, como captivos, trarão sinal, per que sejam conhecidos, convém saber, os Judeus carapuça, ou chapéu amarelo, e os Mouros huma lua de panno vermelho de quatro dedos, cosidos no hombro direito, na capa e no pelote. E o que não o trouxer, ou o trouxer coberto, seja preso, e pague pola primeira vez mil réis de Cadêa. E pola segunda dous mil réis para o Meirinho, que o prender. E pola terceira, seja confiscado, ora seja captivo, ora livre”*). Mesmo em épocas mais iluminadas, em que vigia o Código Penal de 1886, abria-se a parte especial com os crimes contra a religião do Reino, estabelecendo-se que *“Aquele que faltar o respeito à religião do reino, católica, apostólica, romana, será condenado na pena de prisão correicional desde um até dois anos, e na multa, conforme a sua renda, de três meses até três anos, em cada um dos casos seguintes: (...) 3º tentando por qualquer meio fazer prosélitos ou*

*conversões para religião diferente ou seita reprovada pela igreja; 4º celebrando atos públicos de um culto que não seja o da mesma religião católica”* (art. 130). A liberdade e igualdade religiosa inserida pela Constituição Republicana de 1910 e a Lei da Separação entre a Igreja e o Estado, foi sol de pouca dura, uma vez que, sem voltar ao período anterior, a Constituição de 1933, voltou a inserir um sistema de predomínio de uma confissão sobre as outras.

B – As mulheres que foram submetidas a um estatuto jurídico discriminatório nas ilhas, por exemplo, tendo que ver com o Código Civil Oitocentista Português, aplicado às províncias ultramarinas. Apesar da enunciação geral do princípio da igualdade (Art. 7º *“A lei civil é igual para todos, e não faz distinção de pessoas, nem de sexo, salvo nos casos que forem especialmente declarados”*), os casos de tratamento discriminatório com estas bases não eram poucos e recobriam especialmente desigualdades conjugais, nomeadamente porque ao passo que o marido podia atribuir nacionalidade portuguesa à mulher, o inverso não acontecia (art. 18 (6)), para além de perder a sua nacionalidade, a menos que não receba a do marido (art. 22), o direito do marido administrar os bens do casal conforme disposto no artigo 1117 (*“O domínio e posse dos bens comuns está em ambos os cônjuges, enquanto subsiste o matrimónio: a administração, porém, dos bens do casal, sem excepção dos próprios da mulher, pertence ao marido”*), prerrogativa que a mulher não podia afastar nem mesmo por convenção pré-nupcial, nos termos do artigo 1104 (*“A mulher não pode privar o marido, por convenção ante-nupcial, da administração dos bens do casal; mas pode reservar para si o direito de receber a título de alfinetes, uma parte dos rendimentos de seus bens, e dispor dela livremente, com tanto que não exceda a terça dos dictos rendimentos”*), ou o artigo 1116, o qual estabelecia que *“a mulher não pode contrair dívida do marido, excepto estando ele ausente ou impedido, e se o fim para que a dívida foi contraída, não permite que se espere pelo seu regresso, ou pela cessação do impedimento”*; até os bens dotais podiam ficar submetidos à administração do marido, conforme decorrendo do artigo 1148 (*“o marido pode dispor livremente dos bens mobiliários dotais, salvo se outra coisa for estipulada; mas responderá pelo seu valor”*). Em sede civil ainda, o adultério, embora censurado e sancionado no geral, era tratado de forma diferente, consoante fosse do marido ou da mulher, com as condições de invocação para aquele fim a serem agravadas para esse, exigindo-se não só mera prática de adultério, mas

*“com escândalo público, ou completo desamparo da mulher, ou com concubina teúda e manteúda no domicílio conjugal”*) (art. 1204).

Ademais, eram ainda vergastadas por tipos penais ou penas desiguais em relação aos homens, nomeadamente no que tange ao crime de adultério, decorrente dos artigos 401, que punia a esposa (*“O adultério da mulher será punido com privação maior celular de dois a oito anos, ou, em alternativa, com degredo temporário”*), com tratamento aparentemente igual para o có-reú adúltero (*O có-reu adúltero, sabedor de que a mulher é casada, será punido com a mesma pena, (...)”*), todavia claramente distinto o regime de provas, pois *“somente são admissíveis contra o co-réu adúltero as provas do flagrante delicto, ou as provas resultantes de cartas ou outros documentos escritos por ele”*, e muito distante do que era reservado ao marido, o qual era punível somente nos casos de mancebia na casa conjugal (*“O homem casado, que tiver manceba, teúda e manteúda na casa conjugal, será condenado a multa de três meses a três anos”*). Antes, nas Ordenações do Reino, o crime de adultério tinha as suas particularidades discriminatórias, já que indicava tanto o tratamento discriminatório em razão do sexo, mas também de posição social, pois, nos seus termos, *“Mandamos que o homem, que dormir, com mulher casada, e que em fama de casada estiver, morra por ello. Porém, se o adúltero for de maior condição que o marido della, assi como, se o tal adúltero fosse Fidalgo, e o marido Cavalleiro, ou Scudeiro, ou o adúltero Cavalleiro ou Scudeiro e o marido peão, não farão as Justiças nelle execução, até nol-o fazerem saber, e verem sobre isso nosso mandado. I E toda a mulher, que fizer adultério a seu marido que morra por isso (...). ”* (OF, liv. V, tit. xxv). Pese embora o homem pudesse ser punido por manter teúda e mantéuda, não era bem a mesma coisa e as penas estavam longe de atingir tal gravosidade, valendo-lhe degredo e multa (OF, liv. v, tit. xxviii). Nas OM, liv. v, tit. xv, a redação é muito similar, solução com algumas diferenças que já vinha das primeiras ordenações do reino, as OA, aplicadas por pouco tempo nas nossas ilhas, com filosofia muito similar, que também previa a pena de morte para o adúltero que fosse comum, ao passo que os que tivessem posição perdiam os seus privilégios e seriam expulsos do seu feudo (OA, liv. v, tit. vii).

C – Os ‘filhos de fora’, cujos direitos foram inibidos pela lei, nomeadamente pelo Código Civil de 1886, o qual estabelecia regimes jurídicos diferentes e discriminatórios para os filhos legítimos e os legitimados, os filhos perfilhados e os filhos espúrios, cabendo aos segundos, nos termos do artigo 129, ter os direitos de

usar os apelidos dos pais; de serem alimentados por eles e os sucederem ou haverem parte da herança, conforme o disposto no artigos 1989 e 1992. Na prática, para o que é relevante – a situação de concorrência com filhos legítimos – “*Se o testador tiver, ao mesmo tempo, filhos legítimos, ou legitimados, e filhos perfilhados, observar-se-á o seguinte: 1. Se os filhos perfilhados o estavam ao tempo em que o testador contraiu o matrimónio, de que veio a ter os filhos legítimos, a porção daqueles será igual à legítima destes, menos um terço; 2. Se os filhos forem perfilhados depois de contraído o matrimónio, a sua porção não excederá a legítima dos outros menos um terço, e sairá só da terça disponível para a herança*”); já, os últimos, marcados pelo estigma moral, “*só têm o direito de exigir de seus paes os alimentos necessários; em tudo o mais são havidos por inteiramente estranhos aos paes e á família destes*” (art. 134).

D – Os mais desvalidos da sociedade que os tipos penais de vadiagem e mendicidade procuravam atingir, estando presentes na tradição jurídica lusitana, mormente no Código Penal de 1886: “*art: 256º - Aquele que não tem domicílio certo em que habite, nem meios de subsistência, nem exercita habitualmente alguma profissão ou ofício, ou outro mister em que ganhe sua vida, não provando necessidade de força maior, que o justifique, de se achar nessas circunstâncias, serão competentemente julgado e declarado vadio, e punido com prisão correccional até seis meses, e entregue à disposição do governo para lhe fornecer trabalho pelo tempo que parecer conveniente*”) e 260 (“*Todo o indivíduo capaz de ganhar a sua vida pelo trabalho que fôr convencido de mendigar habitualmente será considerado e punido como vadio*”).

E – Também nesses tempos, a orientação sexual era objeto de incriminação com a tipificação penal de atos homossexuais e lésbicos, dizendo-se, na OF (liv. V, tit., XIII), que “*toda a pessoa, de qualquer qualidade que seja, que peccado de sodomia per qualquer maneira commeter, seja queimado, e feito per fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memoria, e todos os seus bens sejam confiscados para a Côroa de nossos Reinos, posto que tenham descendentes; pelo mesmo caso seus filhos e netos ficarão inhabiles e infames, assi como os daquelles que commettem crimes de Lesa Magestade. 1. E esta Lei queremos, que tambem se entenda, e haja lugar nas mulheres, que humas com as outras commettem peccado contra natura, e da maneira que temos dito nos homens*”. Encontra-se o

mesmo tipo penal nas OA (liv. v, tit. xviii) e OM (liv. v; tit. xii), todavia, sem recobrir as mulheres.

F – Isto, apesar das referências constantes ao princípio da igualdade nas constituições monárquicas e republicanas portuguesas anteriores à independência (Pode-se aceder às versões integrais em *Constituições Portuguesas 1822/1826/1838/1911/1933*, Lisboa, AR, 2004), em que, reiteradamente e em crescendo, é consagrado; ou seja, na de 1821 (Art. 9º “*A lei é igual para todos. Não se devem portanto tolerar privilégios de foro nas causas cíveis ou crimes, nem comissões especiaes*”), 1826 (Art. 145 (12): “*A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção aos merecimentos de cada um*”; 145 (13): “*Todo o Cidadão póde ser admittido aos Cargos Publicos Civis, Politicos, ou Militares, sem outra differença, que não seja a dos seus talentos, e virtudes*”; 145 (14): “*Ninguém será exempto de contribuir para as despezas do Estado, em proporção aos seus haveres*”; 145 (15): “*Ficam abolidos todos os Privilégios, que não forem essencial, e inteiramente ligados aos cargos por utilidade publica*”); 1836 (“*A lei será igual para todos*” (tit. III, art. 10º); “*Ficam abolidos todos os privilégios que não forem essencialmente fundados em utilidade pública. Parágrafo único: À exceção das causas que por sua natureza pertencerem a júzos particulares na conformidade das leis, não haverá fôro privilegiado*” (tit. III, art. 20º); a republicana de 1911 (“*A lei é igual para todos, (...)*” (art. 3 (2)); “*A República Portuguesa não admite privilégios de nascimento, nem fóros de nobreza, extingue os títulos nobiliárquicos e de conselho e bem assim as ordens honoríficas, com todas as suas prerrogativas e regalias*” (art. 3 (3)); “*O Estado reconhece a igualdade política e civil de todos os cultos (...)*”), e mesmo a Constituição de Salazar (“*O Estado português é uma República unitária e corporativa, baseada na igualdade de todos os cidadãos perante a lei, no livre acesso de todas as classes aos benefícios da civilização e na interferência de todos os elementos da Nação na vida administrativa e na feitura das leis*”. Parágrafo único: “*A igualdade perante a lei envolve o direito de ser provido nos cargos públicos, conforme a capacidade ou serviços prestados, e a negação de qualquer privilégio de nascimento, nobreza, título nobiliárquico, sexo, ou condição social, salvas, quanto à mulher, as diferenças resultantes da sua natureza e do bem da família, e, quanto aos encargos ou vantagens dos cidadãos, as impostas pelas circunstâncias e pela natureza das coisas*” (art. 5º).

Estas, como se pode ver, muito raramente não incluíam o conceito de discriminação, decisivo para a questão que nos importa tratar e à qual voltaremos. Entretanto, esses textos constitucionais também continham habilitações para tratar de forma diferenciada por motivos atinentes à natureza da pessoa, a sua conceção de si ou à sua condição, nomeadamente nas constituições pré-republicanas por motivos de religião ou pela sua capacidade económica. Por exemplo, na Constituição de 1821, os criados de servir, os vadios e os iletrados (art. 33). Mais claramente, a Constituição de 1826 estipulava que *“são excluídos de votar nas assembleia paroquiais (...) os que não tiverem renda líquida anual de cem mil réis, por bens de raiz, industria, commercio ou emprego”* (art. 65): *“Podem ser eleitores, e votar nas eleições dos Deputados todos os que podem votar na Assembleia Paroquial, Exceptuão-se: 1. Os que não tiverem renda líquida anual de duzentos mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou emprego; 2. Os libertos; (...)”* (art. 67). Na de 1838 dizia-se que *“Têm direito de votar nestas eleições todos os Cidadãos portugueses que estiverem no gozo de seus direitos civis e políticos, que tiverem vinte e cinco anos de idade, e uma renda líquida anual de oitenta mil réis proveniente de bens de raiz, comércio, capitais, indústria, ou emprego. § único – Por indústria se entende tanto a das artes liberais como a das fabris. Art. 73. São excluídos de votar: II – Os criados de servir: (...).III – Os libertos; (...)”*.

São apenas exemplos, de entre várias situações, que perpassam a legislação aplicada em Cabo Verde desde o século XV, e que mostram um sistema jurídico marcado por várias situações de discriminação que atingiam as pessoas por motivos de raça, etnia, origem, sexo, religião, precisamente o núcleo das situações que são explicitamente mencionadas pelo artigo 24 da Constituição e, na maior parte das Constituições atualmente em vigor, e outras que já tinham existido em Cabo Verde, nomeadamente na Constituição de 1980, que, além da referência ao princípio da igualdade no artigo 25 com uma redação, de acordo com a qual *“todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, sem distinção de sexo, nível social, intelectual ou cultural, crença religiosa ou convicção religiosa”*, acrescentando que *“o homem e a mulher são iguais perante a lei em todos os planos da vida política, económica, social e cultural”* (art. 26) e *“os filhos são iguais perante a lei, independentemente do estado civil dos seus progenitores”* (art. 27). Portanto, a este nível, o texto constitucional pátrio em questão focou precisamente as situações em que tradicionalmente a mulher e o

homem cabo-verdianos padeceram de tratamentos diferenciados por motivos inaceitáveis expostos no próprio artigo e reforçando o seu propósito primário, dirigindo-se em particular a duas situações que os legisladores constituintes do período entenderam ser afrontosas.

A inclusão da igualdade política e a proibição do tratamento diferenciado por motivos de convicção política não eram mencionados. Aliás, a título exemplificativo, para o próprio exercício de cargos judiciais e judiciários, como servidores da justiça, nos termos do Decreto-Lei 33/75, que aprovava a Organização Judiciária da República de Cabo Verde chegou a exigir-se integridade e idoneidade nos “*aspetos moral, ....., profissional e político*”) (art. 87), justificando-se, por esses motivos, a sua inserção na Constituição de 1992, tendo em conta, designadamente a alteração de regime político, absorvendo-se as outras bases de tratamento diferenciado e utilizando-se explicitamente a expressão discriminação para a elas se referir. Destarte, quatro evidências resultam deste processo. Primeiro, que o legislador constituinte agravou uma espécie de tratamento diferenciado, considerando-o como discriminação se envolvesse qualquer das categorias do artigo 24 ou outras materialmente similares e deu-lhe um estatuto de direito; segundo, associou-o ao novel princípio da dignidade da pessoa humana; terceiro, manteve a tradição de princípio da igualdade, destinado a projetar-se sobre todo o ordenamento jurídico e, ainda, quarto, criou direitos subjetivos especiais de igualdade.

Sublinhe-se que o objetivo de estabelecer uma ordem constitucional marcada pela igualdade de direitos políticos foi uma das razões que justificaram o contexto de transição política, de reforma constitucional e de aprovação da nova Constituição, texto fundamental este que, sendo tributário da conceção mista que caracteriza o constitucionalismo global contemporâneo, incorpora princípios típicos do Estado Liberal de Direito, do Estado Democrático, do Estado Republicano e do Estado Social. Todos eles pressupõem igualdade entre os indivíduos em direitos civis, em participação política, em cidadania, e equilíbrio de bem-estar, e projetam o valor supremo da dignidade da pessoa humana.

2.9. Não constitui propriamente surpresa, pois, que o legislador constituinte tenha, precisamente, formatado a igualdade, tendo em vista estas mesmas situações, em que a pessoa humana, pelo mero acidente da sua raça, religião, género, condição social,

língua, origem, etc., é tratado de forma discriminatória, portanto abaixo do prescrito em lei, tentado precisamente que as pessoas não sejam, por motivos arbitrários tratadas, como seres sem *pedigree*, vergastados à sua impotência jurídica, condenados à infâmia de uma condição de subordinação juridicamente estabelecida, não podendo andar hirtos, com as suas cabeças levantadas, segregados dos seus pares, enfim, tratado como sub-homens cujo destino é servir e ser vassalos vitalícios de autoproclamados *über menschen*.

Mais, tendo em vista este mesmo objetivo, autoriza, e nalguns casos, determina o tratamento diferenciado, dir-se-ia, privilegiado para que possam efetivamente usufruir do seu estatuto de igualdade. Este é o *locus* natural de aplicação do princípio da igualdade. É em situações nas quais as pessoas pelos motivos invocados são submetidas ao arbítrio da maioria – racionalizada em forma de lei –, que, com o objetivo de diminuir ou insensível a tanto, mantém-nas no lugar que lhes foi reservado no subterrâneo do direito. São essas pessoas que, desesperadas pela sua condição hétero-imposta, podem recorrer ao princípio constitucional da igualdade para questionar o seu tratamento e obter a merecida e integradora tutela judicial correspondente. É para os hilotas, para os *infra classen*, para os servos da gleba, para os *sans-cullote*, para os *coloured*, para ‘as raças impuras’, para os ‘associais’, para os ‘estranhos’, para o lumpen, para os que não têm ‘sangue limpo’, para os que têm uma coloração epidérmica diferente, para os ‘indígenas’, para os que adoram divindades distintas ou de “modo equivocado” tal idólatras, blasfemos, heréticos e apóstatas, para aqueles que alguém entende arbitrariamente que não deviam ter nascido, para aqueles que são considerados por outrem 3/5 humanos ou inumanos, de mundos pretéritos e hodiernos, que o princípio da igualdade foi primacialmente criado. É nestes casos que há discriminação.

2.10. Portanto, nem todas as situações em que resulte da lei, direta ou indiretamente, base ou efeito de tratamento desigual, devem ser, aqui a propósito, tratadas de forma igual, lembrando-se, desde já, a célebre fórmula derivada do pensamento de Aristóteles, de tratar situações iguais de forma igual, e situações desiguais de forma desigual. Com toda a razão, dir-se-á que o artigo 24 não contém um rol taxativo de situações de potencial tratamento desigual, no que estaríamos completamente de acordo. Efetivamente, pode haver situações análogas às previstas pelo dispositivo que podem ser integradas no âmbito de aplicação da norma, por interpretação, pela

utilização da cláusula de abertura ou por via de recurso à Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Todavia, não há automaticidade neste processo, não bastando que a lei trate de forma desigual para que forçosamente a situação concreta esteja salvaguarda pelo direito a não ser discriminado do artigo 24. Antes de tudo, é fundamental que haja identidade entre a situação atípica e o que o legislador pretendeu proteger ao reconhecer o direito, o que se pode razoavelmente obter através da comparação entre as duas situações. O tratamento discriminatório é apenas um tipo de tratamento diferenciado, no entanto o mais grave de todos e o menos tolerável pelo sistema. A discriminação é um termo com as suas especificidades que permite formular um juízo de valor negativo sobre um tipo de tratamento diferenciado, direto ou indireto, porque intolerável para o sistema e (quase) insuscetível de justificação, cujo objetivo ou resultado é um impedimento de uma pessoa humana gozar da mesma dignidade do que os outros, que leva à sua subordinação e que, concomitantemente, incide sobre uma esfera pessoal ontológica do indivíduo.

É por isso também que a igualdade como já disse, não é ‘só’ um princípio que prescreve deveres nesta matéria para o Estado, projetando o seu poder irradiador por todo o sistema e, neste sentido, devendo guiar o legislador ordinário a encontrar sempre soluções que concretizem a ideia da igualdade na máxima intensidade possível, mesmo que não esteja em causa as situações previstas pelo/ou reconhecidas a partir do artigo 24 da Constituição; também é um direito, que assume contornos abrangentes no caso previsto pelo mesmo artigo 24, o qual, apesar de não estar explicitamente subjetivado, mesmo que quiséssemos ignorar o percurso que tomou a igualdade na legislação aplicável a Cabo Verde, por força do artigo 17 (3) da Constituição deve ser lido à luz do artigo 7º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de acordo com o qual “*todos são iguais perante a lei*” [dimensão objetiva], porém, para além disso, todos “*têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação*” [que insere, na nossa opinião uma base subjetiva inquestionável]. O Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional, já o tinha reconhecido no *Acórdão nº 4/2014 (sobre a constitucionalidade da presunção de destinação de interesse público de ativos do Tesouro Público)*, de 23 de dezembro de 2014, p. 6), sustentando que “*indubitavelmente o princípio da igualdade vincula os poderes públicos, tenham eles competência legislativa, administrativa ou jurisdicional, o que resulta já da sua consagração como direito fundamental, já da*

*atribuição aos preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias de uma força jurídica própria”,* Portanto, não se trata de novidade jurisprudencial da justiça constitucional de Cabo Verde.

2.11. Mais do que isso, convinha convocar para este segmento argumentatório o direito especial de acesso a cargo público que o pedido também menciona, com base no artigo 56 (1).

Porém, há de se notar que o artigo, com a fórmula “*todos os cidadãos têm o direito de aceder, em condições de igualdade (...), às funções públicas e aos cargos eletivos, nos termos estabelecidos pela lei*”, não chega explicitamente a dispor no sentido de que todos têm o direito de aceder a cargos públicos, mas simplesmente a função pública, por um lado, e a cargos eletivos, por outro lado. Havendo posições públicas em órgão de soberania ou em pessoas coletivas públicas, e tendo já determinado, num caso concreto, o Tribunal Constitucional que há uma diferença entre função pública e cargo público (Acórdão nº 1/2009), a interpretação literal do dispositivo em questão deixaria um hiato não preenchido. Destarte, cabe a este Tribunal verificar se o sistema cabo-verdiano contém um direito à igualdade no acesso a cargo público que possa ser objeto de proteção por via deste mecanismo constitucional.

2.11.1. A primeira questão é verificar se o direito de acesso a cargo público, de alguma forma, e apesar da letra do dispositivo, está previsto pelo artigo invocado, ou seja, pelo artigo 56 (1). Releva, mais uma vez, recorrer à decisão anterior da jurisdição constitucional pátria em que, não obstante se ter mantido esta distinção, os ilustres magistrados que a apoiaram, de forma judiciosa, fixaram a diferença clara entre o conceito de função pública em sentido estrito utilizado pelo antigo artigo 41 (atual 42) e o utilizado pelo antigo artigo 55 (atual 56), referindo-se a cargo público, com as seguintes palavras: “*Distinguindo as duas situações, a Constituição da República refere-se, no seu art.º 41º, ao direito de escolha da profissão e de acesso à função pública ("jus ad officium", "jus in officio" e desenvolvimento profissional - promoção e progressão) e, no seu artº 55º, ao direito de participação na direcção dos assuntos públicos, isto é, ao acesso e exercício de cargos públicos. Do conceito constitucional de "função pública", no sentido rigoroso e restrito, referido no artigo 41 º da Lei Fundamental, estão clara e necessariamente excluídos os titulares dos órgãos de soberania, quer os do poder político quer os juízes, uns e*

*outros titulares de cargos públicos a que se refere o artº 55º da CRCV*". Este importante entendimento jurisprudencial é reforçado pela sistemática do artigo, inserida não entre os direitos, liberdades e garantias individuais, mas entre os direitos, liberdades e garantias de participação política e de exercício da cidadania e pela epígrafe do mesmo, "participação na direção de assuntos públicos", ambos com relevância hermenêutica e que permitem atestar aquele sentido jusfundamental para a norma.

O Conselho Superior da Magistratura Judicial não é evidentemente um órgão de soberania. Todavia, opera numa área que se entrecruza de forma intensa com os poderes do Estado, tendo o legislador constituinte se posicionado de forma clara a partir do momento em que constitucionalizou a figura e formatou minimamente o órgão. A sua dignidade republicana é medida pelo simbolismo da sua constitucionalização. Portanto, é uma pessoa coletiva pública importante cujos integrantes estão abrangidos pelo conceito de "cargo público" e se tratar de "participação na direção de assuntos públicos", etc. E foi o entendimento que se consegue depreender dos debates que levaram à aprovação da versão originária da Constituição em que alguns intervenientes deram claramente a entender que a expressão função pública também se referia a cargo público (Dep. Benvindo Oliveira) e que o sentido de "funções públicas" ao optar pela utilização da expressão no plural (Dep. Arnaldo Silva) e não no singular pretendeu traduzir precisamente o afastamento de uma interpretação curta do seu sentido (*Acta das sessões. Apresentação e Debate da Constituição da República*, IV Legislatura, Praia, 2012, pp. 197-198).

2.11.2. Mas também existe outro elemento textual na Constituição da República que nos permitiria chegar à mesma conclusão: É que há, no mesmo artigo, ou seja, o artigo 56, menção a garantias fundamentais no número 2 e a certas injunções no número seguinte e ambos referem-se a "cargo público". Ora, como são ambas normas secundárias e dependentes, tentando explicitar certos aspetos relacionados a uma norma mãe, nomeadamente da garantia fundamental em relação ao direito, para que exista uma garantia fundamental de uma pessoa não ser prejudicada na colocação/na carreira/no emprego/nas suas atividades públicas ou privada/nos benefícios fiscais a que tenha direito, tem que se pressupor a existência de um direito de acesso a cargo público, cujo núcleo essencial é protegido de forma mais intensa por essas mesmas garantias, o mesmo acontecendo, *mutatis mutandis*, com as injunções do número

seguinte, que pressupõe um direito a ser limitado para se garantir a isenção e independência e eventuais outros interesses públicos relevantes num quadro de proporcionalidade (“necessárias”).

2.11.3. No mesmo sentido, mesmo que não fosse um direito de acesso a cargos públicos, enquanto direito de cidadania, do *status activae civitatis*, decorre inevitavelmente do princípio republicano inserto no artigo 1º da Constituição da República, de acordo com o qual o cidadão Cabo-verdiano, na qualidade de membro da Comunidade Política, pode e deve emprestar o seu saber, conhecimentos, experiência e valências para participar da gestão da *res publica*.

2.11.4. Para além do que, em razão da obrigação de consideração da Declaração Universal dos Direitos do Homem prevista no número 3 do artigo 17 da Lei Fundamental como meio de interpretação, haveria uma natural expansão do dispositivo para abarcar o direito de toda a pessoa aceder ao serviço público do seu país (note-se que a tradução oficial para o português é enganadora, uma vez que se usa a expressão “função pública” que não tem a amplitude de “*public service*” do original, a qual abrange também os cargos públicos).

2.11.5. Ademais, o direito em si, ainda pode, com base no artigo 17 (1), ser considerado a partir do artigo 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (mais uma vez retendo a versão original publicada também no *Boletim Oficial*, nomeadamente a alínea a) de acordo com qual “*Every citizen shall have the right and the opportunity, without any of the distinctions mentioned in article 2 and without unreasonable restrictions: (a) To take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives*” e c) *To have access, on general terms of equality, to public service in his country*”.

Não obstante não ser vinculativo para Cabo Verde e não ser preceito do ordenamento jurídico pátrio, no que diz respeito a estas duas normas, releva, para se entender o seu sentido, reter o que contém o comentário geral aprovado pelo órgão de monitorização criado pelo próprio Pacto, o Comité de Direitos Humanos, o qual assinala precisamente uma interpretação ampla do dispositivo ao dizer que “*the conduct of public affairs, referred to in paragraph (a), is a broad concept which relates to the exercise of political power, in particular the exercise of legislative, executive and administrative powers. It covers all aspects of public administration, and the formulation and implementation of policy at international,*

*national, regional and local levels. The allocation of powers and the means by which individual citizens exercise the right to participate in the conduct of public affairs protected by article 25 should be established by the constitution and other laws” [Em tradução livre, a condução de questões públicas, referida pelo parágrafo (a), é um conceito abrangente que diz respeito ao exercício do poder político, em particular dos poderes legislativo, executivo e administrativo. Cobre todos os aspetos da administração pública, e a conceção e implementação de políticas nos níveis internacional, nacional, regional e local. A alocação dos poderes e meios através dos quais cidadãos individuais exercem o direito de participar na condução das questões públicas protegida pelo artigo 25 deve ser estabelecida pela Constituição e outras Leis]” (General Comment Adopted by the Human Rights Committee under Article 40, Paragraph 4, of the International Covenant on Civil and Political Rights, n. 25, CCPR/C/21, 27 August 1996, para. 5). Além disso, o artigo 13 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, é ainda mais claro, inclusivamente na versão em português, pois “*todos os cidadãos têm direito de participação dos assuntos públicos do seu país (...)*”, completando-se com o artigo complementar em que, mais uma vez se traduz para o vernáculo *public service* por ‘função pública’, adulterando o seu sentido original*

São quatro as condições previstas pela cláusula de abertura do artigo 17 (1) para a receção de direitos atípicos pelo sistema cabo-verdiano de direitos fundamentais: a) ausência de previsão na constituição; b) natureza de direito, liberdade ou de garantia; c) previsão em tratado do qual Cabo Verde seja parte ou alternativamente em lei; d) materialidade constitucional. Estando, pois, previstas em tratados de que Cabo Verde faz parte, conforme já demonstrado, e sendo, sem dúvidas, um direito fundamental no sentido estrito, e *arguendo*, não estando tipificado na Constituição, restaria, para cumprir as condições de receção previstas pelo artigo 17 (1), sustentar a sua materialidade constitucional ou, por outras palavras, a sua fundamentalidade, o que é relativamente fácil, recorrendo-se à técnica da sua comparação com os direitos previstos pelo mesmo artigo, nomeadamente de aceder a função pública e a cargo eletivo. Se estes são tidos por essenciais à pessoa, nomeadamente ao cidadão, não seria menos nuclear o de aceder, genericamente, a cargos públicos.

2.10.5. Portanto, acaso dúvidas subsistissem, a existência do direito não está em causa. O que pode estar em causa seria, sobretudo, a questão de se saber se, com tal

incremento do direito da igualdade, aceitando-se que cobre a situação concreto, haveria que se considerar esta classificação suspeita ou quase suspeita e aplicar, respetivamente um escrutínio estrito ou de nível médio-alto para se avaliar uma violação eventual ao princípio da igualdade. Parece-nos, claramente, que não. Resulta da categoria afetada, do contexto e da relevância da situação uma resposta necessariamente negativa.

2.11. A sua tripla-natureza de princípio, de direito geral a não ser discriminado pela lei e de direito especial à igualdade de acesso a cargo público, cria, pois, a necessidade de se fazer um escrutínio diferenciado das situações em que poderá estar em causa, potencialmente, violação desse direito. Esse escrutínio diferenciado tem outras bases não menos fortes na Constituição. Atendendo que poderá haver situações justificadas de tratamento diferenciado porque, por mais que não se queira, e o sistema constitucional é tão realista quanto qualquer outro, não é possível o funcionamento do sistema político e da própria sociedade tal qual os conhecemos sem que possa haver casos em que normas jurídicas tratam de forma diferente as pessoas, desde que o façam justificadamente e com o fito de preservar um interesse público racional, relevante, forte ou supremo ou outros direitos individuais, conforme o caso.

Além disso, o princípio democrático também faz parte do Estado de Direito Democrático. Mesmo considerando que a Constituição é contra-maioritária, não pode desconsiderá-lo ou ser interpretada de tal modo que a sua própria força irradiadora seja contida e esvaziada, quedando o povo soberano, através dos seus representantes, completamente impotente para conformar o quadro legal de acordo com as suas opções fundamentais. Neste sentido, o mecanismo de aferição deve ser moldado de tal forma a efetivamente reconhecer este princípio estruturante da República também de tal modo que a conceção inserta no artigo 1º de que “*Cabo Verde é uma República (...) democrática*” tenha o seu significado natural e que o valor de que “*a soberania pertence ao povo, que a exerce pelas formas e nos termos previstos pela Constituição*” (art. 3 (3)) seja levado a sério.

2.12. Assim sendo, o escrutínio deve ser diferenciado e montado em cascata, reservando-se o escrutínio mais estrito, para as situações naturais recobertas pelo artigo 24, com a conseqüente desvalorização do princípio democrático, ao passo que ficaria o menos intenso para situações de mera irradiação do princípio da igualdade, onde, de modo inverso, reconhece-se de modo mais forte o princípio democrático.

Nesta linha de raciocínio, e por ser absolutamente necessário, que as decisões dos tribunais, mesmo face a normas de textura tão aberta, com acentuada porosidade, como aquelas que integram a Constituição, nomeadamente o artigo 24 da Constituição, sejam racionais, é fundamental que os critérios do escrutínio de igualdade sejam explicitados da forma o mais clara possível, garantindo-se, assim, imparcialidade, coerência e previsibilidade na sua aplicação.

Assim, quatro níveis de escrutínio relacionado a situações de desigualdade serão considerados, não havendo, a propósito, nenhum corte com a orientação da justiça constitucional cabo-verdiana que, por diversas vezes, já se teve que se pronunciar sobre o princípio da igualdade ou o direito homónimo. Apesar de a técnica utilizada se ter sempre centrado num juízo de arbítrio, na realidade, não obstante a pluralidade de casos, nunca se teve que lidar com uma situação de potencial diferenciação suspeita ou quase-suspeita, por um lado, e o facto de ter já considerado que, em certas situações, o teste genérico de conformidade de medidas legislativas, dever conceder a devida deferência ao legislador ordinário para conformar um determinado regime jurídico para o qual a Constituição lhe habilita, quando se sustenta que *“respeitados [certos] limites o legislador goza de inteira liberdade para estabelecer tratamentos diferenciados”* (Acórdão n.º 4/2014 (sobre a constitucionalidade da presunção de destinação de interesse público de ativos do Tesouro Público), de 23 de dezembro de 2014, p. 6). O ajuste que se faz relativamente ao entendimento que se pode ter desta orientação jurisprudencial é que ela somente se aplicaria a casos que não pudessem ser considerados suspeitos ou quase-suspeitos por presunção, porque em relação a estes não seria aplicável o conceito de *“igualdade proporcional”* (p. 6) ou de *“igualdade no sentido de proporcionalidade”* (p. 7), parecendo-nos que uma aplicação generalizada de balanceamentos entre o direito em causa e interesses públicos ou justificações estaduais não permitiriam a proteção devida em situações (quase) intoleráveis de tratamento desigual, que não era o caso em apreciação. Haverá situações em que não bastará ao Estado apresentar justificações – em todo o caso objeto de escrutínio independente, nomeadamente para se aferir se é real ou fictício (p. 7) – que atestem a sua não arbitrariedade, mas a sua necessidade suprema ou a existência de um interesse público forte. Em todo o caso, recentemente houve uma elevação objetiva do escrutínio com o *Parecer n.º 1/2014 (sobre a constitucionalidade de alguns artigos do Regime Jurídico Especial de Micro e Pequenas Empresas)*, de 16 de Janeiro de 2014, p. 14) que face a uma diferenciação entre trabalhadores novos

e trabalhadores comuns, exigiu-se que a entidade que aprovou a norma, apresentasse “*justificação de relevo*”, para a legitimar (p. 14; p. 16).

2.12.1. Para as que contemplarem discriminações suspeitas, as previstas pelo artigo 24 ou estruturalmente equivalentes, que dizem respeito a características não voluntárias e imutáveis da pessoa ou que se associam ontologicamente ao seu ser em razão de opção legítima, um escrutínio estrito, em que a inconstitucionalidade é presumida, o que somente podem ser ilidido por uma justificação tão forte do poder legislativo democrático que o Tribunal considere tratar-se de medida inevitável para a realização de um interesse público supremo ou a única forma de preservar direitos individuais dos próprios afetados.

2.12.2 As diferenciações quase-suspeitas, baseadas em características transitórias, mas de caráter identitário ou que tenham a ver com o livre desenvolvimento da sua personalidade, que vão sendo assumidas por um ser humano, em que a inconstitucionalidade é presumida, porém cujo tratamento diferenciado exige o contrapeso de interesses públicos fortes, mas menos perentórios do que os supremos como justificação ou a existência de outros direitos de menor importância, requerem a aplicação de um escrutínio de intensidade média, o suficiente para avaliar, além da natureza da diferenciação, o grau do interesse público justificante que foi apresentado pelo Estado.

2.12.3. Diferenciações ordinárias para contornar direitos ligados à igualdade, que acontecem com alguma frequência na vida social e económica e, que, destarte, exigem simplesmente a apresentação e a certificação pelo Tribunal de uma razão não arbitrária para o tratamento diferenciado, assente não em interesse público supremo ou forte, mas simplesmente relevante, e/ou na preservação de qualquer direito fundamental. Exige, pois, um escrutínio de nível médio-baixo.

2.12.4. Por fim, diferenciações simples, não relacionadas a discriminações, mas de tratamento diferenciado pela lei, mas de mero efeito irradiador do princípio da igualdade pelo sistema, bastando justificação sobre a finalidade da medida, promovendo-se juízo de mera razoabilidade e de racionalidade meio-fim, com notória deferência à legítima vontade de conformação que for feito pelo legislador democrático e cabendo a quem desafia a sua constitucionalidade demonstrar que a medida não é razoável ou que aquele propósito não é legítimo por inexistência de

interesse público simples identificável. Ficaria, para estas situações, reservado um escrutínio de nível básico e fraco.

### **III – A diferenciação prevista pelo artigo 9 (2) da Lei Orgânica do Conselho Superior da Magistratura Judicial viola o Direito a não ser discriminado, o Princípio da Igualdade ou o Direito de Igualdade no Acesso a Cargos Públicos?**

3. 1. Face ao arrazoado, o Tribunal já pode verificar se, de facto, a norma em avaliação viola o direito geral à igualdade perante a lei, o princípio da igualdade, ou o direito especial de igualdade no acesso a cargo público, devendo-se fazê-lo, conforme o desafio constitucional lançado pelo Digníssimo Senhor Procurador Geral da República, de duas formas: a primeira, de modo independente, tendo em conta a possibilidade de, por si só, o preceituado, ao limitar a capacidade eleitoral passiva aos vogais designados pela Assembleia Nacional, ter este efeito; a segunda, porque, ao comparar esta solução à adotada pelo Estatuto da outra magistratura, que integra as regras de organização do Conselho Superior do Ministério Público, haveria alegadamente um tratamento desigual, à medida que, no que é determinado por este, qualquer dos vogais pode ser vice-presidente nos termos do seu artigo 34 (2) (Lei Orgânica do Ministério Público, aprovada pela Lei nº 89/VII/2011, de 14 de fevereiro, *B.O. da República de Cabo Verde*, n. 7, p. 443 e ss (“*O Vice-Presidente do CSMP é eleito de entre os membros que o compõe*”)), precisamente o que se bloqueia com a solução ora em análise.

Para tanto, há que, primeiro, se verificar em que escala de escrutínio a atual situação pode ser enquadrada, convindo, pois, estabelecer a sua definição à luz da situação concreta, considerado o quadro jurídico desenvolvido pelo legislador, o papel do órgão envolvido, e do que está previsto pela Constituição.

3.2. O Conselho Superior da Magistratura Judicial é um órgão importantíssimo de gestão e disciplina dos juízes, de administração autónoma dos recursos humanos, financeiros e materiais dos tribunais, bem como dos seus próprios nos termos do artigo 223 (1) da Constituição da República. É composto, nos termos do número 5 do mesmo dispositivo, “*por um juiz designado pelo Presidente da República, quatro cidadãos de reconhecida probidade e mérito, que não sejam magistrados nem advogados, eleitos pela Assembleia Nacional; quatro magistrados eleitos pelos seus pares*”. Não se pronuncia a Constituição a respeito da figura do Vice-Presidente, somente sobre o Presidente do Conselho Superior da Magistratura Judicial, designado

pelo Presidente da República, “*de entre os juizes que dele fazem parte, mediante proposta dos restantes membros desse órgão, para um mandato de cinco anos, renovável uma única vez*”.

É a Lei Orgânica do Conselho Superior da Magistratura Judicial que vem fazê-lo, prevendo-a no artigo 9º epigrafo de ‘Vice-Presidente’ com a seguinte redação: “*1. O CSMJ dispõe de um Vice-Presidente a tempo inteiro que coadjuva o Presidente. 2. O Vice-Presidente do CSMJ é eleito de entre os membros designados pela Assembleia Nacional. 3. O Vice-Presidente tem remuneração correspondente à de juiz conselheiro do STJ*”. Na Lei não se depreende que o Vice-Presidente seja um órgão com poderes próprios, até porque, por um lado, as competências do plenário do CSMJ são longamente esmiuçadas pelo artigo 29 e as do Presidente o são igualmente no artigo 33, sem que nada se diga sobre o Vice-Presidente. Do outro, o seu papel é explicitamente consignado como de “*coadjuvação*” do Presidente, o que significa, no fundo, que exerce uma função dependente, de auxílio, ao Presidente, que tem competências próprias, na realização destes. Não nos parece integralmente correta a conclusão do próprio Conselho Superior da Magistratura Judicial em relação ao seu papel vazio, o que decorreu na sua reunião de 26 de março de 2012, na qual, conforme extrato da Acta gentilmente enviada a este Tribunal se diz que “*o mesmo é destituído de quaisquer competências, não integra nenhuma comissão especializada, e nem substitui o Presidente*” (v. f. 122 dos Autos), mas é indubitavelmente órgão claramente secundário e nem sequer a sua função vicarial de substituição, ainda que possível, é assegurada pela lei. Parecendo um elemento despiciendo, não é. Na verdade, é essencial para se avaliar esta questão concreta.

3.3. A desigualdade derivaria do facto, tantas vezes mencionado, de se bloquear o acesso à Vice-Presidente aos magistrados membros do Conselho Superior da Magistratura Judicial, o que, por um lado, geraria, uma desigualdade para com os membros eleito pela Assembleia, e/ou, com os seus congéneres do Ministério Público, que podem aceder a órgão que desempenha, *mutatis mutandis*, papel equivalente.

Este Tribunal começa por notar que não subsistem dúvidas em relação a situação de tratamento diferenciado, neste sentido concordando tanto com o próprio Conselho Superior da Magistratura Judicial que o notou na sua reunião de 26 de março de 2012 (“*ao não permitir que os membros juizes sejam eleitos para o cargo*”

*de Vice-Presidente, cria uma situação de desigualdade entre os membros do CSMJ”*) (v. f. 122 dos Autos), todavia para ferir a Constituição da República não basta esta constatação, mas que tal diferenciação não seja permitida ao legislador democrático, o que dependerá, naturalmente, da força do interesse público que justifica o tratamento desigual e da intensidade de desconsideração do princípio ou de um ou outro direito a ele associado.

Neste sentido, o fulcro do tratamento desigual de algumas pessoas em relação a outras seria o facto de se integrarem na carreira da magistratura judicial. Se o tipo de escrutínio deve resultar de um escalonamento dependente do tipo de situação de tratamento diferenciado presente, seria quase evidente que tanto a primeira escala, quando a segunda não seriam adequadas, pois o facto de alguém pertencer à magistratura judicial ou a outra carreira qualquer não é, por si só, uma categoria suspeita ou quase-suspeita. Antes de tudo, porque não é nenhum elemento imutável ou que possa integrar o ser de uma pessoa, segundo, por ser uma categoria para a qual a pessoa entra voluntariamente, submetendo-se a um estatuto próprio que, dadas às suas responsabilidades e justificadamente, lhe confere vários privilégios, remuneratórios e não-remuneratórios, conforme tentar-se-á densificar um pouco mais adiante. O doutíssimo Acórdão nº 1/2009, já citado, expressa-o de forma lapidar, quando diz que *“os juízes, como titulares de órgão de soberania, os tribunais, possuem um estatuto próprio, como resulta do número 1 do artigo 220 da Constituição (...), que regula a carreira profissional dos Magistrados Judiciais – ingresso, desenvolvimento profissional (promoção e progressão), direitos, deveres, incompatibilidades, aposentação e jubilação, estatuto remuneratório, responsabilização disciplinar e situações jurídicas diversas”*) (p. 5). De fato, e dá-lo o Tribunal Constitucional, integrado por pessoas que também deles se beneficiam por força da aplicação conjunta dos artigos 42 da Lei do Tribunal Constitucional (*“os juízes efetivos do Tribunal Constitucional (...) têm o mesmo estatuto dos juízes do Supremo Tribunal de Justiça, (...)”*) e os artigos 37 a 50 do Estatuto dos Magistrados Judiciais, dificilmente poderíamos construir o princípio da igualdade para recobrir com proteção intensa expressa em escrutínio equivalente, um grupo de pessoas que já goza de privilégios dessa magnitude previstos na Lei. Isto é natural porque a inserção, que resulta de ato voluntário de qualquer pessoa num estatuto funcional especial, implica, no quadro dos equilíbrios necessários para o funcionamento da sociedade e do sistema constitucional, na possível limitação de certos direitos e numa

possível incidência menor de princípios, mas também na compensação genérica que resulta dos direitos especiais que o mesmo preveem. Naturalmente essa afetação deve estar vinculada a um interesse público no mínimo relevante. Todavia, são casos em que a pessoa não pode escolher os bônus sem receber igualmente os ónus associados ao desempenho da função ou do cargo.

Porém, nem sequer na terceira categoria se as pode incluir, na medida em que não se pode dizer que o acesso ao Conselho Superior da Magistratura Judicial seja uma situação corriqueira da vida social e económica, cujo impacto sobre as vidas das pessoas pode ter-se por preponderante. Longe disso, e também pelos motivos invocados no parágrafo anterior, é uma instituição que, por si só, já indicia uma diferenciação de base própria de cargos públicos de exercício da cidadania, excluindo do seu acesso, atendendo-se que é de acesso reservado, o grosso da população, reservando, na nossa opinião legitimamente, mais de metade das vagas a pessoas que são magistradas judiciais. Trata-se, pois, de cargo público de mérito, seja porque composto por pessoas que já o demonstraram por terem sido escolhidas em concurso público para integrarem uma das carreiras mais importantes para a vida de uma República Liberal de Direito, Democrática e Social, seja porque integrado por pessoas que receberam tal incumbência de outro órgão central do sistema constitucional, precisamente de representação do povo por terem demonstrado, em razão do seu percurso, capacidade para representá-lo, acompanhando o funcionamento da magistratura judicial e dos tribunais judiciais cabo-verdianos.

Por conseguinte, à primeira vista, o único modo como se pode classificar este desafio de constitucionalidade que o Senhor Procurador Geral da República em boa hora trouxe a este tribunal, posto que duvidou da compatibilidade entre o preceito em causa e a Constituição, é como uma diferenciação simples que pode eventualmente violar o princípio da igualdade, mais concretamente os efeitos irradiadores que deve ter sobre o ordenamento jurídico. No entanto, isto se não houver da parte do legislador a) interesses públicos que legitimam a solução; b) ser a mesma tida como solução razoável em face daqueles interesses, numa lógica de instrumentalidade meio-fim.

Todavia, não será bem isto que está em causa, neste segmento de análise porque, como já se disse, não só se deve conhecer um princípio geral da igualdade na Constituição que, por si só, limitaria o Tribunal a aplicar um nível básico de escrutínio, mas vai além disso, requerendo-se que se avalie a questão à luz do carácter

subjetivável da igualdade enquanto direito na forma de não-discriminação e de se convocar a norma inserta no artigo 56 (1) da Constituição da República, a qual prescreve, na parte relevante que *“todos os cidadãos têm o direito de aceder em condições de igualdade (...), às funções públicas e aos cargos eletivos, nos termos estabelecidos por lei”*, pois, em tese, este poderia estar a indicar uma situação especial de aplicação do princípio da igualdade que o legislador, sem ambiguidades, quis salvaguardar, e que exige que este Tribunal agrave o escrutínio, respeitando o peso atribuído, considerando-o a partir de uma diferenciação não suspeita adequada ao exercício de um direito de cidadania, ou seja de ter capacidade passiva de ser eleito para cargo público. O que se vai avaliar é se o que presidiu a vontade do legislador foi um desejo de diferenciar arbitrariamente ou se a finalidade de tal tratamento não teve na sua base nenhum interesse justificante do ponto de vista constitucional.

3.4. Para tanto, faz-se necessário identificar a entidade tratada de modo diferenciado, o interesse público invocado pela autoridade legislativa ou decorrente da lei ou do seu processo de aprovação, o contexto do tratamento diferenciado, o efeito pessoal do tratamento diferenciado e o nível concreto de diferenciação.

3.4.1. Primeiro, a categoria afetada são os magistrados judiciais, os quais são titulares de um órgão de soberania, conforme já determinou a jurisdição constitucional pátria no Acórdão nº 1/2009, sufragando a ideia de que exercem *“um poder soberano (do Estado), qual seja o de administrar a justiça em nome do povo”* (p. 9), desempenhando uma função pública, que denominam de *“função pública soberana”* (Id., p. 9), cuja importância não só não se pode desmerecer, como é das mais centrais e indispensáveis para o Estado de Direito Democrático. Não exagerou seguramente o Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional, quando considerou que *“ao definir a função jurisdicional, a Constituição acentua com particular realce o carácter tutelador e pacificador dessa função (v. art.º 208º): a missão dos tribunais é assegurar a defesa dos interesses legítimos dos cidadãos e dirimir conflitos, públicos e privados (tutela de direitos), assim como reprimir as violações da legalidade democrática (tutela dos Direitos)”* (Id., p. 7).

Como tal, a partir do momento em que uma pessoa escolha seguir a nobre carreira jurídica e é seleccionada nos termos da lei, submete-se voluntariamente a um estatuto especial, que, dentre outros aspetos, conforme já mencionado, inibe-o de exercer alguns direitos, ao mesmo tempo que lhe confere certas posições jurídicas

especiais e regalias, pois, como sustenta a jurisprudência constitucional pátria, “os juízes têm um estatuto próprio” (Id., p. 5).

Ademais, fora desse contexto, o legislador, por determinação constitucional ou não, confere-lhe acesso exclusivo a certos cargos públicos, nomeadamente como juiz do Supremo Tribunal de Justiça (aqui, com base constitucional direta, pois, conforme o número 3 do artigo 216 da Lei Básica, “o acesso ao cargo de juiz do Supremo Tribunal de Justiça faz-se mediante concurso público, aberto a magistrados judiciais”), como Presidente da Comissão para a Fiscalização do Segredo de Estado (“A Comissão deve ter a seguinte composição: a) um magistrado judicial designado pelo Conselho Superior da Magistratura Judicial, que preside; (...) (Lei nº 82/VII/2010, B.O. da República de Cabo Verde, n. 48, 1ª Série) e preferência no acesso à Presidência da Comissão Nacional de Eleições, etc (Nos termos do Código Eleitoral, art. 12: “A Comissão Nacional de Eleições é composta por: a) Um presidente, eleito pela Assembleia Nacional, por maioria de dois terços dos deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções, de entre cidadãos nacionais de reputado mérito, licenciados em direito e no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos, durante sete anos, atividade profissional **na magistratura, de preferência, ou em qualquer outra atividade forense**”) (conforme versão resultante da Lei nº 56/VII/2010, de 9 de Março, B.O. da República de Cabo Verde, I Série, nº 9). Sendo assim, muito dificilmente se pode constituir essa categoria como uma que remotamente possa ser considerada como suspeita ou quase-suspeita; seria uma inversão sistémica intolerável da finalidade primária do princípio da igualdade em combater o privilégio arbitrário transvestido de lei.

3.4.2. Segundo, a presença de interesses públicos deve ser avaliada em cada situação à luz da sua importância relativa. No caso concreto, há interesses públicos que podem ser convocados, ainda sem lhes atribuir um peso determinado. São, em última instância, o interesse público relevante da boa administração da justiça, especialmente relacionada às garantias de autonomia dos tribunais, pressuposto para que ela cumpra, de forma independente, o seu papel de “*dirimir os conflitos de interesses públicos e privados, reprimir a violação da legalidade democrática e assegurar a defesa dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos*” (art. 209), e da participação democrática na gestão da magistratura judicial, decorrentes, como apontado, do princípio do Estado Democrático, da explicitação desse interesse no

artigo 7º, c) (“São tarefas fundamentais do Estado (...) garantir o respeito pelos princípios do Estado (...) Democrático”) e d) (“Garantir a (...) a participação democrática dos cidadãos na organização do poder político e nos demais aspetos da vida política e social nacional”), não se devendo esquecer que, nos termos do artigo 210, “A Justiça é administrada, em nome do povo, pelos tribunais (...)”. Não podia estar mais atento o Conselho Superior da Magistratura Judicial quando, no *Relatório sobre o Estado da Justiça de 2006*, Praia, CSMJ, 2006, p. 2, reconhecia esse mesmo interesse, lembrando que, no ano em causa, e essa tendência só tem crescido, houve, “maior acutilância e padrões mais exigentes de avaliação de desempenho do setor [da Justiça]” ou no *Relatório sobre Estado da Justiça de 2008*, Praia, CSMJ, 2008, p. 8, mostrando a sua convicção na importância e no interesse público desse acompanhamento ao dizer que “tem sido firme entendimento deste Conselho que nenhum Sistema da Administração da Justiça será credível se não estiver submetido ao permanente escrutínio democrático, nomeadamente da parte da opinião pública e da comunicação social (...)”. Naturalmente, disso não decorre, longe disso, sob pena de se afetar a sua independência, pedra de toque do Estado de Direito, que receba instruções do povo e muito menos dos seus representantes. Todavia, será indiscutível que, no mínimo, legitime um interesse público no acompanhamento próximo da forma como a justiça está a ser administrada. A análise dos debates em que se discutiu o ato normativo que inclui a norma impugnada sugere que quando se inseriu a figura do Vice-Presidente a escolher de entre os cidadãos eleitos pela Assembleia Nacional terá sido precisamente com a intenção de equilibrar a equação entre magistrados judiciais e cidadãos, nomeadamente estabelecer um contraponto, ainda que assimétrico e simbólico, em relação ao Presidente magistrado judicial e o vice-presidente não magistrado judicial. O deputado que fez a proposta da solução que ficou consagrada, durante os debates, salientou que “Nós achamos que o mais correcto é que o vice-presidente fosse eleito entre os membros designados pela Assembleia”, como forma de equilíbrio, pois, no seu entender “com estas soluções que nós estamos a adotar, corremos o risco real de, na verdade, o conselho ser dominado por juizes, o que foge à intenção constitucional”, acrescentando que “o risco de corporativismo é elevado, quando a Constituição quis mitigar este risco”. Note-se que a esta preocupação de se evitar a aparência de corporativismo não era tradicionalmente alheio o próprio órgão de gestão da nobre magistratura, o CSMJ, quando, embora em contexto diferente e com sentido distinto, mas num quadro de

menor representação de magistrados na composição do órgão, dizia que “*são completamente destituídas de fundamento as apreensões que, de quando em vez, são manifestadas junto da opinião pública, exprimindo receio por um eventual domínio corporativo do Conselho por parte de magistrados de carreira. Em Cabo Verde esse risco corporativo foi esconjurado com a revisão constitucional de 1999, que estabeleceu uma maioria fixa de não magistrados nos Conselhos Superiores das Magistraturas*” (Relatório sobre Estado da Justiça de 2008, p. 24).

3.4.3. O contexto do tratamento diferenciado, não é despiciendo para a elucidação desta questão constitucional. Há que se considerar que a norma sob escrutínio foi aprovada em circunstâncias específicas inseridas num processo abrangente de reforma do setor da justiça, visando fundar um novo modelo, o que era suposto pelos representantes do povo que promoveram as reformas e que destacaram, por exemplo, que “*valeu a pena esperar para termos uma reforma relativa à justiça, que mude o paradigma vigente*” para “*romper com o modelo vigente de até então*” e “*concretizar o modelo saído da revisão de Maio deste ano*” (Dep. Mário Silva, MpD), posição partilhada por outros sujeitos parlamentares que destacaram que “*com a revisão constitucional que se aprovou durante este ano era preciso dar execução aos comandos novos estabelecidos, ao novo modelo para a justiça estabelecido, no sentido da justiça corresponder aos consensos conseguidos, aos objetivos que se pretende para que a justiça tenha maior capacidade de resposta*” (Dep. José Manuel Andrade, PAICV) e do Dep. Lídio Silva (UCID) que “*a Justiça é fator de desenvolvimento e era necessário dar esse instrumento com uma nova visão futuro e de uma nova constituição para que Cabo Verde possa ganhar, e para Cabo Verde se possa desenvolver de acordo com aquilo que todos nós queremos para o bem desta terra (...)*”. E também, ainda que em tons mais serenos, pela classe, refletindo-se no Relatório sobre o Estado da Justiça de 2010, Praia, CSMJ, 2010, p. 23, que “*a recente revisão veio estabelecer bases para uma ampla reforma da justiça*”.

Assim, com o fito de reordenar o poder judicial, a Constituição foi revista e as leis estatutárias e orgânicas alteradas, tendo-se, de entre várias medidas, aprovado a reorganização do órgão em novos moldes, nomeadamente passando a ter uma nova forma de escolha do seu Presidente e uma nova composição, direcionada, nomeadamente, a garantir uma representação plural, maior intervenção na gestão administrativa e financeira dos tribunais, o afastamento de qualquer postura ou imagem externa corporativa, o seu controlo e legitimidade democráticos. Nada disso,

pode ser desconsiderado neste inquérito constitucional. Essas leis devem ser, pois contextualizadas a objetivos a um tempo de legitimação e de eficácia relacionados ao papel, função e composição de um órgão que remonta a 1981, já que estabelecido pelo *Estatuto do Pessoal Judiciário (aprovado pelo Decreto-Lei nº46/81, de 30 de Maio)*, com funções essencialmente disciplinares, e que continuou a fazer parte da nossa tradição desde aquela data, nomeadamente sendo mencionada pela *Lei 32/III/87, de 31 Dezembro (que aprova o Estatuto dos Magistrados Judiciais)*, nos artigos 42-45, e pela *Lei nº 135/IV/95, de 3 de Julho (que aprova os novos Estatutos)*, artigos 47-71, na qual se inverte a predominância necessária de juízes na sua composição, juntando-se ao Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, ao Inspetor Superior Judicial e aos dois juízes de carreira nomeados pelos seus pares, os dois cidadãos nomeados pelo Presidente da República e três cidadãos eleitos pela Assembleia Nacional (art. 48), soluções que, no fundo, se interligam aos desenvolvimentos constitucionais na mesma matéria e que vão desde a versão originária de 1992, que, no seu artigo 246, inseriu este modelo de representação misto, em que a predominância elemento de juízes e de cidadãos dependia do Presidente da República. A lógica de equilíbrio manteve-se com a revisão de 1999, embora com uma aposta clara na elevação da participação cidadã, com uma composição necessariamente com menos juízes. A alteração de 2010 é igualmente importante para o Conselho Superior da Magistratura Judicial, pois, além da sua função mais consolidada de gestão e disciplina dos juízes, passou a ser “*órgão de administração autónoma dos recursos humanos, financeiros e materiais dos tribunais, bem como dos seus próprios*”, ajusta a equação magistrado-não-magistrado do Conselho, com um predomínio do primeiro elemento, mas ainda assim numa perspetiva de equilíbrio nos termos do artigo 223 da atual versão da Lei Fundamental, a mesma que opera uma nova inversão da equação juiz – membro laico na sua composição, passando aqueles dos nove a ter cinco membros. É perante este pano de fundo que se legitimam as opções do legislador e os interesses públicos subjacentes já identificados.

3.4.4. No mesmo diapasão pode ser tratado o critério da relevância, pois, o que está em causa é o acesso a um cargo público concreto – o de Vice-Presidente do Conselho Superior da Magistratura Judicial –, relevante é certo, na medida em que permite que um cidadão não-magistrado exercendo funções a tempo inteiro possa inteirar-se do funcionamento dos tribunais e do sistema judicial no seu todo, dos dados, dinâmicas

e práticas e assim contribuir coadjuvando o Presidente e sobretudo acompanhando o seu funcionamento, mas que não tem poderes próprios e é de duvidosa autonomia, estando, ao invés, dependente do Presidente, constituindo-se em mero auxiliar desta figura, sem que se autonomize claramente a sua natureza orgânica e sem que se disponha explicitamente que assume função vicarial que lhe permitisse substituir o Presidente do órgão. Acresce que, conforme a lei, não é considerado para integração por inerência de funções nas importantes Comissão Administrativa (Presidente; dois membros do CSMJ, eleitos pelo Plenário; Secretário do CSMJ; O Diretor de Serviços Administrativos e Financeiros); comissões internas de Relações Institucionais, acompanhamento dos Tribunais Judiciais, Formação e Recrutamento de Magistrados (Presidente; o Secretário e um vogal eleito pelo Plenário) e a de Comunicação, Estudos e Planeamento (o Presidente; o Secretário e um vogal eleito pelo Plenário).

3.4.5. Neste sentido, o impacto pessoal desta diferenciação é mínimo, não se podendo imaginar que alguém se vá sentir diminuído e muito menos humilhado ou atingido na sua dignidade pessoal, enquanto indivíduo ou enquanto cidadão, pela lei, por não poder ser eleito Vice-Presidente do Conselho Superior da Magistratura Judicial, designadamente em razão de ser membro da instituição, de ter acesso ao seu órgão principal, e de ter exclusividade no acesso ao cargo de Presidente.

3.5. Levando todos esses elementos em consideração, não sendo uma diferenciação suspeita ou quase-suspeita, especialmente em razão do direito de acesso a cargos públicos deve ser levado a sério e atribuir-se a devida importância, sendo qualificada o suficiente para exigir um escrutínio médio-baixo, radicado na necessidade de existência de razões não arbitrárias para o tratamento diferenciado, um critério que tem sido habitualmente utilizado pela nossa jurisprudência constitucional e que radica, no fundo, num juízo de arbitrariedade da medida e de não existência de qualquer justificação assente na presença de um interesse público relevante conforme que a legitima.

3.5.1. No caso concreto, como já se apontou este interesse existe e tem relevância mais do que suficiente, pois o que se convoca para justificar esta solução legislativa relaciona-se com a necessidade de se garantir em última instância a criação em novos moldes e funcionamento de um órgão de gestão da magistratura judicial e dos tribunais que, a um tempo, fosse representativo da classe e conhecedora dos meandros do funcionamento do sistema judiciário, daí integrar magistrados, e da sociedade no

geral, permitindo que esta nele participe, podendo contribuir, através do pluralismo de ideias sociais sobre a justiça, para a sua melhor administração e também a fim de garantir o necessário acompanhamento democrático do exercício da função judicial, não deixando de ser relevante que o *Estudo sobre o Estado da Justiça* tenha demonstrado empiricamente a pluralidade de visões existentes sobre o setor, o que, numa sociedade democrática, justificaria também a organização da sua gestão que permitisse e se beneficiasse desses diversos olhares sobre o “*sistema, a administração, os males e os remédios*” (p. 16).

É verdade que a solução não se encontrava consagrada na versão que foi submetida como proposta de lei pelo Governo, como decorre do documento que, disponibilizado pela Assembleia Nacional, se juntou aos autos nas ff. 29-39, e nem provavelmente constava da iniciativa que o Conselho Superior da Magistratura Judicial teve ao propor o esboço ao Ministro da Justiça (conforme informação vertida para o *Relatório sobre o Estado da Justiça de 2010*, p. 5). Outrossim, nem sequer a figura do Vice-Presidente dele constava, pois o artigo relevante, então numerado como artigo 7º, simplesmente mencionava que “*O CSMJ é presidido pelo magistrado que for designado pelo Presidente da República, de entre os juízes que dele fazem parte, mediante proposta dos restantes membros. 2. O mandato do Presidente CSMJ tem a duração de cinco anos, renovável uma única vez. 3. O cargo de Presidente do CSMJ é incompatível com o exercício de qualquer outra função pública e privada*” e, naturalmente, não aparecia na disposição que trata da substituição desta entidade, atendendo que se estipulava que “*O Presidente do CSMJ é, nas suas faltas, ausência e impedimentos, substituído, sob proposta daquele, por um dos magistrados, membro desse órgão*”. A solução legislativa apareceu, conforme já mencionado, somente durante o debate no parlamento, como se depreende das Atas, sendo proposta de um deputado, mas o facto é que, de forma hesitante ou não, o diploma foi adotado por unanimidade e as soluções foram endossadas por todos os sujeitos parlamentares, *maximé* pelos próprios deputados.

Fê-lo, essencialmente, formatando a referida instituição com base em soluções de equilíbrio entre a componente profissional e a democrática, com um ligeiro ascendente para a primeira. É assim que, com base numa composição de nove membros, cinco vagas são reservadas por magistrados judiciais e quatro a cidadãos que representam a sociedade cabo-verdiana, e que, naquilo que interessa em particular, um Presidente, cujo acesso é reservado aos próprios magistrados judiciais,

e um Vice-Presidente, forçosamente escolhido de entre os vogais eleitos pela Assembleia, o qual, além deste papel de base, ainda pode contribuir positivamente, auxiliando o Presidente e o próprio Conselho Superior da Magistratura Judicial no exercício das suas atribuições, a partir do momento que possa agregar as suas valências formativas e profissional às dos membros provenientes da magistratura judicial, em especial o Presidente.

3.5.2. As pessoas poderão ter opiniões distintas sobre esta solução, poderão questioná-la politicamente e exercer pressão para a alterar numa eventual revisão à lei orgânica. Por exemplo, o *Estudo sobre o Estado da Justiça em Cabo Verde* de 2002 (J.C. Fonseca e J. Estrela), mencionado algumas vezes em *Relatórios sobre o Estado da Justiça* (e.g., 2001, p. 2; 2005), como um documento importante nesta matéria, apresentou recomendação distinta a respeito da configuração do órgão, optando por sugerir um aumento do número de membros para treze dos quais apenas seis seriam magistrados judiciais (cinco eleitos pelos seus pares e um designado pelo Presidente da República) e sete não magistrados (um designado pelo Chefe de Estado e seis eleitos pela Assembleia Nacional, dentre o quais dois não juristas); embora não se previsse a figura do Vice-Presidente, não havia reserva da posição de Presidente para magistrados judiciais) (*Súmula*, para. 21). Isto, depois do próprio estudo ter apresentado visões díspares sobre a melhor forma de governo das magistraturas, ora tendendo os agentes da justiça e personalidades para conferir maior predomínio a magistrados ou cidadãos, bastando verificar o que se apurou: “*a exigência de uma maioria de magistrados, a par de, em menor número, propostas de exclusividade de pertença a magistrados, consubstancia uma parte importante de sugestões (alguns falam em autogoverno, pondo ao mesmo tempo o acento na diminuição ou cessação da interferência do ‘poder político’*” (p. 37); “*também tem um razoável número de subscritores a defesa da integração de advogados e ex-advogados nos Conselhos, algumas vezes com indicação de que a sua escolha caberia à Ordem respetiva, a par de alguma vezes que igualmente querem ver neles representação de outras classes jurídicas (conservadores e notários*” (pp. 37-38); “*alguns manifestam-se contra a presença de magistrados nos Conselhos, na defesa de uma composição mista (juristas – não magistrados e não advogados – e representantes das forças vivas da sociedade*” (p. 38); “*reivindicam outros, que haja apenas juristas nos Conselhos, excluindo-se a presença de ‘leigos’*” (p. 38).

Todavia, dificilmente se pode construir esta solução legítima do legislador, definidas as suas finalidades de estabelecer um órgão independente composto por magistrados e por cidadãos destinado a garantir ao mesmo tempo a representação intraorgânica por pares e uma representação democrática por cidadãos, e assim garantir a boa administração do sistema judiciário e o acompanhamento democrático do mesmo, como sendo razões arbitrárias. Longe disso, decorrem de interesses objetivos previstos pela própria Constituição que incumbe ao Estado, através de poderes próprios, concretizar. Apesar da pluralidade de visões sobre a organização, a composição, a presidência, os integrantes, etc. esse percurso mostra-nos que há uma grande identidade no que toca a quatro questões essenciais de finalidades, no sentido de que o sistema deve ser moldado de tal forma a garantir a independência dos tribunais, a imparcialidade dos magistrados, a qualidade da justiça e evitar o corporativismo, tudo isto atendendo à realidade de Cabo Verde e à experiência vivida.

Numa das sessões parlamentares que aprovou a Lei Constitucional nº 1/99, isto ficou patente, ouvindo-se:

A – De um Deputado do PCD que *“Eu sempre defendi claramente que poder político tem toda a legitimidade para querer estar representado no Conselho Superior da Magistratura para além de ter também interesses próprios, específicos, a defender, particularmente no que respeita à execução da política de justiça. Mas, eu permitir-me-ei discordar, se isso, de alguma forma resultar, não propriamente a influência política, mas poder resultar o governo. Eu acho que deve influenciar, mas não deve governar. E o Sr. Presidente da República tem utilizado, com sapiência, a eleição de dois cidadãos, e tem procurado reforçar o pendor do governo das magistraturas, o autogoverno das magistraturas indicando magistrados para esse cargo. Com essa alteração, fica claro que são cidadãos nomeados através de processos políticos no Conselho Superior de Magistratura, em clara maioria sobre os magistrados, mesmo que se inclua também o Inspetor Judicial. Eu creio que há algum excesso que deve ser suprimido, reduzir esse grau de influência, de modo a permitir a influência política, mas não autorizar o governo das magistraturas”* (Actas de Sessões da Assembleia Nacional, Praia, AN, 1999, p. 317) ou que *“na situação concreta do país em que nós vivemos, sobretudo desta democracia, digamos, recente, não há assim uma cultura democrática sólida consolidada no país, é evidente que uma simples afirmação em texto de lei não assegura absolutamente nada. E é por isso que se tem o cuidado das normas de garantias. Ou seja, nós para*

*sabermos que o juiz é independente, queremos que ele não seja dependente na nomeação, colocação, na transferência, no exercício do poder disciplinar. Porque, se eu disser que o juiz é independente, mas disser o Ministro da Justiça é que nomeia, é que coloca, é que transfere, é que promove e que demite, na atual situação do país, no estádio da nossa cultura, a situação, nós só podíamos sorrir. Colocando todos os mecanismos de gestão desde a nomeação até à demissão por exemplo nas mãos do Sr. Ministro da Justiça, por mais boa vontade e por mais bem intencionado que seja, é a mesma coisa que dizer que se está a fazer sair pela porta o que doutro lado faz-se entrar pela janela. Portanto, é uma afirmação que seria qualquer coisa de retórico, mas não teria conteúdo substancial é esse é o cuidado que creio que devemos ter. (...). E é por isso que percebo a preocupação e também defendo claramente que o poder político, seja através da Assembleia, seja através do Sr. Presidente da República, deve ter representação na Comissão do Conselho da Magistratura e nem deve ser uma representação simbólica, deve ser uma representação que é respeitada, porque pode influenciar, isso é importante, não é algo decorativo, mas que nós devemos na construção do estado de direito democrático, atendendo à nossa situação concreta, atendendo ao estádio de desenvolvimento, que devemos dar ao poder político a força de influenciar, mas não a autoridade de governar” (Ibid., p. 319).*

B – De um deputado do PAICV que “*O grupo parlamentar do PAICV, globalmente, eu diria que tendo o desenho institucional deste Conselho, a que chamaria Conselho Superior de Magistratura Judicial e em cuja composição defenderia uma maioria de magistrados. (...). Em síntese a nossa proposta vai no sentido, de facto, de auto-afirmação clara do autogoverno, mas com a possibilidade de haver quatro cidadãos escolhidos pelo Presidente da República e pela Assembleia Nacional e que pudessem traduzir junto deste autogoverno as sensibilidades próprias que tem a ver com as preocupações dos cidadãos em relação à Justiça” (Ibid., pp. 317-318);*

C – Do deputado do MPD que participou do debate: para quem “*A mim parece-me que a próxima Constituição do Conselho Superior da Magistratura, assim como está configurado aqui, deixa uma maioria, ou dá o sinal para uma maioria de não magistrados (...). Não é este aspeto do autogoverno das magistraturas, ou seja, duma maioria de juízes, algo que excepcional e que não é indispensável para o que realmente deve preocupar-nos a todos, que é a questão da independência dos*

*tribunais. A independência no ato de julgar. (...) Há interesses, realmente, da defesa política que normalmente são caros, particularmente na democracia. Mas há interesses vários, interesses de classes profissionais, interesses corporativos, e que é preciso fazer um check também nesse tipo de interesses, e eu penso que os políticos ou a classe política ou os órgãos de poder político são órgão de legitimação direta e são órgãos responsáveis politicamente, respondem, vão às eleições periodicamente. Eleições livres, e são por conseguintes responsáveis, de maneira que não se pode simplesmente dizer porque é político vai influenciar no sentido contrário. Eu penso que o poder político tem tido interesse na independência dos tribunais. (...). Há naturalmente a presença de representantes dos órgãos do poder político que respondem perante um eleitorado num órgão de gestão, não nos tribunais, num órgão de gestão da magistratura devem ter o benefício de trazer esses elementos da utilidade social e imediata da construção da República, da Democracia e das necessidades de resposta, com a complexidade da vida, das respostas e dos conflitos entre os cidadãos, entre entidades privadas e públicas e assim por diante, de maneira que eu penso que há um engajamento de todas as partes. Da parte dos magistrados há necessidade de facto de se sentirem que tem todas as condições para exercerem a sua magistratura com toda a competência, com toda a ética e com toda a independência. Mas por outro lado, do lado dos eleitos há também que haver preocupação em que o poder judicial realmente esteja a altura das necessidades do país neste momento, da necessidade da institucionalização da democracia e da modernização da sociedade cabo-verdiana” (Ibid., pp. 319-320).*

D – Apesar de a revisão de 2010 ter incidido sobre esta questão, nomeadamente alterando a equação magistrado-não-magistrado, já não tivemos o benefício de uma discussão tão extensa no plenário na sessão de aprovação, ainda assim a partir da leitura dos projetos de revisão apresentados a debate (Dep. Humberto Cardoso, Grupo Parlamentar PAICV e Grupo Parlamentar do MpD), nota-se, no fundo, posição estruturalmente similar de reforço da independência do poder judicial (Dep. Humberto Cardoso), reforço da autonomia e independência do poder judicial (GP PAICV) ou de “independência, qualidade e eficiência da justiça” (CP MpD).

No fundo, relativamente à questão concreta que nos aflige, independentemente das soluções específicas sobre a composição, a filosofia da mesma não se afastaria muito do que consta do *Estudo sobre o Estado da Justiça em*

*Cabo Verde, isto é, que “Deve, pois, o CSM representar, na sua composição, de forma equilibrada, diferentes segmentos da Justiça, incluindo naturalmente os juízes, seja por razões de eficácia técnica e de tradição, seja por tradução da democracia como princípio informador do estado e da sociedade, mas também representantes da sociedade civil, numa lógica de preocupações a que, aliás, obedeceu a nossa atual Constituição (art.º 221.ª, n.º3) e que também não aconselha que o Conselho abrigue apenas técnicos (juristas)” (p. 132).*

Portanto, dentre outras soluções, tendo que harmonizar objetos desta nobreza e magnitude, mantendo-se em relação uns com os outros, impelido pela orientação constitucional de fazê-lo de forma equilibrada, perante tal contexto e finalidade, não seria legítimo construir a solução concreta do legislador como remotamente arbitrária. Assim sendo, não parece haver muita margem para considerar que a previsão do artigo 9 (2) da Lei Orgânica do Conselho Superior da Magistratura Judicial viola o direito à igualdade de acesso a cargo público previsto pelo artigo 56 (1), o direito a não ser discriminado ou o princípio da igualdade.

3.6. Coloca-se igualmente a possibilidade de haver violação do princípio da igualdade numa perspetiva interorgânica, ou seja, entre o magistrado judicial membro do Conselho Superior da Magistratura Judicial e o magistrado do Ministério Público que integra o Conselho Superior do Ministério Público. Cabe-nos avaliar a pertinência deste questionamento específico de constitucionalidade.

3.6.1. Não é seguro que tal base de diferenciação sequer permita que se avalie a legitimidade da diferenciação, até porque, se se for as últimas consequências, abrir-se-ia a caixa de pandora e qualquer fator de diferenciação na modelação das instituições poderia ser questionado nas mesmas bases, quando, *a priori*, enquadrar-se dentro da margem razoável de apreciação em que o legislador democraticamente legitimado pode conformar livremente um determinado regime ou organizar uma instituição. Poderá, mais uma vez, desagradar-nos, podemos continuar a questioná-la e a tentar alterá-la, valerá criticá-la em pareceres, artigos de opinião, ou discutí-las em revistas científicas, porém é a manifestação legítima do poder soberano, do povo, através dos seus representantes, nos termos da Constituição.

3.6.2. Não se pode, estritamente, baseando-nos nesse ponto, questionar o porque do Vice-Presidente do Conselho Superior do Ministério Público e o Vice-Presidente do Conselho Superior da Magistratura Judicial estarem submetidos a condições de

elegibilidade diferente. Não seria o mesmo do que compará-los à organização de outras instituições constitucionalizadas como a Autoridade Reguladora da Comunicação Social, o Banco Central ou a Provedoria de Justiça, mas, com as devidas distinções ressalvadas, e conhecida a equivalência entre os dois órgãos, são coisas diferentes. Os dois Conselhos, é certo, estão no eixo do sistema de justiça, e destinam-se a gerir magistraturas essenciais para o seu funcionamento. Neste sentido, a dignidade equivalente e indispensabilidade de ambas são inquestionáveis, sendo que, nos limites do possível, o legislador deverá deferir a esta equivalência, nomeadamente adotando soluções infraconstitucionais igualmente equivalentes, como, de resto, tentou fazer.

3.6.3. Todavia, equivalência, igual dignidade e paralelismo no desenvolvimento do regime estatutário das suas magistraturas, não significa que tenham funções iguais no sistema de justiça e no funcionamento da República. A sua natureza é distinta e desempenham papéis também diferentes, ainda que complementares e igualmente indispensáveis. A própria Constituição emite tais orientações, bastando comparar-se o artigo 222 (Magistratura Judicial) e 227 (Ministério Público), sendo distinto, mas complementar e igualmente relevante o papel dos tribunais e do Ministério Público. Mais especificamente ainda, não se pode esquecer que a composição constitucional dos dois Conselhos não é rigorosamente igual, tendo em conta que, apesar de ambos constituídos por nove integrantes, magistrados e cidadãos, escolhidos pelas respetivas magistraturas e pela Assembleia, há duas diferenças notórias: a) relativamente ao Presidente, é cargo que é, no caso da magistratura do Ministério Público, ocupado por inerência de funções pelo Procurador-Geral da República, e no da magistratura judicial, por juiz proposto pelos restantes membros do Conselho e designado pelo Presidente da República; b) a correlação entre magistrados e não magistrados, constituindo estes maioria no Conselho Superior do Ministério Público e minoria no Conselho Superior da Magistratura Judicial. Naturalmente, não se tirará grandes ilações deste aspeto, mas permite registar esta ideia de que, mesmo do ponto de vista constitucional, não há qualquer comando de densificação igual dos órgãos de gestão das duas magistraturas em razão das distinções legítimas que existem entre uma e outra. O legislador constituinte, deu, aliás, provas de tentar vincar esse papel distinto ao abolir, algo que por si só já era mera possibilidade, a intercomunicabilidade entre as magistraturas que aparecia no artigo 245 da versão originária da Constituição (“*o estatuto dos juízes poderá estabelecer a comunicabilidade entre a carreira de*

*Magistrado Judicial e a do Ministério Público*”) entretanto abolida. Neste sentido, o legislador constituinte estabeleceu algumas distinções. Retirar liberdade ao legislador ordinário para organizar o órgão recebidas tais indicações seria um atropelo, aí sim constitucionalmente ilegítimo, do princípio democrático e da soberania popular, a menos que existisse um motivo forte que, no caso concreto, o suplantasse. E não nos parece que exista.

3.6.4. No desafio constitucional recebido, apresenta-se simplesmente a existência de uma diferenciação cruzada configurada na desigualdade de configuração de regimes jurídicos entre a magistratura do ministério público e a judicial incidindo sobre a capacidade eleitoral passiva nas eleições para Vice-Presidente. Haveria supostamente um efeito subjetivo no sentido de uma desigualdade de tratamento entre o magistrado judicial e o magistrado do Ministério Público, com prejuízo para o primeiro. Dando de barato que o Tribunal deve fazer este juízo cruzado de desigualdade interorgânico, largamente desavisado, tendo em consideração os efeitos generalizados que isso pode fazer eclodir, tal juízo incidiria, na melhor das hipóteses, numa situação normal de diferenciação em que se aplicaria um escrutínio simples, bastando que o Tribunal descortine um motivo racional para o legislador fazê-la. Como foi demonstrado, não se tem dúvidas que este motivo pode ser convocado além da medida necessária, radicando no interesse público relevante da boa administração da justiça e de participação democrática na gestão da magistratura judicial.

3.7. Assim sendo, é da opinião desta Corte Constitucional que a diferenciação apontada entre as condições de acesso à Vice-Presidência do Conselho Superior da Magistratura Judicial e a Vice-Presidência do Conselho Superior do Ministério Público não viola o direito a não ser discriminado previsto na Constituição.

#### **IV – Afeta Ilegitimamente o artigo 9 (2) da Lei Orgânica do Conselho Superior da Magistratura Judicial a Liberdade de Acesso a Cargo Público prevista pelo Artigo 56 (1) da Constituição da República?**

4.1. O artigo 56 (1) pode ter uma incidência adicional sobre a questão concreta que importa observar. Na medida em que, para além do direito à igualdade no acesso a cargo público, contém uma segunda norma a prever a liberdade de acesso a cargo público, determina que se verifique se, ao invés da vulneração ilegítima ocorrer em relação ao primeiro, cuja possibilidade este Tribunal já rejeitou, afetar o segundo.

Esta possível e hipotética afetação da liberdade é evidente se atendermos ao facto de que no seu núcleo significaria que qualquer cidadão é livre para aceder a todos os cargos públicos, constituindo-se, naturalmente, qualquer obstáculo que seja colocado pela lei, numa afetação objetiva, ainda que distinta. Os argumentos supra-utilizados para justificar a existência deste direito pode também aqui ser utilizados, ainda que, de algum modo, diferente, nomeadamente com amparo na mesma interpretação extensiva do termo função pública inserto no artigo 56 (1) da Constituição, do direito geral à liberdade do artigo 29, que cobre outras situações não especificadas de liberdade, da cláusula de abertura do mesmo artigo, da cláusula de abertura do artigo 17 e interpretação conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos que decorre do artigo 17 (3). Efetivamente, sem haver a necessidade de estender a argumentação, neste caso, qualquer dúvida sobre a existência de uma liberdade de acesso a cargo público que, por ventura, pudesse resultar da inexistência de menção explícita no texto constitucional. No entanto, conforme dito, isso não constitui, por si só, um problema, longe disso. É que, desde logo, haveria base para, apesar da suas particularidades, este Tribunal reconhecer esse direito a partir do princípio constitucional estruturante da liberdade e da autonomia individuais, inserto no artigo 1 (2) da Constituição, ao reconhecer o dever do Estado assegurar “*o pleno exercício de todos os cidadãos das liberdades fundamentais*”; segundo porque a Constituição reconhece, no seu artigo 29, um direito geral à liberdade, que se projeta sobre as suas diversas dimensões fundamentais, não só as tipificadas, mas também as que não encontrem presença na Constituição, mas que são materialmente constitucionais; terceiro, porque resultante de direito previsto pela Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Art. 3º. “*Todos os cidadãos têm o direito de participar livremente nos assuntos públicos do seu país (...)*”) e pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Art. 25: “*Todo o cidadão tem o direito e a possibilidade, (...), e sem restrições excessivas de aceder (...) às funções públicas do seu país*”), que facilmente pode ser construído como uma liberdade materialmente constitucional prevista por um tratado e, logo, passível de receção tanto por via da cláusula de abertura do artigo 17 (1) como pela específica do artigo 29 (2), ambos da Constituição; quarto, porque seria o resultado de uma hermenêutica constitucional conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pois esta, no seu artigo 21 prevê que “*toda a pessoa tem o direito de acesso (...) às funções públicas do seu país*”).

São efetivamente direitos diferentes, como já decorre dos debates parlamentares que levaram à sua inserção na versão originária da Constituição, demonstrada na insistência do deputado apresentador em manter a expressão “liberdades” face à insistência de outros colegas em retirá-la por redundante em relação ao termo igualdade (*Acta das sessões. Apresentação e Debate da Constituição da República*, pp. 197-198), embora em casos concretos podem se apresentar com alguma sobreposição. Naturalmente, a liberdade cria um espaço para que o cidadão, em querendo – porque também pode não querer – aceder a cargo público; por seu turno, a igualdade asseguraria que todos os que o queira fazê-lo seriam tratados de forma igual pela lei. De modo que se se veda, dificulta ou condiciona-se o acesso a cargo público pela inserção de condições de elegibilidade gerais e especiais, no primeiro caso, haverá impactos sobre a liberdade e no segundo sobre o direito à igualdade perante a lei. No caso concreto, o tratamento diferenciado não só se relaciona a este direito, como, na medida, também limita a liberdade ao cidadão. Como o controlo de legitimidade constitucional em casos de tratamento diferenciado e o escrutínio constitucional de cumprimento das condições de restrição de uma liberdade são distintos, é preciso verificar se, a situação concreta se conformando àquela, também se adequam a estas.

4.2. Claro está que, assegurando-se o estatuto de direito da figura invocada, não significa que não possa ser afetado pelo legislador ordinário. Poucos direitos teriam uma prerrogativa de anti-afetabilidade e seguramente não seria a liberdade de acesso a cargo público, que pressupõe limitabilidade em razão das suas próprias características e as que o sistema impõe. O que acontece é que, atendendo ao tipo de afetação concreta, sendo uma liberdade fundamental, qualquer limite por esta via sempre seria tido por excepcional, reservado a situações muito particulares e objetivamente controladas pela própria Constituição por via da instituição de condições que devem obrigatoriamente ser preenchidas para os legitimar.

Estas condições resultam da Constituição, concretamente dos números 4 e 5 do artigo 17 da Constituição da República, que passa pela definição de alguns passos. Primeiro, a finalidade legítima da afetação, que resta evidente, tendo em vista o que já foi desenvolvido em relação à existência de razões legítimas do legislador em adotar essa solução, ou seja, de estabelecer um sistema de gestão da magistratura judicial assente num órgão equilibrado composto por magistrados judiciais e por cidadãos; segundo, autorização constitucional, que resta límpida, a partir do momento

em que explicitamente o legislador remete à lei (“(...) nos termos da lei”) à sua densificação, a qual abarca igualmente operações restritivas; terceiro, a lei tem caráter geral e abstrato, como resta evidente, a mesma – e tão-pouco a norma impugnada – produz efeitos retroativos, que são deduções relativamente evidentes e que carecem de fundamentação adicional.

4.3. O desafio maior é de avaliar se a norma em questão atinge o núcleo essencial do direito ou não e se este foi ou não afetado de forma proporcional.

4.3.1. Em resposta à primeira questão, urge apontar, mais uma vez, que a norma em si, enquadra-se num conjunto de soluções orgânicas inseridas numa lei que faz parte de um pacote legislativo, cujas finalidades já foram mencionadas. Por conseguinte, não se pode fazer uma avaliação isolada sem que se arrisque a ter uma imagem distorcida da realidade. Mais uma vez, a questão refere-se a um órgão ao qual se acede por via de uma legitimação entre pares, os magistrados, ou por indicação do Presidente da República, obrigatoriamente incidindo sobre um juiz, e por via de legitimação democrática, os cidadãos eleitos pela Assembleia Nacional. Conforme este esquema estabelecido, tendo em vista a realização das finalidades que se propôs, exclui-se do acesso à Presidência do Conselho Superior da Magistratura Judicial o cidadão que não é magistrado, naturalmente, tendo em conta o que prevê a Constituição, e bloqueia-se o acesso à Vice-Presidência do magistrado. É certo que, por via legal, mas não é isto que está em causa. Este Tribunal não entende que impedir o acesso a um cargo com mera função de coadjuvação quando são invocados objetivos públicos suficientemente justificantes por não arbitrários, atinge o núcleo essencial da liberdade de acesso a cargos públicos.

4.3.2. No concernente ao princípio da proporcionalidade, um juízo sempre dependeria de uma análise de compatibilidade entre a restrição efetiva à liberdade de acesso a cargos públicos e as três dimensões da proporcionalidade, nomeadamente o subprincípio da adequação, o subprincípio da necessidade e o subprincípio da justa medida, igualmente chamado de proporcionalidade em sentido restrito. O Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional, já vinha usando esta técnica de aplicação do princípio da proporcionalidade, nomeadamente com a novidade de ter explicitado e aplicado recentemente, passo a passo, o juízo que nele se assenta, nomeadamente, quando afirma que há “*ordem lógica de aplicação dos três subprincípios, que se devem relacionar entre si segundo uma regra de precedência*”

*do mais abstrato perante o mais concreto, ou o mais próximo (pelo seu conteúdo) da necessária avaliação das circunstâncias específicas do caso da vida que se aprecia” (Parecer nº 1/2015 (sobre a constitucionalidade da imprescritibilidade de certos crimes), p. 33) e derivado a consequência natural de que “a formulação de um juízo negativo acerca da adequação prejudica logicamente a necessidade de aplicação dos outros testes. No entanto, se se concluir pela inadequação típica do meio ao fim, haverá em seguida que recorrer ao exame da exigibilidade, também conhecido por necessidade de escolha do meio mais benigno” (Ibid.). Não é, pois, novidade a utilização desta técnica que, aliás, salvo raros espaços propagou-se, do direito constitucional germânico para todo o globo. O único detalhe é de uma aplicação seccionada ao caso concreto, precisamente objetivando permitir uma maior clareza na apresentação e aplicação do teste.*

A – A adequação da medida depende de um juízo de racionalidade do qual resulte uma conexão entre a finalidade por ela pretendida e a afetação concreta ao direito, no sentido de haver suscetibilidade de ser meio que pode materializá-la, ou como sustenta a jurisprudência constitucional cabo-verdiana, ter capacidade para *“transformar a realidade jurídica e material no sentido de alcançar o fim proposto”* (Ibid., p. 35), não cabendo ao julgador fazer juízos sobre medidas preferenciais no seu entendimento ou endossar o raciocínio do legislador, sufragando a tese da neutralidade relativa do teste de adequação adotada pelo *Parecer nº 1/2015* (ibid.). No caso concreto a finalidade da solução normativa vertida para o artigo 9 (2) é de permitir a construção, e funcionamento de um órgão de gestão da magistratura judicial com equilíbrio de representação de magistrados e de cidadãos na sua composição e estrutura dirigente e consequente participação cidadã nesse processo, participação esta que o legislador julga facilitada se um dos integrantes do órgão que elege esteja a tempo inteiro, ocupando funções como Vice-Presidente. Sendo assim, incluir regra afim à realização deste objetivo que, face à reserva constitucional da Presidência a um magistrado, limita o acesso à vice-presidência ao não magistrado, cumpre exigências de adequação.

B – A necessidade da medida depende de esta ser o meio menos afetante ao direito que o legislador poderia utilizar para atingir a mesma finalidade legítima que se propôs, o que deve resultar da comparação entre o meio utilizado e outros meios hipoteticamente disponíveis. Naturalmente, havendo meio menos afetante que também permitisse atingir tal finalidade seria este que deveria ser escolhido, havendo

vários menos afetantes, o que atingir de forma menos intensa o direito; mas, ainda assim, permita a realização da finalidade legítima é que deve ser escolhido, importando, naturalmente, reter que o princípio da necessidade não obriga a escolher qualquer meio menos afetante, mas o menos que permita atingir a finalidade legítima, caso contrário seria meio inócuo que não passaria pelo teste de adequação.

Neste contexto, o teste de necessidade depende da análise de dois elementos, a existência de alternativas que permitam alcançar a finalidade legítima (igualando a medida ou até ultrapassando-a) e que ela (s) limite (m) o direito de forma menos intensa. Se assim for, não há necessidade da medida, e, inversamente, caso não existam alternativas ou, existindo, elas não afetem de forma mais intensa o direito (pelo facto de compressão ao mesmo ser igual ou até inferior) o teste é ultrapassado pela norma. Aqui não parece que houvesse outro meio, pois a alternativa de permiti-lo ou levaria a resultados no mínimo incertos (e aqui a suscetibilidade hipotética não é suficiente), atendendo que, ao contrário do sistema anterior, a maioria dos membros do Conselho Superior da Magistratura Judicial já é magistrado judicial, o que não permitiria garantir aquele mesmo fim de garantir a representatividade do órgão, ou levaria à necessidade de reconfiguração de todo o regime de composição e acesso, nomeadamente atingindo aquela mesma maioria, ainda que se continuasse a reservar a Presidência a magistrados, ou ainda o dispêndio de recursos adicionais, por exemplo prevendo o exercício de funções de todos os vogais a tempo inteiro, que, além de tudo, tiraria do exercício efetivos de funções quatro magistrados judiciais, acrescentando ao Presidente do órgão, ou o exercício de funções a tempo inteiro somente de parte ou todos os vogais eleitos pela Assembleia, levantando-se novos problema de tratamento diferenciado. Ademais, não poderia jamais essa alternativa ser passível de ser solução credível, pois ela própria leva a afetação das liberdades dos cidadãos que não são magistrados, os quais não podem ocupar o cargo de Presidente do CSMJ, sem que haja quaisquer normas que reequilibrem a relação, como acontece no caso concreto. Como a norma logrou passar a segunda barreira, impõe-se confrontá-la com a terceira.

C – Por fim, a proporcionalidade em sentido restrito ajuíza-se avaliando se o legislador logrou, por via da sua ponderação abstrata, encontrar um equilíbrio, uma relação própria, constitucionalmente aceitável, entre os benefícios relacionados ao bem jurídico que pretende preservar ou concretizar, no caso concreto as finalidades públicas supramencionadas, e o sacrifício que impõe ao direito com a norma

restritiva. O que se deve avaliar são os efeitos da própria operação sobre o direito à luz da concretização do bem jurídico que a justifica, não podendo ser aceites resultados que ataquem excessivamente o direito. Por um lado, a importância pública da medida do legislador não pode ser desmerecida, pois trata-se de garantir que haja uma representação equilibrada na direção do Conselho Superior da Magistratura Judicial, permitindo maiores condições de acompanhamento democrático de um órgão de importância central para o funcionamento do sistema judicial, do outro, deve-se não só considerar a relevância pública do direito, como avaliar a intensidade de afetação do mesmo, nomeadamente se atinge o seu núcleo central, esferas importantes de proteção ou somente uma dimensão periférica. E, no caso concreto, é da nossa opinião que fá-lo às expensas de um sacrifício mínimo sobre a liberdade de acesso a uma posição dentro de instituição, porque, no caso concreto, o titular mantém o direito de aceder ao Conselho em si e integra o plenário, que é o seu órgão principal, poderá ser indicado pelos seus pares para ser Presidente do mesmo, quedando somente inibido de ser Vice-Presidente, um cargo de coadjuvação, sem poderes próprios e influência institucional direta.

4.4. Portanto, atendendo o que foi dito, dificilmente se pode considerar que a norma restritiva inserta no artigo 9 (2) da Lei Orgânica do Conselho Superior da Magistratura Judicial, afeta de forma constitucionalmente ilegítima a liberdade de acesso a cargo público.

## **V – O fato de o Vice-Presidente do CSMJ ser um Não-Magistrado pode violar o princípio da independência dos tribunais ou dos juízes?**

5.1. Há ainda outra possibilidade que pode ser levantada, malgrado não fazer parte do pedido e dos fundamentos utilizados pela entidade requerente: a possibilidade de um Vice-Presidente não magistrado judicial poder bulir com o princípio da independência dos Tribunais e, em particular, com o princípio e as garantias de independência dos juízes no exercício de funções judiciais.

5.2. O desiderato de se criar um “poder judicial forte e independente” já se encontra lavrado no preâmbulo da Constituição da República, sendo, ademais, corolário evidente do princípio do Estado de Direito, conforme inserto no artigo 2 (2) do mesmo instrumento fundacional (“*A República de Cabo Verde reconhece e respeita (...) a independência dos Tribunais*”) e mencionada entre os princípios da

administração da justiça expostos pelo artigo 211 (conforme o seu número 1, “*No exercício das suas funções, os Tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à Constituição e à lei*”). Acresce que os titulares desse órgão de soberania plural também, gozam dentre as suas garantias, de independência, sendo que, nos termos do artigo 222 (3), “*os juízes no exercício das suas funções, são independentes e só devem obediência à lei e à sua consciência*”, articulando-se com essa independência a sua inamovibilidade, irresponsabilidade, (quase) exclusividade e incompatibilidades.

Nos sucessivos Relatórios sobre a Situação da Justiça se vinha dando conta de uma incremental criação de condições de independência dos Tribunais e dos juízes decorrente não só da autoavaliação do Conselho Superior da Magistratura Judicial como também resultado das perceções sociais nacionais e até internacionais. Por exemplo, no de 2008, no qual se discutiu de modo mais pormenorizado a questão, arrazoou-se que “*A independência dos tribunais e a sua obediência estrita à Constituição e demais leis da República constituem por outro lado condição primária para se preservar a sua credibilidade como instituição. Crê o Conselho que esse objetivo, que já não é pouco, tem sido conseguido*” (p. 13).

Mesmo depois da reforma do setor da justiça, portanto depois de 2011 essa perceção avaliação/perceção continua a existir, não se colocando neste momento questões de fundo relativamente a essa independência ou qualquer patologia dessa natureza que incide sobre o poder judicial cabo-verdiano. Os Relatórios sobre a Situação da Justiça dessa data em diante não se têm referido à questão, o que é sintomático de uma consolidação forte do Estado de Direito Democrático Cabo-Verdiano em relação ao princípio da independência dos tribunais e dos juízes.

5.3. Acresce que, conforme dispõe a própria Constituição, “*a nomeação, a colocação, a transferência dos juízes, bem como o exercício de ação disciplinar sobre os mesmos compete ao Conselho Superior da Magistratura Judicial*”, fórmula, grosso modo, reproduzida pelo artigo 223 (2) c), da mesma forma como condiciona as duas exceções à regra da exclusividade – o exercício de funções docentes de natureza jurídica ou de investigação de natureza jurídica – a autorização do mesmo órgão. Ademais, relativamente aos tribunais, atribui-se-lhe competências para “*a orientação geral e a fiscalização dos Tribunais Judiciais, Administrativos e Fiscais e Aduaneiros, bem como do Tribunal militar de Instância e de organismos de*

*regulação de conflitos; b) a superintendência no funcionamento das secretarias judiciais”.*

5.4. A questão a determinar é se o facto de o Vice-Presidente ser um membro laico do Conselho pode atingir a independência dos tribunais e as garantias de independência dos magistrados judiciais atendendo aos poderes que têm em matéria de gestão administrativa e financeira dos tribunais e de nomeação, colocação, transferência, desenvolvimento na carreira e disciplina dos magistrados judiciais e outros recursos humanos afetos aos tribunais.

5.4.1. Antes de tudo, deve-se considerar que um vogal eleito pela Assembleia Nacional não será um comissário da mesma no Conselho Superior da Magistratura Judicial, não será veículo de controlo dos partidos políticos que apoiaram a sua eleição no parlamento nacional e tão-pouco terá *a priori* qualquer postura necessária de constrangimento da independência dos magistrados judiciais e dos Tribunais. Outrossim, são, em tese, indicados em razão da sua capacidade própria para integrarem, de boa-fé, perspectivas diversificadas que podem existir na sociedade sobre a justiça em matérias que sejam da competência do Conselho Superior da Magistratura Judicial.

5.4.2. Posto isto, enquanto tal, como já se disse várias vezes ao longo deste acórdão, não há a mais remota possibilidade de um Vice-Presidente poder ter uma atuação que cause tal efeito. É que, apesar do Vice-Presidente ser uma entidade importante para os efeitos que se pretende, mas de mera coadjuvação do Presidente, não possui poderes próprios que pudessem ser usados à margem da vontade desta entidade e mais ainda do Plenário, a unidade principal do Conselho.

5.4.3. Assim sendo, somente poderá exercer alguma influência a partir do momento em que o faça no próprio plenário, órgão que realmente tem os poderes que podem interferir com as questões supramencionadas. Isso atendendo que fazem parte das suas atribuições, conforme o artigo 29 da sua lei orgânica “*a) Nomear, colocar, transferir, proceder ao desenvolvimento na carreira, apreciar; o mérito profissional, exercer a acção disciplinar e, em geral, praticar todos os actos de idêntica natureza respeitantes a magistrados judiciais; b) Nomear o Inspector Superior Judicial e os demais Inspectores Judiciais e superintender no Serviço de Inspeção Judicial; c) Proceder à nomeação do Secretário do CSMJ; d) Gerir os recursos financeiros e materiais dos tribunais; e) Superintender no funcionamento*

das secretarias judiciais; f) Nomear, colocar, transferir, proceder ao desenvolvimento na carreira relativamente aos Oficiais de Justiça e demais funcionários das secretarias judiciais; g) Apreciar o mérito profissional e exercer a acção disciplinar sobre os oficiais de justiça e demais funcionários das secretarias judiciais, sem prejuízo da competência atribuída aos juízes; h) Aprovar o plano anual de inspecções; i) Ordenar inspecções, sindicâncias e inquéritos aos serviços judiciais; j) Promover a formação e o aperfeiçoamento profissional dos magistrados judiciais e dos funcionários das secretarias judiciais, e elaborar o correspondente plano de formação; k) Designar os juízes substitutos, sob proposta dos titulares, nos termos da lei; l) Processar e julgar as suspeições opostas a qualquer dos seus membros em processos da sua competência; m) Emitir parecer, quando solicitado, sobre os projectos de diplomas legais relativos à organização judiciária, ao estatuto dos magistrados judiciais e, em geral, sobre matérias relativas à administração da justiça; n) Estudar e propor ao Governo, através do Ministro da Justiça, providências legislativas com vista a eficiência e ao aperfeiçoamento das instituições judiciárias e sobre o Estatuto dos Magistrados; o) Elaborar e aprovar o regulamento interno do Conselho; p) Elaborar e aprovar os projectos de orçamento anual do CSMJ; q) Aprovar os projectos de orçamento anual dos tribunais judiciais; r) Afectar juízes aos juízos em função da quantidade de processo distribuídos aos tribunais, com vista a uma melhor operacionalidade dos serviços; s) Estabelecer prioridades no processamento de causas, que se encontrem pendentes nos tribunais por período considerado excessivo, sem prejuízo dos restantes processos de carácter urgente e salvaguardado o princípio da independência do tribunal e dos seus juízes; t) Exercer as demais funções previstas no presente Estatuto ou conferidas por lei”. E ainda as previstas pelo artigo 30, isto é de “Dar orientação geral e fiscalizar a actividade dos tribunais judiciais, administrativos e fiscais e aduaneiros, bem como do Tribunal Militar de Instância e de organismos de regulação de conflitos; b) Colaborar com o Governo em matéria de execução de política da justiça”.

Mas, isto é possibilidade aberta a qualquer membro de um órgão colegial, num quadro em que a pluralidade é, para além de elemento objetivo auxiliar para uma adequada prestação do órgão administrativo, igualmente elemento negativo, pois permite um controlo mútuo entre os membros do Conselho Superior da Magistratura Judicial. Todavia, mesmo este órgão, como é natural, atua legitimado e no quadro

legal vigente, quadro legal bastante esmiuçado que segue, naturalmente, os condicionamentos constitucionais que estabelecem garantias objetivas, nomeadamente com a utilização das fórmulas seguintes: “*em caso algum os juízes podem ser transferidos para circunscrição judicial diversa daquela em que desempenham funções, salvo se nisso expressamente consentirem, por escrito, ou a transferência assentar em razões ponderosas de interesse público, de natureza excecional, devidamente perceptíveis e explicitadas em comunicação prévia*” (art. 222 (5)), e mesmo os dispositivos que remetem à lei inserem limitações nesta matéria, *maximé* o artigo 222 (4) (“*os juízes são inamovíveis, não podendo ser suspensos, transferidos, aposentados compulsivamente ou demitidos, salvo nos casos especialmente previstos em lei*”) e 222 (5) (“*os juízes não respondem pelos seus julgamentos e decisões, excepto nos casos especialmente previstos na lei*”).

Para além disso, é órgão integrado por uma maioria de magistrados judiciais, eliminando-se, *a priori*, que pudesse haver dessa fonte atentados à independência dos tribunais ou dos juízes. E mesmo que houvesse, sempre haveria a possibilidade de um magistrado lesado nos seus direitos e interesses legítimos impugnar a deliberação junto ao Supremo Tribunal de Justiça. Portanto, nesta matéria, as garantias são suficientes, com *checks and balances* que afastariam a possibilidade de se congeminar que a independência dos juízes pudesse sair beliscada pela utilização indevida das competências do Conselho em matéria de nomeação, colocação, transferência, desenvolvimento na carreira dos juízes ou por via de exercício da ação disciplinar. Muito menos sê-lo-ia pelo fato do seu Vice-Presidente não ser magistrado que é o que releva para este desafio constitucional.

5.4.4. Não havendo a possibilidade de se construir os poderes do cargo e sequer do estatuto originário de membro do Conselho Superior da Magistratura Judicial eleito pela Assembleia Nacional como podendo remotamente afetar a independência dos tribunais ou até dos juízes no atual quadro legal, quedaria presente uma única possibilidade. A de o Vice-Presidente poder substituir, como seria natural, o Presidente do órgão, assumindo poderes que pudessem facilitar ações de condicionamento da independência dos juízes ou dos tribunais. Porém, tratar-se-ia de um exercício igualmente problemático porque, desde logo, a Lei não prevê que o Vice-Presidente seja o substituto do Presidente. Naturalmente, não há um impedimento absoluto, de acordo com a lei que o seja, mas, sendo-o, os poderes que são próprios do Presidente não lhe facultariam qualquer tipo de conduta que pudesse

atentar contra a independência dos tribunais e dos juízes, tratando-se de atribuições de natureza executiva, administrativa e de representação. Acresce que o *Regulamento Interno do Conselho Superior da Magistratura Judicial* no seu artigo 10 (2) (aprovado por deliberação de 25 de outubro de 2013 e publicado no *B.O. da República de Cabo Verde*, II Série, 8 de Abril de 2014, pp. 539-543), interpretando os termos da lei, afastou mesmo essa possibilidade, estipulando que “*o Presidente é substituído nas suas ausências e impedimentos pelo membro juiz mais antigo do CSMJ e, caso houver juízes com a mesma antiguidade, pelo mais antigo na função*”.

Não caberá nesta sede fazer um pronunciamento sobre isto, mas somente dizer que, mesmo que fosse possível ao Vice-Presidente ser Presidente nos casos de ausência ou impedimentos do titular, a única forma de ter a possibilidade, e ainda assim mínima de atingir a independência de tribunais e magistrados judiciais, seria de o Presidente ter recebido por via de delegação de poderes prevista pela alínea d) do artigo 33 da Lei Orgânica. Todavia, essa possibilidade seria tão remota porque requereria uma conjugação tão improvável de ânimo do substituto, situação de impedimento ou ausência do titular, delegação de poderes em relação à função específica e previsão legal. E, mesmo estando todos esses elementos presentes, ainda teria que contar com uma possível revogação de poderes pelo Plenário em reunião que, por aplicação do artigo 14 do *Regulamento Interno do Conselho Superior da Magistratura Judicial* e do número 3 do artigo 13 da regime geral de organização e funcionamento da administração pública central, aprovado pelo *Decreto-legislativo nº 2/95*, de 20 de Junho (*B.O. da República de Cabo Verde*, I Série, nº 19, pp. 1-10), teria que convocar a pedido de um terço dos vogais. Mais: mesmo que, por hipótese remotíssima, tal possibilidade acontecesse, dispõe o artigo 32 da Lei Orgânica do Conselho Superior da Magistratura Judicial que “*das decisões do CSMJ cabe impugnação contenciosa para o Supremo Tribunal de Justiça*”.

Destarte, não haveria qualquer possibilidade de a figura do Vice-Presidente poder afetar a independência dos tribunais e/ou dos magistrados judiciais, devendo, assim, descartar-se esta possibilidade para infirmar a norma impugnada.

## **VI – Os poderes presidenciais ficam inibidos pelo facto de um conselheiro que nomeia não poder ser eleito como Vice-Presidente do CSMJ?**

6. 1. A possível inibição dos poderes presidenciais não fazendo parte do pedido, é sugerida pelo Senhor Procurador Geral da República, quando sustenta na sua douta peça que *“como é evidente, nos termos do artigo 8 da mencionada Lei nº 90/VII/2011, o Presidente da República pode, num primeiro momento, escolher um juiz para integrar o CSMJ e, num segundo momento, designar um outro juiz Presidente do citado órgão do governo da Justiça”*, o que, no seu entender, *“significa que se tal vier a acontecer, o juiz designado membro do CSMJ pelo Presidente da República não poderá ser eleito Vice-Presidente do mesmo órgão”* (f. 5).

6.2. Naturalmente, os poderes do Presidente da República decorrem da natureza das suas funções, conforme arroladas pelo artigo 125 da Constituição da República, ou seja, de ser o *“garante da unidade da Nação, da integridade do território, e da independência nacional, e vigia e garante do cumprimento da Constituição e dos tratados internacionais, representante interno e externo da República e Comandante Supremo das Forças Armadas”*, espelhando-se grosso modo no compromisso que assume face à Nação, por via de juramento, de *“defender, cumprir e fazer cumprir a Constituição, observar as leis e garantir a integridade do território nacional”*.

Traduzem-se no que prevê genericamente o artigo 135 e especificamente o artigo 136 no domínio das relações internacionais. Seria um exercício desnecessário analisar prioritariamente esta questão a partir de um eventual prisma de avaliação dos poderes que resultassem de uma função primária e de funções acessórias do Presidente da República que levasse ao seu escalonamento. Mais avisado será começar pela verificação das suas competências em relação ao Conselho Superior da Magistratura Judicial, concretamente previstas nas alíneas l) e m) do artigo 135, de *“nomear um juiz para o Conselho Superior da Magistratura Judicial”* e *“nomear o Presidente do Conselho Superior da Magistratura Judicial, sob proposta deste órgão”*, soluções que reaparecem no número 5 do artigo 223, de acordo com o qual *“o Conselho Superior da Magistratura Judicial é composto por nove membros, sendo: a) um juiz designado pelo Presidente da República; (...)”*, e número 6, prevendo-se que *“o Presidente do Conselho Superior da Magistratura*

*Judicial é designado pelo Presidente da República, de entre os juízes que dele fazem parte, mediante proposta dos restantes membros desse órgão, (...)”.*

6.3. Em relação ao magistrado judicial, que é mencionado na peça, o que interessa é o juiz nomeado pelo Presidente da República para integrar o órgão, que não poderia ser eleito pelos restantes vogais como Vice-Presidente. É preciso avaliar se, de alguma forma, isso pode levar a uma inibição constitucionalmente ilegítima dos poderes presidenciais. Para se avaliar esta questão é preciso verificar, primeiro, a ligação entre o poder concreto do Presidente e a questão específica, não se podendo considerar que faça parte daquele rol de competências presidenciais que fazem parte do seu núcleo de poderes sem os quais o papel constitucional que lhe foi reservado de defesa da Constituição, de garantia da unidade da nação, da unidade e integridade do território nacional, de representação da República, de estabilização do sistema político e social, seria amputado de um dos seus elementos vitais essenciais. Apesar do seu estatuto constitucional indiscutível e da sua importância, permitindo que o Presidente da República para a gestão do sistema judicial e, através da escolha de um magistrado com perfil que entenda adequado, possa exercer alguma influência na forma como genericamente o Conselho é conduzido, não seria propriamente algo que tenha que ser lido como um dos poderes essenciais desse órgão de soberania, uma extensão natural e incontornável ao nível dos poderes da função presidencial no nosso sistema político-constitucional, que levasse a alguma conclusão de inibição dos poderes e posição institucional do Presidente da República pelo facto de não poder ser o seu escolhido como Vice-Presidente do Conselho Superior da Magistratura Judicial.

Segundo, mesmo que assim fosse e não é, nesta matéria o importante seria analisar qual é a competência concreta do Presidente nesta matéria. É, conforme a própria Constituição, de *“nomear um juiz para o Conselho Superior da Magistratura Judicial”*. Assim sendo, esta parece se consumir com a nomeação de um juiz como membro do Conselho, sabendo de antemão que está perante um órgão colegial, no qual ele terá paridade em relação aos restantes integrantes, e integrará o órgão ao qual inevitavelmente se atribuíram os poderes principais, nomeadamente de carácter deliberativo, do órgão. Neste sentido, o fato dele não poder ser Vice-Presidente em nada belisca os poderes presidenciais, até porque mantém a possibilidade de ser Presidente, o principal cargo singular do Conselho Superior da Magistratura, cuja competência de nomeação é do próprio, ainda que precedida de

proposta do Conselho Superior da Magistratura Judicial, devendo recair somente sobre um membro que seja magistrado judicial.

Terceiro, por aquilo que já se descreveu, o poder concreto do Vice-Presidente do CSMJ, enquanto tal, é tão diminuto, que estaria muito longe de a presente situação poder ser construída como sendo passível de levar a uma inibição material ou sequer simbólica dos poderes presidenciais e o exercício das suas funções constitucionais.

## **VII. Da decisão**

Pelo exposto, os Juízes Conselheiros do Tribunal Constitucional, acordam em Plenário, por unanimidade, não declarar a inconstitucionalidade da norma do n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 90/VII/2011, de 14 de fevereiro.

Registe, notifique e publique.

Praia, 21 de abril de 2016.

Assinados:

*José Pina Delgado* (Relator), *Aristides Raimundo Lima* e  
*João Pinto Semedo*.

Está conforme.

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, na Praia, aos 29 de abril de 2016.

O Secretário, *João Borges*.