



Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de Fiscalização Abstrata Sucessiva da Constitucionalidade n.º 1/2016, em que é requerente **Sua Excelência o Senhor Presidente da República**, tendo por objeto as normas dos **artigos 105º, n.º 2, alíneas c), d), e) e f), 106º, n.ºs 1 e 8, 99º, n.º1 e 279.º, todos do Código Eleitoral Vigente.**

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acórdão n. 13/2016

(Proferido no Processo de Fiscalização Abstrata Sucessiva da Constitucionalidade n.º 1/2016 referente à inconstitucionalidade de certas normas restritivas do Código Eleitoral)

I. Relatório

1. Sua Excelência o Senhor Presidente da República, veio, no uso das suas competências constitucionais, designadamente previstas no artigo 135º, n.º 1, al. r) e 280º, al. a), conjugados com o disposto nos artigos 11º, al. c), 57º, n.º 1, 69º, al. a), da Lei n.º 56/VI/2005, de 28 de fevereiro, requerer a este Tribunal a fiscalização das normas dos artigos 105º, n.º 2, al. c), d), e) e f), 106º n.ºs 1 e 8, 99º, n.º 1 e 279º, todos do Código Eleitoral vigente, aprovado pela Lei n.º 92/V/99, de 8 de fevereiro, com as modificações nele operadas pela Lei n.º 118/V/2000, de 24 de abril, pela Lei n.º 12/VII/2007, de 22 de junho e pela Lei n.º 56/VII/2010, de 9 de março.

1. Para tanto alega, fundamentando o seu pedido nos seguintes termos, que há:

1.1. Inconstitucionalidade do disposto nas alíneas c), d), e) e f) do n.º2 do artigo 105º do Código Eleitoral.

1.1.1. Por a Lei n.º 92/V/99, de 8 de Fevereiro (a partir de agora Código Eleitoral), que regula no seu artigo 105.º a liberdade de imprensa durante o período de campanha eleitoral, dispor no seu n.º 1 que *“os órgãos de comunicação social e os seus profissionais têm total liberdade no acesso aos atos integrados na campanha, e na sua cobertura, dentro da legalidade”*;

1.1.2. Ela, no seu entendimento, no n.º 2, apresenta algumas restrições à liberdade de imprensa enunciada no número 1 do artigo 105 do Código Eleitoral, decorrendo *“desse normativo legal um conjunto de proibições ao direito à liberdade de expressão, de comunicação e de informação e ao direito à informação e do acesso a ela, que [...], os restringem fortemente, de forma desproporcionada e para além dos limites toleráveis*

num Estado de Democrático de Direito que garante constitucionalmente uma responsável liberdade da imprensa” (Autos, f. 3), o que lhe permite concluir que “as normas das alíneas c) d) e) e f) colidem frontal e intoleravelmente com as disposições constitucionais dos artigos 60.º e 48.º da Constituição, este último também aplicável ex vi do n.º 2 do artigo e 60º” (Idem); entende no seguimento que, “partilhando a liberdade de imprensa (e de toda a comunicação social) o mesmo regime constitucional de disciplina do que a liberdade de expressão e a liberdade de informação, consubstanciando-se, na sua opinião, no “direito de, na esfera pública ou privada, manifestar e de divulgar opiniões ou ideias sobre todas as matérias ou questões, verbalmente, por escrito ou através de imagens. Disto decorre que essa liberdade também contém o direito de aceder a meios que permitam a difusão ou divulgação de ideias ou de opiniões, meios esses que podem ser suportes digitais de acesso individual e livre – blogs, facebook, twitter e outros instrumentos informáticos – ou propriedade de terceiros por estes facultados para o efeito – órgãos de comunicação social. É nessa dupla vertente, a de manifestar ideias ou opiniões e a de não ser impedido de aceder legalmente a meios de divulgação, que a Constituição reconhece e protege o direito à liberdade de expressão, quando consagra que “[T]odos têm a liberdade de exprimir e de divulgar as suas ideias por palavras, pela imagem ou por qualquer outro meio ..” (Autos, f. 4);

1.1.3. Acrescenta ainda, em termos de desenvolvimento, que também está em causa a liberdade de informação, a qual “*integra o direito de informar, o direito de obter informação e o direito de ser informado – artigo 48.º, n.º 2 – direito esse que se concretiza por vários meios, de entre os quais os da comunicação social, que é o que aqui nos interessa. Na verdade, o **direito de se informar** é concretizado de várias formas, que vão desde a busca de informação pelo próprio, o que justifica a liberdade de recolher informações nas mais diversas fontes, exceto naquelas que, pela sua natureza, a Constituição e a lei entendam dever ser vedado mas sempre temporariamente, por períodos mais ou menos longos; o **direito de ser informado**, que consubstancia uma atitude mais passiva do titular desse direito, na medida em que a informação não é por ele procurada, mas sim oferecida pelos meios, de entre eles os da comunicação social, disponíveis e legalmente autorizados; e o **direito de informar** que consiste numa atividade de natureza pública ou privada que tem como objetivo difundir ou transmitir informação através dos meios adequados e necessários para o efeito, o que implica o*

acesso ou a propriedade de meios necessários e adequados para o efeito”; (Autos, ff. 4-5).

1.1.4. Que a Constituição reconhece a tais liberdades e direitos *“a mais ampla extensão e, conseqüentemente, estabelecendo limites mínimos para a sua restrição”* e que, num outro prisma, há *“uma clara pretensão constitucional de, sob o ponto de vista normativo ou, se se quiser, da lei ordinária, o direito a essas liberdades obter um acolhimento que, em todos os domínios, incluído aqui o da legislação eleitoral, lhe reconheça a mais ampla projeção na esfera pública, o proteja de intromissões abusivas ou injustificadamente limitadoras dos poderes públicos e lhe garanta a mínima limitação – comunitariamente aceitável – ao seu pleno e integral exercício”* (Autos, f. 5). Mais, como ajuíza na sua douta peça, considera que *“a amplitude do reconhecimento desses direitos à liberdade pela ordem jurídica de um dado país e a amplitude da liberdade do seu exercício constituem hoje decisivo critério de avaliação do grau de compatibilidade do Estado de Direito com a democracia e com o livre exercício democrático desses direitos, isto é, da realização da democracia e da liberdade de uma esclarecida, por informada, prática e convivência democrática”*. Destarte, conclui que, *“por isso, a Constituição consagra o princípio da mais ampla extensão do exercício desses direitos à liberdade, reconhecendo a esses direitos à liberdade a máxima amplitude, e acolhendo baixíssimos graus de limitações ou restrições (nomeadamente, o núcleo da esfera íntima da pessoa), compatíveis com o mínimo comunitariamente exigível e aceitável numa sociedade democrática, graus de amplitude e de limitações que a lei ordinária não pode alterar, sob pena de manifesta violação dos princípios e normas que regulam esses direitos”* (Idem).

1.1.5. Por conseguinte, na sua opinião, a inconstitucionalidade resultaria de uma *“colisão frontal e intolerável[...] com as disposições constitucionais do artigo 48º e do artigo 60.º da CRCV”* com as normas das alíneas c) d) e) e f) do n.º2 do artigo 105º do Código Eleitoral. Isto porque assevera a *“Constituição estabelece de forma clara e inequívoca que ninguém pode ser inquietado por exercer o seu direito de expressão e ainda que a liberdade de informação é exercida sem limitações, discriminações ou impedimentos, sem prejuízo dos limites ao exercício desses direitos, decorrendo desse pressuposto consagrador do **“princípio da mais ampla extensão do exercício desses direitos à liberdade”**, que *“a limitação desses direitos só pode ser aquela que está estabelecida pela própria Constituição no n.º 4 e nas alíneas a) a c) do n.º 5, do artigo 48.º, não devendo a lei ordinária impor outras restrições que não sejam as**

constitucionalmente estabelecidas”, sendo que tal entendimento também é aplicável à dimensão política e em períodos eleitorais, até porque é nestas alturas em que considera *que há maior necessidade dos cidadãos de prestarem informação ou terem direito à informação e de serem informados*” (Ibid., f. 6).

Tudo isto num cenário em que o que está em causa não são interpretações da “Constituição, mas sim [o] conteúdo dessas normas” (Ibid., f. 6), pois, “*na verdade, por mais esforço que se faça para compatibilizar pela via de uma hermenêutica corretiva ou conformadora dessas normas com a letra e o espírito do texto constitucional, o conteúdo do texto normativo revela-se sempre incompatível com o sentido e a natureza das normas e princípios constitucionais reguladoras da liberdade de informação, na sua dimensão de livre expressão de ideias e de opiniões e da liberdade de informação. Isto para além de algumas dessas normas oferecerem comandos contraditórios que, pela sua natureza, podem constituir apelo à infração punível, como acontece com a norma da alínea c), num contexto de debate político permitido na alínea d) do n.º2 do artigo 105.º*” (Ibid., ff. 6-7).

1.2. Inconstitucionalidade do n.º1 do artigo 106º do Código Eleitoral

1.2.1. Além disso, sustenta que “*o n.º1 do artigo 106º do Código Eleitoral ao estabelecer que «é proibida a propaganda eleitoral nos órgãos de comunicação social, fora dos espaços ou dos tempos de antena previstos nos artigos 115º e 117º*” (Ibid., f. 8), atendendo que a propaganda eleitoral – no seu entender “*toda [...] atividade que vise direta ou indiretamente promover candidaturas, seja dos candidatos, dos partidos políticos, dos titulares dos seus órgãos ou seus agentes ou de quaisquer outras pessoas, nomeadamente a publicação de textos ou imagens que expressem ou reproduzam o conteúdo dessa atividade, de forma a captar os votos dos eleitores*” (Ibid., f. 7) –, viola os princípios da liberdade de expressão e de informação e da liberdade de imprensa, que se extraem dos artigos 48º e 60º da Constituição da República de Cabo Verde, nomeadamente por ser “*atividade de informação dos eleitores, de esclarecimento de ideias, programas, necessários à formação da opinião dos eleitores*” (Ibid., f. 7).

1.2.2. Diz que “*no exercício dessa atividade de propaganda eleitoral, o artigo 104º do Código Eleitoral reafirma a liberdade de expressão e de informação dos cidadãos e expressamente estabelece que «a manifestação de ideias ou de princípios referidos no número anterior não pode ser limitada no decurso das campanhas eleitorais.*» (Ibid., f. 7). o que, no seu entender pressupõe “*o livre acesso aos espaços de comunicação social*” (Ibid., f. 7). Assim, “*limitar esses espaços a períodos muito curtos*

previamente estabelecidos, é coartar a liberdade de expressão e de informação prevista no artigo 48º da CRCV” (Ibid., ff. 7-8), tendo o “cidadão (...) direito de ser informado dos programas e das ideias políticas dos vários candidatos num processo eleitoral” (Ibid., f 8) e a “comunicação social deve ser livre para transmitir essa informação, respeitando naturalmente, o princípio da igualdade de tratamento de todos os candidatos e de todas as candidaturas” (Ibid., f. 8).

1.2.3. Coloca, adicionalmente, que *“limitar a propaganda eleitoral na comunicação social aos tempos de antena, pode consubstanciar uma forma de censura, o que é proibid[o] nos termos do artigo 60º n.º3 da CRCV” (Ibid., f. 8).*

1.2.4. Conclui este segmento arrematando que *“A letra do n.º 1 do artigo 106.º do Código Eleitoral conduz a uma interpretação desconforme com a Constituição. De facto, não se pode proibir “a propaganda eleitoral nos órgãos de comunicação social, fora dos espaços ou dos tempos de antena previstos nos artigos 115º e 117º”, mas sim e somente consagrar que essa propaganda deve respeitar o disposto nos artigos 115.º e 117.º” (Ibid., f. 8).*

1.3. Inconstitucionalidade do n.º 8 do artigo 106º do Código Eleitoral

1.3.1. Considera, neste particular, *“que a norma do artigo 106º, nº 8, viola os princípios da liberdade de expressão que se extrai do artigo 48º. Da liberdade de criação intelectual, artística e cultural prevista no artigo 54º nº 1 e o direito de participação política estabelecida no art.º 55 nº 1, todos da Constituição da República” (Ibid., f 8)).*

1.3.2. Como fundamento, sustenta que *“sendo a arte (música, dança, acrobacia, etc) formas de expressão da cultura de um povo”, “o Código Eleitoral no n.º8 do seu artigo 106º ao proibir a atuação de agrupamentos musicais ou de artistas na realização de comícios ou reuniões públicas de campanha eleitoral, proibindo aos artistas a possibilidade de expressar o seu apoio político através da sua arte, enquadra, em nosso entender, uma violação à liberdade de expressão consagrada no artigo 48º n.º1 da CRCV e extravasa os limites das restrições impostas nos números 4 e 5 do mesmo artigo 48.º da Constituição” (Ibid., f 8).*

1.3.3. E que, ademais, essa norma legal representaria *“uma limitação da participação na vida política aos cidadãos artistas, uma vez que lhes é vedado o palco dos comícios e das reuniões públicas em tempo de campanha para intervirem através da sua arte e exercer o direito de participação política, o que viola o disposto no artigo 55º n.º1 da CRCV, bem como o artigo 54.º, n.º 1 da Constituição no que pode traduzir-se em*

limitações e restrições à livre criação intelectual e cultural e sua divulgação” (Ibid., f. 8).

1.4. Inconstitucionalidade do n.º1 do artigo 99º do Código Eleitoral

1.4.1. Entende que “*a proibição de divulgação de sondagens e o comentário de resultados de quaisquer sondagens atinentes à atitude dos cidadãos perante os concorrentes a partir do início da campanha eleitoral e até à hora do fecho das mesas da assembleia de voto é inconstitucional por violação do artigo 48º/2, 4º, 55º/1*” (Ibid., f. 12) – de onde extrai o “*direito à participação livre e consciente na vida política*” – todos da Constituição da República.

1.4.2. Isto porque elas seriam ‘regras’ em qualquer ato eleitoral no mundo democrático, contribuindo para manter os eleitores informados. Destarte, decorrências do próprio princípio democrático vertido para o artigo 4º da Constituição, pois decisivas para a existência de um eleitorado, no seu entender, informado, e essenciais para o eleitor, podendo influenciar o seu voto. Mas, assevera, a sondagem só é “*válida quando atual*”, em razão do dinamismo próprio dos períodos de campanha eleitoral (Ibid., ff. 9-10).

Face à tal cenário, “*O direito à informação, consagrado no artigo 48º/2 da CRCV, inclui o direito à informação atualizada. O cidadão eleitor tem direito à informação resultante das sondagens para melhor formar a sua opinião. Para decidir se vota num sentido ou noutro. Para decidir onde o seu voto é mais útil. Por isso, a informação resultante de sondagens atuais melhor esclarece o cidadão e, também por isso, o período de proibição de publicação de sondagens, a ser longo, afeta o direito constitucional de ser informado*” (Ibid., f. 10). Sendo assim, entende que o direito à informação e o princípio democrático, como tem acontecido em outros países, impõe a diminuição do prazo de proibição (Ibid., f. 11).

1.4.3. De resto, numa outra vertente, não obstante aceitando que possa haver algum período de reflexão em que isso seja vedado, como forma a “*proteger o direito de todos a refletir e analisar sem mais nenhum tipo de pressão informativa sobre a decisão a tomar*” (Ibid., f. 11), nos moldes previstos pela lei, isto é, a partir do início da campanha eleitoral e até à hora do fecho das mesas da assembleia de voto é inconstitucional por violação dos artigos 48º/2, 4º e 55º/1 todos da Constituição da República.

1.4.4. Assim, a “*interpretação conforme à Constituição será considerar que a divulgação de sondagens e comentários dos resultados das mesmas não poderá ocorrer durante o período de reflexão previsto no artigo 92º do Código Eleitoral*” (Ibid., f. 12).

1.5. Inconstitucionalidade do Artigo 279º do Código Eleitoral

1.5.1. Considera que “*O artigo 279º do Código Eleitoral contém uma norma de incriminação geral de todas as condutas que violem quaisquer obrigações relativas às eleições previstas no Código Eleitoral*”, o que atinge, na sua avaliação, “*o princípio da tipicidade, vertente do princípio da legalidade, e do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso (artigo 32º, n.º 4 e 17º n.ºs 4 e 5, in fine), da Constituição da República*” (Ibid., f. 12).

1.5.2. Arrazoa que “*viola o princípio da determinabilidade criminal ou do «tipo penal», enquanto sub-vertente ou elemento constitutivo do princípio da legalidade penal, consoante as perspetivas doutrinárias sobre a matéria, na medida em que se estabelece que qualquer incumprimento das obrigações prescritas no diploma é sancionado com uma pena privativa de liberdade que oscila entre o mínimo legal permitido no Código Penal e o máximo de um ano, ou sanção pecuniária até dois anos. Falamos, pois, da vulneração do artigo 32.º, n.º 4, da CRCV, no sentido em que o advérbio de modo «expressamente» é o referente literal do predito princípio da determinabilidade penal*” (Ibid., f. 12).

1.5.3. Isto porque, “*a matéria de incriminação é remetida para um conjunto normativo indeterminado, porquanto se estabelece como sendo atinente a «quaisquer obrigações relativas às eleições», o que manifestamente não permite aos cidadãos aos quais a norma se dirige a faculdade de coadunarem os seus comportamentos a tal proibição, de se motivarem por ela, ademais sancionada com as penas mais gravosas do ordenamento jurídico*”, o que, por si só, está longe de ser compatível com a previsibilidade dos comportamentos humanos, essencial à afirmação do princípio da certeza e segurança, compreendidos no princípio do Estado de Direito em que Cabo Verde se baseia (artigos 2.º, n.º 1, e 7.º, al. c)) – é por si suficiente para ultrapassar as fundas dúvidas de constitucionalidade por vulneração do princípio da taxatividade criminal. De facto, até do prisma da legística, não é aconselhável remeter para uma única norma sancionatória a estatuição de um conjunto de previsões legais. Adequado mostra-se a ligação direta e individualizada a ações ou omissões criminalmente relevantes da sanção tida por adequada pelo legislador democraticamente legitimado” (Ibid., f. 13).

1.5.4. Arremata que “*em matéria de incriminação tem de ser delimitada ou delimitável, acessível ao cidadão comum. Para tal não basta dizer-se, de modo tão amplo e abstrato, que qualquer inadimplemento das obrigações impostas por uma dada lei é punível com uma dada sanção. A individualização criminal obriga a que exista uma*

ponderação caso a caso, tipo legal a tipo legal, entre o bem jurídico protegido, a intensidade da lesão e a estatuição que se lhe liga” (Ibid., ff. 13-14).

1.5.5. E que, finalmente, *“verifica-se que a um conjunto amplo de comportamentos humanos sancionados por este diploma se estabelece uma pena principal de prisão alternativa (no sentido em que o juiz pode escolher pela aplicação de uma privação de liberdade ou de património do agente), entre um mínimo e um máximo, sem qualquer correspondência direta a qualquer um dos tipos legais de crime a que se aplica. Dito de outro modo: as várias Tatbestände estão ligadas indistintamente a uma sanção variável (como a Constituição o impõe), mas sem que se pondere, logo na moldura penal abstrata, qual o grau de danosidade ou ofensividade a bens jurídicos. Assim, pode bem suceder que a um tipo legal menos grave se aplique a mesma pena – ao menos em abstrato – que ao tipo mais gravoso previsto no diploma, o que manifestamente viola o princípio da proporcionalidade com guarida constitucional no já citado artigo 17.º, n.ºs 4 e 5” (Ibid., f. 13).*

1.6. Conclui pedindo: *“a apreciação e declaração da inconstitucionalidade das normas dos artigos 105º, nº 2, al. c), d), e) e f), 106º nºs 1 e 8, 99º, nº 1 e 279º, todos do Código Eleitoral vigente, aprovado pela Lei nº 92/V/99, de 8 de fevereiro, com as modificações nele operadas pela Lei nº 118/V/2000, de 24 de abril, pela Lei nº 12/VII/2007, de 22 de junho e pela Lei nº 56/VII/2010, de 9 de março” (Ibid., f. 15).*

2. Passou a tramitar neste Tribunal, recortando-se o seguinte:

2.1 O requerimento de Sua Excelência Sr. Presidente da República deu entrada no dia 4 de fevereiro de 2016;

2.2. Por despacho do Senhor Presidente do Tribunal Constitucional, datado de 17 de fevereiro do corrente ano, exarado a ff. 17 a19, foi admitido o recurso, após verificação e certificação dos pressupostos para a sua interposição;

2.3. Notificado no mesmo dia (com receção a 19 de fevereiro) (f. 21, para se pronunciar sobre o requerimento de Sua Excelência Sr. Presidente da República, nos termos do artigo 60º da Lei nº 56/VI/2005, de 28 de fevereiro), o órgão produtor da norma – a Assembleia Nacional –, através do seu Exmo. Presidente, reagiu *oferecendo merecimento dos autos* na sua resposta de 22 de fevereiro (f. 22), recebida no mesmo dia (id.);

2.4. Cópias foram entregues a todos os juízes conselheiros e ao Senhor Procurador Geral da República (f. 23), e os autos distribuídos ao Juiz Relator (JC Pina Delgado) a 24 de fevereiro de 2016 (f. 23 v.);

2.5. Foi produzido Memorando contendo enquadramento e questões principais a responder pelo Tribunal, o qual, nos termos do artigo 71 da Lei do Tribunal Constitucional, foi distribuído aos Senhores Juízes Conselheiros e ao Ministério Público.

2.6. No dia marcado para a sessão de discussão do memorando, nos termos legais, pronunciou-se o Digníssimo Senhor Procurador Geral da República, apresentando as considerações que julgou pertinentes, nomeadamente o seu entendimento sobre as questões de fundo levantadas pelo pedido e sistematizadas no projeto de memorando. No seu entendimento, o Tribunal Constitucional deveria declarar todas as normas cuja fiscalização de constitucionalidade se pediu, inconstitucionais. Isto ancorando-se globalmente nos argumentos utilizados no pedido de Sua Excelência o Senhor Presidente da República e esposando uma tese da limitabilidade mínima das liberdades comunicacionais, do excesso das medidas, de estas, por vezes, atingirem o núcleo essencial dos direitos, no caso dos agrupamentos musicais e artistas de poder estar em causa adicionalmente o princípio da igualdade, e, a respeito da norma penal, de o legislador ter um dever constitucional de reduzir ao máximo a indeterminabilidade das normas desse teor e de não o ter feito no caso concreto. Finalizou, considerando, a respeito dos efeitos de uma eventual decisão de inconstitucionalidade que venha, no âmbito deste autos, a ser proferida pelo Tribunal Constitucional, por motivos de interesse público, e nos termos da Constituição, a limitar os efeitos com o fito de assegurar a segurança e certeza jurídicas;

2.7. Os juízes conselheiros, de forma mais ou menos abrangente, com considerações mais formais ou substantivas, discutiram o memorando e a promoção do Senhor Procurador-Geral da República, aprovando-o com a adição de mais uma questão, omissa no memorando, e com a expansão da avaliação de normas constitucionais potencialmente violadas num ou noutro quesito;

2.8. O Plenário determinou que fossem respondidas às seguintes questões:

2.8.1. Se a alínea c) do número 2 do artigo 105 do Código Eleitoral, na medida em que veda a difusão de propaganda política ou opinião favorável ou desfavorável a órgãos de soberania ou autárquicos, ou a seus membros e a candidato, partido, coligação ou lista, viola as liberdades de expressão, imprensa e informação previstas pela Constituição da República, nomeadamente nos seus artigos 60 e 48, e/ou o princípio da proporcionalidade vertido para os números 4 e 5 do seu artigo 17;

2.8.2. Se a alínea d) do número 2 do artigo 105 do Código Eleitoral, por proibir que órgão de comunicação social dê tratamento privilegiado a candidato, partido,

coligação ou lista, viola as liberdades de expressão, imprensa e informação previstas pela Constituição da República, nomeadamente nos seus artigos 60 e 48, e/ou o princípio da proporcionalidade vertido para os números 4 e 5 do seu artigo 17;

2.8.3. Se a alínea e) do número 2 do artigo 105 do Código Eleitoral, considerando que proíbe a alusão ou crítica a qualquer candidato, partido, coligação ou lista, mesmo que dissimuladamente, exceto tratando-se de debates políticos ou sobre as eleições, viola as liberdades de expressão, imprensa e informação previstas pela Constituição da República, nomeadamente nos seus artigos 60 e 48, e/ou o princípio da proporcionalidade vertido para os números 4 e 5 do seu artigo 17;

2.8.4. Se a alínea f) do número 2 do artigo 105 do Código Eleitoral, atendendo que não permite a transmissão de programa apresentado ou comentado por candidato ou seu mandatário, sem prejuízo das normas sobre o direito de antena, viola as liberdades de expressão, imprensa e informação previstas pela Constituição da República, nomeadamente nos seus artigos 60 e 48, e/ou o princípio da proporcionalidade vertido para os números 4 e 5 do seu artigo 17;

2.8.5. Se as afetações à propaganda eleitoral previstas pelo número 1 do artigo 106 lesam, de forma constitucionalmente inaceitável, as liberdades de expressão e de informação previstas pelo artigo 48 e a garantia contra a censura reconhecida pelo artigo 60 (3) da Lei Fundamental, e/ou o princípio da proporcionalidade vertido para os números 4 e 5 do seu artigo 17;

2.8.6. Se o artigo 106 (8), contendo limites à atuação de agrupamentos musicais ou de artistas, viola as liberdades comunicacionais consagradas no artigo 48 da CRCV, bem como o artigo 54 sobre a livre criação intelectual e a divulgação de obras literárias e artísticas ou a liberdade de exercício da profissão, e/ou o princípio da proporcionalidade vertido para os números 4 e 5 do seu artigo 17;

2.8.7. Se, alternativamente, o artigo 106 (8), contendo limites à atuação de agrupamentos musicais ou de artistas, viola o direito ao trabalho ou a liberdade de iniciativa económica e/ou o princípio da proporcionalidade vertido para os números 4 e 5 do seu artigo 17;

2.8.8. Se a proibição inserta no artigo 99 (1) do Código Eleitoral de divulgação do resultado de qualquer sondagem ou inquéritos de opinião atinentes à atitude dos cidadãos perante os concorrentes dezassete dias antes das eleições viola a liberdade de informação consagrada no artigo 48 (2) da Constituição, o princípio democrático e/ou o direito à

participação na vida política consagrado no artigo 55 (1) da Constituição, e/o princípio da proporcionalidade vertido para os números 4 e 5 do seu artigo 17;

2.8.9. Se a proibição prevista pelo mesmo artigo 99 (1) do Código Eleitoral de se comentar o resultado de qualquer sondagem ou inquéritos de opinião atinentes à atitude dos cidadãos perante os concorrentes, é uma limitação inconstitucional à liberdade de expressão violadora do previsto pelos artigos 48 (2), do princípio democrático representado no artigo 4º, do artigo 55 (1), na sua eventual dimensão de ‘direito à participação livre e consciente na vida política’ e dos números 4 e 5 do artigo 17, todos da Constituição da República;

2.8.10. Se o artigo 279, criando base geral de incriminação de condutas não tipificadas, viola o disposto em garantias ligadas ao princípio da legalidade, nomeadamente a sua dimensão de determinabilidade penal e de taxatividade da lei penal, o princípio do Estado de Direito, nas suas dimensões de certeza e de segurança jurídica, e, por fim, o princípio da proporcionalidade.

II. Fundamentação

1. Enquadramento geral do princípio da liberdade e da autonomia individuais e das liberdades comunicacionais

1.1. Estão em jogo no presente desafio de constitucionalidade lançado por S. Excia. o Senhor Presidente da República várias dimensões da liberdade. Manifesta-se, sobretudo, o domínio das liberdades comunicacionais, nomeadamente a de expressão de pensamento, a de informação, a de imprensa e a de criação e divulgação artística, todas contendo as suas especificidades. Particularidades que se fazem sentir ainda mais em razão do contexto de aplicação destas liberdades no caso presente, no domínio político, especificamente circunscrito ao período de campanha eleitoral, sobre o qual incidem a maior parte das normas que fazem parte do pedido de fiscalização trazido ao conhecimento deste Tribunal por aquela alta autoridade do Estado, e que não devem ser desconsideradas.

Ademais, fazem parte deste desafio de constitucionalidade possíveis violações ao princípio democrático pelo legislador ordinário, também ele popularmente legitimado, ao produzir certas normas potencialmente vulneradoras de um dos direitos dele decorrente, o direito à participação na vida pública. Além disso, também em discussão está o princípio da proporcionalidade, porque, sem embargo de se poder discutir a lesão direta das liberdades invocadas em razão de poderem ser, pela sua natureza, afetações

inconstitucionais, elas ainda teriam que ser submetidas ao seu rigoroso teste, nomeadamente verificando-se a sua adequação, necessidade e justa medida. A liberdade de exercício da profissão, o direito ao trabalho e a liberdade de iniciativa económica e até, incidentalmente, à liberdade sobre o corpo e o direito à propriedade, ambos envolvidos na pena prevista pela norma de incriminação cuja constitucionalidade se suscita no pedido da eminente autoridade da República. Em particular as garantias de taxatividade e de determinabilidade da lei penal e eventualmente da proibição de sua retroatividade, vertentes do princípio da legalidade penal ancorados, em última instância, no princípio do Estado de Direito, são outros direitos invocados como potencialmente lesados pelas soluções legislativas do Código Eleitoral.

1.2. Destarte, o conteúdo deste desafio de constitucionalidade é um dos mais importantes e complexos que já foi trazido ao conhecimento da jurisdição constitucional cabo-verdiana, tendo em conta que procura tratar de uma temática verdadeiramente central para o funcionamento do Estado de Direito Democrático. É fundamental, neste sentido, para a definição dos valores públicos sobre os quais a sociedade cabo-verdiana se ancora, importando, no fundo, para dois dos pilares centrais do modelo de organização política que a comunidade política cabo-verdiana resolveu adotar e os valores que a eles subjazem de dignidade da pessoa humana, liberdade e soberania popular. A sua resolução poderá contribuir para o estabelecimento das fronteiras e articulações necessárias para a acomodação entre esses poderosos princípios para que, apesar da sua dinâmica marcada por relações de tensão e acomodação, possam conviver entre si.

1.3. Efetivamente, é uma questão central, pois, em última instância diz respeito a um dos valores centrais do nosso ordenamento jurídico, indispensável ao modelo de organização da comunidade política adotado em Cabo Verde centrado na pessoa humana enquanto indivíduo – a liberdade e a autonomia individuais – o que se depreende das indicações constitucionais insertas nos artigos 1 (2), *in fine* (“*A República de Cabo Verde (...) reconhece o pleno exercício por todos os cidadãos das liberdades fundamentais*”); 1 (3) (“*A República de Cabo verde (...) tem como objetivo fundamental a (...) a construção de uma sociedade livre (...)*” e 2 (1) (“*A República de Cabo Verde organiza-se em Estado de Direito Democrático assente (...) no respeito pelos (...)[as] liberdades fundamentais*”).

Os efeitos deste princípio no sentido de enviar comandos densificados ao legislador de primeiro partir do postulado da liberdade originária da pessoa humana e, daí, com a máxima intensidade que seja permitida pela vida em sociedade, garantir-lhe

espaços efetivos de exercício destas liberdades. Efetivos, porque protegidos da intervenção do Estado e porque salvaguardados de ingerência alheia pelos poderes públicos; protegidos porque criam território soberano para o indivíduo, onde ele determina a prossecução de um conjunto de caminhos, onde ele escolhe modos de realização pessoal, nos quais desenvolve a sua personalidade, por via de um processo de escolha livre, de tentativa e erros, de realizações e frustrações, de linearidade e câmbio; efetivo, em consequência, porque um espaço defeso reservado do paternalismo público, no qual não é o Estado que determina como as pessoas devem viver, nem como se devem comportar, particularmente quando não estão em jogo direitos e interesses de outrem. O princípio da liberdade e da autonomia individuais enviam, pois, comandos ao Estado de preservação dessas esferas individuais.

1.4. Além de valor objetivo do sistema constitucional, é também posição jurídica subjetivada, por meio da qual se garantem direitos, os quais se desdobram em várias das suas principais manifestações, o que o legislador faz acolhendo-as por meio de técnicas variadas, nomeadamente reconhecendo um direito geral à liberdade no artigo 29 da Carta Magna da República (1. *É inviolável o direito à liberdade. (...)*”), explicitando-as, de modo particularizado, no número seguinte (*“São garantidas as liberdades pessoal, de pensamento, de expressão, de informação, de associação, de religião, de culto, de criação intelectual, artística e cultural, de manifestação”*) e permitindo, como é natural, que outras sejam incorporadas ao sistema (*“(...) e as demais consagradas na Constituição, no direito internacional geral ou convencional, recebido na ordem interna, e nas leis”*).

1.5. Como resulta da enunciação feita pelo legislador constituinte, as liberdades comunicacionais são das espécies mais importantes de manifestação da liberdade. Gravitam em redor do artigo 48, e da sua receção da liberdade de expressão, na sua forma básica de liberdade de manifestação de pensamento e de opinião (Artigo 48 (1): *“Todos têm a liberdade de exprimir e de divulgar as suas ideias pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, ninguém podendo ser inquietado pelas suas opiniões políticas, filosóficas, religiosas ou outras”*), de informação (Artigo 48 (2): *“Todos têm a liberdade de informar e de serem informados, procurando, recebendo e divulgando informações e ideias, sob qualquer forma, sem limitações, discriminações ou impedimentos”*), de criação intelectual, artística e científica (Artigo 54 (1): *“1. É livre a criação intelectual, cultural e científica, bem como a divulgação de obras literárias, artísticas e científicas”*)

de liberdade de imprensa (Artigo 60 (1):“*É garantida a liberdade de imprensa*”) e das decorrências institucionais e especiais ao nível da definição de direitos constitucionais.

Reiterando o que já se menciona no pedido, o regime constitucional das liberdades comunicacionais tem a sua base no artigo 48, o que significa que elas partilham, em larga medida, o mesmo regime, nomeadamente em relação à garantia fundamental que lhes está associada – a proibição da censura –, bem como a declaração de necessidade de limitação para proteção da honra e consideração das pessoas, o direito ao bom nome, à imagem, à intimidade da vida pessoal e familiar, bem assim como pelo dever de proteção da infância e da juventude, pela proibição da violência, da pedofilia, do racismo, da xenofobia e de qualquer forma de discriminação, nomeadamente da mulher, e pela interdição da difusão de apelos à prática dos atos referidos na alínea anterior, a possibilidade de fazerem o infrator incorrer em responsabilidade civil, disciplinar e criminal e pelos direitos especiais que contempla, nomeadamente de resposta, de retificação e de indemnização.

1.6. É relevante sublinhar que, ao longo dos anos, o legislador constituinte foi tentando ajustar a Lei Fundamental nesta matéria. É de realçar que na versão originária de 1992, previa-se a liberdade de expressão e de informação no artigo 45, a liberdade de imprensa no artigo 46 e a liberdade de criação artística no artigo 53.

Não deixa de ser significativo que, na revisão ordinária de 1999, mantendo todas essas dimensões das liberdades comunicacionais, deslocou-se a liberdade de imprensa para fora do capítulo sobre direitos, liberdades e garantias individuais, inserindo-o no relativo aos direitos, liberdades e garantias de participação política e de exercício da cidadania (artigo 59). Apesar da ausência de discussão no plenário a respeito desta movimentação, indica uma vontade do legislador de vincar o papel da liberdade de imprensa na realização dos direitos políticos e do exercício da cidadania e, logo, estabelecendo, normativamente, a projeção da liberdade de imprensa sobre o terreno político de formação da vontade coletiva e de legitimação do poder. Alinhando no mesmo diapasão, o Supremo Tribunal Federal do Brasil, por meio do Relator Ayres Britto, diria que *“pelo seu reconhecido modo de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a muitas vezes do papel, a imprensa mantém com a democracia a mais entranhada relação de interdependência e retroalimentação. A presente ordem constitucional brasileira autoriza a interpretação de que o caminho mais curto entre a verdade sobre a conduta dos detentores do Poder e o conhecimento público em geral é a liberdade de imprensa é renunciar ao conhecimento geral das coisas do poder, seja ele político, económico, militar ou religioso”* (Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451. MC-

RED/DF (propaganda eleitoral. Restrições legais à liberdade de imprensa durante as campanhas eleitorais. Inconstitucionalidade) in: *Coletânea Temática de Jurisprudência. Direito Eleitoral*, Brasília, STF, 2015, p. 14).

Em Cabo Verde, tomando-se, todavia, o cuidado de, por via do número 2 do artigo para o qual foi deslocado, reiterar a sua ligação e partilha de regime com a liberdade de expressão, ao dispor-se que “*À liberdade de imprensa é aplicável o disposto no artigo 47 [atual 48]*”, referente à liberdade de expressão e de informação.

Esta primeira revisão foi significativa também porque levou a uma discussão absolutamente esclarecedora sobre o entendimento do constituinte a respeito da importância das liberdades comunicacionais. O objeto da discussão era expressão de agravação dos limites originários à liberdade de expressão e de informação constante do projeto do MPD de acordo com o qual seria inserida a expressão de acordo com a qual “*em caso algum justifica[m] a injúria, a difamação ou a ofensa à honra e consideração das pessoas, nem a violação do seu direito à imagem ou a reserva da intimidade da vida pessoal e familiar. (...)*”. A discussão que se travou foi bastante elucidativa, quando muitos deputados lembraram, com argumentos convincentes, que:

A – A Constituição não deveria hierarquizar de forma abstrata e fixa as relações entre liberdade de expressão e o direito à honra (o principal objeto da discussão) em detrimento daquela (um dos deputados interveniente, do PAICV, dizia que “*Parece-me que, estamos perante um conflito de direitos e quando eu pergunto, também, se quando se diz em caso algum, se o legislador constitucional como se usa dizer, se não está já a tomar partido e a hierarquizar valores, direitos que não são hierarquizáveis. Estão em pé de igual, em princípio, e numa perspectiva abstracta, estão em pé de igualdade. O Julgador é que vai depois, com base na lei ordinária, que segue claramente a Constituição, que vai julgar*” (p. 83)).

B – Recusaram a ideia de que a primeira não estaria protegida pelo mesmo princípio invocado para ancorar a necessidade suprema de proteção da honra, isto é, o princípio da dignidade da pessoa humana, pois, no dizer de outro parlamentar do PCD, “*É evidente que ao conceito de dignidade, na Constituição, está implícita a liberdade, quando se fala da dignidade da pessoa humana é a do ser livre, o primado da liberdade é seguramente a primeira coisa defendida na Constituição. Trazer considerações de qualquer eventualidade, da honra estar acima da liberdade será um absurdo no presente século que estamos a viver*” (p. 88).

C – Rejeitaram a noção de que seria desejável que o legislador tentasse resolver eventuais colisões entre esses dois direitos à margem dos factos concretos a ponderar pelo julgador, como, de resto, decorreria da dogmática dos direitos fundamentais e da moderna doutrina constitucional. Assim, no dizer de outro deputado do principal partido da oposição daquele período, *“Não é verdade, e a doutrina constitucional nesta matéria, nomeadamente a doutrina constitucional que eu tenho cá entre as mãos, diz que há situações em que não se deve dar prevalência à alegação que alguém possa fazer de ter sido ofendido na sua honra. Porque, mesmo as regras legais que defendem o direito à honra, devem ser vistas tendo em conta o direito fundamental à liberdade de expressão e pensamento, e a função constitutiva deste direito para a democracia”* (p. 85), entendimento também partilhado pelo mesmo deputado do PCD já mencionado, para quem *“nós temos um conjunto de direitos que são potencialmente conflituantes com outros direitos constitucionalmente também consagrados e, em função da conjuntura, da situação em concreto, há que se ponderar qual o valor em presença, que naquela circunstância deve ser sacrificado. Há centenas de obras sobre essa matéria, que são colisão de direitos, mas somos tentados a legislar motivados por certos circunstancialismos conjunturais, os quais podem pôr em perigo a própria estrutura daquilo que nós pretendemos construir (...).Acho que a Constituição afirma, e bem, que o direito à liberdade tem como limite natural o direito à honra. Numa situação concreta de colisão de direitos, alguém tem direito à honra e tenho o direito à liberdade de expressão, cabe aos tribunais dirimir esse conflito e saber se naquele caso concreto o direito à liberdade, à ofensa e à honra se justifica, se tem razão legítima, se é racionalmente compreensível ou se o indivíduo deve ser punido pela ofensa à liberdade. Não creio que seja função desta Assembleia dizer no texto da Constituição, a partir de hoje a honra é mais importante que a liberdade. É melhor não entrarmos pelo caminho da ponderação de valores e de hierarquizá-los constitucionalmente”* (p. 86).

D – Lembraram a bola de neve e as derivações autoritárias que começam a ser geradas quando se tenta silenciar o discurso por motivos que, aparentemente, parecem justificados, mas que, no seu bojo, levam à negação do próprio Estado de Direito. Sugeriu-o o deputado do PCD interveniente no debate que *“Era apenas para dizer que a honra sempre foi defendida mesmo no fascismo. A honra abstracta, a incriminação de ofensa à honra sempre foi defendida. Creio que deverá continuar a ser defendida sempre. Agora a liberdade só é defendida em democracia.(...) E sem qualquer analogia, não se*

esqueça que sobre essa capa, durante o fascismo, liberdades foram co[a]rtadas, (...)” (p. 86).

Na ocasião, apesar de terem caído as expressões *“A liberdade de expressão e de informação em caso algum justifica a injúria, a difamação”*, passando-se para a *“liberdade de expressão e de informação não justifica (...)”*, a qual, ainda assim, objetivamente, fortaleceu a proteção constitucional da honra, consideração, reserva da intimidade da vida pessoal e familiar (...), rejeitou o verdadeiro esvaziamento da liberdade de expressão e de informação que resultaria da proposta originária, entretanto reajustada pelos seus proponentes. Neste sentido, por mais que este Tribunal quisesse, não poderia defender posição preferente da liberdade de expressão e de informação na versão decorrente da revisão de 1999. Aliás, nesta matéria, os eixos justificatórios distintos da ‘situação’, responsável pela aprovação desta versão, neste ponto eram coincidentes. O Primeiro Ministro, que participou do debate, aparentemente tentava somente afastar a preferência das liberdades comunicacionais, dizendo que *“não é verdade que a liberdade de expressão seja superior ao direito à honra, não o é nas Convenções internacionais, não o é em outras Constituições, não o é aqui na Constituição cabo-verdiana, e se há magistrados, actores, políticos e se há jornalistas que dizem o contrário, então é necessário clarificar e a clarificação proposta, mais não é do que o reverso da medalha da declaração que existe actualmente. Se de facto o direito à honra é um limite à liberdade de expressão, isso significa que a ofensa à honra nunca pode ser justificada com fundamento em liberdade de expressão. A liberdade de expressão não pode justificar a ofensa à honra. Não é verdade que se diga que se está a querer coarctar a liberdade de expressão, nem é verdade que se diga que a revisão do nº4 atenta grave e flagrantemente contra o exercício do jornalismo e conseqüente ao direito do jornalista à liberdade de expressão e informação, não é verdade, trata-se apenas do reverso da medalha do que lá está, que é claro, mas que não se tem querido assumir, por isso é que é necessário clarificar e a lei penal qualifica claramente o que é que são os crimes de ofensa à honra e consideração, calúnia, injúria e difamação, de facto em caso algum pode a liberdade de expressão justificar a ofensa à honra e consideração”* (Actas das Sessões Parlamentares que aprovaram a Lei de Revisão Constitucional de 1999, Praia, Assembleia Nacional, 1999, p. 148), todavia um deputado do MPD que interveio racionalizou o pensamento da maioria constituinte, e perspetivou-a a partir de uma filosofia mais substancialista e neste caso esvaziadora das liberdades comunicacionais, considerando a necessidade de proteção da honra: *“estamos a propor,*

as pessoas têm liberdade de expressão, informação mas não devem em caso algum ofender as outras, as pessoas não devem ser ofendidas. Se todos estamos de acordo com isso, então vamos aceitar essa proposta, se as pessoas não estão com medo, se não querem que as pessoas sejam ofendidas que assumam isso, mas se querem deixar isso muito lato, sem algo de concreto, é porque querem que as pessoas continuem a ser ofendidas. Nós não queremos isso, nós pensamos que a dignidade humana baseia-se no respeito mútuo e a liberdade só é verdadeira quando é para todos, uma pessoa é livre de falar, de conversar, mas não tem o direito de estar a ofender as outras, (...)” (p. 148).

Dos debates no Parlamento, constata-se facilmente que as opções fundamentais terão sido condicionadas por fatos concretos, atendendo até ao facto de o Primeiro-Ministro lembrar que *“Eu acabo de ouvir uma pergunta, se o artigo funcionou bem ou mal. Eu digo que funcionou mal, não foi assumido, apesar de ser um princípio claro, nem pelos magistrados, nem pela comunicação social, nem pela sociedade de um modo geral”* (Actas das Sessões Parlamentares que aprovaram a Lei de Revisão Constitucional de 1999, p. 147). Mesmo assim, a interpretação dada pelos tribunais não foi muito diferente, nem mesmo atendendo às nuances linguísticas resultantes da nova redação do dispositivo, asseverando o Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional e no papel de jurisdição eleitoral, que *“em sede de campanha eleitoral para a Presidência da República, o confronto entre o direito ao bom nome e o direito de informar prevalecem claramente a liberdade de expressão e o direito de informar, sobretudo no combate político com seus excessos de paixões”* (Acórdão nº 4/2001, de 5 de fevereiro (concernente a pedido de suspensão de tempo de antena por utilização de linguagem difamatória contra candidato), JC. Raúl Varela, acompanhado pelo JC Jaime Miranda e pelo JP Óscar Gomes, não se deixando de notar, no caso concreto, que a decisão obteve a aprovação de uma maioria apertada, atendendo à oposição do JC Eduardo Rodrigues e da JC. Teresa Évora, ambos vencidos.

Todavia, nesta matéria, a registar foi que a revisão de 2010 recuperou a versão originária de 1992, nos termos propostos pela proposta do Grupo Parlamentar do PAICV que a justificou como forma de retomar a conceção mais abrangente de liberdade de expressão constante do texto primevo (*“outra crítica que é feita é de que essa mesma revisão de 1999 introduziu também um recuo em relação ao texto inicial em matéria tão relevante para a democracia e os direitos individuais quanto é a liberdade de expressão e de informação, o que tem mesmo prejudicado a plena valorização da liberdade de imprensa cabo-verdiana por observadores internacionais. Retoma-se por isso neste*

projecto o texto original da Constituição de 1992 relativo às referidas matérias”) (II., para. 4), que foi, então, assumida por todas as forças políticas e que alberga a tese da igual importância abstrata entre as liberdades comunicacionais, de um lado, e a honra, intimidade da vida privada, bom nome, consideração, do outro, etc..

1.7. A sua centralidade no sistema constitucional é inquestionável, já que decorrente da própria natureza humana, com a sua dimensão comunicacional imprescindível à construção de uma comunidade política, e sendo, a um tempo, elemento incontornável da formação da vontade coletiva inerente ao autogoverno do povo pelo povo. Não era sem propósito que desde o grande Aristóteles se fazia esta associação, pois que entendia o mestre que *“o homem é um animal cívico, mais social do que as abelhas e os outros animais que vivem juntos. A natureza, que nada faz em vão, concedeu apenas a ele o dom da palavra, que não devemos confundir com os sons da voz. Estes são apenas a expressão de sensações agradáveis ou desagradáveis, de que os outros animais são, como nós capazes. A natureza deu-lhes um órgão limitado a este único efeito; nós, porém, termos a mais, senão o conhecimento desenvolvido, pelo menos o sentimento obscuro do bem e do mal, do útil e do nocivo, do justo e do injusto, objetos para a manifestação dos quais nos foi dado principalmente a fala. Este comércio da palavra é o laço de toda a sociedade doméstica e civil”* (A *Política*, trad. de Roberto Leal Ferreira, São Paulo, MF, 1998, p. 5). Uma, que, pelas suas características, é caracterizada, dinamizada e formatada pela troca de ideias, de pontos de vista, de percepções, de ‘verdades relativas’ de cada um, em que a autonomia individual se expressa de modos diferentes no quadro de um modelo que agasalha de forma natural diversas concepções sobre o bem, que se sustenta na diversidade de opiniões e na tolerância cruzada das mesmas, em que a opinião pública, manifestação da sociedade civil, e a imprensa livre, se erigem em mecanismo extrainstitucionais de controlo do exercício do poder e em que as divergências são canalizadas para o debate público de ideias ao invés de servirem de elemento de promoção da violência física.

1.8. Não é, decerto, sem razão de ser que são liberdades conaturais e constitutivas do próprio modelo de Estado de Direito, como, de resto, decorre da teoria clássica, nomeadamente a esposada pelo poeta, teórico político e parlamentar inglês do século XVII, John Milton, para quem *“Give me the liberty to know, to utter, and to argue freely according to conscience, above all liberties.[Dá-me a liberdade para conhecer, de forma incondicional, e argumentar conforme a consciência, acima de qualquer liberdade]”* (*Aeropagítica*, Cambridge, Cambridge University Press, 1918 [orig: 1644], p. 57), e,

como tal, projeta-se por todos os sistemas constitucionais, ainda que com intensidade variável, sendo contempladas igualmente pelo sistema internacional de proteção de direitos, ao qual, como é sabido, o cabo-verdiano, está integrado, *máxime* pela possibilidade de incorporação de liberdades fundamentais não-enumeradas, nos termos do já citado artigo 29 (2), *in fine*, como pela possível aplicação da orientação de interpretação conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos explicitada pelo artigo 17 (3) da nossa Lei Fundamental.

1.8.1. Regista-se, pois, neste instrumento o seu reconhecimento usando-se a seguinte redação: *“Toda a pessoa tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”* (artigo 19º).

1.8.2. A mesma matéria é tratada pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos no seu artigo 19, o qual realça que *“ninguém pode ser inquietado pelas suas opiniões. 2. Toda e qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão; este direito compreende a liberdade de procurar, receber e expandir informações e ideias de toda a espécie, sem consideração de fronteiras, sob forma oral, impressa ou artística, ou por qualquer meio à sua escolha”*. Nos termos do *General Comment nº 34, CCPR/c/GC/34, Human Rights Committee, 12 September 2011*, adotado pela entidade de monitorização de cumprimentos deste tratado do qual Cabo Verde faz parte, *“2. Freedom of opinion and freedom of expression are indispensable conditions for the full development of the person. They are essential for any society. They constitute the foundation stone for every free and democratic society. The two freedoms are closely related, with freedom of expression providing the vehicle for the exchange and development of opinions. 3. Freedom of expression is a necessary condition for the realization of the principles of transparency and accountability that are, in turn, essential for the promotion and protection of human rights”* [em tradução livre, a liberdade de opinião e a liberdade de expressão são condições indispensáveis para o pleno desenvolvimento de toda a sociedade livre e democrática. As duas liberdades estão proximamente relacionadas, com a liberdade de expressão a ser o veículo a troca e desenvolvimento das opiniões. 3. A liberdade de expressão é uma condição necessária para a realização dos princípios da transparência e responsabilidade, que, por seu turno, são essenciais para a promoção e proteção dos direitos humanos”].

1.8.3. O mesmo acontecendo com a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, que, no seu artigo 9º, estabelece que “1. Toda a pessoa tem direito à informação; 2. Toda a pessoa tem o direito de exprimir e de divulgar suas opiniões no quadro das leis e dos regulamentos”.

1.9. É do conhecimento público a importância que as liberdades comunicacionais têm para a formação das nações, nomeadamente porque é através delas que elas definem e redefinem os seus valores e instituições, num processo dialético de revisão permanente. Nestes termos também se pronunciou o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha na importante *Luth Urteil*, quando destacou que “o direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento é, enquanto expressão imediata da personalidade humana na sociedade um dos direitos humanos mais importantes. (...). Ele é elemento constitutivo, por excelência, para um ordenamento estatal livre e democrático, pois é o primeiro a possibilitar a discussão intelectual permanente, a disputa entre as opiniões, a base de qualquer liberdade por excelência” (aqui citada com base na tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins et al. in: *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Montevideo, KAS, 2005, p. 390; a versão original pode ser encontrada em *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Studienauswahl*, Tübingen, Mohr, 1993, pp. 37-47).

A mesma perspectiva foi, a título exemplificativo, adotada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, nomeadamente quando solenemente declarou que a “*freedom of expression, (...), constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual’s self-fulfilment. Subject to paragraph 2 (art. 10-2), it is applicable not only to “information” or “ideas” that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no “democratic society” [em tradução livre, “a liberdade de expressão constitui uma das fundações essenciais de uma sociedade democrática e uma das condições básicas para o seu progresso e para a autorrealização de cada indivíduo. (...) é aplicável não só a ‘informação’ ou ‘ideias’ que são recebidas favoravelmente ou são tidas por inofensivas ou como algo indiferente, mas também às que ofendem, chocam, perturbam. São essas as exigências do pluralismo, da tolerância, da abertura de espírito sem os quais não há sociedade democrática]*” (v. *Lingens v. Austria*, Application n. 9815/82, Strasbourg, European Court of Human Rights, Judgment of 8 July 1986, para. 41, disponível na base de dados desta Corte de

Direitos Humanos: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57523#{\"itemid\":\[\"001-57523\"\]}\)](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57523#{\).

É uma tradição que já havia encontrado reconhecimento na *Declaração de Direito de Virgínia* de 1776 (disponível em *Documents of the Constitution of England and the United States: From Magna Charta to the Federal Constitution of 1789*, Francis Bowen (ed.), Cambridge, John Bardlett, 1854, pp. 106-8), que, no seu artigo 12º, declarava solenemente que “*the freedom of the press is one of the great bulwarks of liberty and can never be restrained but by despotic governments [em tradução livre, “a liberdade da imprensa é um dos maiores baluartes da liberdade e nunca pode ser restringida a não ser por governos despóticos”]*” e na poderosa fórmula da *Déclaration* de 1789, conforme a qual “*La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l’Homme: tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l’abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi [em tradução livre, “a livre comunicação de pensamentos e de opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todos os cidadãos podem, assim, falar, escrever, imprimir livremente, com a exceção dos casos, previstos na lei, em que tenha que responder por abusos dessa liberdade”* (Cf. Texto em *Les constitutions de la France de la Révolution à la IV^e République*, Ferdinand Mélin-Soucramanien (org.), Paris, Dalloz, 2009, pp. 1-4), na Carta de Direitos de Massachussets, que, no seu artigo 16 dizia que “*The liberty of the press is essential to the security of freedom in a state: it ought not, therefore, to be restrained in this Commonwealth*” (em *Documents of the Constitution of England and the United States: From Magna Charta to the Federal Constitution of 1789*, pp. 118-123), ou ainda na icónica *primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos de 1789*, aprovada em 1791, na parte em que se institui garantia conforme a qual, “*Congress shall make no law (...) abridging the freedom of speech, or of the press (...) [em tradução livre, “O Congresso não criará nenhuma lei (...) restringindo a liberdade de expressão ou da imprensa”]*” (“*Constitution of the United States [including the amendments]*” in: *American Historical Documents, 1000-1904*, New York, Collier & Son, 1938 (The Harvard Classics), pp.180-198).

Em Cabo Verde, esse processo não foi diferente do ponto de vista político e social, não se coibindo os cabo-verdianos das gerações que nos antecederam de tentar exercer essas liberdades de forma ampla. Um rápido relance sobre a nossa história poria a descoberto as frequentes epístolas enviadas, nomeadamente ao Reino, com as críticas, denúncias a agravos de habitantes das ilhas (Muitas delas podem ser encontradas em

Monumenta Missionaria Africana, 2ª Série, Padre António Brásio (col e anot.), Lisboa, Agência Geral do Ultramar), o relato de André Álvares d'Almada sobre a chamada Costa da Guiné (André Álvares d'Almada, *Tratado breve dos Rios da Guiné e Cabo Verde*, António Luís Ferronha (Leitura, introdução, modernização do texto e notas), Lisboa, Grupo de Trabalho do Ministério da Educação para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses, 1994 [orig: 1594]), ou o relato de André Donelha sobre esse espaço considerado vital para a sobrevivência das nossas Ilhas (André Donelha, *Descrição da Serra Leoa e dos Rios da Guiné do Cabo Verde*], Avelino Teixeira da Mota (ed.) e Paul Hair (notas), Lisboa, Junta de Investigações Científicas do Ultramar, 1977 [orig: 1625], ambos denunciadores de uma esfera pública com algum dinamismo.

Depois, aconteceu a introdução da figura da imprensa em finais do século XIX, permitindo que muitos dos nossos intelectuais agissem de forma efetiva para defenderem causas públicas de grande importância, nomeadamente ligadas à educação, ao estatuto colonial, ao descaso das autoridades e os seus abusos, à discriminação dos naturais das ilhas, à valorização da língua nacional e um conjunto de outras pautas patrioticamente assumidas e propaladas através de jornais como o *Voz de Cabo Verde*, o *Futuro*, o *Manduco*, *Revista de Cabo Verde*, *Notícias de Cabo Verde*, *O Cabo-Verdiano*, *A Acção*, *A Seiva*, *O Eco de Cabo Verde*, dentre vários outros, e pelas afiadas, irreverentes e acutilantes penas dos mais renomados intelectuais e jornalistas cabo-verdianos como Eugénio Tavares, Loff de Vasconcelos, Pedro Cardoso, Cristiano de Sena Barcelos e tantos mais (v. o relato monográfico de João Nobre de Oliveira, *A Imprensa Cabo-Verdiana, 1820-1975*, Macau, Fundação Macau, 1998). Não será despropositado, mas, antes, de elementar justiça, reconhecer o seu papel para a consolidação do senso de nação (Manuel Brito-Semedo, *A Construção da Identidade Nacional. Análise da Imprensa entre 1877 e 1975*, Praia, IBNL, 2006), através do realce de elementos identitários que nos unem, nomeadamente o nosso cosmopolitismo (Gabriel Fernandes, *Em Busca da Nação. Notas para a (Re)interpretação do Cosmopolitismo Criolo*, Florianópolis/Praia, EDUFSC/IBNL, 2006), a tolerância e o amor pela liberdade, nomeadamente de dizer o que pensamos.

Ademais, não é prosaico que se sublinhe o papel congregador das liberdades comunicacionais mesmo em períodos de maior controlo estatal, nomeadamente daquele que marca o Estado Novo em Cabo Verde, com um reforço de mecanismos censórios, e também na vigência da I República, momento no qual um jornal como o *Terra Nova* garantia um veículo crítico de acompanhamento do poder político, ou mais ainda, depois

da instauração do regime democrático, quando, de forma incremental, médias diversificados exercem de forma cada vez mais firme a sua função de contrapoder, confrontando as autoridades, trazendo ao conhecimento da opinião pública factos que denunciam disfunções no funcionamento do sistema, guardando as liberdades, particularmente dos socialmente afónicos, vigiando a moralidade pública, etc, como registam os relatos e análises sobre a imprensa nesse período (v., por todos, Silvino Lopes Évora, *Políticas de Comunicação Social e Liberdade de Imprensa – Para Compreender o Jornalismo e a Democracia em Cabo Verde*, s.l., Editura, 2012). Em um sistema erigido, pelo menos parcialmente, a partir da desconfiança em relação ao poder, um papel mais relevante não podia ser assumido em sede de liberdades comunicacionais, as quais funcionam articuladamente para garantir que as pessoas possam dar a sua opinião sobre as mais diversas questões, de interesse individual ou coletivo, que outras possam disso ser informadas sem interferência do Estado e que isso possa ser feito por meios coletivos, nomeadamente por meio da comunicação social.

1.10. Não obstante a sua centralidade, que não se discute, a intensidade e os modelos constitucionais relativos às liberdades comunicacionais são variáveis, regra geral respondendo a tradições e desafios que se colocam a cada sociedade. É que ao legislador constituinte cabo-verdiano não escapou o facto de a comunicação ser uma ferramenta para promover qualquer finalidade. Como tal ela é imprescindível, pelos motivos apontados, para o funcionamento do Estado de Direito e do Estado Democrático. Pelo potencial emancipatório que integra, pela sua natureza crítica, de controlo externo, etc. No célebre *Spiegel Urteil* do Tribunal Constitucional Federal Alemão, “*Uma imprensa independente, não dirigida pelo poder público, não submetida à censura, é elemento essencial do Estado livre; especialmente a imprensa política livre, publicada periodicamente, é imprescindível para a democracia moderna. Se o cidadão deve tomar decisões políticas, tem ele [antes não somente] que ser amplamente informado, mas também deve poder conhecer as opiniões que outros formaram e ponderá-las em si. A imprensa mantém esta discussão constantemente viva; obtendo as informações, ela mesma toma posição e atua como poder orientador na discussão pública. Nela se articula a opinião pública; os argumentos são esclarecidos em discurso e réplica, ganham contornos definidos e, assim, facilitam ao cidadão o julgamento e a decisão. Na democracia representativa, a imprensa apresenta-se, ao mesmo tempo, como constante órgão de ligação e de controle[o] entre o povo e seus representantes eleitos na Câmara Federal e no Governo. Ela resume, de maneira crítica, as opiniões e reivindicações que*

constantemente surgem na sociedade e em seus grupos, coloca-as em debate e as apresenta aos órgãos estatais politicamente ativos, que, dessa forma, podem constantemente medir suas decisões, também em relação a questões isoladas da política diária, com base no parâmetro das opiniões realmente defendidas em meio ao povo” (aqui citada com base na tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins et al. in: *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Montevideo, KAS, 2005, p. 439; a versão original pode ser encontrada em *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Studienauswahl*, Tübingen, Mohr, 1993, pp. 134-147).

Todavia, como instrumento, a comunicação – individual ou de massas – pode ser usada pelos mais diversos motivos, muitos dos quais são frontalmente contrários aos valores constitucionais, por exemplo, porque promovem a intolerância, o sexismo, a violência, etc. Neste sentido, qualquer contrapoder é também um poder. Mais, ele pode se associar aos outros poderes ou por eles ser promovido. Disso decorre que concordando com as poderosas palavras do Juiz Ayres Britto do Supremo Tribunal de Justiça – que, naturalmente propondo voto com base na experiência e Constituição do Brasil, mas falando de uma questão com elevados índices de universalidade –, conforme as quais “*A Magna Carta Republicana destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como a mais avançada sentinela das liberdades públicas, como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Os jornalistas, a seu turno, como o mais desanuviado olhar sobre o nosso cotidiano existencial e os recôndidos do poder, enquanto profissionais do comentário crítico (...)*” (Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451. MC-RED/DF (Propaganda eleitoral. Restrições legais à liberdade de imprensa durante as campanhas eleitorais. Inconstitucionalidade), p. 14, também não pode deixar de considerar a possibilidade de haver associação entre os média e o poder ou desta ter os seus próprios interesses corporativos, económicos ou de outra natureza a defender. Logo, num sistema como o nosso, passível de abuso, legitimando, assim, mecanismos razoáveis de limitação, nos termos adotados pela Lei Fundamental.

Assim sendo, o recorte constitucional relativo às liberdades comunicacionais deve ser lido com grande minúcia, atendendo às suas particularidades de direito fundamental complexo e que convive, muitas vezes de forma tensa, com outros direitos e valores constitucionais. Considerando esses elementos, o legislador constituinte, de modo

convergente com o pensamento filosófico político e prático que animou a feitura da Constituição, sem embargo da sua ‘fome’ de declaração de direitos, optou por não agasalhar uma visão libertária das liberdades comunicacionais, uma que estivesse ancorada numa conceção de sua absolutidade ou limitabilidade residual. Outrossim, ele próprio considerou a existência de potenciais fontes de atrito e não só comprimiu-os na origem, vedando vários conteúdos ou precavendo efeitos excessivos dessas liberdades sobre o direito à honra e consideração das pessoas, o direito ao bom nome, à imagem e à intimidade da vida pessoal e familiar, em razão do dever de proteção da infância e da juventude, de proibir de apologia da violência, da pedofilia, do racismo, da xenofobia e de qualquer forma de discriminação, nomeadamente da mulher, e de interditar a difusão de apelos à prática desses delitos. Também permitiu que, moderadamente, o legislador ordinário, interviesse para garantir as condições de convívio entre essas liberdades, que, pela sua natureza pública e confrontacional, manifestam uma maior probabilidade de serem abusadas pelos seus titulares e impedirem a realização de interesses públicos importantes. Como lembrava uma alocução de um deputado, em discussão sobre a natureza de certas liberdades comunicacionais, “o direito à honra e à consideração vêm à baila, quando se trata do direito de informação que choca, é um dos direitos que quando se exerce vai chocar com o direito à imagem, ao bom nome, e à intimidade etc., costuma sempre chocar com isto” (*Actas da Sessão Parlamentar que aprovou a Lei de Revisão Constitucional de 1999*, p. 83).

Esta modelação das liberdades, então, muito longe de ser libertária, acaba por traduzir um liberalismo racionalizado. Primeiro, porque excludente de conceções e efeitos mais radicais das liberdades que consideram que esta não pode e não deve ser domesticada. Ao contrário, atendendo às suas tendências antropofágicas de consumir as outras liberdades ou as liberdades de outrem, já considerava o próprio Papa do Liberalismo, John Locke, que *liberdade não é libertinagem/licenciosidade*, pois, como dizia o estado natural humano de liberdade não é uma licença para se fazer o que se quiser (“Though this be a *State of Liberty*, yet it is not a *State of Licence*”) (*Second Treatise on Civil Government*, Peter Laslett (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1960 [orig: 1689], cap. II).

Segundo, porque absorve elementos tipicamente republicanos da liberdade, nomeadamente tentando harmonizar a liberdade como não interferência do Estado, de feição claramente verticalizada, e a liberdade como não domínio dos cidadãos sobre outros cidadãos, que se projeta horizontalmente. Não se pode a respeito deixar de lembrar

um dos maiores esteios da história intelectual da nação, Eugénio de Paula Tavares, que, de forma lapidar, demonstrava a relação umbilical entre o ideal da liberdade e valores republicanos da igualdade e da fraternidade ao perguntar “*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). Não é, naturalmente, uma igualdade que mata a liberdade, mas, antes, cria as condições para que ela floresça de forma harmónica e bem ordenada, portanto limita-a nos limites estritos dessa necessidade. Por isso dizia o iluminista Bento Spinoza que “*não é a finalidade da República fazer de homens racionais bestas ou marionetes. Pelo contrário, para que a sua mente e corpo desempenhem as suas funções e para usarem a razão, e não o ódio, raiva ou fraude, para com os outros. A finalidade da República é verdadeiramente a liberdade [Non, inquam, finis reipublicae est homines ex rationalibus bestias vel automata facere, sed contra ut eorum mens et corpus tuto suis functionibus iungatur, et ipsi liberà ratione utantur, et ne odio, ira vel dolo certent, nec animo iniquo invicem ferantur. Finis ergo Reipublicae revera libertas est*”] (Benedictus de Spinoza, *Tractatus Theologicus-Philosophicus* in: *Opera Philosophica Omnia*, Stuttgart, Gerger, 1830 [orig: 1670], cap. xx, p. 241).

Naturalmente, há, como regra, um predomínio do primeiro sobre o segundo, mas a função deste não pode ser desmerecida porque é precisamente um elemento de moderação e de ajustamento de efeitos nocivos daquele. A regulação do mercado das ideias, pelo menos com a exclusão de certos comportamentos, é também uma realidade presente na Constituição, a qual, considera, como não podia deixar de ser, o potencial emancipatório das palavras, gestos e comportamentos, mas também leva em conta que, como instrumento de comunicação, pode ser usada também para oprimir, nomeadamente aqueles cujas vozes não são ouvidas, pelo seu número ou estatuto socialmente conferido, tão atentamente ou com tanto valor. Não é nem mais nem menos esta necessidade que levou o legislador a tentar, claramente, proteger, de forma legítima, aqueles que são mais vulneráveis na sociedade de excessos discursivos.

Ainda assim, não se pode jamais confundir a exceção que é a limitação das liberdades comunicacionais com a regra que é a sua preservação na máxima intensidade possível. O sistema tenta controlar abusos no exercício das liberdades, é certo. Não obstante, tem no seu bojo a convicção de que os incómodos, inconvenientes, excessos, exorbitâncias no exercício dessas liberdades são, e muito, ultrapassados pelas vantagens

de uma comunicação livre. Afinal, quantos abusos sobre os direitos seriam silenciados se os governantes não receassem a sua exposição pública, interna e internacional? Quantos atos perniciosos para a própria República ocorreriam de forma impune sem que o cidadão e as autoridades tivessem conhecimento se não pudessem ser denunciados? Neste sentido, perante tal ligação à natureza humana e ao funcionamento da sociedade contemporânea, estaremos perante o que a doutrina e a jurisprudência constitucionais denominam de direito tendencialmente preferente, cuja preservação deve sempre ser prioritária, a menos que existam razões suficientes que justifiquem a sua limitação.

Há, porém, um terceiro aspeto, pois, no caso concreto, essas liberdades comunicacionais serão exercidas no espaço de formação da vontade coletiva. E a projeção das liberdades comunicacionais é variável, ocupando um espaço mais abrangente e indisputado nas relações civis, como corolário da sua ligação à natureza humana, todavia, no espaço do político, é obrigada a dividir o terreno com elementos mais republicanos, nomeadamente a própria ideia de igualdade entre os cidadãos e a sua decorrência da liberdade como não-domínio nos termos desenvolvidos por Phillip Pettit, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1997; id., *On the People's Terms. A Republican Theory and a Model of Democracy*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2012. Não significando que as liberdades comunicacionais não têm relevância nesta esfera. Outrossim, como o *General Comment 25*, Human Rights Committee, 27 August 1996, para. 25, destaca que “*in order to ensure the full enjoyment of rights protected by article 25, the free communication of information and ideas about public and political issues between the citizens, candidates and elected representatives is essential. This implies a free press and other media able to comment on public issues without censorship or restraint and to inform public opinion [em tradução livre, “para assegurar o pleno gozo dos direitos protegidos pelo artigo 25 [do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a comunicação livre de informação e ideias a respeito de assuntos públicos entre cidadãos, candidatos e representantes eleitos é essencial. Isto implica que a imprensa livre e outros media possam comentar assuntos públicos sem censura ou restrição e informar a opinião pública”]*). O que ocorre é que elas devem ajustar-se ao ideário republicano de liberdade recortada a partir do princípio da igualdade, pelo qual, habermasianamente (*Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a. Main, Suhrkamp, 1992), a esfera pública democrática é um espaço de igualdade, onde, comunicativamente, pessoas e grupos apresentam argumentos cuja validade não depende de fatores definidos *a priori*,

com base em conceitos pré-estabelecidos de qualidade e pertinência, mas avaliados pela população a partir dos seus méritos intrínsecos. A força da liberdade concatena-se, deste modo, a um projeto de vida coletivo num contexto de simbiose perfeita entre os interesses individuais e o a realização do bem comum, uma relação que é capturada de forma expressiva pela definição da política de Hannah Arendt (*On Violence*, Orlando, HB, 1969, cap. 2), como a arte de agir em conjunto, e artisticamente pela letra de uma canção recente em que se diz que “*Mi ku bô, nu djunta mon. (...) Médu é inimigu d'alma, êl é um prison Ki ta anikila pás e kalma di tudu kriston. Sen liberdadi di expreson. Sen liberdadi di expreson. Ku certeza e konfiansa Nu ta kria um arco di amor. Ku aliansa e speransa Nu ta kria um mundu midjor. Pa bô, pa mi, pa bô, pa mi...Pa nos tudu! Mi ku bô, nu djunta mon. Mi ku bô, nu djunta mon*” (Sara Alinho, “Mi ku bo” in *Mosaico*, faixa 1).

Neste sentido, a democracia republicana assenta-se no pressuposto de que a igualdade é o pressuposto de contribuições sérias e de boa fé para o bem comum da Comunidade Política e a liberdade deve também ser entendida na perspectiva de equilíbrio entre diversas vontades igualmente legítimas sem que uma delas se possa sobrepor às demais ao ponto de ser considerada à partida melhor ou tida por merecedora de alguma presunção de veracidade. Destarte, neste terreno, se a liberdade, majestosa como sempre no nosso sistema constitucional, reina, a igualdade também ocupa posição de igual destaque pelos motivos supramencionados, o que autoriza e legítima que o Estado atue para garantir o equilíbrio prático, em quadro de coregência, entre elas. É elucidativo exemplo disso, o facto de que, na esfera pública, ricos e pobres, pessoas reconhecidas e desconhecidas, de nome ou de renome, valem, conforme o artigo 126 da Lei Fundamental, um e único voto em cada eleição, conforme o princípio da unicidade do voto. Não é sem sentido que o legislador constituinte menciona precisamente esses dois valores no artigo 99 (5) da Lei Magna da República como princípios que devem governar a campanha eleitoral. E ao fazê-lo do modo como o faz, dirige injunção direta ao legislador ordinário para que, em sede infraconstitucional, encontre as melhores soluções que permitam harmonizar esses dois valores constitucionais em matéria eleitoral.

1.11. Assim sendo, o Tribunal deve determinar se os direitos e as liberdades fundamentais que são – muito doutamente, saliente-se –, referidos no pedido pela excelentíssima entidade que o interpôs, foram ou não afetados de forma constitucionalmente legítima e se, num segundo momento, há uma lesão das garantias fundamentais em matéria penal previstas pela Constituição pela norma de incriminação de condutas por ele mencionadas.

Com tais ingredientes, não é uma questão fácil, exigindo a avaliação e ponderação necessária que considere as indicações normativas concretas, o contexto, objetivos e finalidades dos enunciados deônticos relevantes à luz de um contexto social e político cambiante, resultando na necessidade de se verificar se, no atual estágio de desenvolvimento do nosso sistema político democrático, as afetações que atingem direitos fundamentais centrais, co-originários à própria ideia de uma República livre e com liberdade, são constitucionalmente justificadas, nomeadamente como forma de proteger outros direitos fundamentais ou preservar interesses públicos suficientemente fortes.

Isso, num quadro em que os direitos, liberdades e garantias envolvidos nesta questão constitucional, ainda que contando com respaldo constitucional, salvo uma ou outra exceção, não envolvem garantias fundamentais construídas como regras constitucionais, mas têm natureza de princípios constitucionais, logo mandados de otimização e, assim, suscetíveis de serem afetados. Quase todos estão sujeitos a limitações na sua extensão, conforme, aliás, indicado pelo próprio legislador constituinte no artigo 48, aplicável às demais liberdades comunicacionais, mas somente nas situações excecionais em que isso se mostrar necessário para a proteção de direitos ou para salvaguardar interesses públicos relevantes e na medida estrita em que isso se justifique.

De forma consistente, a jurisdição constitucional cabo-verdiana se tem pronunciado sobre a possibilidade de haver limitações – desde que presentes condições de legitimação – de liberdades fundamentais e de direitos com natureza análoga. Foi assim quando se pronunciou no sentido de que “*esse direito não é absoluto, podendo ser restringido nos casos em que interesses ou valores igualmente constitucionalmente protegidos o imponham, (...)*” (Parecer 1/2007, de 6 de Setembro de 2007 (sobre a [in]constitucionalidade da Lei de Organização da Investigação Criminal (Rel: JC Maria de Fátima Coronel), Reproduzido no *B.O. da República de Cabo Verde*, I Série, nº 35, 17 de Setembro, p.663), quando se sustentou que “*o direito de livre escolha da profissão (...) não é nem podia ser um direito absoluto, posto que quer o interesse público, quer outros inerentes à própria capacidade ou qualificação profissional podem muito bem justificar a opção legislativa no sentido de o comprimir, seguramente em termos proporcionais e na medida em que tais restrições se revelarem necessárias (...)*” (Acórdão nº 3/2005, (Sobre a [in]Constitucionalidade do Regulamento de Quotas e Taxas da Ordem dos Advogados, (Rel. JC Manuel Alfredo Semedo), Supremo Tribunal de Justiça enquanto Tribunal Constitucional, 16 de Junho de 2005. Mais recentemente, o

próprio Tribunal Constitucional acolheu esta tese, pronunciando-se no sentido de que *“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”* (Acórdão n. 7/2016, (Sobre a [in]Constitucionalidade da Limitação de Capacidade Eleitoral Passiva a Magistrado Judicial no Acesso à Vice-Presidência do Conselho Superior da Magistratura Judicial) de 21 de Abril de 2016, (Rel. JC Pina Delgado) publicado no *B.O. da República de Cabo Verde*, I Série, n. 35, 10 de maio de 2016, pp. 1224-1251, para. 4.2.).

Naturalmente, não eram comentários destinados a tratar de nenhuma liberdade comunicacional que teria um estatuto constitutivo primário pela sua ligação ao próprio conceito de Estado de Direito Democrático. Reconhecendo isso, não deixa de ser igualmente evidente que, por um lado, é das liberdades mais propensas a entrar em choque com outros direitos, como mostra a discussão travada no nosso parlamento sobre o âmago das liberdades comunicacionais que ajuda também a definir a conceção constitucional sobre esse direito fundamental. Assim, pela sua natureza, é quase inevitável que esteja sujeita a algum tipo de operação de afetação. Neste sentido, aliás, já se haviam posicionado os nossos legisladores constituintes quando tiveram a oportunidade de discutir a configuração constitucional e o quadro constitucional relativo às liberdades constitucionais do ponto de vista da sua eventual absolutidade. Neste sentido, dizia um ilustre deputado que a doutrina não absolutiza os direitos, liberdades e garantias, chamando a *“atenção para a necessidade da sua concordância prática, inclusive até um direito que se costuma dizer que é um direito absoluto, que é o direito à vida, em certas circunstâncias encontra limites, em situações de legítima defesa por exemplo e factos justificativos, portanto não há que estabelecer, do meu ponto de vista seríamos muito prudentes se não estabelecêssemos, isso com todo o respeito pela posição contrária, seria um absurdo na Constituição”* (*Actas das Sessões Parlamentares que aprovaram a Lei de Revisão Constitucional de 1999*, p. 149).

Por conseguinte, desde logo, é relevante que se afaste, pelo menos enquanto regra geral, a intangibilidade absoluta das liberdades e garantias de carácter comunicacional a menos que tenham sido configuradas pelo legislador enquanto garantias fundamentais destinadas precisamente a preservar o núcleo de proteção do direito, um efeito que pode ser estendido ainda para salvaguardar, a estes níveis, esferas de proteção que ainda se podem integrar outros círculos relevantes de proteção do direito.

Não entende este Tribunal, face ao exposto, que tenha sido cogitado tal entendimento relativo às liberdades comunicacionais. No mesmo sentido, não se entende que a enumeração de situações de limitação da liberdade de expressão e de informação que se encontra nos números 4 e 5 tenha o objetivo de estabelecer limites rígidos às afetações que essas liberdades (e por partilha de regime às outras de textura análoga) podem ser sujeitas. Simplesmente declara tais limitações e envia comandos de harmonização – que inevitavelmente implica em afetações – nesses casos, sem excluir, que, opcionalmente, desde que se mostre imperioso para a proteção de outros direitos fundamentais ou visando a preservação de interesses públicos relevantes, também se o possa fazer.

Há uma autorização geral de restrição conferida ao legislador ordinário nomeadamente constante do artigo 17, nos seus números 4 ou 5, que disciplinam a matéria, desde que o direito em questão, para sua harmonização com outros direitos fundamentais ou interesses públicos relevantes, o requeira. O Tribunal Constitucional considera que a melhor leitura da Lei Fundamental neste domínio deve considerar a moderação natural do sistema cabo-verdiano de proteção de direitos. Este não parece, nomeadamente, ser tributário de uma perspetiva absolutista sobre os mesmos, pelo menos que fosse ao ponto de impedir a sua afetação em determinadas situações constitucionalmente justificáveis. Todavia, também não se coibiu de, primeiro, impedir a ingerência em certos tipos de direitos, os que assumem natureza de garantia fundamental, segundo, de estabelecer um limite de ingerência nos outros direitos – o seu núcleo essencial – e, terceiro, de controlar qualquer afetação por meio das condições previstas pelos preceitos já apontados.

1.12. Este controlo, nos termos da Lei Magna da República, é exercido, em abstrato, por este Tribunal Constitucional. Este vem considerando, na senda de tradição já presente na jurisdição cabo-verdiana, que o sistema constitucional garante um espaço ao legislador democrático para conformar a legislação interna de acordo com critérios que constitucionalmente pode adotar, nomeadamente cabendo-lhe tentar fazer a inevitável harmonização entre princípios constitucionais, direitos fundamentais subjetivos e interesses públicos, a qual leva à afetação de direitos. E os representantes do povo, fazem-no, conforme o sistema, procurando a realização das finalidades legítimas de uma República Livre e de Livres e Iguais. Neste quadro, testa e experimenta soluções diferenciadas para tentar regular a realidade vivida de que é observador e interveniente privilegiado, assegurando-se do apoio técnico necessário para esse efeito. Tal espaço deve

ser respeitado nos limites da Constituição. Os membros do Tribunal não fazem parte de uma Câmara Alta legislativa nem são superlegisladores e o Estado de Direito não se concretiza se o legislador democrático não tiver um espaço de experimentação, de concretização, se não puder supostamente errar, se não lhe for possível produzir o que popularmente no jargão jurídico, se tem convencionado chamar de ‘cabo-verduras’, mas que são solução legítimas e, na maior parte dos casos, ajustadas para a realidade nacional.

Diz-se isso porque a questão que se tem em mãos pode parecer uma que, pela sua natureza politicamente carregada, exigiria uma mais intensa deferência do Tribunal para com o legislador. Afinal, ninguém poderá, *a priori*, reivindicar um melhor conhecimento das dinâmicas do processo eleitoral do que a classe política nacional, cujos integrantes acabam também por assumir, de modo democraticamente legítimo, a função de representantes do povo e de legisladores, e da correspondente necessidade que sente de ajustar, de modo contínuo, o sistema eleitoral e as regras jurídicas que tentam disciplinar a matéria.

Para o Tribunal Constitucional, no entanto, o problema constitucional que foi levantado deve ser abordado a partir de duas perspectivas. Estando em jogo decisões legislativas que produzem de forma intensa efeitos externos sobre as liberdades públicas e constrangimentos objetivos colocados a direitos fundamentais e com extensões fora do espaço concreto de atuação das candidaturas, deve manter o nível de controlo e de escrutínio normais na sua missão de defesa da Constituição e dos direitos. Outrossim, nas situações em que os efeitos das restrições fazem-se sentir somente sobre as próprias candidaturas ou em espaço que é seu por excelência, sem prescindir do seu poder de escrutínio, este deverá ser necessariamente mais laço, com a exceção dos casos em que tais medidas tenham cariz protecionista, nomeadamente por poderem excluir do mercado das ideias político-eleitorais, agrupamentos minoritários ou ascendentes. Demanda-o a função deste Tribunal de instituição garante do funcionamento da democracia cabo-verdiana.

2. Tendo tal enquadramento em mente, o Tribunal passa a analisar individualmente as questões que foram trazidas ao seu conhecimento, nomeadamente de saber se:

2.1 A alínea c) do número 2 do artigo 105 do Código Eleitoral, na medida em que veda a difusão de propaganda política viola as liberdades de expressão, imprensa e informação previstas pela Constituição da República, nomeadamente

nos seus artigos 60 e 48, e/ou as condições de restrição de direitos, liberdades e garantias previstas pelos números 4 e 5 do seu artigo 17.

2.1.1. No pedido feito pela Excelsa entidade da República que chegou ao conhecimento do Tribunal Constitucional, argumenta-se que poderá estar em jogo uma eventual violação de várias liberdades comunicacionais constitucionalmente protegidas – expressão, informação e imprensa – pelo facto de o artigo impugnado vedar propaganda política pelo período legalmente estipulado. Isto porque, no seu entender, as restrições em causa, iriam muito além do que é permitido pela nossa Lei Fundamental em matéria de afetações, a qual só aceitaria limitações mínimas a esses direitos tão importantes para uma sociedade livre e democrática.

2.1.2. Portanto, a primeira questão do programa aprovado no momento de discussão do memorando é a de saber se a alínea c) do número 2 do artigo 105 do Código Eleitoral, na medida em que veda a difusão de propaganda política viola as liberdades de expressão, imprensa e informação previstas pela Constituição da República, nomeadamente nos seus artigos 60 e 48, as condições de afetação vertidas para os números 4 e 5 do seu artigo 17.

Para tratar a questão é relevante que se tenha esta ideia geral de que, como regra, o que poderá determinar a inconstitucionalidade desses preceitos será o facto de a restrição operada pela suprarreferida norma poder atingir o núcleo essencial do dispositivo, concretamente as suas esferas básicas de proteção ou se se mostrar desproporcional ou por violação do princípio da adequação ou por violação do princípio da necessidade ou o da justa medida, as suas três dimensões, ou por não obedecer às restantes condições previstas para a restrição de direitos, liberdade ou garantias.

Assim, no pressuposto já aflorado de que a Constituição reconhece poucos absolutos, a resposta a esta indagação demanda a confrontação cruzada entre as normas potencialmente violadas pelo Código Eleitoral – os artigos 48 e 60 da Constituição – e os números 4 e 5 do artigo 17 da Lei Fundamental. Todavia, na verdade, como na maior das situações desta natureza, estamos perante um *hard case*. Como tal, complexo e que exige primeiro que se distingam situações diferentes que podem determinar a utilização de elementos distintos de ponderação. Há, primeiro, que se determinar se a liberdade de expressão foi atingida; segundo, se a de informar é lesada pela norma constitucional; terceiro, se a liberdade de ser informado é-o; quarto, se a liberdade de imprensa também acaba por o ser. E tudo isto com cruzamentos diferenciados que tratem de forma autónoma propaganda política e a opinião, que são realidades claramente distintas.

2.1.3. Antes, todavia, necessário se mostra um olhar sobre o âmbito de aplicação dessa norma legal. Esta, no que diz respeito ao conteúdo do comportamento típico vedado, não é nova. Outrossim, tem na sua base a versão originária do Código Eleitoral, contendo a seguinte redação: “Desde a apresentação de candidaturas e até ao termo da campanha eleitoral, é vedado às estações de rádio e de televisão, na sua programação normal e noticiários ou através de páginas da internet ou em outras redes transnacionais de prestação de serviços de telecomunicações, (...), difundir propaganda política” (art. 97 (c)).

2.1.4. Este preceito foi revisto em 2007 para comportar a expressão, “a partir do sexagésimo dia (...)”, que objetivamente pode ser discutida na perspectiva do âmbito temporal de cobertura potencial da proibição para a maior parte das situações, com a exceção do caso das eleições para Presidente da República – já que estabelece o artigo 376 que “1. As candidaturas para Presidente da República são propostas por um mínimo de mil e um máximo de quatro mil cidadãos eleitores e devem ser apresentadas no Tribunal Constitucional até sessenta dias antes da data marcada para as eleições”. As outras têm prazos mais curtos de apresentação de candidaturas, nomeadamente no caso das eleições a deputado à Assembleia Nacional e nas eleições dos titulares dos órgãos municipais. De acordo com o artigo 347 do Código Eleitoral, “A apresentação deve efectuar-se entre o quinquagésimo e o quadragésimo dias que antecedem a data prevista para as eleições”.

2.1.5. Deste modo, a primeira resposta efetiva a dar-se tem a ver com a determinação de uma eventual violação à liberdade de expressão, da liberdade de informar, da liberdade de ser informado e da liberdade de imprensa pelo artigo 105 (2) (c) do Código Eleitoral, conforme versão introduzida pela revisão de 2007. O passo inicial para se fazer esta verificação é determinar o âmbito e o propósito desta norma legal, que, assim, pode ser segmentada “A partir do sexagésimo dia anterior a data marcada para as eleições e até ao encerramento da votação, é vedado aos órgãos de comunicação social, sob qualquer forma, difundir propaganda política (...)”.

Por propaganda pode entender-se a transmissão pública e organizada de mensagens com a finalidade de convencer um grupo indeterminado de destinatários. Independentemente da sua origem, que até foi religiosa, a propaganda pode ser utilizada em qualquer setor da vida comunitária e humana, nomeadamente no domínio económico, quando se pode entrecruzar com a publicidade, militar, social, cultural e, naturalmente, político. Quando assim é, por motivos óbvios, chama-se de propaganda política,

caracterizando-se por estar ao serviço de finalidades ligadas à obtenção, manutenção ou proteção contra o poder, que marca inevitavelmente esta dimensão existencial central da organização humana. Estar ao serviço de um projeto de poder, na realidade, abre a propaganda política aos outros domínios, pois pode também ser usada, diretamente, como um instrumento do poder económico e do poder social – respetivamente associações patronais e sindicatos –, das confissões religiosas ou de outras instituições comunitárias relevantes.

Por conseguinte, interesses desta natureza podem projetar-se sobre a dimensão política como forma, ativa ou passiva, de proteção. Disto decorre que não se pode limitar o conceito de propaganda política do artigo 105 (2) (c) a propaganda dos partidos políticos, listas ou candidatos, pois, apesar da centralidade dos partidos políticos no nosso sistema político e a possibilidade de participação passiva das outras entidades que promovem candidaturas, que têm o seu espaço reservado de propaganda eleitoral, propaganda política significa no fundo a transmissão organizada de mensagens ao serviço de um projeto de poder com a finalidade de convencer um número indeterminado, mas representativo, de pessoas. Neste sentido, projeto de poder não é somente aquele que é perseguido por partidos políticos e outras entidades elegíveis a posições públicas relevantes; é também o projeto daqueles que querem que essas entidades lá estejam para perseguir determinados propósitos ou que, num prisma negativo, querem fazer de tudo para impedir-lhes o acesso a posições de tomada de decisão, temendo terem orientação contrária aos seus interesses.

Destarte, por motivos claros, o termo abarca tanto a propaganda política positiva – ressaltando as qualidades, o perfil, a adequação de um prospetivo candidato – como a negativa – precisamente destinada a demonstrar a ausência de qualificação técnica, moral, etc., de uma candidatura – podendo a conduta ser direta ou indireta, por exemplo traçando cenários positivos ou negativos caso a escolha política se dirija num determinado sentido e alertando a população para tais efeitos. A propaganda política, conseqüentemente, pode ser feita por diversos grupos de interesse: empresas, associações patronais, associações sindicais, associações de defesa de determinados valores, confissões religiosas, pelos próprios órgãos de comunicação social e, naturalmente, pelos partidos políticos, candidaturas no geral e candidatos. É, pois, conceito que requer a presença dos seguintes elementos, finalidade comum (relacionada ao poder), articulação de mensagens destinadas a atingir certos destinatários, e repetição das mesmas.

A propaganda política, enquanto tal, não é proibida pelo Direito Cabo-Verdiano, por ser uma manifestação da liberdade de expressão, ainda que direcionada e com objetivos próprios. Ainda que livre, como regra, pode ser, *e.g.*, vedada a transmissão de certos conteúdos, nos termos dos limites originários e das injunções de proibição do artigo 48, parágrafos 4 e 5 da Constituição. O que a norma cuja fiscalização da constitucionalidade o Chefe de Estado de Cabo Verde requer, contém, é uma proibição desse tipo de propaganda pelo período bastante longo que decorre do sexagésimo dia anterior à data marcada para as eleições até à data de encerramento da votação. Como as eleições devem ser marcadas com antecedência mínima de setenta dias, nos termos dos artigos 339 (*A marcação da data das eleições faz-se com antecedência mínima de setenta dias (...)*), referente às dos deputados à Assembleia Nacional e dos titulares dos órgãos municipais, e 375 (*“o Presidente da República (...) marca a data das eleições do primeiro escrutínio, por decreto presidencial publicado com a antecedência mínima de setenta dias”*), em relação à do Presidente da República, independentemente de serem legislativas, presidenciais ou municipais, à partida a propaganda política antes desse limite temporal não gera qualquer problema.

2.1.6. A questão a saber é se, no fundo, a proibição de transmissão de propaganda política com esta duração se harmoniza ou não às condições previstas pela Constituição para a restrição de direitos, a figura de afetação em causa nesta situação concreta. Não sendo a primeira vez que a jurisdição constitucional e sequer o Tribunal Constitucional fazem este juízo, no fundo seguirá o programa normalmente usado para avaliar a legitimidade de afetação das liberdades fundamentais em causa: num prisma, a liberdade de imprensa ou de comunicação social difundir propaganda política e a liberdade de o cidadão e do eleitor terem acesso à informação veiculada por meio dela, respetivamente amparados pelo artigo 60 e 48 da Constituição.

Já se sabe e foi este o juízo usado por este Tribunal Constitucional no Acórdão 7/2016 (sobre a [in]constitucionalidade da Limitação de Capacidade Eleitoral Passiva a Magistrado Judicial no Acesso à Vice-Presidência do Conselho Superior da Magistratura Judicial), para 4.2, que o primeiro teste a fazer-se visa saber se há finalidade legítima na medida, cabendo ao legislador apresentar argumentos nesse sentido, de forma direta ou indireta, e ao Tribunal aferir se há consistência entre o plano argumentativo e aquilo que o Estado pretende efetivamente. O objetivo de tal indagação é verificar se estão presentes finalidades que legitimam a ingerência sobre o direito ou porque visam a proteção de um direito ou porque almejam a preservação de um interesse público relevante.

Pela sua precisão analítica, lembrar-se-ia o artigo 29 (2) da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de acordo com a qual *“No exercício desses direitos e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito pelos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem estar numa sociedade democrática”*.

O Tribunal Constitucional não adota, apesar do respeito que lhe tem, a tese mais absolutista das liberdades fundamentais, nomeadamente de cariz comunicacional, o que, naturalmente, leva à agregação do princípio da proporcionalidade ao controlo baseado no artigo reconhecedor do direito fundamental e à utilização daquele parâmetro de aferição. Também afasta a ideia de que a única base que pode legitimar a limitação de um direito, nomeadamente com natureza de liberdade fundamental, seja a proteção de um outro direito. Outrossim, considera que a natureza notoriamente híbrida da Constituição, a qual, além da sua estrutura liberal, comporta igualmente elementos tipicamente republicanos, legitima afetações amparadas também em interesses públicos relevantes, mesmo nos casos em que estes não sejam reconduzíveis a posições jurídicas diretamente subjetiváveis. Sendo assim, o parâmetro principal de controlo que a norma legal em causa deve ser submetida é avaliação de proporcionalidade.

Relativamente à finalidade legítima de afetar as liberdades comunicacionais em causa, note-se que a proibição cuja constitucionalidade se discute pode ser construída no sentido de se tentar precaver, por um lado, o desequilíbrio de oportunidades entre os atores políticos que pretendam concorrer às eleições, a partir do momento em que se veda qualquer ação de propaganda política, e, por outro, a captura do poder político pelo poder económico ou por grupos de pressão fortemente organizados, que poderia decorrer da participação de tais entidades na formação da vontade coletiva em momento próximo às eleições. Evitar-se-ia, assim, tanto a plutocratização da República, como a sua sectarização não-republicana. Não se vê, até aqui, qualquer problema em vedar-se a propaganda política pelo período em causa, atendendo ao momento eleitoral específico, nomeadamente considerando o princípio da igualdade de oportunidades e o da autenticidade da vontade eleitoral.

Porém, a grande questão é que ambos os objetivos – legítimos enquanto tais – já são concretizados por outros preceitos legais, nomeadamente porque, no primeiro caso, já há várias disposições do próprio Código Eleitoral a garantir a igualdade de tratamento – e de forma bastante abrangente –, nomeadamente o artigo 96 (*“os candidatos e as*

entidades proponentes de listas têm direito a igual tratamento por parte das entidades públicas e privadas a fim de efectuarem livremente e nas melhores condições, a sua campanha eleitoral”), o artigo 115 (“Sempre que incluam matéria relativa aos actos eleitorais, as publicações periódicas que não revistam a qualidade de órgãos oficiais dos partidos políticos regem-se por critérios de absoluta isenção e rigor, evitando qualquer discriminação entre as diferentes candidaturas, quer quanto ao tratamento jornalístico, quer quanto ao volume de espaço concedido”) e o artigo 116 (“Todas as estações de rádio e de televisão são obrigadas a dar igual tratamento às diversas candidaturas”).

E também porque, mesmo fora do período eleitoral, os órgãos de comunicação social, por força do artigo 4º da Lei da Comunicação Social, são obrigados a garantir a isenção, a objetividade e a verdade da informação, o pluralismo e a não-discriminação, dentre outros valores inerentes à atividade (*“As empresas e os órgão de comunicação social exercerão as suas atividades em função das responsabilidades que lhes são próprias, garantindo a informação ampla e isenta, ao objetividade e verdade da informação, o pluralismo e a não-discriminação, (...)”*); no segundo, o artigo 113 consagrando que *“a partir da publicação do diploma que marcar a data das eleições, é proibida a propaganda política feita, direta ou indiretamente, através de qualquer meio de publicidade comercial, paga ou gratuita, seja qual for o suporte ou o meio de comunicação utilizado para o efeito”*, estende, ainda mais, pelo menos do ponto de vista temporal, o período de reserva de propaganda política de entidades que possam querer influenciar a opinião pública a respeito de questões com relevância eleitoral.

Claro está que isso pode não ser suficiente para privar a medida de sua finalidade legítima, nem se pode considerar que se está a atingir o conteúdo essencial dessas liberdades, privando-as da sua razão de existir, mas deve ser considerado no juízo de avaliação de sua proporcionalidade que este Tribunal também deve fazer. Naturalmente, proibir que se faça propaganda política durante um certo período para evitar que órgão de comunicação social, interesses económicos, grupos de pressão ou atores políticos impregnem o processo eleitoral de projetos políticos que persigam, é meio idóneo, pois permite atingir esse fim. A questão a saber é a que preço sobre as liberdades comunicacionais em causa, que aqui podem ser avaliadas em bloco porque, apesar das diferenças de composição que apresentam, nesta questão concreta, portam texturas similares. E, no caso concreto, entende o Tribunal que, tendo em atenção que há outros instrumentos que permitem produzir as finalidades pretendidas pelo legislador, e que ele próprio utiliza, de um ponto de vista de avaliação de necessidade, a vedação total não é o

meio que menos afeta os direitos em causa; nem a liberdade de expressão, nem a de informação e tão-pouco a de imprensa.

Porque? Por que, privando-se que a comunicação social – toda ela – transmita propaganda política está, no fundo, a coibi-la de dar a conhecer notícias de relevância pública durante o período em causa. Qualquer intervenção de um ator político, social, económico ou religioso relevante poderá constituir-se e inserir-se dentro de um plano articulado de influência das eleições e de poder. Não haveria, como, *a priori*, controlar isso e é um ónus constitucionalmente insuportável para as liberdades comunicacionais que os órgãos de comunicação tenham que avaliar se uma intervenção qualquer pode ser enquadrável ou não como propaganda política vedada pelo período em causa. O efeito precaucional disso, seria, por mais que depois se diga que os aplicadores das normas, deverão fazê-lo de forma moderada, com interpretações *pro libertate*, colocar numa situação de dúvida insustentável tais órgãos e os jornalistas em relação ao comportamento devido e, por conseguinte, estimular o *black out* informativo. Deste modo, há, objetivamente, uma incidência desnecessária sobre a liberdade de comunicação social, atendendo, sobretudo, que os mesmos objetivos já são atingíveis de forma razoável por aplicação de normas do Código Eleitoral e da legislação da comunicação social que garantem igualdade de tratamento e a proibição de propaganda política em espaço comercial, todos menos restritivos.

Mas, também, pelo mesmo motivo, coarta-se, de modo intenso e desnecessário, a liberdade de acesso à informação das pessoas, as quais, face a um tal cenário, deixam de receber informações relevantes sobre um conjunto de questões de grande interesse durante período que o princípio democrático e o estímulo à sua participação requerem o acesso a notícias relacionadas à governação e às dinâmicas políticas do país, e a liberdade de expressão de várias entidades que não têm o móbil de proselitismo político, que ficam inibidas de fazerem, pelos meios indicados, comentários sobre questões de interesse público em razão do autocontrolo que os órgãos de comunicação social se sujeita para evitar a difusão de propaganda política.

2.1.7. Há, ainda, outra questão. Todavia, esta é facilmente ultrapassável se se fizer uma interpretação conforme à Constituição. É que o preceito e a norma poderiam ser lidos no sentido de vedar também a propaganda política de candidaturas em período eleitoral, enviando os comandos contraditórios que são invocados no pedido. E este tem toda a razão nesta matéria porque um dos sentidos possíveis a atribuir à norma seria de haver uma vedação de propaganda política no sentido de abranger também uma de suas espécies

– a eleitoral –, designadamente, nos termos do artigo 105, “*a apresentação das propostas e programas político-eleitorais [...] na justificação e promoção das candidaturas, com vista à captação dos votos, (...)*”. O Tribunal concorda que esse possível sentido pode ser retirado da norma e que, neste âmbito, a proibição geral de propaganda política de candidaturas no período eleitoral é também notoriamente inconstitucional, nomeadamente por violação do princípio da liberdade de propaganda eleitoral, além de contrariar explicitamente normas legais do próprio Código Eleitoral, nomeadamente as que preveem o tempo de antena na rádio e na televisão, onde, inevitavelmente, acontece propaganda política.

2.1.8. Portanto, nesta dimensão, para este Tribunal, reconhecendo a possibilidade de plurissemia de sentidos, teria que afastar a interpretação restritiva supramencionada no que diz respeito a poder criar vedações à propaganda eleitoral por parte das candidaturas. No caso concreto, todavia, tal encaminhamento não é necessário porque é nosso firme entendimento que a alínea c) do artigo 105 do Código Eleitoral, na medida em que desnecessariamente restringe a propaganda política, estando disponíveis meios menos afetantes para atingir as finalidades legítimas que o legislador se propõe, viola as liberdades de imprensa, informação e expressão protegidas pela Lei Fundamental da República.

2.2. A alínea c) do número 2 do artigo 105 do Código Eleitoral, na medida em que proíbe a emissão de opinião favorável ou desfavorável a órgãos de soberania ou autárquicos, ou a seus membros e a candidato, partido, coligação ou lista, viola as liberdades de expressão, imprensa e informação previstas pela Constituição da República, nomeadamente nos seus artigos 60 e 48, e/ou as condições de restrição de direitos, liberdades e garantias previstas pelos números 4 e 5 do seu artigo 17.

2.2.1. A outra questão muito diferente no seu impacto geral, diz respeito à proibição de difusão de opinião, inserta no segmento do preceito de acordo com o qual “*A partir do sexagésimo dia anterior a data marcada para as eleições e até ao encerramento da votação, é vedado aos órgãos de comunicação social, sob qualquer forma (...) difundir (...) opinião favorável ou desfavorável a órgãos de soberania ou autárquicos, ou a seus membros, e a candidato, partido, coligação ou lista*”.

2.2.2. Presente igualmente no ordenamento jurídico desde 1999, mas também estendida temporalmente em 2007 para abarcar o período a partir do sexagésimo dia anterior à data marcada para as eleições até ao encerramento da votação, e nesta mesma

ocasião para englobar qualquer órgão de comunicação social e não como inicialmente somente a rádio e a televisão, conforme bem direcionado pela exordial, esta norma tem claramente natureza restritiva, designadamente porque, de um ponto de vista objetivo, é passível de atingir diversas liberdades comunicacionais, nomeadamente na vertente de liberdade de expressão, de liberdade de informação, especialmente na liberdade de ser informado, e, naturalmente, de liberdade de imprensa.

Mas aqui, a revisão de 2007 foi até além, incluindo no tipo proibido outras entidades protegidas das opiniões favoráveis ou desfavoráveis com a inserção da expressão “*a órgão de soberania ou autárquicos, e a seus membros*”, objetivamente, expandiu as fronteiras da restrição às liberdades comunicacionais já presentes na alínea desafiada. Terá, por isso, motivado, durante os debates parlamentares, reações de excesso e dúvidas de constitucionalidade, manifestadas *máxime* por um eminente Deputado que as chamou de “*delito de opinião*”.

2.2.3. Todavia, como já se sublinhou em diversos momentos, o sistema permite que existam normas legais objetivamente restritivas desde que se atenham às condições previstas pelos números quatro e cinco do artigo 17 da Constituição. O que a norma legal faz é bloquear a órgãos de comunicação social a transmissão de opinião, genericamente considerada, que tenha sentido favorável ou desfavorável em relação a várias entidades: órgão de soberania, órgãos autárquicos, membros de órgão de soberania individualmente considerados, membros de órgãos autárquicos individualmente considerados, candidatos, partidos políticos, coligações ou listas. Se atentarmos ao facto de aos órgãos de comunicação social já se vedar o tratamento privilegiado, embora esta norma também seja desafiada nestes autos, a incidência do enunciado, alcança, sobretudo, as pessoas que vêm bloqueadas as opiniões que tenham sobre as entidades supramencionadas.

2.2.4. A primeira questão a saber é se a liberdade de expressão, uma das mais elementares liberdades comunicacionais que pertencem ao ser humano, foi legitimamente restringida ou não. Como se sabe, esta realiza-se na medida em que o Estado, cumprindo o comando negativo decorrente da Constituição, não adotar qualquer medida que impeça as pessoas de externar a sua opinião sobre qualquer matéria relevante para a sua existência – estética, moral, filosófica, económica e também política. A restrição cria um limite a esse direito durante um determinado período de tempo em relação a um grupo especificado de entidades. Naturalmente, a proibição não é absoluta, pois o titular do direito mantém a possibilidade de partilhar a sua opinião em círculos mais restritos – familiares, profissionais, de amizade, associativos, etc. –, nas suas redes sociais – mais

ou menos amplas, consoante a pessoa – em conferências ou até em comícios e em programas eleitorais das candidaturas.

Sem embargo de tais aspetos poderem ser considerados, há que se fazer a avaliação independente para se atestar a presença das condições de restrição de direitos. A própria finalidade legítima desta afetação é muito discutível, atendendo que, se o objetivo era o de garantir isonomia de tratamento entre as candidaturas, controlando eventuais desequilíbrios entre a opinião que seja manifestada em favor/desfavor de um candidato e do outro, isso fica garantido não só pela vedação de tratamento privilegiado, que, em todo o caso, está sujeita a este mesmo desafio, mas também pelo princípio da igualdade de oportunidades entre as candidaturas vertido para o artigo 96 do Código Eleitoral. Fora isso, a única finalidade que este tribunal pôde identificar como fundamento da restrição seria a de impedir o acesso a órgão de comunicação social pelo cidadão que quisesse manifestar a sua opinião sobre uma dessas entidades. Se assim for, mesmo considerando o momento eleitoral, tal objetivo seria claramente ilegítimo. A opinião é a arma do cidadão perante os governantes num país. Não seria aceitável que especialmente num momento em que exponencia a liberdade comunicacional de candidatos a cargos eletivos, se tente silenciar o cidadão ou sequer conter-lhe na utilização dos meios necessários para a amplificação da sua mensagem.

Aceita-se, no entanto, que a finalidade possa ser mais benigna. Mário Silva, na sua abrangente e importante anotação ao Código Eleitoral nacional (2ª ed., Praia, Edição do Autor, 2007, p. 131), ao levantar o que terá estado na mente do legislador, coloca a hipótese dele, com a medida, estar a tentar garantir a seriedade no período de campanha e momento adjacentes (*“a seriedade que se deve colocar nas campanhas e a função de interesse público no esclarecimento dos cidadãos fazem com que o legislador proíba a utilização da imprensa para efeitos de troça e achincalhamento das pessoas e instituições políticas e sociais”*), com um centramento nos programas, nas propostas, no desempenho objetivamente aferível, afastar discussões sobre o carácter da pessoa, impedir a propagação de falsidades, dificultar debates sobre a vida privada dos candidatos e integrantes de órgãos de soberania/autárquicos, todos eles objetivos legítimos

Acresce que, mesmo que se considerasse, *ad argumentandum*, a finalidade legítima da afetação, e não se colocando questão sobre a existência de autorização para restringir ou de ela gerar efeitos retroativos ou de não ser geral e abstrata, o facto é que atinge o núcleo essencial da liberdade de opinião, o qual é protegido de forma incondicional e firme pela Constituição, pois nenhuma norma restritiva é legítima se visa

operar efeitos materiais de silenciamento das pessoas como forma de proteger os órgãos de poder e os seus integrantes precisamente num momento em que a sua opinião teria maior visibilidade e alcance.

A situação pré-eleitoral, a de campanha eleitoral, a de reflexão e da votação não criam propriamente um quadro de suspensão da liberdade de expressão para escudar órgãos do Estado, governantes e candidatos da crítica legítima por parte do cidadão e não pode proibir os órgãos de comunicação social de fazerem uso desses meios para tais fins. Em contexto distinto, mas relacionado à liberdade de expressão dizia um parlamentar que *“eu também defendi e continuo a defender que o direito à liberdade de expressão, é um direito fundamental e constitutivo da própria democracia, e que ele não deve ser sacrificado para se pôr, nomeadamente os governantes[,] a fresco da crítica política, ou os titulares de cargos políticos, aqueles que exercem o poder em nome do povo”*, (*Actas das Sessões Parlamentares que aprovaram a Lei de Revisão Constitucional de 1999*, p. 85).

Ademais, porque, ainda assim, está sujeito a ser responsabilizado por isso (aliás, nos termos do número 2 do artigo 104, *“a manifestação de ideias ou de princípios referidos no número anterior não pode ser limitada no decurso das campanhas eleitorais, sem prejuízo de eventual responsabilidade civil ou criminal”* e, particularmente, porque o debate, sendo terreno da pessoa pública, não lhe pode gerar nem receio, nem condicionamento, nem espécie, podendo usar os meios robustecidos que tem ao seu dispor nesses período para se defender ou questionar a avaliação que qualquer pessoa ou entidade faça dos outros candidatos ou entidades.

Como entendeu o Comité de Direitos Humanos das Nações Unidas, no *Caso Rafael Marcos de Morais c. Angola*, Communication nº 1128/2002, 18 April 2005, a propósito da interpretação do artigo 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, do qual Cabo Verde é parte, as figuras públicas pela natureza das suas funções, estão sujeitas a “críticas e oposição”, não podendo ser excessiva a proteção da sua honra e reputação (para. 6.8). Ainda que não seja vinculativo tal entendimento, não deixa de mostrar uma tendência internacional de afrouxamento dos limites desse tipo de proteção.

Neste mesmo sentido, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, arrematava que *“Ceux qui assument des rôles publics de premier plan doivent nécessairement être prêts à faire face a des critiques plus importants que celles que peuvent subir de simples citoyens, autrement tout débat public ne serait plus possible [em tradução livre, “aqueles que assume papéis públicos de primeiro plano devem estar*

*prontos necessariamente a fazer face a críticas mais intensas que aquelas que podem ser dirigidos aos simples cidadãos, [pois] de outro modo[,] (...) o debate público não seria mais possível” (Constitutional Rights Project et Civil Liberties Organisation c/Nigeria, Communication n° 102/93, de 31 de Octobre 1998, reproduzida em *Compilation des décisions de la Commission Africaine des Droits de l’Homme et des Peuples. Extrait des Rapports d’Activités 1994-1999*, Banjul, Institut pour les Droits Humaines et le Développement, 2000, para. 74).*

Recentemente, o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, no caso *Konaté c. Burkina Faso* (Requête n° 4/2013), CADHP, Arrêt de 5 Decembre 2014, para. 155, considerou que *“Dans son appréciation de la nécessité des limitations apportés à la liberté d’expression par l’Etat défendeur aux fins de protéger l’honneur d’autrui, la présente Cour estime également nécessaire de tenir compte de la fonction de la personne don’t les droits sont à protéger; en d’autres termes, la Cour considère que som appréciation de la nécessité de la limitation doit nécessairement varier selon que cette personne est une personnalité publique ou non. La Cour estime que la liberté d’expression dans une société démocratique doit faire l’objet d’un degré moindre d’interférence lorsqu’elle s’exerce dans le cadre de débats publics concernant des personallité du domaine publique [Trad. Livre: Na sua apreciação da necessidade das limitações colocadas à liberdade de expressão pelo Estado defensor com a finalidade de protegem a honra de outrem, o Tribunal entende igualmente necessário levar-se em conta a função da pessoa cujos direitos são a proteger; Noutros termos, o Tribunal considera que a apreciação da necessidade varia conforme seja essa pessoa uma figura pública ou não. O Tribunal entende que a liberdade de expressão numa sociedade democrática deve ficar sujeita ao menor grau de interferência quando ocorre no contexto de debates públicos relacionados a figuras públicas”]*. E, no mesmo ano, declarou o Tribunal de Justiça da Comunidade Económica dos Países da África Ocidental em *Deyda Hydera Jr.; Ismaila Hydera & International Federation of Journalists Africa v. Gambia*, Case n° ECW/CCJ/APP/30/11, Judgement of 10 June 2014, p. 6, que *“freedom of expression also includes the freedom to criticize government and its functionaries [em tradução livre, “a liberdade de expressão também inclui a liberdade de criticar o governo e os seus funcionários”]*.

Nisso não se está a fazer outra coisa que não reconhecer uma tradição quase universal de amplo debate de questões públicas que não deve, além do estritamente necessário, ser coibido pela necessidade de proteger governantes e outros servidores

públicos. Bastaria lembrar as icónicas palavras do *leading case* do Supremo Tribunal dos Estados Unidos neste matéria, *New York Times & Co. v. Sullivan*, Rel. JC Brennan, de 1964, em que o Tribunal asseverava que “*debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials*” [em tradução livre, “*o debate sobre questões públicas deve ser feito sem inibições, deve ser robusto e abrangente, e pode incluir ataques veementes, cáusticos e, algumas vezes, desagradáveis contra o governo e servidores públicos*”] (p. 241) (Reproduzido em *Landmark Decisions of the US Supreme Court*, James Daley (ed.), Mineola, Dover, 2007, pp. 230-256).

O já citado *leading case* do Tribunal Europeu de Direitos Humanos também adotou esse entendimento, o que se reflete na sua *obiter dictum* conforme a qual, “*The limits of acceptable criticism are accordingly wider as regards a politician as such than as regards a private individual. Unlike the latter, the former inevitably and knowingly lays himself open to close scrutiny of his every word and deed by both journalists and the public at large, and he must consequently display a greater degree of tolerance* [em tradução livre, “*os limites da crítica aceitável são mais abrangentes no concernente a um político do que em relação a um particular. Ao contrário deste, aquele inevitavelmente e de forma consciente coloca-se, perante os jornalista e o público em geral, numa posição de maior escrutínio de cada palavra e cada conduta, e, conseqüentemente, dever ter mais capacidade de encaixe*” (*Lingens v. Austria*, para. 42).

Ainda que mais cauteloso, no quadro do contencioso eleitoral de sua jurisdição, o Tribunal Constitucional da República Portuguesa, salientava, igualmente, que “*Num contexto de desacordo acentuado como é o da luta política no seu expoente máximo que são as campanhas eleitorais, os argumentos surgem frequentemente envoltos em exageros, distorções e outras formas de comunicação próximas das fronteiras da linguagem aceitável. Dificilmente se consegue argumentar que algo vai mal no funcionamento das instituições políticas de modo a captar a atenção e convencer o eleitorado, quando esteja em causa o modo como foi conduzida a governação, sem algum dano colateral em matéria de bom nome e reputação dos adversários. Esta superior exposição à crítica a que estão sujeitos os titulares de cargos políticos e a circunstância de a conduta supostamente ofensiva ocorrer em contexto de campanha eleitoral são factores que não podem ser ignorados no momento da compatibilização prática entre os dois direitos fundamentais, sobretudo quando aquela expressa em meros juízos de valor ou censura global de um modo de atuar na vida pública e não na imputação concreta de*

atos desonrosos” (Acórdão n° 254/11, de 27 de maio, disponível em *Tribunal Constitucional. Acórdãos*, Lisboa, TC, 2011, v. 81, p. 437).

E – mais relevante ainda – tem também sido esta a orientação também dos nossos tribunais superiores, aqui representados pelo Egrégio Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional, que, no âmbito do Acórdão n° 2/2001, de 5 de fevereiro de 2001 (concernente a pedido de suspensão de direito de antena por comentários lesivos à honra de mandatário de candidato concorrente), Rel: Óscar Gomes, decidido por maioria (JC Eduardo Rodrigues votou vencido), o principal *leading case* cabo-verdiano em matéria de liberdade de expressão no geral, dizia, com toda a propriedade, que “*as figuras públicas e as pessoas que voluntariamente assumem a comunicação social como meio próprio e adequado para expor, defender e discutir os seus propósitos e pontos de vista, têm que admitir que os seus adversários usem as mesmas vias para pôr em causa as suas ideias, e até mesmo as suas próprias pessoas e personalidades, mais com o intuito de as desacreditar do que de as ofender. É o próprio jogo da democracia, e como diz o povo, e muito bem, quem anda à chuva molha-se*”.

Caso contrário, fomentar-se-ia um quadro, verdadeiramente surreal, em que mesmo pessoas atingidas por opiniões de candidatos não poderiam apresentar publicamente a sua defesa por via de meios de comunicação social. Tal possibilidade, por si só, seria uma perversão do Estado de Direito Democrático. Por este motivo, ou seja, de lesão do núcleo essencial da liberdade de opinião, o Tribunal considera que o segmento do preceito é claramente inconstitucional.

2.2.5. Relativamente à liberdade de acesso à informação, o impacto concreto neste item é menor, ainda que existente, atendendo que as pessoas poderão ter interesse em ter acesso às opiniões sobre várias questões relevantes ao processo eleitoral. Assim sendo, se a norma opera do sentido de lhe criar um obstáculo de acesso a essa opinião está objetivamente a ingerir sobre a sua liberdade de acesso à informação. O Tribunal Constitucional, neste caso, reitera as suas dúvidas em relação à existência de finalidade legítima, e sublinha que esta não pode ser a de escudar o órgão de soberania ou o candidato de críticas à sua atuação, moralidade, competência ou adequação. Considera, ademais, que, embora não chegue ao ponto de optar por considerar de forma taxativa que privar o titular da liberdade de acesso à informação, a pessoa, o cidadão e o eleitor, de informações que podem ser relevantes para si, especialmente atendendo ao período em causa, atinge o núcleo essencial do direito fundamental em causa, tem toda a convicção que, no mínimo, viola o princípio da proporcionalidade, desde logo porque não parece

que o meio restritivo tenha conexão com os interesses públicos invocados para legitimar a afetação, pelo menos na dimensão cuja legitimidade seja constitucionalmente aceitável.

Não se aposta na seriedade da campanha eleitoral impedindo que as pessoas manifestem a sua opinião sobre órgãos de soberania e candidatos ou tragam à tona informações que, por mais incómodas que sejam, podem ter alguma pertinência para o debate ou sejam julgadas pelo titular do direito em causa como sendo dignas de serem partilhadas. Mas, mesmo que a medida fosse adequada, ela é claramente desnecessária pelo facto de usar um meio – banimento de transmissão de opinião favorável ou desfavorável a certas entidades durante um determinado período – muito mais restritivo para garantir a concretização do interesse público que se invoca, até porque eles já estão suficientemente salvaguardados pela possibilidade de o titular do direito, em caso de excessos, ser sujeito a responsabilidade civil ou criminal nos termos do artigo 104. Um controlo prévio, o qual impede o discurso como meio de preservação de um interesse público relevante é, pela sua própria natureza e impacto, significativamente mais restritivo do que um controlo sucessivo, que o permite, mas que o sujeita a responsabilidade caso extravasar certos limites protegidos pelo direito, atingindo esferas alheias de proteção jusfundamental. Portanto, tratar-se-ia objetivamente de uma restrição desnecessária, tornando desprecioso pronunciamento sobre o seu possível excesso no quadro de aplicação do juízo de justa medida. Consequentemente, também atinge com forte intensidade a liberdade de informação, nomeadamente de aceder a informação, atendendo aos efeitos deletérios que tal proibição gera pelos motivos já apontados. Isto porque reduz a informação disponível para o cidadão por via direta e indireta, a partir do momento em que não se pode mais difundir crítica a um conjunto amplíssimo de entidades, muitas das quais nem sequer estão em situação de candidatura eleitoral, durante um período de tempo relativamente extenso, em particular se se considerar que se está num país cuja existência ainda gravita à volta de instituições públicas em larga medida e em que os acontecimentos que geram interesse público estão a elas de alguma forma associadas.

2.2.6. A incidência sobre a liberdade de imprensa é também evidente, atendendo que os órgãos de comunicação social, num momento particularmente intenso do ponto de vista informativo, ficam sujeitos a impedimentos vários, os quais objetivamente atingem a extensão da sua liberdade de buscar, encontrar, produzir e partilhar notícias e perspectivas. Se, mais uma vez, admitirmos que a finalidade é legítima e que as demais condições de ilegitimação da restrição não estão presentes, são essenciais neste inquérito

constitucional a avaliação de inserção da restrição dentro do núcleo essencial do direito e a obediência ao princípio da proporcionalidade.

Os órgãos de comunicação social, atendendo à situação concreta, já vêm a sua atividade normal afetada de forma significativa, nomeadamente porque, independentemente do que consta nas alíneas d) e f), ambas em crise de constitucionalidade nestes mesmos autos, o dever de isonomia de tratamento, salvaguardadas as eventuais intensidades diferenciadas, é garantido pelos artigos 96, 97, 115 e 116 do Código Eleitoral. Mas, além desse efeito, conhecem, nesse período, ainda um impedimento objetivo de difundir programa ou peça – de qualquer natureza, nomeadamente artigo, charges, reportagem, notícias, documentários, etc., etc. – que tenha qualquer opinião desde que seja favorável ou desfavorável.

Naturalmente, a proibição de difundir opiniões não impede por si só que os órgãos de comunicação social exerçam a sua atividade habitual mesmo em período de campanha, podendo continuar a apresentar a sua programação natural ou os segmentos noticiosos que habitualmente levam ao seu público. Também não atinge por si só a sua capacidade de apresentar notícias sobre as candidaturas ou órgãos de governo. Por conseguinte, não se pode construir a norma legal no sentido de afetar o núcleo essencial da liberdade de imprensa do órgão de comunicação social. O mesmo não pode ser dito da sua compatibilidade com o princípio da proporcionalidade, atendendo que a idoneidade da medida é muito discutível, não parecendo que ela permita realizar o interesse público legitimador, o de garantir seriedade à campanha eleitoral e o centramento do debate nos programas eleitorais, até porque esta sempre poderia ser contornada pelos próprios concorrentes por meio de comícios, utilização do tempo de antena, e outros meios de comunicação; neste sentido, mais uma vez, a medida restritiva parece destinar-se mais a impermeabilizar os titulares de órgãos de soberania do exercício legítimo da crítica ou de sujeição a comparação desfavoráveis do que propriamente a concretizar esse interesse público.

Mas, ainda que assim fosse, e se dê de barato que a medida fosse necessária, por ser a menos afetante possível, ainda assim incide de modo excessivo sobre a liberdade de imprensa impondo um ónus de tal modo gritante a esses órgãos, nomeadamente de dupla reconfiguração da sua programação ou estrutura, por acrescer as exigências de tratamento equilibrado, a de filtramento de notícias que possam incluir opinião favorável ou desfavorável a candidato, num país em que a maior parte delas incide sobre os órgão de soberania ou autárquicos. Ademais, quando a sua aplicação tem sido, nalguns momentos,

bastante rigorosa e taxativa por parte da entidade administrativa especial em matéria eleitoral, a Comissão Nacional de Eleições, e, elas, como é demonstrado, têm sistematicamente que interromper a sua programação, suspender os seus programas onde se poderá discutir questões políticas e haver emissão de opinião favorável ou desfavorável ou a, antecipadamente, ter que solicitar esclarecimentos àquele órgão, como tem acontecido. Por isso, é claramente violador do princípio da proporcionalidade em sentido restrito, porquanto configurador de ingerência excessiva, e inconstitucional, sobre a liberdade de comunicação social.

2.2.7. Até porque é de notar que as dificuldades de harmonização de tal proibição com a Constituição da República resulta igualmente do facto de ela estabelecer proibições gerais de difusão de opinião favorável ou desfavorável a órgão de soberania e a órgão autárquico, ou a seus membros, independentemente da eleição que motiva a proibição. O que geraria um efeito adicionalmente inaceitável, mesmo na hipótese, já rejeitada naturalmente, de a proibição em si não o ser. É que não haveria base legítima alguma em proibir tais opiniões num caso de eleição para órgãos autárquicos e não se poder difundir opinião favorável ou desfavorável em relação ao Governo, Presidente da República ou os tribunais, ou uma eleição para Presidente da República em que não se possa difundir opinião ou desfavorável ao Governo ou a órgão autárquicos ou os seus membros e assim por diante.

2.2.8. Em suma, sublinha o Tribunal Constitucional que a proibição da difusão de opinião favorável ou desfavorável a órgãos de soberania/autárquicos ou os seus titulares e a candidatos, partidos, coligações ou listas é também claramente inconstitucional.

2.3. Se a alínea d) do número 2 do artigo 105 do Código Eleitoral, por proibir que órgão de comunicação social dê tratamento privilegiado a candidato, partido, coligação ou lista, viola as liberdades de expressão, imprensa e informação previstas pela Constituição da República, nomeadamente nos seus artigos 60 e 48, e/ou as condições de restrição de direitos, liberdades e garantias previstas pelos números 4 e 5 do seu artigo 17.

2.3.1. Com argumentos comuns aos superiormente usados para fundamentar o desafio constitucional lançado à alínea c) do número 2 do artigo 105 do Código Eleitoral, Sua Excelência o Senhor Presidente da República entendeu pedir a fiscalização da constitucionalidade também da alínea d) do número 2 do artigo 105 do Código Eleitoral, ou seja, por violarem liberdades fundamentais de carácter comunicacional que estariam protegidas de ingerência legislativa fora do mínimo comunitariamente necessário.

2.3.2. O artigo em questão acompanha, na sua parte mais substantiva, o Código Eleitoral desde o seu nascimento formal, constando da versão primária que “*Desde a apresentação da candidaturas e até o termo da campanha eleitoral, é vedado às estações de rádio e de televisão, na sua programação normal e noticiários ou através de páginas na internet ou em outras redes transnacionais de prestação de serviços de telecomunicações, (...), dar tratamento privilegiado a candidato, partido, coligação ou lista*” (art. 97 (2) (c)). O que aconteceu foi que, de modo similar à questão anteriormente tratada, o legislador, em 2007, agravou a restrição não a partir da alteração do tipo proibitivo, mas, antes, por via do aumento do âmbito temporal de aplicação e da expansão das entidades abrangidas pela proibição. Respetivamente, o termo inicial da proibição que começava na data da apresentação de candidaturas passou para o sexagésimo dia anterior à data marcada para a realização das eleições, e de uma aplicação circunscrita à rádio e televisão passou-se para solução com uma abrangência universal de todos os órgãos de comunicação social.

2.3.3. Neste item, a principal questão que se coloca envolve possível violação da liberdade de imprensa, ou seja de órgão do Estado, nomeadamente o poder legislativo, estar a impedir que um órgão de comunicação social possa dar tratamento privilegiado e o beneficiado possa de forma livre usá-lo para efeitos de transmissão de mensagens de conteúdo político, não se colocando propriamente, enquanto tal, questões relevantes do ponto de vista da liberdade de informação na perspetiva de ausência de impedimento de acesso a informação neste caso. Não há propriamente uma liberdade de receber informações somente de uma das candidaturas ou principalmente de uma das candidaturas. A colocar-se questão relacionada à liberdade de informação esta estaria relacionada à liberdade da comunicação social dar informação, mas, no caso concreto, esta se apresenta mesclada com a liberdade de imprensa, enquanto forma especial e organizada de prestação e difusão de informações, notícias e opiniões.

Em relação a esta, não há dúvida de que a disposição legal gera efeitos sobre a liberdade de imprensa, tendo em linha de conta que, no sentido amplo, órgãos de comunicação social, ficam impedidos de tratar de forma diferenciada os candidatos, partidos, coligações ou listas, nomeadamente não podendo privilegiar um deles com os quais possa ter alguma identidade ideológica ou partilhar certas visões sobre o país ou a sociedade cabo-verdiana. A afetação é real, no entanto não necessariamente inconstitucional. Para que tal conclusão siga, também é necessário verificar se a restrição em causa foi operada de modo desconforme à Constituição.

Seguindo programa decisório necessário para averiguar a sua existência com o máximo de objetividade possível, torna-se necessário, em primeiro lugar, identificar se as razões que justificam a restrição são legítimas ou não. Neste particular para este Tribunal não existem dúvidas de que motivos justificantes estão presente, particularmente atendendo a que, no fundo, resultam de mandados constitucionais de harmonização e de afetação que não só estabelecem o interesse público debaixo do qual a afetação opera, como também determinam a intervenção do legislador no sentido constitucionalmente previsto.

De um ponto de vista geral, isso decorre diretamente do artigo 99 (5) da Constituição, o qual reconhece o princípio republicano da igualdade de oportunidades de tratamento em matéria eleitoral. A sua importância nesta matéria não podia ser maior porque indicia claramente uma tomada de posição do legislador constituinte nesta matéria de subordinação dos meios de transmissão de mensagem de carácter eleitoral a uma igualdade que se projeta, mais uma vez republicanamente, não só sobre a proibição do sistema diferenciar as candidaturas, como de garantir, positivamente, condições equivalentes para disputarem a preferência do eleitorado. Tal objetivo autorizaria o legislador a diminuir a capacidade de escolha dos meios de comunicação social entre os candidatos, pelo menos no sentido de reservarem modos desequilibrados de tratamento entre uns e outros. Mas, o legislador constituinte, não se limita a dispor sobre este período, mas, mesmo, no geral, no mesmo dispositivo, no qual consagra a liberdade de imprensa, explicita garantia de isenção dos meios de comunicação do setor público (número 5, primeira parte), bem assim como a pluralidade de expressão de ideias das diversas correntes de opinião, o que abarca também a política. Não sendo, naturalmente, a mesma coisa, há um espaço de sobreposição entre a garantia de isenção e de pluralismo e o do tratamento isonómico e a igualdade de oportunidades entre as candidaturas.

A finalidade da restrição é, pois, legítima e das mesmas disposições constitucionais infere-se a autorização constitucional para restringir. Não havendo nesta norma qualquer problema de generalidade e abstração, faltaria somente verificar se a afetação atinge o núcleo essencial dessa liberdade ou se não se conforma ao princípio da proporcionalidade.

Em relação à primeira questão, o entendimento do Tribunal é que a resposta é, no geral, negativa. A única dimensão da liberdade de imprensa que é tolhida é a possibilidade de tratamento privilegiado entre as entidades referidas no preceito objeto desta fiscalização. Ele continua a poder seguir com o seu *core business*, ou seja, de recolher,

tratar e divulgar notícias de interesse para o seu público e para o cidadão no geral. Só que, por força da disposição cuja constitucionalidade se discute, deverá fazê-lo de forma equilibrada, sem privilegiar um ou mais contentores em detrimentos dos demais. Neste sentido, o Tribunal não pode construir a norma como vulnerando a liberdade de imprensa por lesão do seu núcleo essencial, já que, por este motivo, ela está longe de ser atingida.

O que pode acontecer é uma violação dessa liberdade por força de desobediência ao requisito que exige que as restrições sejam proporcionais, vale dizer adequadas, necessárias e na justa medida. A esta Corte Constitucional parece que ela se atêm ao subprincípio da idoneidade, pois como o interesse público por detrás da medida restritiva é a própria necessidade de a República garantir condições de igualdade entre as candidaturas de tal modo a que todas tenham oportunidade de apresentar a sua mensagem política e que os eleitores a ela tenha acesso de modo equilibrado, podendo, então, escolher as que melhor se adequem à sua avaliação, o meio escolhido – ou seja, de impor norma legal de garantia de igualdade de tratamento e de oportunidades – é racionalmente apta a atingir o fim pretendido.

No que diz respeito à necessidade (escolha do meio menos afetante), entende o Tribunal que, para efeitos de o legislador atingir o fim que pretende – cuja relevância adensa-se na medida em que se trata de uma injunção constitucional de harmonização e de restrição – e garantir a eficácia do enunciado deôntico depende exclusivamente deste tipo de comando de tratamento equilibrado das candidaturas, pois as alternativas não se revelariam igualmente adequadas para permitir a sua realização, atendendo até ao facto de poderem existir incentivos mais fortes para tratamento diferenciado e desequilibrado.

Por fim, também não nos parece que, perante os elementos concretos, haja incidência sobre a justiça da medida, no sentido de que poderia estar a impor sacrifício excessivo ao direito, neste caso, à liberdade de imprensa, em relação a finalidade que se pretende concretizar. Na realidade, o nível de ingerência é, por nós, considerado equilibrado, atendendo sobretudo ao facto de primeiro, caso assim não fosse, se privar o legislador de poder concretizar finalidade que resulta de injunção constitucional direta – a garantia de igualdade de oportunidades entre as candidaturas – levando, claramente, a uma proibição insuficiente (*untermassverbot*), e de, por outro lado, porque ficam intactas as principais esferas dessa liberdade, nomeadamente porque os órgãos continuam a poder transmitir os conteúdos que entenderem jornalisticamente relevantes, afetando-se somente a sua possível escolha de tratamento desequilibrado entre as candidaturas.

Portanto, a proibição em si não é, nem pode ser construída como violando diretamente a liberdade de imprensa.

2.3.4. Todavia, há um problema adicional que deve ser considerado e que, na opinião da Corte, deve ser analisado, até onde possível, de forma autónoma. O facto de a proibição, objetivamente uma restrição, poder ser construída no sentido de abarcar, em tese, com a ressalva feita, não só o período de campanha eleitoral, não só período posterior à apresentação e admissão da candidatura, mas um período pré-candidatura, porquanto elas, de acordo com a lei, devem ser apresentada entre o quinquagésimo e o quadragésimo dia anterior ao dia marcado para as eleições nos casos das eleições legislativas e da eleições municipais e a proibição começa a operar antes, a partir do sexagésimo.

A norma seria, nesta interpretação, de duvidosa compatibilidade constitucional. É que, note-se, a base na qual se ampara a finalidade da medida, cuja força não se pode deixar de salientar, já que possui uma natureza de mandado de harmonização e, portanto, habilita a intervenção restritiva do legislador ordinário, diz respeito ao período de campanha eleitoral – não se pode esquecer que num artigo epigrafado de “campanha eleitoral, usa-se a expressão *“a lei eleitoral regula as campanhas eleitorais com base nos princípios (...)”*(art. 99 (5) – e não diretamente a períodos anteriores ao mesmo. Naturalmente, o Tribunal admite, desde logo em razão do princípio democrático, que o legislador, de forma ponderada, estenda o âmbito temporal da norma proibitiva para abarcar momentos imediatamente anteriores e deste modo evitar efeitos de contágio.

Agora, primeiro, há limites que não podem ser ultrapassados e um deles tem a ver com a lógica do termo inicial. A este respeito, entende o Tribunal, que até se pode entender o eventual pensamento do legislador no sentido de que há candidatos/candidaturas materiais que existem na realidade vivida ainda antes de serem formalmente reconhecidas como tal pelo direito e que, sendo assim, a lei poderia abrangê-los. A prática, entre nós (e não só) de haver lançamentos públicos de candidaturas antes da sua materialização formal e haver candidaturas tidas por naturais nomeadamente dos partidos inscritos no Tribunal Constitucional, em especial os que têm acento parlamentar, traduzem seguramente a boa-fé nas intenções do legislador. Regista-se até que a proposta inicial de um dos partidos políticos que subscreveu a proposta ia além no que concerne ao termo inicial da proibição, nos seguintes termos: *“Desde a marcação de data de eleições e até ao termo da campanha eleitoral, é vedado às estações de rádio e de televisão, na sua programação normal e noticiários ou através da internet ou outras redes da internet ou outras redes transnacionais de prestação de serviços de*

Telecomunicações: (...) d) dar tratamento privilegiado aos órgãos de soberania ou autárquicos ou aos seus membros, a candidato, partido, coligação ou lista". O que os trabalhos preparatórios mostram é precisamente alguma hesitação do legislador – antes da versão final, chegou a constar de algumas versões a expressão “*a partir da data da apresentação das candidaturas*” – em definir um termo inicial razoável para estabelecer os marcos temporais da proibição.

O Tribunal compreende naturalmente essas dificuldades. Contudo, para efeitos de limitação de direitos a solução resultante de tal interpretação seria imprópria porque qualquer afetação de direitos é medida excecional no sistema e não pode ser feita por presunção ou antecipação. A alta probabilidade disso acontecer não é suficiente para este Tribunal. Neste sentido, ou há candidaturas às quais se pode aplicar as diversas alíneas do número 2 do artigo 105 ou não as há, e, neste caso, a própria afetação é privada de sua finalidade legítima, mesmo na hipótese de proibição de propaganda política, ou ainda torna-se desadequada ou excessiva. E, mesmo que assim não seja considerada, tal sentido, produziria claramente um efeito retroativo defeso pelo artigo 17 (5) da Constituição em cada caso que venha a ser aplicada porque veda conduta que o destinatário da proibição não sabe que está proibida pela simples razão de não haver ainda candidato e sequer, com a exceção do caso das eleições para Presidente da República, de apresentação de candidaturas. Ademais, em tais condições, a restrição tornar-se-ia claramente excessiva (*übermassverbot*) e, assim, incompatível com o princípio da proporcionalidade, pela incerteza que gera nos órgãos de comunicação social sobre a conduta devida em relação a pessoas ou entidades que se pensa poderem vir a concorrer às eleições. O Tribunal entende que tal interpretação deveria ser afastada por inconstitucional.

2.3.5. Agora, esta contradição entre a norma legal e a Lei Fundamental da República é mais aparente do que real, porquanto o enunciado deôntico subjacente em questão, naquilo que diz respeito a candidato, coligação ou lista, deve ser interpretada sempre de forma conjugada com as normas reguladoras das candidaturas, também constante do mesmo ato normativo, o Código Eleitoral. Neste sentido, sendo a interpretação apresentada no número anterior inconstitucional, ela não é a melhor leitura desta proibição. O critério só pode ser este, ou seja, de que, independentemente das eleições concretas e da entidade que tenha existência meramente eleitoral – excluindo-se, assim, os partidos políticos – que a ela concorra, o termo inicial de aplicação da proibição de tratamento diferenciado vai ser necessariamente variável, dependendo da aplicação de outras normas do Código Eleitoral.

Esta, na realidade, em termos legais só começa verdadeiramente a operar quando há atos concretos de apresentação de candidaturas e se possa dizer que existem, do ponto de vista formal e jurídico, candidatos, ou seja, cidadãos eleitores integrados em lista apresentada por entidade habilitada a concorrer a eleições legislativas ou autárquicas ou proposto por cidadãos para concorrer às eleições presidenciais. Assim, no que toca aos candidatos, assim considerados, à luz do Código Eleitoral, o seu reconhecimento depende, por um lado, que exista manifestação de vontade de uma pessoa em candidatar-se, integrando-se em lista eleitoral no caso de eleições legislativas ou autárquicas de entidades que, respetivamente, podem concorrer a cada uma dessas eleições, e, naturalmente, desta ser apresentada por elas aos órgãos competentes designados por lei. Somente a partir deste momento é que temos, para efeitos legais, candidatos, e somente a partir desse momento – que pode decorrer do quinquagésimo ao quadragésimo dia anterior da data marcada para as eleições – é que a proibição atinge os candidatos ou listas. No caso do Presidente da República, como o prazo máximo de apresentação da candidatura e o termo inicial da proibição coincidem e, adicionalmente, ser candidatura individual que depende de aceitação do próprio candidato, problemas de maior não se colocam a este nível, ainda que, por motivos evidentes, mesmo que, por hipótese, a apresentação de candidatura ocorra antes do prazo final para tanto, a proibição neste caso não pode ser estendida para além do sexagésimo dia.

As coligações para fins eleitorais, por sua vez, decorrem da vontade de, pelo menos dois partidos políticos, concorrerem conjuntamente a qualquer eleição e que deve ser manifestada junto ao Tribunal Constitucional por via de pedido de registo que tem como prazo final a data do início do prazo de apresentação das candidaturas para as eleições. É só a partir desta data é que, como tais, em relação às coligações poderia incidir a mesma proibição. Em relação aos partidos políticos a mesma questão não se coloca, considerando que à luz da Lei de Partidos Políticos, têm modo próprio de constituição, registo e aquisição de personalidade jurídica, sendo estabelecido primacialmente com finalidades eleitorais, pois, nos termos do artigo 2º dessa lei, “*são partidos políticos as associações de cidadãos de carácter permanente, âmbito nacional e constituídas com o objetivo fundamental específico de participar democraticamente na vida política do país e de concorrer, de acordo com as leis constitucionais e com os seus estatutos e programas publicados, para a expressão e formação da vontade política do povo e para a organização do poder político, intervindo no processo eleitoral mediante a apresentação ou patrocínio de candidaturas*”, o que significa que pode decorrer presunção de que o

partido político concorrerá às eleições que se puder apresentar, nomeadamente às legislativas e autárquicas. Neste sentido, o artigo 105, parágrafo 2, alínea d) não é inconstitucional.

2.3.6. O que se deve notar, ademais, é que a alínea d) do artigo 105 tem um carácter mais pedagógico do que efetivo, limitando-se a acolher o princípio e o direito das candidaturas do artigo 96, de acordo com o qual *“os candidatos e as entidades proponentes de listas têm direito a igual tratamento por parte das entidades públicas e privadas, a fim de efetuarem livremente e nas melhores condições, a sua campanha eleitoral”*, e o corolário ao nível dos órgãos de comunicação social previstos pelo artigo 105 (*“Sempre que incluam matéria relativa a atos eleitorais, as publicações periódicas que não revistam a qualidade de órgãos oficiais dos partidos políticos regem-se por critérios de absoluta isenção e rigor, evitando qualquer discriminação entre as diferentes candidaturas, quer quanto ao tratamento jornalístico, quer quanto ao volume dos espaços concedidos”*) e 116 (*“Todas as estações de rádio e televisão são obrigadas a dar igual tratamento às diversas candidaturas”*).

2.3.7. Estas disposições que, de forma mais rigorosa, refletem a incidência da obrigatoriedade de igualdade de oportunidades entre as candidaturas de base constitucional. Ela, apesar da sua generalidade, não significa que todos os órgão de comunicação social tenham que dar um tratamento milimetricamente igual a todas as candidaturas e sequer que estejam inibidas de expressar a sua opinião sobre questões de impacto eleitoral, nomeadamente nos espaços tradicionalmente reservados pela imprensa, para se apresentar a opinião do órgão, de forma claramente delimitada como ocorre com os editoriais. Por conseguinte, o Tribunal Constitucional não considera que este artigo imponha autonomamente mais restrições em nome da igualdade de oportunidades e de tratamento do que as que decorrem dos artigos 96, 97, 115 e 116 do Código Eleitoral.

2.3.8. Acontece que a Constituição da República, do ponto de vista da liberdade de imprensa, não acolhe um tratamento uniforme de todos os órgãos de comunicação social. Outrossim, de modo claro, estabelece a distinção, no mesmo artigo em que a reconhece, entre a comunicação pública e a privada, entre as que têm a natureza de publicações e as radio ou teledifundidas. A posição constitucional, que não deixa de ser relevante para o tratamento da questão que ora nos aflige, em última instância, resulta da projeção diferente que os direitos fundamentais podem ter no concernente a entidades públicas e a entidades privadas.

É, em decorrência disso, que o número 5 do artigo 60 estabelece que o “*Estado garante a isenção dos meios de comunicação do sector público, (...)*”, e desenha critérios do qual resultam feixes com intensidade diferentes entre meios de comunicação consoante a sua natureza. Por um lado, prevê o número 6 que “*a criação ou fundação de jornais não carece de autorização administrativa, nem pode ser condicionada a prévia prestação de caução ou qualquer outra garantia*”, e, do outro, o 7, que “*a criação ou fundação de estações de radiodifusão ou de televisão depende de licença a conferir mediante concurso público nos termos da lei*”.

Portanto, a considerar se não haveria efeitos desse quadro sobre a projeção igualdade de oportunidades sobre a liberdade do órgão de comunicação social. A questão é que se considera que os diversos tipos de órgãos de comunicação social têm especificidades. Tanto é assim que, de forma convergente, o legislador ordinário desenvolve a Lei da Comunicação Social (Lei nº 56/V/98, de 29 de junho, na versão consolidada resultante das alterações promovidas pela Lei nº 70/VII/2010, de 16 de agosto), por meio de três diplomas distintos – um referente à imprensa e agências de notícia (Lei nº 73/VII/2010, de 16 de agosto)/ um referente à rádio (Decreto-Legislativo nº 10/93, de 29 de junho, com as alterações introduzidas pela Lei nº 71/VII/2010, de 6 de agosto) e outro concernente à televisão (Lei nº 90/VIII/2015, de 4 de junho). As razões tradicionais tem a ver, como se sabe, com o tradicional pluralismo e abertura do mercado da imprensa – a comunicação social escrita – e à abertura controlada do de radiodifusão e de teledifusão, com o pressuposto de prestação mais reforçada de serviço público informativo desses dois meios, do facto de poderem usar o espectro radioelétrico, considerado pela lei bem de domínio público (nos termos do artigo 10º da Lei da Rádio, “*o espectro radioelétrico faz parte do domínio público do Estado*”), etc..

Essa natureza diferenciada justifica, como, aliás, decorre da aplicação dos artigos 96, 97, 115 e 116 do Código Eleitoral, nomeadamente estabelecendo graus diferenciados para o nível de obrigação de preservação da igualdade com incidência limitadora sobre a liberdade de programação e de manifestação. É evidente que o nível máximo é o que abrange as estações de rádio e de televisão que são empresas públicas que prestam serviço público por contrato de concessão, nomeadamente porque também estão submetidas de forma estrita ao dever de neutralidade e imparcialidade das instituições públicas (nos termos do artigo 97 (1), “*os titulares dos órgãos e os funcionários e agentes do Estado, dos municípios e de outras pessoas coletivas de direito público, das pessoas coletivas de utilidade pública administrativa, das sociedades concessionárias de serviços públicos, das*

empresas públicas, das sociedade de capitais públicos ou de economia mista, deve, no exercício das suas funções, manter rigorosa neutralidade perante as diversas candidaturas”), e, “não podem, nessa qualidade, intervir, direta ou indiretamente, na campanha eleitoral, nem praticar atos que, de algum modo, favoreçam ou prejudiquem um concorrente às eleições, em detrimento ou vantagem de outros” (art. 97 (2)). Particularmente, por estar ligada a um princípio constitucional ainda não mencionado, mas que é de nuclear importância em matéria eleitoral: “o princípio da neutralidade e imparcialidade de todas as entidades públicas perante as candidaturas” (art. 99 (5)).

Já, as demais empresas que também prestam serviço público, mas são privadas, naturalmente, há um dever de tratamento igual, nos termos do artigo 116. Todavia, isto não impede que esses órgãos de comunicação social – garantida a igualdade de espaço e tratamento jornalístico – tenha alguma maleabilidade na apresentação de alguma posição relativamente a assuntos eleitorais, que não é condicionada pelas obrigações de isonomia que possam ter.

Menos ainda os jornais que não são públicos e que tradicionalmente, dentro do quadro de isenção, rigor, não-discriminação no tratamento das candidaturas, têm alguma liberdade, nomeadamente em espaço reservado para tais entidades emitirem a sua opinião, os editoriais. Estes estão plenamente identificados, portanto o leitor consegue perfeitamente contextualizar a natureza do escrito, por aplicação do artigo 29 da Lei da Comunicação Social é do conhecimento público quem são os seus proprietários (“1. As empresas e os meios de comunicação devem proceder à divulgação pública da identidade dos seus proprietários ou seus associados, sócios ou cooperadores ou das pessoas coletivas suas proprietárias. 2. A divulgação referida no número anterior é feita no início de cada ano civil e sempre que houver qualquer alteração na titularidade do direito de propriedade ou na composição da pessoa coletiva ou do seu capital. 3. O acto de divulgação é publicado na II Série do Boletim Oficial e editado nos órgãos de comunicação social pertencentes à empresa de comunicação social”), de onde se pode eventualmente identificar a sua associação a interesses políticos, económicos, etc., qual é o seu estatuto editorial, o qual deve também dar a conhecer ao leitor, nos termos do artigo 30 do mesmo diploma (“Todos os órgãos de comunicação social devem adoptar um estatuto editorial que defina claramente a sua orientação e os seus objetivos, e inclua o compromisso de assegurar o respeito pelos princípios deontológicos e pela ética profissional, assim como pela boa-fé dos leitores”). Portanto, o leitor/eleitor não será propriamente ludibriado pelo jornal, em particular porque há, em Cabo Verde, um

mercado aberto e a pluralidade é garantida, sobretudo externamente – pela existência de jornais com tendências ideológicas diferentes ou com linhas editoriais distintas, eventuais aproximações políticas divergentes, tanto do ponto de existirem ou não existirem – do que internamente, pelo jornal não se poder pronunciar em seções identificáveis sobre a sua posição oficial em questões com relevância pública.

Sendo assim, os efeitos da norma, garantidora legítima da igualdade entre as candidaturas, não pode ser interpretada como produzindo efeitos externos sobre a liberdade de órgãos de comunicação social com menor condicionamento nesta matéria poderem deixar de apresentar a sua posição em questões eleitorais.

2.3.9. Pelo exposto, o Tribunal Constitucional considera não haver inconstitucionalidade da alínea d) do parágrafo 2º do artigo 105, ainda que sublinhe que qualquer interpretação que, porventura, pretende-se aplicar autonomamente a vedação nela constante a momento anterior à apresentação de candidaturas e dela decorrerem obrigações adicionais de tratamento isonómico à margem dos artigos 96, 97, 115 e 116, aos órgãos de comunicação social, seria inconstitucional.

2.4. Se a alínea e) do mesmo artigo, considerando que veda a alusão ou crítica a candidato, partido, coligação ou lista, mesmo que dissimuladamente, com a exceção de debates políticos ou sobre as eleições, viola as liberdades de expressão, imprensa e informação previstas pela Constituição da República, nomeadamente nos seus artigos 60 e 48, e/ou as condições de restrição vertidas para os números 4 e 5 do seu artigo 17.

2.4.1. Recorrendo aos mesmos argumentos do que os utilizados em relação às alíneas anteriores, o pedido do Exmo. Senhor Presidente da República também incide sobre a possível inconstitucionalidade da alínea e) do número dois do artigo 105 do Código Eleitoral.

2.4.2. Tal como as anteriores, esta norma cuja constitucionalidade se discute, acompanha o Código Eleitoral desde a sua primeira versão de 1999, ainda que também tenha sofrido, com a revisão de 2007, alteração, igualmente incidente sobre a sua extensão temporal e sobre a abrangência de entidades destinatárias das obrigações, já que com elas partilha o mesmo chapéu.

2.4.3. A norma legal é construída no sentido de impedir que a) haja, por via de programa, difusão de alusão a candidato, partido, coligação ou lista, mesmo que dissimuladamente; b) haja, por via de programa, crítica a candidato, partido, coligação ou

lista, mesmo que dissimuladamente. Excetua-se os casos disso ocorrer no quadro de a) de debates políticos; ou b) debates sobre as eleições. Como tal, esta norma, mesmo considerando as exceções, produz um efeito restritivo acentuado, a tal ponto de poder esvaziar a programação noticiosa de um órgão de comunicação social em períodos eleitorais. Porque se a crítica, por si só, já produz tal efeito, a proibição da mera alusão – por mais neutra que seja – incide de forma brutal sobre as liberdades em causa. A partir da exegese da norma ancorada na sua literalidade nem sequer as exceções são significativas porque cobrem apenas situações de debate, mas não de notícias.

Ainda que, num prisma distinto, mas decisivo para este raciocínio, releve sublinhar que a expressão utilizada pelo legislador circunscreve o âmbito de aplicação: “programa”. Esta não parece abarcar todos os segmentos de estruturação de veículos de comunicação social, mas, idealmente, somente os radio ou teledifundidos. Para o Tribunal, sendo esta matéria de restrição de direitos, não é legítimo que se estenda a aplicação da restrição por via da interpretação – aliás o legislador constituinte tenta afastar tal processo hermenêutico por via do artigo 17 (2), que estabelece que *“a extensão e o conteúdo essencial das normas constitucionais relativas aos direitos, liberdades e garantias não podem ser restringidos pela via da interpretação”* – para abarcar segmentos de comunicação que não são programas, nomeadamente peças de jornais, secções, cadernos, cartas dos leitores, artigos de opinião, etc.

Ao contrário, perante normas de tal teor objetivamente restritivo, sempre seria recomendável que se adotasse uma abordagem hermenêutica *pro libertate*, interpretando de forma estrita as restrições e favorecendo os sentidos que melhor salvaguardassem os direitos. Todavia, deixar que os direitos fiquem, em tais níveis, dependentes da adoção de uma perspetiva jurisprudencial mais simpática à preservação das liberdades é arriscado por demais em se tratando de situação em que ela, primariamente, é feita por um órgão administrativo especial – a Comissão Nacional de Eleições –, cuja missão primária, conforme o artigo 18 do Código Eleitoral, é *“assegurar a liberdade e a regularidade das eleições, a igualdade de oportunidades e de tratamento das candidaturas (...)”*, que, como é normal, aplica a lei, em tese, a partir das aceções mais ordinárias dos enunciados linguísticos que compõem a norma, é um quadro de difícil compatibilização com o sistema cabo-verdiano de direitos fundamentais. Uma análise da prática da Comissão Nacional de Eleições nesta matéria mostra que já se aplicou coimas a jornais, com fundamento nesta disposição.

2.4.4. As considerações que o Tribunal tem a fazer relativamente a esta matéria são, em tudo, semelhantes às que foram feitas em relação à vedação de opinião favorável ou desfavorável a órgão(s) de soberania/autárquico(s) e candidaturas. Os mesmos critérios gerais de abordagem se impõem aqui. A jurisdição constitucional existe para defender a Constituição, sendo que grande parte das questões constitucionais, de forma direta ou indireta, dizem respeito aos direitos fundamentais e ao funcionamento da democracia. Naturalmente, fá-lo de forma responsável, respeitando o princípio da separação de poderes e abrindo espaço para que o legislador popularmente legitimado exerça as suas funções. Todavia, fica obrigado a agir caso, de facto, esses poderes sejam usados de modo corporativo para proteger a classe governante e política de críticas por parte do cidadão.

2.4.5. É perante essa filosofia, que vai analisar se, de facto, a proibição objetiva de difusão de qualquer programa que contenha alusão – referência – ou crítica – referência negativa –, a candidato, partido, coligação ou lista, mesmo que dissimuladamente, com a exceção de debates políticos ou sobre eleições, é inconstitucional.

A este respeito, resumindo o que já se disse a respeito da outra restrição, a legitimidade da finalidade da afetação é muito discutível, porque ou visa garantir o princípio da igualdade de oportunidade entre as candidaturas, evitando, assim, que alusão a candidato, partido, coligação ou lista se transforme em propaganda indireta, ou então o objetivo é escudar tais entidades de críticas de pessoa que, a título próprio ou em representação de outras instituições, faça juízos ou partilhe informações prejudiciais. No primeiro caso, em tese, a finalidade até é legítima, mas a medida em si é inócua porque o mesmo efeito é materializado pelas normas que garantem o tratamento equilibrado das candidaturas e que, objetivamente, proíbem referências desproporcionais entre as mesmas; no segundo, ela perde legitimidade. No Estado de Direito Democrático, nenhuma entidade pode reivindicar um estatuto que lhe torna imune a censura pública, mesmo considerando o período eleitoral, o qual justifica mais ainda a exposição a críticas, desde que devidamente tratadas do ponto de vista jornalístico, do que a sua neutralização, através do impedimento de serem veiculadas através de meios de comunicação social.

A proibição de o órgão de comunicação social difundir, ainda que dissimuladamente, programa com alusão ou crítica a candidatos, manifesta-se igualmente no sentido de, além de afetar objetivamente as liberdades invocadas no duto pedido, também atingir potencialmente o seu núcleo essencial ou ao menos coartá-las de modo desproporcional, o que resultaria na sua inconstitucionalidade.

Em relação à possível hostilidade da norma legal para com o núcleo essencial das liberdades fundamentais invocadas entende o Tribunal Constitucional que são, grosso modo, aplicáveis as considerações feitas a respeito da alínea c), segunda parte, do artigo 105. Não permitir que órgão de comunicação social transmita referência (“*alusão*”) ou se referência negativa (“*crítica*”), viola a liberdade de expressão, porque impede, precisamente num momento em que se torna mais propício o debate público, que as pessoas possam externar a sua opinião, partilhar apreciações – independentemente do seu sentido – através da comunicação social, meio privilegiado para potenciar o seu alcance. A razão para tanto é que esse impedimento geral esvazia por completo o direito fundamental em causa, reduzindo-o à sua expressão mínima de partilha em círculos reduzidos ou dependência de debates políticos ou sobre as eleições ou ainda os tempos de antena ou comícios do próprio partido.

E, mesmo que assim não fosse, a medida é claramente desproporcional porque o interesse legítimo que lhe subjaz e o único que é constitucionalmente aceitável – acautelar eventuais favoritismos de órgãos de comunicação social em relação a candidaturas específicas – já é garantido por outras vias, nomeadamente pelas normas que asseguram tratamento isonómico entre elas, pelo menos durante o período de campanha eleitoral. Não sendo aceitável, por ilegítimo, que tal interesse público fosse escudar candidatos e candidaturas de críticas, o outro que pode ser trazido à colação seria a preservação da seriedade, do centramento nas propostas, o controlo sobre discussões não-republicanas e de carácter pessoal, não é passível de ser concretizada pela medida restritiva, revelando-se, para tanto, inaptas, porquanto, a apreciação e discussão crítica das propostas e sobre os candidatos está no fulcro da seriedade, da consideração e da importância que se confere ao momento eleitoral. Assim sendo, longe de produzir tais efeitos, estaria, em larga medida, a impedir a sua efetivação. Portanto, em moldes a não passar pelo teste de adequação, e tornando desnecessário aplicar os demais juízos de proporcionalidade.

Do ponto de vista da liberdade de acesso à informação o mesmo problema se coloca, atendendo que a medida priva, no fundo, um conjunto indeterminado de titulares de um direito fundamental básico de ter acesso a informação pertinente em momento político especialmente relevante, nomeadamente a respeito das posições dos seus concidadãos, de personalidades públicas de sua admiração, de colegas, anónimos, etc., muitos dos quais só acessíveis por meio da comunicação social. Tal afetação, no entender deste Tribunal, atinge de forma intensa a liberdade de informação. Isso em moldes a atacar o núcleo essencial da liberdade de informação porque, basicamente, inviabilizador

de acesso a informação que diga respeito a candidatos, partido, coligação ou lista veiculada por meio de programas, nem sequer à mais neutra informação sobre um ato de campanha. Num período em que, em Cabo Verde, as questões de relevância nacional assumem forma política, inclusive as sociais, económicas e outras mais corriqueiras, o cidadão praticamente ficaria privado de informação. Como tal, por si só, a sua inconstitucionalidade é evidente.

Mas, mesmo que não se fizesse tal interpretação, no caso concreto, mais uma vez, releva-se medida inadequada para atingir os eventuais interesses públicos legítimos que são arroláveis para justificar tal afetação. A garantia de isonomia de tratamento é garantida por outras normas – e não só as cuja constitucionalidade se discute nesta seara –, a proteção de candidatos e candidaturas de discurso crítico não é interesse constitucionalmente legítimo, e a preservação da seriedade da campanha é concretizada com mais discurso e envolvimento na discussão de propostas de campanha e não com o seu amordaçamento. E se, porventura, certas dimensões jurídicas da honra dos candidatos podem se traduzir em interesses legítimos do Estado, até para evitar alguma relutância na participação política ativa, a medida em si – de proibição de veiculação de crítica por meio de comunicação social – seria claramente desnecessária, atendendo que os abusos estão sujeitos a controlo sucessivo e a responsabilização civil e criminal.

Em relação à liberdade de imprensa, conclusões semelhantes resultarão de qualquer inquérito constitucional. Vedar a órgãos de comunicação social – aqui tratados indistintamente – a possibilidade de difundir programa com alusão ou crítica a candidato configura afetação objetiva à sua liberdade de encontrar, transmitir ou produzir e difundir notícias e opiniões. Só poderia ser justificada, como uma extensão ao princípio da igualdade de oportunidades e de tratamento, atingível caso esses órgãos dessem tratamento positivo ou negativo diferente às candidaturas e candidatos. Todavia, esse interesse público já está protegido por outras normas do mesmo Código Eleitoral. O objetivo de garantir a seriedade, o centramento nas propostas, o afastamento de discussões ‘fulanizantes’, pode até ser legítimo, mas não é realizável pela medida restritiva.

Longe disso, ela teria precisamente o efeito de os castrar. Sem a possibilidade de veiculação de tais programas, contribuiria, ao contrário, para um maior desinteresse para com atos políticos deste género e para desviar esses conteúdos para outras plataformas, nomeadamente aquelas em que o anonimato é a regra. A única que, ainda assim, poderia permitir alguma conexão racional com o meio utilizado seria a preservação de direitos dos políticos e o interesse do Estado na participação política ativa. Porém, mesmo que se

admitisse a aptidão da medida para realizar esse fim, ela acabaria por ser claramente desnecessária, atendendo que é passível de concretização por meio menos restritivo, o qual, aliás, já está previsto na lei – a responsabilidade civil e criminal por abuso de liberdade –, ao invés de se o fazer por via de uma proibição tão abrangente quanto à que foi vertida para a alínea e) ora em análise.

2.4.6. Pelas razões expendidas, o Tribunal Constitucional considera que a norma é inconstitucional na sua essência, abarcando diretamente o núcleo da norma proibitiva.

2.5. Se a alínea f) do número 2 do artigo 105 do Código Eleitoral, atendendo que não permite a transmissão de programa apresentado ou comentado por candidato ou seu mandatário, sem prejuízo das normas sobre o direito de antena, viola as liberdades de expressão, imprensa e informação previstas pela Constituição da República, nomeadamente nos seus artigos 60 e 48, e/ou as condições de restrição de direitos, liberdades e garantias previstas pelos números 4 e 5 do seu artigo 17.

2.5.1. A norma que resulta da alínea f) do mesmo artigo 105 lê-se no sentido de que *“A partir do sexagésimo dia anterior a data marcada para as eleições e até ao encerramento da votação, é vedado aos órgãos de comunicação social, sob qualquer forma (...) transmitir programa apresentado ou comentado por candidato ou seu mandatário, sem prejuízo das normas sobre o direito de antena”*.

O âmbito da norma é tudo menos claro, o que pode ter resultado de efeitos de revisões ao texto de 2007 que alteraram o segmento da cabeça da norma e ajustaram termos que não lhe são integralmente convergentes, como, de resto, já se afirmava em relação à alínea anterior, que usa igualmente a expressão “comunicação social”, abrangendo a áudio, a audiovisual, a escrita, a eletrónica, etc., e, depois a expressão “programa”, a qual parece dizer respeito somente à rádio e à televisão. Naturalmente, não se está ainda a discutir se o legislador, no quadro do poder soberano de que goza, pode ou não aprovar leis com esse teor. Naturalmente, o Tribunal tem considerado, de forma sistemática, que o princípio democrático exige que tais poderes sejam levados a sério. Agora, aqui, a questão prejudicial que temos em mãos é de interpretação da norma legal conforme o princípio da liberdade e da autonomia individuais, no sentido de que não se pode interpretar norma legal estendendo o âmbito de uma restrição em moldes a abarcar situações que não estão claramente descritas pela norma e que geram dúvida hermenêutica, pois esta, a haver, deve ser resolvida, *pro libertate*. Neste sentido, no entendimento desta Corte Constitucional, a vedação decorrente da norma da alínea f), no

mesmo sentido que a alínea e) não pode ser interpretada como abrangendo peças jornalísticas – editoriais, colunas, reportagens, páginas humorísticas – da imprensa escrita, posts ou qualquer forma de comunicação social que não possa ser considerada como um programa.

2.5.2. Nesta conformidade, a limitação gerada pela disposição ora em discussão é menor do que poderia parecer *prima facie*. Em todo o caso, com textura suficiente para poder lesar as liberdades comunicacionais invocadas no pedido. Como aconteceu em relação ao escrutínio lançado sobre a alínea d) do número 2 do artigo 105, neste caso, o interesse público que ampara esta limitação constitucional à liberdade, concretamente de comunicação social e eventualmente de exercício da profissão, resultou diretamente do cumprimento de um mandado de harmonização previsto pelo artigo 99 (5) da Constituição da República, que lhe comanda a regulação da campanha, atendendo, nomeadamente, aos princípios aqui em confronto da liberdade de propaganda eleitoral e da igualdade de oportunidades e de tratamento entre todas as candidaturas. Isto, em última instância, como forma de realização do próprio princípio republicano da Constituição, destinado a evitar que certas candidaturas tenham vantagens ou desvantagens que influam no seu resultado eleitoral, com desconsideração do mérito intrínseco das suas propostas políticas.

2.5.3. Naturalmente, tal finalidade da norma restritiva não legitima a afetação das liberdades por si só, até porque faz parte da injunção constitucional a consideração do princípio da liberdade de propaganda, ao qual se agrega igualmente o postulado da manutenção, nos limites do possível, da máxima intensidade das liberdades comunicacionais em jogo, nomeadamente a de expressão de opiniões, a de informação e a de imprensa. É preciso, pois, avaliar se a restrição obedeceu às condições previstas pelo artigo 17 da Constituição, nos seus números 4 e 5.

Decorre daquilo que foi dito que há autorização explícita para restringir, até porque qualquer operação de harmonização tem inevitavelmente efeitos afetantes, e a norma, naturalmente, na sua configuração, é geral e abstrata, não se colocando questões a este nível em relação a quaisquer das liberdades aqui em discussão.

A avaliação de possível atingimento de núcleo essencial pressupõe análise individualizada dessas liberdades, atendendo que ele, em cada caso, pode ter configurações diferentes. Em relação à liberdade de expressão do apresentador ou do comentador, não parece que seja atingida no seu âmago. Porque continua a poder expressar-se por diversos meios, nomeadamente, a partir de certa altura, através dos

instrumentos típicos de expressão de ideias políticas em período eleitoral com vistas à captação de votos; a liberdade de acesso a informação também não é afetada a esse ponto pelos mesmos motivos, isto é, o que se vai sonegar em termos de informação veiculada pelo programa não impede que o destinatário e titular dessa liberdade possa aceder às mesmas pelas demais vias em que o seu emissor escolha apresentá-las. Por fim, no que diz respeito à liberdade de imprensa, sempre considerando os incómodos que seria perder um apresentador ou comentador durante certo período – sem discutir ainda a extensão – não impede que o órgão em questão continue a poder divulgar os seus conteúdos, notícias e opiniões, recorrendo, para o efeito, a outros profissionais que não se enquadrem na proibição em causa. Por conseguinte, não há afetação do núcleo essencial dessas liberdades comunicacionais.

Diferente é outra liberdade que, neste caso, pode também ser considerada, a liberdade de acesso à profissão por parte do apresentador/comentador candidato ou mandatário, que gera, portanto, um comando negativo de o Estado – nomeadamente o poder legislativo – não criar impedimentos constitucionalmente ilegítimos a essa esfera de liberdade. Neste caso concreto, a finalidade legítima da medida não está em causa, pois, conforme afirmado sobejas vezes, a República tem um interesse legítimo em que quem concorra a cargo político eletivo não possa, de forma individual, se beneficiar diretamente face aos seus concorrentes por ter plataforma privilegiada para expor as suas ideias ou simplesmente ganhar notoriedade e exposição pré-eleitoral. É evidente que a notoriedade que alguém já tenha conquistado por estes motivos não pode ser apagada, mas os efeitos que tal situação projeta sobre as eleições para as quais concorre podem ser legitimamente controlados pelo Estado, nomeadamente como decorrência evidente do mandado de garantia de igualdade de oportunidades entre os candidatos. Há também por este motivo autorização para restringir nos termos do número 4 do artigo 17 da Lei Magna da Comunidade Política Cabo-Verdiana.

A norma, ainda que possa vir a ser aplicada a um número limitado de pessoa, não deixa de ser, pela sua natureza, geral e abstrata e não atinge o núcleo essencial do direito. Isto porque o candidato e o mandatário, mesmo que sejam profissionais da área e não exerçam outra profissão, sofrem uma afetação mínima incidente sobre essa liberdade por um período de tempo – do ponto de vista profissional – relativamente curto, posto o qual podem legitimamente retomar as suas atividades normais ou passar, por escolha sua e do cidadão, a desempenhar função eletiva. Relativamente à obediência ao princípio da proporcionalidade, o Tribunal Constitucional entende que a medida restritiva permite

realizar a finalidade real preconizada, logo é idónea; em sentido similar, não nos parece que houvesse meios igualmente hábeis a produzir tais efeitos e que sejam menos afetantes. Naturalmente, sempre se poderia pensar, na vertente utilização de meio privilegiado para promoção eleitoral pessoal ou de partido, lista, coligação, associados a candidato ou mandatário, que um sistema sucessivo de controlo, nomeadamente de cariz sancionatório, para o caso de ocorrer realmente recurso indevido a esse meio. Porém, na outra vertente, impedimento de vantagem eleitoral obtida pela exposição privilegiada ao cidadão eleitor, é mais difícil, dada a sua incomensurabilidade relativa, não se encontrando qualquer outra medida menos afetante e igualmente eficaz. Em relação à proporcionalidade em sentido restrito, justa medida, entende a Corte que não houve um sacrifício excessivo desta liberdade, até porque se está perante um dado de difícil objetivação. Por conseguinte, deste ponto de vista, do princípio da proporcionalidade, a norma não gera qualquer base que permitisse a declaração de inconstitucionalidade.

2.5.4. Agora, se, inequivocamente, esta situação não é gerada pelo tipo proibido contemplado pela norma no segmento em que se diz que é “*vedado aos órgãos de comunicação social, sob qualquer forma transmitir programa apresentado ou comentado por candidato ou seu mandatário, (...), com a exceção da incidência das normas sobre o direito de antena*”, alguma dúvida poderia resultar da estatuição temporal do preceito, ou seja, o segmento: “*a partir do sexagésimo dia anterior a data marcada (...)*”. Como já se tinha argumentado anteriormente, nomeadamente em relação à alínea d) do mesmo número do artigo 105, com base na atribuição de um sentido extensivo, que, em concreto, adotasse linha hermenêutica mais substantiva do conceito de candidato ou mandatário, ao ser aplicada em momento no qual ainda não os há formalmente, geraria efeito retroativo vedado pelo número 5 do artigo 17.

Isto porque, a restrição, pelo teor da norma, poderia ser aplicada a uma situação em que não há ainda formalmente candidato e sequer mandatário, o qual é designado também no momento de apresentação das candidaturas. No caso das eleições à Assembleia Nacional e para titulares de órgãos municipais, não há coincidência entre os dois prazos (o da apresentação das candidaturas e o do início da proibição), sendo o primeiro mais curto, não podendo ser antecipado além do quinquagésimo dia anterior à data marcada para as eleições. Na opinião do Tribunal, isso geraria, no caso de se adotar tal interpretação, um efeito retroativo à norma restritiva de direito, liberdade e garantia, que é vedado pelo número 5 do artigo 17. Isto porque a proibição, em cada caso particular, começaria a produzir efeitos mesmo antes de haver formalmente candidatura – mesmo

que se tomasse como termo inicial a mera data da apresentação e não a da sua aceitação. O que significa que a proibição operaria para o passado. A partir do momento em que haja candidatura é que se pode avaliar se efetivamente a proibição se aplica ou não. Tal cenário, além de desafiar a lógica jurídica tradicional, faria com que a norma de direitos, liberdades e garantias fundamentais produzisse efeitos notoriamente retroativos, portanto incidindo sobre factos que ocorreram num momento em que, a rigor, ainda não se encontrava presente um dos seus elementos. Ademais, porque sobre tal comportamento incide regime sancionatório, nomeadamente por aplicação do artigo 329, de acordo com o qual “1. *A empresa de estação de rádio ou televisão que não der tratamento igual aos diversos partidos intervenientes na campanha eleitoral será punida com coima de duzentos e cinquenta mil a um milhão e quinhentos mil escudos*”.

2.5.5. A ser possível tal interpretação da norma legal, o Tribunal Constitucional afasta-la-ia por inconstitucional em razão dos efeitos retroativos vedados gerados. Todavia, não é, de facto, a melhor interpretação desse preceito, nomeadamente, como, aliás, já avançado, do conceito de ‘candidato’ e do outro conceito de ‘mandatário’. O primeiro corresponderia ao cidadão eleitor integrado em lista apresentada por candidatura ou cidadão eleitor apresentado por um conjunto de cidadãos para concorrer a eleições presidenciais, o que significa que somente a partir do momento em que tal lista ou candidatura fossem apresentadas, respetivamente do quinquagésimo ao quadragésimo dia anterior e, no máximo até ao sexagésimo dia anterior à data marcada para as eleições, respetivamente, é que a proibição da alínea f) do número 2 do artigo 105 do Código Eleitoral poderia começar a operar.

Na medida em que o mandatário é designado no momento de apresentação das candidaturas, a mesma lógica impera neste caso concreto. Por conseguinte, num caso ou no outro, a mesma racionalidade seguida no concernente à alínea d) do número 2 do artigo 105 também emerge, ou seja, ao mandatário de lista concorrente a eleições legislativas ou autárquicas, a proibição teria como termo inicial a data da apresentação da candidatura, portanto entre o quinquagésimo e o quadragésimo dia anterior à data marcada para as eleições, e no sexagésimo para o caso de eleições para Presidente da República.

2.5.6. Portanto, a alínea f) do parágrafo 2º do artigo 105 do Código Eleitoral não é inconstitucional, sendo necessário somente salvaguardar eventual interpretação que, a materializar-se, nos termos discutidos, faria com que gerasse efeito retroativo.

2.6. Se o artigo 106 (1) ao proibir a propaganda eleitoral nos órgãos de comunicação social fora dos espaços ou dos tempos de antena, viola as liberdades de expressão e de informação previstas pelo artigo 48 e a garantia contra a censura reconhecida pelo artigo 60 (3) da Lei Fundamental, e/ou as condições de restrição de direitos, liberdades e garantias previstas pelos números 4 e 5 do seu artigo 17.

2.6.1. Os argumentos utilizados na douda peça dirigem a discussão para uma possível violação das liberdades de expressão e de informação e até lesão de garantia fundamental contra a censura. Neste sentido, considera que a letra do número 1 do artigo 106 conduz a interpretação desconforme com a Constituição, sugerindo-se que o que deveria ser dito – e constituir a base de interpretação constitucionalmente conforme – é que a propaganda eleitoral deve respeitar o disposto nos artigos 115 e 117 do Código Eleitoral.

2.6.2. Aqui, portanto, o bojo da questão constitucional deriva, em última instância, da possível extensão da norma proibitiva inserta no artigo 106 (1) do Código Eleitoral, autorizada pela letra da lei, temendo a augusta entidade que solicitou este inquérito que possa levar à sua inconstitucionalidade. É neste quadro que o Tribunal apreciará o problema constitucional levantado, começando por tentar fixar o modo como o Código Eleitoral trata a questão.

2.6.3. O legislador ordinário adotou a seguinte redação: “*É proibida a propaganda eleitoral nos órgãos de comunicação social, fora dos espaços ou dos tempos de antena previstos nos artigos 115 e 117*”. Fazendo parte do Código Eleitoral desde a sua versão originária de 1999, visa estabelecer limites ao que as candidaturas podem fazer no quadro da campanha eleitoral, momento no qual fazem propaganda eleitoral com o fito direto de captação de votos. Ademais, associa o legislador a esta vedação, norma sancionatória de natureza penal inserta no artigo 296 (1), assim redigida: “*Quem violar o disposto no artigo 106 número 1 será punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até dois anos*”. As *Atas da Sessão de Aprovação do Código Eleitoral* em 1999 mostram que a proibição não foi objeto de muita discussão do ponto de vista legístico e que a inserção da norma sancionatória foi aprovada às pressas no fim da sessão. Por conseguinte, reforça-se a conclusão do pedido da possibilidade de ser a redação do artigo e não a intenção restritiva do legislador a possível fonte dos eventuais problemas detetados.

Fixando o sentido legal – e sem ainda fazer pronunciamentos de natureza constitucional –, ela remete-nos a vedação de propaganda eleitoral feita em órgãos de

comunicação social. A questão preliminar é verificar o que se pretende com a locução ‘propaganda eleitoral’ e qual é a abrangência da expressão “órgão de comunicação social”. A primeira é contemplada no artigo 103, o qual contém uma orientação do que se pode considerar, para efeitos legais, propaganda eleitoral, ao dizer que “*a campanha eleitoral consiste na apresentação das propostas e programas político-eleitorais e na justificação e promoção das candidaturas, com vista à captação dos votos, no respeito pelas regras do Estado de direito, (...)*”. Não se pode esquecer que esta noção, a qual parece, à primeira vista, abranger somente o conceito legal de campanha eleitoral, está inserido numa secção intitulada “Propaganda eleitoral” e que o preceito em questão está epigrafado de objetivos, permitindo, pelo menos, inferir, um elemento do conceito de propaganda eleitoral de raiz temporal, ou seja, de que ela é composta por um esforço concertado de propaganda política destinado diretamente à captação de votos durante o período de campanha. Portanto, é uma espécie de propaganda política especial e robustecida em razão da sua proximidade com as eleições. Neste sentido, entende o Tribunal que quem faz propaganda eleitoral são as candidaturas.

De sua parte, o conceito de órgão de comunicação social pode ser encontrado no artigo 3º da Lei da Comunicação Social, que assim dispõe: “*A comunicação social abrange os meios e processos orais, escritos, sonoros, visuais, audiovisuais, eletrónicos ou quaisquer outros meios de recolha, tratamento, difusão da informação e sua comunicação ao público, nomeadamente as atividades de: a) publicações periódicas, não periódicas e on-line; b) radiodifusão e radiotelevisão; c) edição e impressão de publicações; d) produção de programas e documentários audiovisuais; e) agências especializadas de notícias, de fotografias e de imagens; f) publicidade; documentação e arquivos; g) sondagens*”.

A questão é que o artigo 106 (1) remete aos artigos 115 e 117, excluindo da proibição respetivamente os espaços abrangidos pelo primeiro e os tempos de antena mencionados pelo derradeiro. Neste sentido, nem as publicações periódicas, nem as televisões e rádios durante o período destinado ao tempo de antena estão recobertos pela proibição, naturalmente nos termos previstos por essas duas disposições legais. Se assim for, como entende este Tribunal, aquilo que se deve considerar é que o dispositivo não proíbe de forma geral propaganda eleitoral numa publicação periódica, antes de tudo, permite-as nas publicações periódicas que sejam órgãos oficiais dos partidos sem qualquer restrição; segundo, também nas demais publicações periódicas, desde que sujeita aos mesmos princípios de isenção e rigor, de não discriminação no que diz respeito

ao tratamento jornalístico ou ao volume de espaço consentido. E a vedação não abarca, naturalmente, os tempos de antena na rádio e na televisão nos termos do artigo 107.

Como há uma diferença entre propaganda e opinião, sendo a primeira marcada pelo seu caráter concertado e massivo e a segunda mais aleatória e particularizada, a disposição em questão não nos parece proibir a livre exposição de opinião individual em veículo de comunicação social, pois isso não seria considerado propaganda eleitoral, a menos que inserta em projeto comum de apresentação de ideias com finalidade de captação de voto, e seja solicitada por candidatura. Nesta conformidade, o “quem” do artigo 296 só poder ser pessoa ligada a candidatura que solicite, de forma paga ou gratuita, propaganda eleitoral vedada, ou promova a sua publicação.

Não se pode, mais uma vez, esquecer que, do ponto de vista legal, propaganda eleitoral, na qual há, nos termos do artigo 103, “*apresentação de propostas e programas eleitorais e (...) justificação e promoção de candidaturas, com vista à captação de votos*”, é, conforme o artigo 93 do Código eleitoral, feita pelas candidaturas, ainda que com a participação do cidadão (“*A promoção e realização da campanha eleitoral cabe às entidades proponentes de lista e aos candidatos, sem prejuízo da participação activa dos cidadãos*”).

Considerando todos esses aspetos, o facto é que o significado razoável a atribuir ao enunciado normativo em questão não abarca, de forma a criar um espectro amplo de efeitos restritivos, tantas condutas como poderia parecer à primeira vista, nos moldes trazidos ao nosso conhecimento pelo perspicaz pedido que foi endereçado a esta Corte Constitucional, ainda que suscite questões de relevância constitucional conforme será analisado *infra*.

2.6.4. Não seria, por isso, exato, deixar de considerar os efeitos restritivos objetivos do artigo. Mas, a questão central tem a ver com a definição da (s) entidade (s) sobre as quais a proibição incide, para se tentar identificar os direitos em causa e os seus titulares. Na resposta a esta questão, notar-se-á que os destinatários primários das normas são as próprias candidaturas, precisamente as entidades que têm interesse na captação de votos. É a estas que se aplica precipuamente a norma proibitiva do artigo 106 (1) e do artigo 296, norma dependente daquela. Os debates parlamentares havidos sobre o artigo no seu todo na versão de 1999 (artigo 98) e na revisão de 2007 (artigo 106) mostram que não se destina a restringir a liberdade da imprensa – objeto da disposição legal anterior–, mas, antes, constranger os meios que as próprias candidaturas podem utilizar para, nos

termos do artigo 103, apresentar as suas propostas e programas político-eleitorais e promover-se com a finalidade de obter votos.

Apesar de a proibição se dirigir às candidaturas e disso produzir um efeito restritivo relativamente aos meios que podem utilizar para divulgar a sua mensagem em períodos eleitorais, o facto é que os efeitos dessa mesma restrição projetam-se sobre os próprios eleitores, como lembra o douto pedido, e sobre os meios de comunicação social.

A questão a saber, porque há indubitavelmente efeitos restritivos, é a razão de ser desta proibição. E ela é natural, visando, como vários outros preceitos colocados em crise pelo pedido, garantir, na senda do princípio republicano da Constituição, equilíbrio entre as candidaturas assente na garantia das mesmas oportunidades de transmissão da sua mensagem. Vedando a propaganda eleitoral fora do tempo de antena, estar-se-ia a evitar a introdução de um desequilíbrio e a conseqüente desigualdade entre as candidaturas, aceitando que, por exemplo, elas pudessem contratar a veiculação de propaganda eleitoral à margem do tempo de antena, particularmente na rádio e na televisão, veículos que, no geral, permitem uma projeção maior das mensagens.

Nesta matéria, como em outras já tratadas, o legislador ordinário é obrigado a encontrar um equilíbrio entre o princípio constitucional da liberdade de propaganda e o princípio constitucional da igualdade de oportunidades entre as candidaturas. Esta, em particular, pelos seus efeitos de nivelamento, é a base de legitimação da restrição, visando, pois, equilibrar, nos termos do princípio republicano, as oportunidades das diversas candidaturas concorrentes para transmitir as suas mensagens, apresentar os seus programas político-eleitorais e captar votos. Em particular, evitando que as ‘chances’ sejam turbadas por diferença de meios económicos. É, pois, finalidade legítima da restrição, criando impedimento a que as candidaturas, no quadro dos meios financeiros distintos que estejam ao seu dispor, possam, além do espaço de propaganda eleitoral reservado por excelência e distribuído de acordo com critérios não-financeiros, obter mais tempo de apresentação de propostas e ideias, contratando espaço ou recebendo-o a qualquer título nos meios de comunicação social.

Naturalmente, a restrição em si, é geral e abstrata e não produz qualquer efeito retroativo vedado pelo artigo 17 (5) da Constituição. Coloca-se a questão do potencial efeito lesivo, neste caso constitucionalmente ilegítimo, sobre a garantia fundamental que proíbe a censura, e que, pela sua natureza, ao contrário da maior parte das liberdades fundamentais aqui discutidas, colocaria um constrangimento inultrapassável ao legislador. Neste sentido, se se classificar a proibição em causa como censura o efeito

automático seria a inconstitucionalidade da norma. É, pois, determinante que se avalie esta questão.

2.6.5. A garantia fundamental da proibição da censura aparece duas vezes no texto constitucional, nomeadamente no artigo 48 (3), de acordo com o qual “*É proibida a limitação do exercício dessas liberdades [expressão e de informação] por qualquer tipo ou forma de censura*” e no artigo 60, que dispõe, adicionalmente, que os órgãos de comunicação social não estão sujeitos a censura de qualquer espécie. A censura, naturalmente, não corresponde a toda e qualquer limitação a uma liberdade comunicacional, antes destina-se a proteger o conteúdo essencial do discurso/informações de atos de silenciamento. Neste sentido, ela é operada por autoridades com poderes censórios que definem quais são as mensagens ou as partes de uma que podem e quais são as que não podem chegar aos seus destinatários, determinado a sua não publicação, supressão, alteração, etc. ou, alternativamente, a apreensão da publicação antes de serem distribuídas por conterem mensagens daquele género indexado.

A norma em si limita inquestionavelmente o discurso político em períodos eleitorais com efeitos possíveis sobre a liberdade de informação. Mas, em termos menos abrangentes que pode parecer à primeira vista. Num sentido a partir do qual dificilmente pode ser considerada censura por não recair sobre o conteúdo concreto da mensagem, por não se a sujeitar a avaliação censorial preliminar à sua divulgação e, sobretudo, por não impedir a divulgação de conteúdo comunicativo específico. Ela, outrossim, continua a ser passível de transmissão, nomeadamente no tempo de antena das candidaturas. Compreende-se que, naturalmente, os fundados receios de interpretação desconforme à Constituição manifestados no pedido não se fundam nesta base, mas na possibilidade concreta de um possível destinatário da norma – no seu entendimento redigida de forma muito pouco clara – poder ficar condicionado pelo receio de efeitos de responsabilização, o que configuraria uma situação propiciadora de autocensura. Todavia, este conceito, enquanto tal, não está protegido pela garantia. Esta, como já se salientou, requer comportamentos objetivos que, em abstrato, não estão associados à questão que se coloca.

2.6.6. Não nos parece que a restrição atinja em qualquer circunstância o núcleo essencial das liberdades em causa. A liberdade de o cidadão ser informado, não, pois, apesar de se impedir a realização de certas formas de propaganda eleitoral, este continua a poder obtê-la por meio do tempo de antena gratuito, vigente na maior das eleições, por meios que dependam de propaganda gráfica e sonora, pelos serviços noticiosos e artigos que recebe, etc. A questão aqui é de intensidade e como tal deve ser tratada. Se às

candidaturas se permitisse fazer propaganda eleitoral de forma livre, nomeadamente contratando-a junto a órgão de comunicação social, naturalmente o cidadão teria acesso a mais informação em forma de propaganda, destinada a apelar ao voto numa determinada candidatura. Portanto, há uma restrição que incide sobre o âmbito abstrato da liberdade em causa. Todavia, na medida em que nem todas as candidaturas têm condições para obter esses meios de forma equilibrada, o legislador optou por vedar esse tipo de propaganda eleitoral na comunicação social complementar ao tempo de antena, garantindo a igualdade entre as candidaturas. O Tribunal Constitucional entende que a medida é apta a realizar a finalidade constitucional legítima apontada e, além disso, impede que esteja presente possibilidade que, normalmente, estimula os gastos eleitorais, elevando-os de forma concorrencial, gera a necessidade de as candidaturas obterem cada vez mais financiamento – público e não-público –, e promove práticas não republicanas propiciadas por esse contexto. Não conseguiu, ademais, identificar qualquer outra medida menos afetante que permitisse realizar o fim da garantia de igualdade de oportunidades e não levasse a despesas públicas excessivas e, por fim, considera que a medida não sacrifica excessivamente os direitos em causa perante o interesse público forte que pretende realizar. Isto porque o eleitor continua a ter acesso a fontes de informação abrangentes, a imprensa a poder exercer a sua missão precípua de informar o público, nomeadamente em questões de interesse eleitoral, e as candidaturas a poderem usar meios suficientes para poderem transmitir as suas mensagens, apresentarem o seu programa político-eleitoral, promoverem discussões sobre temas de interesse nacional e solicitarem votos.

2.6.7. Partindo do princípio de que a norma restritiva tem razão de ser, mas identificada a delimitação do conceito de propaganda eleitoral, o seu potencial restritivo da norma fica claramente contido, o Tribunal Constitucional interpreta o pedido no sentido de que mais importante que a dúvida sobre a compatibilidade do artigo 106 (1) com liberdades fundamentais, que se respondeu no item anterior, está aqui consideração sobre os impactos que a redação pouco precisa do dispositivo pode ter sobre o alcance da restrição, gerando, assim, efeito(s) inconstitucional(is). Por outras palavras, a questão colocada tem mais a ver com possíveis sentidos incompatíveis com a Lei Fundamental da República do que com a convicção de que a forma encontrada pelo legislador para harmonizar o princípio da liberdade de propaganda e o princípio da igualdade de oportunidades entre as candidaturas, ou seja, por via de norma restritiva, fere a Constituição.

Assim, no sentido de vedar propaganda eleitoral por parte de candidatura (e só de candidaturas) em período de campanha eleitoral destinada a captar votos o Tribunal Constitucional entende não haver inconstitucionalidade, embora não deixe de sublinhar que esse efeito já se encontra acautelado pelo artigo 113, de acordo com o qual *“a partir da publicação do diploma que marcar a data das eleições, é proibida a propaganda política feita, direta ou indiretamente, através de qualquer meio de publicidade comercial, paga ou gratuita, seja qual for o suporte de comunicação utilizado para o efeito”*. Esta disposição, saliente-se, tem a mesma finalidade do artigo 106 (1), destinando-se a salvaguardar precisamente a igualdade de oportunidades entre as candidaturas e atua também no sentido de impedir que desigualdades financeiras sejam um fator de desequilíbrio na intensidade que podem fazer uso da comunicação social para apresentação das suas ideias e plataformas político-eleitorais, fora dos demais espaços e meios previstos para este efeito. Já o tinha entendido neste mesmo sentido, o Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional, quando, no Acórdão nº 6/2011, P. c. Comissão Nacional de Eleições, de 31 de janeiro de 2011, Rel: JC Helena Barreto, considerou que este tipo de proibição *“teve em vista impedir que, através da compra de espaços ou serviços por parte dos partidos políticos, coligações, grupos de cidadãos, candidaturas ou de outras entidades promotoras para veicular mensagens de propaganda, se viesse a introduzir um factor de desigualdade entre elas, derivado das suas diferentes disponibilidades financeiras”*.

Independentemente disto, o fundado receio parece radicar na possível extensão da proibição para alcançar a opinião do cidadão, matéria sobre a qual o Tribunal já se pronunciou não poder ser vedada, como regra, por via de lei. O conceito de propaganda eleitoral para este Pretório possui três elementos estruturantes: primeiro, é atividade destinada a captar votos; segundo, decorre forçosamente num determinado período de tempo próximo às eleições, no quadro da campanha eleitoral, reservado precisamente para facilitar a transmissão de conteúdos que tenham a ver com elas; terceiro, é realizada, por diversos meios compatíveis com o Estado de Direito, pelas candidaturas e por pessoas ligadas às candidaturas. Nesta conformidade, a vedação à propaganda eleitoral contemplada pelo artigo 106 (1) não impede que cidadão, desde que não faça parte de candidatura, emita a sua opinião sobre as eleições e sugira encaminhamentos que a votação possa ter, por meio de qualquer meio de comunicação social disponível, ocupando-se o órgão em questão de garantir a isonomia determinada pela lei na escolha e no espaço dado às diversas opiniões.

Se assim não fosse interpretada, resultaria do preceito, efetivamente, um sentido inconstitucional por violação da liberdade de expressão, atendendo que o seu titular sofreria de forma intensa uma ingerência hostil na possibilidade que tem de usar os meios de comunicação para exprimir as suas posições em matéria de eleições, mesmo que isso signifique um apelo direto ao voto em determinada candidatura ou pedidos de rejeição de outra(s). Num quadro em que, concomitantemente, ao órgão de comunicação social por via de outros preceitos legais, está submetido a deveres de tratamento isonómico, portanto devendo tratar de forma equilibrada os diversos pedidos/apelos feitos pelo cidadão comum em relação às candidaturas que transmite, uma restrição resultante desse sentido da norma perde finalidade legítima.

Como a interdição absoluta tem como objeto diretamente as candidaturas, as principais interessadas na captação de votos por via de propaganda eleitoral, o efeito dessas normas sobre os órgãos de comunicação social é meramente derivado, todavia ainda assim efetivo. Isto, atendendo a que também há interesse público que não sejam utilizados fora das exceções previstas na lei, para disponibilizar espaço ou momento destinado a fazer propaganda eleitoral. Apesar disso, a incidência dos efeitos proibitivos da restrição sobre a liberdade desses órgãos é limitada, não podendo, sob pena de desconformidade constitucional, atingir a sua liberdade de informar o seu público sobre questões eleitorais, nomeadamente notícias de campanha, no seio das quais se reproduzam imagens e sons com apelo ao voto por parte de candidaturas, desde que respeitada a isonomia constitucional e legalmente imposta. Disso decorreria violação clara da liberdade de informação garantida pela Constituição da República, tanto na sua dimensão de liberdade de o órgão de comunicação informar o seu público sobre acontecimentos relevantes num determinado período, como também de o cidadão receber informações sobre acontecimentos relevantes num período em que normalmente muitos deles assumem, direta ou indiretamente, ligação com questões eleitorais. Isto sem embargo de, de facto, poderem reproduzir imagem, som ou declaração que soe a apelo a voto por parte de candidatura, desde que o faça considerando o princípio do tratamento isonómico.

2.6.8. Por conseguinte, o Tribunal Constitucional, não declara a inconstitucionalidade do artigo 106 (1), todavia afasta, por inconstitucional, a possibilidade de se o interpretar no sentido de obstar, fora dos espaços e momentos supramencionados, a manifestação de opinião sobre as eleições de cidadão não pertencente a candidatura, mesmo que contenha indicação ou pedido de voto, ou de

impedir que órgão de comunicação social divulgue, por via de noticiosos, informações sobre a campanha eleitoral com imagens ou sons que integrem solicitação de sufrágio por parte das próprias candidaturas ou em evento por elas organizado.

2.7. O artigo 106 (8), contendo limites à atuação de agrupamentos musicais ou de artistas, viola as liberdades comunicacionais consagradas no artigo 48 da CRCV, bem como o artigo 54 sobre a livre criação intelectual e a divulgação de obras literárias e artísticas, a liberdade de exercício da profissão, a liberdade de iniciativa económica e e/ou as condições de restrição de direitos, liberdades e garantias previstas pelos números 4 e 5 do seu artigo 17?

2.7.1. S. Excia. o Senhor Presidente da República coloca a possibilidade de o artigo 106 (8) conter norma inconstitucional, por violação desta feita do já mencionado artigo 48 (1) na sua vertente de liberdade de expressão, conjugada com o artigo 54 (1) que consagra, dentre outra a liberdade de criação e divulgação artística, e, finalmente, o direito de participação política previsto pelo artigo 55 (1). A isto acresceu que os magistrados deste Tribunal entenderam, em sede de aprovação do memorando, ampliar o âmbito do inquérito para abranger igualmente a liberdade de exercício da profissão, a liberdade de iniciativa e o direito ao trabalho, no pressuposto de também poderem criar obstáculos à operação de afetação empreendida pelo legislador ordinário.

2.7.2. O conteúdo concreto da liberdade de expressão já foi apresentado neste acórdão. Do mesmo modo, já se destacou que se trata de um direito fundamental nuclear do ponto de vista regulatório-constitucional à volta do qual todas as outras liberdades comunicacionais, não obstante as suas particularidades, gravitam. É por este motivo que o regime densificado no artigo 48, que menciona duas dessas liberdades, a de expressão em sentido estrito e a de informação, também se aplica às outras liberdades que têm a mesma natureza, nomeadamente à liberdade de criação e divulgação artística, prevista pelo artigo 54 da Constituição da República.

É importante que isto esteja presente porque o recorte normativo-constitucional desta dimensão da liberdade pode ser enganador na medida em que o legislador optou, em 1992, por singelamente utilizar a seguinte fórmula: *“É livre a criação (...) cultural, bem como a divulgação de obras (...) artísticas”*. Mas, reforça o quadro regulatório originário referente a esta liberdade, acrescentando-a dos elementos que se encontram explicitados no artigo 48, nomeadamente a sua garantia fundamental – a proibição da censura – que também se aplica nesta sede, os limites originários e as injunções

constitucionais de afetação destinadas a preservar outros direitos fundamentais, valores constitucionais ou interesses públicos relevantes, a possibilidade de sancionamento das infrações e os direitos correlatos de resposta, de retificação e de indemnização em decorrência da sua utilização. Portanto, trata-se de liberdade extremamente importante, mas, ainda assim, no nosso sistema, limitável, nos termos em que é possível afetá-las.

2.7.3. Naturalmente, aplica-se também à música, uma das mais importantes manifestações culturais universais e, seguramente, uma das mais centrais dimensões artísticas contemporâneas. Em Cabo Verde ainda mais, atendendo ao papel que ela tem tido na afirmação internacional do país e na propagação da gesta nacional, do modo de ser e das inquietações do crioulo, do orgulho pátrio, além da sua função nacional de entretenimento, de exportação e de divulgação nacional, como, de resto, patente no percurso e no reconhecimento internacional, por exemplo, da celebrada Cesária Évora, a nossa Cize.

A sua presença na vida nacional tem sido tão central que não se podia sequer pensá-la hodiernamente sem que se tenha que considerar o papel dos artistas que compuseram, executaram e dançaram de Santo Antão à Brava as nossas mornas, coladeiras e funaná, mazurcas e contradanças, batuques, lunduns, tabancas, ‘finaçons’, talaia-baxú, etc., que produziram música contemporânea dos mais diversos géneros, fundiram estilos, juntaram o tradicional e o contemporâneo, nalguns casos com reconhecimento global, com atesta a atenção que têm recebido (v. Alveno Figueiredo e Silva, *Aspectos Político-Sociais na Música de Cabo Verde do Século XX*, Mindelo/Praia, CCP, 2003; Carlos Filipe Gonçalves, *Kab Verde Band*, Praia, IAHN, 2006; Manuel de Jesus Tavares, *Aspetos Evolutivos da Música Cabo-Verdiana*, Praia, CCP, 2006; Yara dos Santos, *Ildo Lobo. A Voz Crioula*, Lisboa, Setecaminhos, 2006; Gláucia Nogueira, *Batuku de Cabo Verde. Percurso Histórico-Musical*, Praia, PCL, 2015; *Voz de Cabo Verde. História de um Povo*, s.l., s.n. 2014; Gláucia Nogueira, *Cabo Verde & a Música. Dicionário de Personagens*, Lisboa, Campo da Comunicação, 2016), mantiveram a ligação do país com uma nação diaspORIZADA (cf. César Augusto Monteiro, *Música Migrante em Lisboa. Trajectos e Práticas de Músicos cabo-verdianos*, Lisboa, Mundos Sociais, 2011), desenvolveram movimentos culturais importantes de renome internacional, nomeadamente ao nível do teatro (cf. João Branco, *Nação Teatro. História do Teatro em Cabo Verde*, Praia, IBNL, 2004), e revelaram grande vitalidade no domínio das artes plásticas (vide Danny Spinola, *Cabo Verde e as Artes Plásticas. Percurso e Perspetiva*, Praia, IBNL, 2009, v. I; Id., Praia, DS Promoarte, 2014, v. II).

Todavia, o que aqui está em discussão não é o valor que tais manifestações culturais têm na sociedade cabo-verdiana, que é inquestionável, até porque é um pressuposto de facilitação do direito à fruição cultural dos restantes cabo-verdianos. É facto notório o valor que o ilhéu dá a essa dimensão da vida humana e comunitária, o que justifica tanto o artigo 7 (i) da Constituição da República, de acordo com qual “*São tarefas fundamentais do Estado (...) a preservar, valorizar e promover (...) a cultura cabo-verdiana*”, como o artigo 79, redigida no seguintes termos: “3. *Para garantir o direito à cultura, incumbe especialmente ao Estado: a) Corrigir as assimetrias e promover a igualdade de oportunidades entre as diversas parcelas do país no acesso efectivo aos bens de cultura; b) Apoiar iniciativas que estimulem a criação individual e colectiva e a circulação de obras e bens culturais de qualidade; c) Promover a salvaguarda e a valorização do património cultural, histórico e arquitectónico; d) Assegurar a defesa e a promoção da cultura cabo-verdiana no mundo; e) Promover a participação dos emigrantes na vida cultural do país e a difusão e valorização da cultura nacional no seio das comunidades cabo-verdianas emigradas; f) Promover a defesa, a valorização e o desenvolvimento da língua materna caboverdiana e incentivar o seu uso na comunicação escrita; g) Incentivar e apoiar as organizações de promoção cultural e as indústrias ligadas à cultura*”.

Portanto, a sua relevância é indiscutível, não gerando grandes interrogações. O que se deve avaliar é, singelamente, se o legislador ao não permitir que agrupamentos musicais atuem em comícios durante a campanha eleitoral, incorre em ato de restrição de um direito, e se, sendo, é uma afetação constitucionalmente inadmissível. Em relação à primeira questão não há dúvidas que assim seja porque a norma em questão ao impedir que artistas sejam contratados por partidos políticos ou candidatos que tenham essa pretensão está objetivamente a incidir sobre a extensão abstrata desse direito fundamental já que cria um impedimento que, pela ordem natural das coisas, não existiria.

Porém, já se sabe que nem todas as restrições de direitos são constitucionalmente ilegítimas. Dependendo tal efeito de não haver finalidade legítima, ou autorização constitucional de afetação, dela não produzir efeito retroativo, atingir o núcleo essencial do direito, ser individual e concreta, por oposição a geral e abstrata, ou ser desproporcional. Portanto, há que se avaliar o enunciado deôntico em causa, nomeadamente a sua extensão, à luz das normas relevantes para a liberdade de criação artística e especialmente a sua divulgação.

2.7.4. Em relação à norma legal mostra-se relevante estabelecer que dispõe que *“é proibido o recurso à atuação de agrupamentos musicais ou de artistas na realização de comícios ou reuniões públicas de campanha eleitoral”*. O regime destinado a regular esta matéria conta ainda com uma norma complementar que estabelece exceções à proibição, no sentido de que *“Exceptuam-se do disposto no número anterior, a atuação de artistas e agrupamentos culturais tradicionais, designadamente de música e de dança, de carácter marcadamente local ou comunitário e de cariz amador”* (art. 106 (8)), recaindo, ainda, possível aplicação do artigo 323, de acordo com o qual, *“Quem promover (...) comícios em contravenção do disposto no presente Código, será punido com coima de cinquenta mil a quinhentos mil escudos”*, sobre os quais este Tribunal não se vai pronunciar.

Interpretada como tal, a disposição cuja fiscalização se pediu, define o seu âmbito temporal, que é o período de campanha, nos termos definidos pela lei, portanto delimitando claramente os momentos em que vigem as restrições em causa. Por motivos evidentes, não se pode, sob pena de se desconsiderar nesta matéria o princípio da interpretação conforme à constituição, estender este período além das fronteiras estabelecidas pelo legislador; define-se igualmente o destinatário da norma, que são os partidos políticos, os candidatos, as listas e as coligações eleitorais; determina-se o quadro de aplicação, que considera somente os comícios e as reuniões públicas, destarte não abrangendo reuniões privadas dessas mesmas entidades, comemorações internas ou outro tipo de ato que não tenha natureza pública e que não seja objeto de acompanhamento público; finalmente, o meio, que são os “agrupamentos musicais” e os “artistas”. Nesta matéria, é importante reter que há, do ponto de vista do preceito, duas expressões distintas, que, naturalmente, têm as suas implicações.

É que o legislador resolveu utilizar a expressão “agrupamentos musicais” e a palavra “artistas”. Agrupamento musical significa um grupo de pessoas que faz música, o que, tradicionalmente, em Cabo Verde, chama-se de conjunto. Não deixam os seus integrantes de serem artistas, embora não atuem a solo. Agora, o legislador procurou ir além disso, utilizando aquela outra expressão “artistas”, o que, na realidade, expande de forma intensa a abrangência potencial do artigo. Claro está que é difícil imaginar que algumas dessas artes sejam ajustadas às dinâmicas da campanha eleitoral, mas, objetivamente, o termo abarca todas as formas de arte, nomeadamente o circo, a dança, a acrobacia, a escultura, a pintura, o teatro, a literatura e o cinema.

A inclusão deste preceito no Código Eleitoral, contrariamente a muitos outros que também são objeto deste desafio de constitucionalidade, data da revisão de 2007, e foi, na sua essência, operada por meio da Lei nº 12/VII/2007, de 22 de junho, publicada no *B.O. da República de Cabo Verde*, I Série, nº 23, 3. Sup., 22 de junho, pp. 1-19), sendo precedida de alguma discussão. Não pode deixar de referir-se que fez parte de desenvolvimentos da regulação de meios de campanha legítimos que, na mesma época, ocorreu em outras novas democracias. Foi o caso da Lei nº 11.300/2006, de 11 de abril, que inseriu preceito na Lei de Eleições da República Federativa do Brasil, artigo 47 (7), de acordo com o qual “*É proibida a realização de showmício e de evento assemelhado para promoção de candidatos, bem como a apresentação, remunerada ou não, de artistas com a finalidade de animar comício e reunião eleitoral*” (in: *Código Eleitoral Anotado e Legislação Complementar*, 10. ed., Brasília, Tribunal Superior Eleitoral, 2012; Roberto Porto, *Lei Eleitoral Anotada: Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997*, São Paulo, Saraiva, 2009)

O dispositivo em concreto foi proposto por um dos grupos parlamentares, o do Movimento para a Democracia, com os seguintes propósitos: primeiro, conter os gastos eleitorais, suprimindo das despesas as que decorressem da contratação de agrupamentos e de artistas; segundo, associado a este, garantir a igualdade entre os contentores; terceiro, reservar os comícios somente para transmissão de mensagem política, nomeadamente apresentação de propostas e programas político-eleitorais, justificação e promoção de candidaturas e, naturalmente, captar votos. Na versão inicial, constante do projeto de lei, antes de concertação, estipulava-se que “*6. É, mais, proibido, constituindo contra-ordenação punida com coima de [...] inserir shows ou espetáculos de natureza cultural, artística, musical ou multimédia em comícios, reuniões públicas ou outros actos de campanha eleitoral, devendo os comícios, reuniões ou actos de campanha respectivos ser impedidos ou suspensos por determinação da Comissão Nacional de Eleições*”.

Foi para o justificar que, no debate parlamentar, os defensores dessa possibilidade argumentaram que seria uma forma idónea para combater, num “*país cheio de dificuldades*”, o “*esbanjamento e a ostentação de riqueza, com rios de dinheiro escandalosamente a correr este país*” (*Actas da Reunião Plenária do dia 11 de Junho de 2007*, Praia, Assembleia Nacional, 2007, p. 199), a impermeabilização da campanha eleitoral de elementos externos à mensagem política, pois no dizer de outro parlamentar, “*queremos que a campanha eleitoral seja especialmente um espaço de diálogo entre os eleitores e as forças políticas concorrentes. Quer dizer que não existem elementos que*

possam perverter essa relação dinâmica que deve ser construída entre as forças concorrentes e as (...). Todos nós conhecemos situações dessa natureza. Esta norma quer estabelecer um parâmetro ético e até um diálogo responsável entre as forças concorrentes e os eleitores. Portanto é de se arredar outras situações que possam comprometer esses espaço de diálogo, esclarecido por uma escolha também inconsciente (...)” (Id., p. 200).

Todavia, a ideia foi intensamente debatida, com alguns deputados a colocarem questões de oportunidade e até de constitucionalidade. No primeiro caso, no sentido de protegerem os nossos artistas e uma certa tradição de sua utilização durante a campanha eleitoral, da perda de alegria que lhe é inerente, no segundo, levantando precisamente a possibilidade de haver restrições constitucionalmente ilegítimas das liberdades em período de campanha (Id., pp. 200-1; 205-6).

2.7.5. Os pontos da discussão constitucional já tinham, grosso modo, sido apresentadas no debate parlamentar. De um lado, os interesses públicos já mencionados, do outro, as liberdades comunicacionais que foram afetadas pela norma cuja possível inconstitucionalidade se ajuíza nesta ocasião. Não estando aqui em jogo nenhuma garantia fundamental material no sentido estrito, no fundo, a desconformidade constitucional da norma legal restritiva dependeria da análise das condições previstas pela Constituição para que o legislador ordinário possa legitimamente afetar um direito.

A Lei Fundamental da República estipula-as no seu artigo 17, nomeadamente nos seus números 4 e 5, dando-se por assegurado que a finalidade legítima preconizada visada pela operação de restrição é a de controlar as despesas, que permite dar corpo a um dos princípios constitucionais em matéria de campanhas eleitorais, que é um dos desdobramento do princípio da igualdade de tratamento e de oportunidades de todas as candidaturas inserto no número 5 do artigo 99 da Constituição da República, e a tentativa de inoculação da mensagem política de outros conteúdos transmissíveis em situação de comícios e reuniões públicas, de tal sorte que o eleitor possa ter acesso exclusivo a propostas e ao debate político produzido pelas candidaturas.

São finalidades legítimas fortemente suportadas pelo princípio republicano da Constituição da República, de acordo com o qual desde que, *a priori*, as mensagens políticas sejam legítimas, a sua propagação e recetividade deve depender do seu valor intrínseco ou o que lhe seja atribuído pelos eleitores e não de fatores económicos quaisquer, devendo o Estado agir no sentido de garantir, por meio de legislação eleitoral, condições, no mínimo, equilibradas de transmissão do discurso político, o que pode fazer

tanto por via positiva (atribuindo condições equivalentes de sua apresentação) ou negativa (vedando certas práticas que podem gerar efeitos de desequilíbrio acentuado entre os contentores). Ademais, conforme o mesmo princípio, sendo a vida pública dever do cidadão e o seu envolvimento nos processos políticos uma forma de se associar a momentos de cidadania importantes, qualquer atividade não política que se desenvolva nesse âmbito sempre é acessória, podendo, em tese, ser limitada se afetar a eficácia da transmissão da proposta política.

Sendo essa finalidade legítima, até porque destinada a concretizar um dos princípios constitucionais em matéria eleitoral, o passo seguinte, embora sobreposto em larga medida, seria avaliar se há autorização constitucional para restringir nos termos do artigo 17 (4) da Constituição da República. E a resposta a esta questão deve ser forçosamente positiva, pois, na medida em que o legislador constituinte menciona entre os princípios, o da igualdade de oportunidades e de tratamento, confere uma autorização ao legislador ordinário para o ponderar com outros princípios igualmente aplicáveis, nomeadamente o da liberdade de propaganda, também previsto pelo mesmo artigo 99, número 5. E, se dúvidas subsistissem, mais do que mencionar, remete à lei, neste mesmo artigo, a harmonização entre esses vários princípios, nomeadamente ao integrar a expressão “*a lei eleitoral regula as campanhas eleitorais (...)*”.

2.7.6. Estabelecida a presença de habilitação para restringir nos termos da avaliação das condições de restrição previstas pela Constituição, torna-se necessário avaliar se os requisitos elencados pelo número 5 do artigo 17 estão presentes atendendo à situação concreta em avaliação. Recorde-se que, conforme a sequência prevista há que, primeiro, se avaliar se a norma restritiva é geral e abstrata, indagação esta que deve ser respondida positivamente atendendo que remete para regulação de grupo indeterminado de pessoas ou entidades e para diversas situações típicas que recaem sob o âmbito de aplicação da norma em questão; segundo, se produz efeitos retroativos e se se gerou qualquer efeito nesse sentido, decorrência infirmável se se considerar que se destina ver a ser aplicada prospectivamente a situações de campanha eleitoral a ocorrer depois da sua entrada em vigor. Esses dois requisitos são constantes, independentemente de se estar a analisar a constitucionalidade desta norma a partir da liberdade de criação e divulgação artística, uma vez que, sem embargo de poder envolver questões gerais ligadas à liberdade de expressão, o cerne da questão, neste tópico das liberdades comunicacionais, envolve de forma mais intensa a liberdade de divulgação artística que, pode incluir, elementos típicos da liberdade de expressão.

Terceiro, se atinge o núcleo essencial da norma, o que torna necessário avaliar individualmente o conteúdo das liberdades aqui consideradas, pressupondo que cada uma delas tem as suas particularidades. No caso da liberdade de criação cultural e a liberdade de divulgação de obras artísticas, a sua esfera básica de proteção radica na preservação de um espaço em que qualquer pessoa – não só o artista profissional – tem de criar, conceber, e depois divulgar, dar a conhecer/partilhar, na forma como entender a sua obra. Neste sentido, a Constituição envia um comando aos poderes públicos para não interferir nesse território protegido. O titular desse direito, então, vai determinar onde, em que momento e como vai fazê-lo. Em tese, o núcleo essencial desse direito é de um criador artístico não ser tolhido na sua atividade de criação e divulgação da sua obra e a possibilidade de o fazer de modo efetivo, ou seja, de tal forma a poder concretizar a sua intenção de dá-la a conhecer a um grupo, mais ou menos, amplo de pessoas.

Deste modo, a análise desta questão à luz dos elementos concretos que conforma a situação a decidir, exigiria que se avaliasse se tal efeito se produz ao se proibir que artistas participem, enquanto tais e através de meios caracterizadores da atividade, em comícios ou reuniões públicas. Isto presente, o que se pode estabelecer é que, com base exclusiva nesta norma, o que se atinge é a possibilidade de uma pessoa que produza arte possa apresentá-la durante certo tipo de conclave – os indicados –, o que significa que continuam com a possibilidade de não só organizar ou participar em eventos em que possam divulgá-las, como igualmente fazê-lo através de outras formas, participando em programas televisionados ou radiodifundidos, usando estes veículos para transmitir ou apresentar a sua arte, mantendo-as à venda ou para acesso gratuito, etc., etc. Ademais, nem sequer abrange a colaboração de agrupamentos musicais e artistas com candidaturas determinadas, atendendo que podem sempre compor e executar músicas de campanha, *jingles*, participar da confeção de material, nomeadamente símbolos, contribuir com a preparação e apresentação da propaganda eleitoral e dos tempos de antena, etc., etc.

Por conseguinte, não se rejeitando, neste momento, que a medida legislativa em questão não possa atingir esferas complementares de proteção dessa liberdade, mantendo-se acessíveis o grosso dos meios de divulgação artísticos disponíveis, é difícil construir a restrição em causa como atingindo o núcleo essencial, e, neste caso, intangível desta liberdade.

Assim sendo, o decisivo será observar se ao vedar ao artista uma das diversas modalidades de divulgação de obras está a fazê-lo de tal sorte a violar o princípio da proporcionalidade, ínsito na parte final desse mesmo preceito. Como tem sido habitual

tal aferição exige que se aplique um juízo de proporcionalidade assente em três avaliações integradas, nomeadamente de adequação (idoneidade), de necessidade (meio menos afetante) e de justiça (correspondendo à proporcionalidade em sentido restrito) da medida.

A adequação da medida, nos termos já gizados por este Tribunal, depende de se avaliar se ela é, de um ponto de vista racional, ajustada para atingir o fim preconizado pelo legislador. Como se tem entendido não é uma questão de o julgador fazer juízos de valor sobre qual é o melhor meio, mas simplesmente de verificar se o que efetivamente foi escolhido permite, em abstrato, atingir o objetivo colimado. No caso concreto, este é, de uma parte, garantir a contenção de despesas de campanha, equilibrando, a um tempo, as oportunidades entre as candidaturas, nomeadamente entre as que conseguem obter mais recursos e as demais, e, da outra, impermeabilizar a transmissão de mensagens políticas de aspetos a ele externos, nomeadamente de natureza artística.

A pretensão de isonomia é, desta forma, negativa, garantida, mas o Tribunal Constitucional nota que os pressupostos, no momento da aprovação, que alicerçavam o imperativo de contenção de custos não se encontravam inequivocamente demonstrados, até porque, curiosamente, pelo menos conforme os dados oficiais publicados no jornal oficial da República pela Comissão Nacional de Eleições, nas eleições legislativas que precederam a alteração legislativa de 2007, as de 2006 (aprovadas pela Deliberação 8/2006, de 28 de dezembro, *Boletim Oficial da República de Cabo Verde*, II Série, nº 50, Sup., 28 de outubro de 2006), na realidade, os gastos eleitorais dos partidos políticos concorrentes, de 107.621.080, 5\$, caíram em relação ao sufrágio de 2001 (aprovadas pela Deliberação 3/CNE/2001, de 12 de outubro, *Boletim Oficial da República de Cabo Verde*, II Série, nº 44, 29 de outubro de 2001), já se gastou o valor global de 220.822 584\$, voltando a subir, de forma acentuada, nas eleições realizadas depois da inserção da proibição, em 2011 (aprovadas pela Deliberação 35/CNE/2011, de 22 de novembro, *Boletim Oficial da República de Cabo Verde*, II Série, nº 46, 30 de novembro) (o total foi de 266.764.112\$).

Já as despesas de campanha para as presidenciais do ano anterior à aprovação da revisão caíram entre 2001 (aprovadas pela Deliberação 4/CNE/2001, de 12 de outubro, *Boletim Oficial da República de Cabo Verde*, II Série, nº 44, 29 de outubro de 2001) e 2006 (Deliberação 9/2006, de 28 de dezembro, *Boletim Oficial da República de Cabo Verde*, II Série, nº 50, Sup., 28 de outubro de 2006), concretamente, de um total 175.22.595, 50\$ para 140.487.426\$, embora, note-se, com variáveis importantes, nomeadamente ao nível do número de candidatos e de não realização de segunda volta. Descontado,

naturalmente, este aspeto e a inflação, que se aplica igualmente na situação anterior, em 2011 houve uma duplicação de gastos eleitorais (aprovadas pela Deliberação 38/CNE/2006, de 15 de março, *Boletim Oficial da República de Cabo Verde*, II Série, nº35, 23 de maio de 2006), em eleições presidenciais do valor apontado para mais do dobro, ou seja, para 339.283.044\$. Em relação aos pleitos autárquicos, de 123.115.871, 445\$ em 2000 (contas publicadas no *Boletim Oficial da República de Cabo Verde*, II Série, nº 52, 28 de dezembro), passou para 138.984.166,50\$ em 2005 (contas aprovadas pela Deliberação31/2005, de 3 de maio, *Boletim Oficial da República de Cabo Verde*, II Série, nº 18, Sup., 11 de maio), antes da aprovação da revisão ao Código Eleitoral de 2007, 174.743. 558, 1\$ em 2009 (Deliberação 1/CNE/2009, de 25 março, *Boletim Oficial da República de Cabo Verde*, II Série, nº 10, 25 de março) e 230. 368.630\$ em 2013 (aprovadas pela Deliberação nº 18/CNE/AUT/2013, de 25 de janeiro de 2013, *Boletim Oficial da República de Cabo Verde*, II Série, nº 13, 4 de março). Notando esta evolução, todavia, sendo difícil de determinar o impacto concreto das despesas com contratação de agrupamentos musicais e de artistas, tanto do ponto de vista da justificação da medida restritiva, naturalmente, o Tribunal admite que o legislador fez uma ponderação, no mínimo, racional.

A necessidade afere-se cotejando a medida escolhida e outras alternativas que igualmente pudessem, em abstrato, concretizar os interesses públicos que amparam a limitação imposta ao direito. Como estão no bojo da operação normativa restritiva a realização de três interesses públicos distintos, a norma torna-se inconstitucional se todos eles puderem ser realizados através de meio que atinge de modo menos intenso o direito fundamental, neste caso a liberdade de divulgação de obra artística.

O primeiro, a contenção de despesas de campanha, em abstrato, pode ser concretizado por medida menos restritiva, desde logo pela limitação quantitativa de gastos de campanha ou mesmo com a imposição de tetos para gastos com a contratação de agrupamentos musicais e outros artistas. Aliás, em larga medida, como a norma veda tal participação mesmo que gratuita, em certos casos esse objetivo nem sequer se colocaria. O segundo, a tentativa de equilibrar as oportunidades no quadro da campanha eleitoral, mandato constitucional explícito, também poderia ser atingido através de medidas no mesmo sentido ou outras do mesmo teor. Por conseguinte, neste particular, o legislador utilizou meios mais afetantes do que o necessário para concretizar esses objetivos legítimos. Se fossem estes os únicos interesses públicos que amparam a presente

restrição, este Tribunal não teria qualquer dúvida em declarar a inconstitucionalidade da norma que lhe ampara.

Ocorre que, em relação ao interesse público remanescente, especificamente o que se refere à intenção de reserva de comunicação política nos casos de comícios e reuniões, pela sua natureza e teor, dificilmente pode ser realizado de outra forma que não a proibição da atuação de grupos musicais e outros artistas nessas situações. Se o objetivo é garantir a pureza da campanha, ou, no mínimo, o protagonismo dos candidatos, com a neutralização de atrativos concorrenciais – e parece a este Tribunal que é legítimo considerando a natureza política da atividade, já que são, os atores principais do sistema, que, em última instância, estabelecem os quadros para adotar essas soluções restritivas –, e evitar que a mensagem política e o seu apelo fiquem em situação de sobreposição ou confusão com manifestações artísticas, não haveria modo menos restritivo e igualmente mais eficaz de se o garantir. No mínimo, atendendo à natureza da questão, conforme recortes acima assinalados, o Tribunal deve, neste caso, dar o benefício da dúvida à ponderação feita pelo legislador cabo-verdiano, no quadro do controlo laço que deve fazer nesta matéria. Isto, a menos que o Tribunal nota-se que tais medidas têm um propósito protecionista, nomeadamente de vedar ou dificultar o acesso ao poder de partidos políticos minoritários ou menos tradicionais. No caso concreto, os elementos mostram que não é o caso. A haver um efeito neste quadro, ele, em situações favorece os partidos pequenos e particularmente os sem representação parlamentar – e que não participaram da elaboração da lei – uma vez que equaliza as suas oportunidades na medida em que teriam, em princípio menos recursos, para contratar os serviços de artistas, particularmente os de renome e os internacionais.

Por fim, ficaria ainda pendente a questão de se verificar se o legislador não sacrificou excessivamente a liberdade em questão atendendo à intensidade dos interesses públicos que pretende proteger. Estes já foram recortados e, não sendo todos eles supremos, muitos sendo meramente relevantes, um deles o é por resultar de comando constitucional de garantia de igualdade de oportunidades entre as candidaturas. A liberdade de divulgação de obra artística é, por sua vez, reduzida de forma mínima por esta norma. Primeiro, porque da mesma forma como a candidatura sofre concorrência da atuação do agrupamento musical ou do artista, a obra que estes pretendem divulgar sofre concorrência da mensagem política que é inerente e motivo principal do comício ou de reunião pública em momento de campanha; segundo, a atividade artística em si fica claramente secundarizada perante tal contexto, sendo mais instrumental do que essencial,

visando essencialmente atrair, reunir, descontraír e preparar os presentes para a atividade política, que é o principal. Portanto, não é o espaço mais natural para divulgação de obras.

Naturalmente, estando em causa uma liberdade em tese sempre se pode ponderar que quem deve decidir se um agrupamento musical ou outro artista deve usar tal espaço para divulgar as suas obras é ele próprio, até porque poderá também, dependendo das circunstâncias, ser-lhe positivo aproveitar o público presente, que seria difícil de reunir de outro modo. Mas, o facto é que não são só estas as considerações a fazer a este respeito. É que, ademais, como já se sublinhou antes, ficam, mesmo no sentido de ausência de impedimento, com a proibição, intactos a esmagadora maioria dos espaços que, regra geral, são potencialmente utilizados por agrupamentos musicais e outros artistas para a divulgação da sua obra. Por conseguinte, não se pode construir a situação como impondo ao titular desses direitos – conforme o pedido, os integrantes de agrupamentos musicais e demais artistas – um sacrifício excessivo do seu direito face ao peso dos interesses públicos a concretizar com a medida restritiva.

2.7.7. O próprio Tribunal Constitucional, atendendo à possibilidade aberta pela sua Lei (art. 62 (3), *in fine*), também optou por avaliar se haveria alguma ingerência constitucionalmente ilegítima sobre o direito ao trabalho, sobre a liberdade de iniciativa económica ou sobre a liberdade de exercício da profissão.

Relativamente ao direito ao trabalho previsto no artigo 61 da Constituição, nenhum problema se coloca, atendendo que é, estruturalmente, um direito económico, social e cultural, dependendo essencialmente do Estado, conforme se sublinha na própria redação do artigo, criar as condições para o seu exercício, no quadro do princípio da reserva do possível. Sendo um direito declarado tem que se lhe conferir força normativa, mas não nos mesmos termos de um direito, liberdade e garantia, nomeadamente garantia de aplicabilidade direta. Seja como for, desse direito não decorre uma obrigação do Estado garantir, idealmente, trabalho na área que cada pessoa escolher.

Assim sendo, o que estará em discussão é a possibilidade de o Estado não impedir que alguém exerça atividade laboral associada a profissão artística e, por outro lado, que a pessoa não seja impedida de ter iniciativa económica, nomeadamente no sentido de oferecer a outrem serviços, nomeadamente na área do entretenimento artístico. Coloque-se, portanto também em pauta, a liberdade de iniciativa económica enunciada pelo artigo 68, de acordo com o qual “*a iniciativa privada exerce-se livremente no quadro definido pela Constituição e pela lei*”. É direito que, sem embargo da sua colocação no texto constitucional – recorde-se no título referente a direitos económicos, sociais e culturais –

é, pela sua natureza, uma liberdade fundamental, portanto gozando do regime mais favorável que caracteriza a proteção desse direito.

É límpido que o artista goza de iniciativa económica para oferecer serviços nessa área e de ser contratado por entidades interessadas sem que os poderes públicos possam impedi-lo. Em concreto, esse direito abarca, nomeadamente, a liberdade de estabelecimento de empresa, a liberdade de prestação de trabalho, a liberdade de exercício da profissão e a liberdade de contratar, nomeadamente oferecendo e prestando serviços.

Não obstante aplicável, neste caso concreto de iniciativa económica a envolver oferta de serviços próprios de artistas, no quadro de uma restrição que sobre eles incide, e sem embargo das extensões diferentes de cada uma dessas liberdades, estão em situação de sobreposição com a liberdade de exercício da profissão, de modo que o juízo, neste segmento, basear-se-á, especificamente sobre esta última liberdade fundamental. Até porque, no caso concreto, o legislador constituinte ao usar a expressão “*a iniciativa exerce-se livremente no quadro da Constituição e da Lei*”, apesar de reconhecer o estatuto especial da iniciativa económica como direito de liberdade, não deixa de habilitar o legislador para operar, desde que escudado por interesses públicos, com muito maior latitude comparada, restrições a essa liberdade.

No que diz respeito à liberdade de exercício da profissão, poderá igualmente estar em causa afetação de direitos, tendo em consideração que se veda ao artista, considerado no geral, a possibilidade de exercer a sua profissão atuando em comícios em períodos eleitorais, momento no qual a proibição opera, com consequências adicionalmente relevantes no domínio económico individual. O direito, liberdade e garantia em causa está previsto no artigo 42, de acordo com o qual “*todo o cidadão tem o direito de escolher livremente o seu ofício, trabalho ou profissão (...)*”, o que, naturalmente, também integra o direito de exercer a sua profissão sem impedimentos por parte dos poderes públicos. Na medida em que um poder legislativo veda a possibilidade de numa situação específica a exercerem, restringe o direito.

Importante, neste contexto, é, de facto, focar a questão da proporcionalidade da restrição, posto que a finalidade é igual – portanto já considerada legítima –, a afetação concreta é geral e abstrata, apesar de se dirigir a pessoas que exercem determinada atividade, os efeitos não são retroativos e, tão-pouco, se pode considerar que uma norma que incide sobre atividades que podem ser exercidas, normalmente, a cada quatro/cinco anos, por um período de dezassete dias e dependente de contratação e da vontade de

outrem (de, pelo menos, mais uma, portanto), atinja o núcleo essencial da liberdade de exercício da profissão.

Considerando esse aspeto, diga-se que, por motivos similares, a medida restritiva permite a realização das finalidades legítimas reais invocadas pelo legislador e, pelas considerações já feitas, que também se aplicam nesta sede, não seria possível considerar meio menos afetante eficaz ao objetivo de reservar os comícios para a transmissão de mensagem política típica, nomeadamente a que está associada à noção de propaganda eleitoral. O diferencial nesta matéria radica sobretudo na avaliação da proporcionalidade em sentido restrito, ou seja, de se determinar se a medida sacrificou excessivamente a liberdade em causa.

Do lado dos interesses públicos que habilitam a operação de afetação, são relevantes e num caso forte, nomeadamente porque, respetivamente, visam, recorde-se, garantir a exclusividade e centralidade da mensagem política durante os comícios e a contenção de despesas de campanha e, sobretudo, favorecer a igualdade de oportunidades entre as candidaturas. Não se pode deixar de sublinhar que, particularmente num país com poucos recursos, o objetivo de racionalizar despesas de campanha é de grande relevância, ajudando a evitar dispêndios financeiros excessivos, incapacidade das candidaturas fazerem face às despesas eleitorais, a sua captura por interesses económicos, a tentação de obtenção de financiamento ilícito, a elitização da política, etc., que nem todas as candidaturas têm condições para contratar os serviços de artistas, o que levaria inevitavelmente a uma desconsideração do ideário da igualdade de oportunidades e que, finalmente, o legislador, proveniente da mesma classe que utiliza comícios para transmissão de mensagem política, inclusive em períodos eleitorais, tem alguma legitimidade em limitar os meios como elas devem decorrer.

Por sua vez, os sacrifícios que incidem sobre o direito, usando a informação que já foi mencionada, e que é de conhecimento público, são de impedir que durante um determinado período de tempo – concretamente de duração da campanha eleitoral, o período de reflexão em que não pode haver comício, e o dia das eleições por este mesmo motivo –, em três tipos de eleições – para Presidente da República, para Deputado à Assembleia Nacional e para titular de órgão municipal – que se realizam, salvo as vicissitudes constitucionalmente previstas, a cada cinco ou quatro anos.

Naturalmente, apesar da sua não continuidade, é um período de potencial intensificação de atividade para os que fazem da arte profissão, além do que, do espectro de atividades geradoras de rendimento de artistas, sobretudo músicos, nomeadamente a

venda de cds, animação musical, tournés individuais, atuação em comícios e em festivais, estas duas são das mais rentáveis.

Que é um sacrifício considerável não se duvida, mas não será um sacrifício excessivo nos termos que podem ser considerados nesta avaliação de constitucionalidade. É que o artista que for profissional, ou seja de acordo com dados de um estudo recente da UNCTAD para o Ministério da Cultura (*Economia Criativa, Direitos Autorais e Distribuição Digital. Uma Proposta Sustentável para a Indústria da Música de Cabo Verde*, Alexandre Agra (cons.), 16 de dezembro de 2013, p. 7), de 80 a 100 músicos profissionais nas Ilhas, sem embargo dos efeitos concretos, que existem, não dependerá de atividades tão efémeras e descontinuadas para o exercício da sua profissão. Além disso, a extensão da participação de artistas durante campanhas eleitorais não é assim tão plural. Normalmente, os que se enquadram na proibição do artigo em tela, são contratados para grande momentos, regra geral envolvendo comícios-festa com cabeças de lista, momento de abertura e encerramento ou outros especiais, e, regra geral, as candidaturas fidelizam certos artistas para esse efeito, não gerando uma propagação generalizada de benefícios gerados por essa associação entre política e arte, e, por fim, o seu impacto é sentido, sobretudo, em relação a músicos, sendo muito marginal, a participação de outros artistas durante a campanha eleitoral.

Além disso, se se atentar aos desenvolvimentos no tocante ao entretenimento em Cabo Verde, há espaços, ainda que sazonais, em que, designadamente entidades públicas, requisitam tais serviços, nomeadamente em festivais que percorrem quase todos os municípios do Arquipélago, contexto em que a centralidade de sua arte é conatural. Neste sentido, estimava o suprarreferido estudo que *“Cabo Verde é um país em festa com um povo que está de bem com a vida. Em poucos lugares no Mundo iremos encontrar um índice de celebração per capita tão alto. Existem centenas de eventos ao longo do ano - Pelo menos 600 festas religiosas e mais de 60 Festivais de Música – que empregam 74.000 pessoas, sendo 12.000 empregos diretos. Apenas os dez maiores eventos somados, mobilizam um publico de mais de 500.000 pessoas ao longo do ano. (...) É importante observarmos que somente a partir deste ano de 2013, se iniciou a cobrança de ingressos nos Festivais e Eventos: Santo Amaro (Janeiro / Santiago): 30.000 / 2dias; Gamboa (Maio / Santiago): 120.000 / 2 dias; . São Felipe (1º de Maio / Fogo): 50.000 pessoas / 5 dias; Praia da Cruz (Boa Vista/ Agosto): 30.000 pessoas / 2 dias; Baía das Gatas (São Vicente / Agosto): 150.000 / 3 dias; . Santa Maria (Sal / Setembro): 60.000 pessoas / 2 dias; Assomada (Novembro / Santa Catarina): 30.000 / 2 dia; Strella (Praia / Santiago):*

100.000 / 2 dias; CV Móvel (Estádio/ Praia / Santiago): 50.000 / 2 dias; Santa Cruz (Praia / Santiago): 30.000 / 2 dias. (...) Cabo Verde tem uma grande oportunidade de negócio em seu circuito de festivais e eventos populares. Com a recente monetização dos bilhetes de entrada, que começou a acontecer neste último ano de 2013, o mercado do show business de Cabo Verde vai ter uma melhora significativa no seu desempenho. Com o início de sua profissionalização, surgirão as condições adequadas que irão proporcionar a geração de rendimentos crescentes e a criação de empregos qualificados” (Economia Criativa, Direitos Autorais e Distribuição Digital. Uma Proposta Sustentável para a Indústria da Música de Cabo Verde, p. 13).

O próprio desenvolvimento da atividade turística, a emergência de políticas de projetos de exploração da economia criativa, a organização de certames de facilitação de contatos como o AME – Atlantic Music Expo –, têm o condão de reduzir o eventual impacto negativo de privação da possibilidade de participação de artistas em comícios realizados durante o período de campanha eleitoral. Neste sentido, o Tribunal não pode entender que a liberdade de exercício da profissão, no sentido de liberdade de trabalhar e de iniciativa económica do artista sejam excessivamente afetadas pela proibição de atuação em comícios durante período de campanha eleitoral.

2.7.8. No pedido também arguiu-se possível violação do direito de participação política de artistas para usarem a sua arte como meio (“é também nosso entendimento que esta proibição do número 8 do artigo 106 da CRCV representa uma limitação da participação na vida política aos cidadãos artistas, uma vez que lhes é vedado o palco dos comícios e das reuniões públicas em tempo de campanha para intervirem através da sua arte e exercer o direito de participação política, (...)”).

O direito de participação política tem estatuto constitucional, posto que previsto pelo referido artigo 55 (1), de acordo com o qual “Todos os cidadãos têm o direito de participar na vida política diretamente através de representantes livremente eleitos”. O direito de participação política deve ter interpretação ampla, no sentido de abarcar não só o direito ao sufrágio, de eleger e de ser eleito, portanto ativo e passivo, mas igualmente o de tomar parte efetiva na vida política da nação, inserindo-se, a vários títulos, em projetos ligados à conquista, manutenção e controlo do poder. Portanto, o Tribunal concorda com a consideração exposta pelo pedido de que, em abstrato, a ação típica proibida recai sob o âmbito geral de proteção do direito, logo qualquer compressão que sofra configura restrição.

A questão é a de saber se ela é incompatível com a Constituição, nomeadamente no sentido de que a afetação objetiva incidente não se conforma às condições previstas pela Constituição para tanto. Não se colocando questões de finalidade legítima, autorização constitucional, de generalidade e abstração, de não retroatividade, dada a ausência de particularidades nesta matéria, o cerne deste inquérito específico é verificar se, alternativamente, ou foi atingido ou núcleo essencial ou desrespeitada a exigência de proporcionalidade.

Em ambos, é decisivo verificar a intensidade da ingerência da medida restritiva no direito em causa. Ela, em concreto, atinge uma das esferas do direito, ou seja, a possibilidade de o seu titular usar meio de expressão do seu domínio para efeitos de participação política: o músico através da sua música; o acrobata através da sua acrobacia, o dramaturgo e atores através do teatro, etc. A medida em si veda essa participação com base em dois critérios cumulativos: um baseado na utilização da arte, assente, portanto no meio; e o outro, de espaço, durante comícios. O impedimento é evidente. Todavia, por exclusão deixa intacta, primeiro, a possibilidade de participação política do cidadão artista em comícios, seja ou não candidato, deste que o faça sem utilizar a sua arte, nomeadamente proferindo discursos, apresentando os candidatos, declarando apoio, servindo de mestre de cerimónia, auxiliando na estética do palco, marcando presença, etc; segundo, fora desse âmbito, poderá continuar a utilizar a sua arte como forma de participação política, nomeadamente em espetáculos de música, nos tempos de antena das candidaturas e de diversas outras formas, nomeadamente as já indicadas por este acórdão.

Com tais recortes, esta Corte Constitucional não considera que se possa construir a restrição como atingindo o núcleo essencial do direito de participação política de modo a bulir com o seu conteúdo básico de proteção ou a gerar algum efeito de esvaziamento. Sendo assim, o passo decisivo de aferição de inconstitucionalidade é o teste de proporcionalidade. Da verificação da sua primeira dimensão – a da idoneidade – constata-se que, como no outro caso, a medida tem ligação racional efetiva com os interesses públicos que pretenda efetivar, nomeadamente conter despesas eleitorais, garantir a igualdade de oportunidades entre as candidaturas e preservar comícios para atividades tipicamente políticas ou limitar a presença de atrativos concorrenciais.

Não se infere automaticamente que o legislador usou o meio menos restritivo que permitisse alcançar as mesmas finalidades. Porém, aqui aplica-se a mesma lógica de avaliação de existência de proporcionalidade na restrição da liberdade de criação e divulgação artística. A realização de um dos interesses legítimos – a reserva de comício

para atividade política, no sentido de a mensagem não sofrer concorrência significativa de outra atrações – só pode ser realizada pela medida de proibição de participação de agrupamentos musicais e artistas, o que significa que é o único meio que permite realizar o fim. Por conseguinte, não há meio menos incisivo neste caso concreto que pudesse ser tido por alternativa viável e pressuposto para inquirir a necessidade da medida.

O real diferencial pode estar ligado ao excesso da medida restritiva utilizada pelo legislador. Mas, mesmo neste quadro, considera o Tribunal Constitucional que cotejando o nível de sacrifício imposto ao direito e a magnitude dos interesses públicos legitimantes, esse efeito não se materializa. Precisamente porque os artistas – músicos ou não – continuam a ter intactas quase todas as esferas de proteção do seu direito à participação política, nomeadamente de fazê-lo com a sua arte, sendo defeso a sua participação nessa qualidade somente em *showmícios*. O sacrifício não é, assim, para o Tribunal, significativo, para mais atendendo que os interesses públicos apontados se manifestam aqui de forma mais intensa – nomeadamente o de reserva de comício para atividade política e de não concorrência de outros atrativos – porque, quanto mais não seja, comício é reunião política, precipuamente destinada a atividades que se atêm diretamente a essa natureza. Por mais que seja unânime entre nós a importância da nossa cultura e dos nossos artistas para a vida nacional, não se pode construir uma norma impeditiva à sua atuação – nessa qualidade – em comícios como sendo hostil à Constituição e ao direito de participação política.

2.7.9. Atendendo aos argumentos expostos, o Tribunal não considera que a norma inserta no número 8 do artigo 106 da Lei Fundamental seja inconstitucional.

2.8. Se a proibição inserta no artigo 99 (1) do Código Eleitoral de divulgação e comentário do resultado de qualquer sondagem ou inquéritos de opinião atinentes à atitude dos cidadãos perante os concorrentes dezassete dias antes das eleições viola a liberdade de informação consagrada no artigo 48 (2) da Constituição, o princípio democrático e/ou o direito à participação na vida política consagrado no artigo 55 (1) da Constituição, e/ou as condições de restrição de direitos, liberdades e garantias previstas pelos números 4 e 5 do seu artigo 17.

2.8.1. A doutíssima argumentação inserta no pedido formulado por Sua. Excelência o Senhor Presidente da República chama a atenção para aspetos de incontornável importância, criando uma pauta que facilita o processo decisório deste Tribunal. Neste particular, coloca a dúvida de se saber se a proibição de sondagens e

inquéritos de opinião são, no geral, compatíveis com um regime democrático, partindo do pressuposto de que este exige um eleitor plenamente informado e atualizado sobre os mais diversos aspetos que se referem às eleições, sendo também decorrência, na sua opinião natural, da liberdade de informação. A propósito refere-se às alterações promovidas em Portugal, país cuja legislação eleitoral, sustenta, terá estado na base da nossa e acrescenta que a interpretação conforme à Constituição seria de limitar a divulgação de sondagens e inquéritos de opinião somente no período de reflexão previsto pelo artigo 92 do Código Eleitoral. Considera ainda que a proibição, especificamente de comentar o resultado de sondagens seria manifestamente inconstitucional.

2.8.2. Para verificá-lo, é imperioso, antes de mais, recortar a norma sobre a qual recai dúvida de compatibilidade com a Constituição. Ela, em concreto, dispõe que *“Desde o início da campanha eleitoral e até à hora do fecho das mesas de voto no dia marcado para as eleições, é interdita a divulgação e o comentário de quaisquer sondagens e inquéritos de opinião atinentes à atitude dos cidadãos perante os concorrentes”*. A norma consagra uma proibição, circunscrita no tempo, que vai do início da campanha eleitoral até à hora de fecho das mesas de voto no dia marcado para as eleições. O conteúdo da vedação – de natureza negativa – tem por objeto a divulgação de quaisquer sondagens ou inquéritos de opinião atinentes à atitude dos cidadãos perante os concorrentes.

Desde logo, convém afastar não só a aplicação da proibição a antes e a depois desse período prescrito por lei, como as ações de encomendar ou elaborar sondagem ou inquérito de opinião atinentes à atitude dos cidadãos perante os concorrentes. Naturalmente, o termo divulgação somente cobre a partilha de informação externa à entidade promotora, não abarcando aqueles que estejam nela inseridos. Esta proibição é completada por um regime sancionatório, o qual, além da sua função precípua nesse sentido, permite identificar quais são os destinatários da proibição. Neste sentido, prescreve o artigo 325 que *“As empresas de comunicação social, de publicidade ou de sondagens que divulgarem ou promoverem a divulgação de sondagens fora dos casos e dos termos contantes no presente Código, serão punidas com coima de duzentos e cinquenta mil a dois milhões e quinhentos mil escudos”*.

A proibição de divulgação de sondagens e de inquéritos de opinião atinentes à atitude dos cidadãos face aos concorrentes durante o período de campanha eleitoral – com a duração de dezassete dias – data da versão originária do Código Eleitoral em vigor, portanto é de 1999. Todavia, tem feito parte da história do Direito Eleitoral Cabo-verdiano

desde 1990, aparecendo tanto na Lei Eleitoral para a Assembleia Nacional Popular (Lei nº 87/III/90, de 13 de Outubro, *Boletim Oficial da República de Cabo Verde*, n. 41, 13 de outubro de 1990, que, no seu artigo 60, estabelecia que “1. Após o início da campanha eleitoral, e até ao termo do dia marcado para as eleições, é interdita a divulgação dos resultados de quaisquer sondagens ou inquéritos de opinião atinentes à atitude dos cidadãos perante os concorrentes. 2. A violação do disposto no número interior deste artigo será punido com prisão até um ano e multa de dez mil escudos a cem mil escudos”, como na Lei Eleitoral do Presidente da República (Lei nº 88/III/90, de 13 de Outubro, *Boletim Oficial da República de Cabo Verde*, n. 41, Suplemento, 13 de outubro de 1990), em artigo com igual redação proibitiva, mas em que o regime sancionatório, além da sua autonomização, estabelecia penas diferentes. Assim, de acordo com o artigo 107, “aquele que infringir o disposto no artigo 37 será punido com prisão até um ano e multa de 5.000 \$ a 50.000 \$”.

De forma mais consistente a solução foi adotada pela Lei nº 116/IV/94, de 30 de dezembro (*Boletim Oficial da República de Cabo Verde*, nº 42, Suplemento, 30 de dezembro), que, no seu artigo 59, reproduzia a mesma a norma, usando redação igual, e pela Lei nº 117/IV/94, de 30 de dezembro (*Boletim Oficial da República de Cabo Verde*, nº 42, Suplemento, 30 de dezembro), no artigo 37. As únicas eleições em que não havia tal vedação eram as cobertas pela Lei Eleitoral para os órgãos dos Municípios.

Com a codificação de 1999, foi aprovado o regime atualmente em vigor, o qual, nessa versão originária, dependia do artigo 91 dessa versão, de acordo com o qual, “Desde o início da campanha eleitoral e até à hora do fecho das mesas das assembleias de voto no dia marcado para as eleições, é interdita a divulgação e o comentário de quaisquer sondagens ou inquéritos de opinião atinentes à atitude dos cidadãos perante os concorrentes”, e do artigo 314, redigido em termos de acordo com os quais, “As empresas de comunicação social, de publicidade ou de sondagens que divulgarem ou promoverem a divulgação de sondagens fora dos casos e dos termos constantes do presente Código, serão punidas com coima de duzentos e cinquenta mil e dois milhões e quinhentos mil escudos”. É a versão ainda em vigor, devendo, notar-se que, comparada aos normativos homólogos anteriores, houve a inserção da expressão “comentário” da qual resulta um efeito de alargamento da proibição nada despidendo.

2.8.3. As razões que presidiram à sua inserção no sistema regulatório-eleitoral do nosso país não são muito claras, o que dificulta, mas não impede, que sejam conhecidos os interesses públicos que, do ponto de vista do legislador, são perseguidos pela medida

restritiva. A entidade que aprovou o ato normativo não apresentou as razões que levaram à adoção do diploma e nos debates em relação ao dispositivo relevante da versão originária do Código Eleitoral não se abordou propriamente os motivos da continuidade da proibição.

O Tribunal Constitucional, *a priori*, não considera que seja impossível encontrar interesses públicos com legitimidade constitucional que possam justificar a limitação a divulgação de sondagens e inquéritos de opinião. Estamos longe de estar seguros de haver uma correlação entre autoritarismo e proibição de sondagens ou um afastamento entre democracia e restrições à divulgação de sondagens e comentários a sondagens eleitorais, não só porque a racionalização do processo democrático cria um espaço amplo para se testar vários modelos, como porque, na verdade, a proibição de sondagens foi criação de regimes democráticos precisamente como forma de proteger a democracia.

Não deixamos, no entanto, de reconhecer a importância destas considerações, designadamente porque chamam a atenção para a necessidade de, nestas matérias, se observar os desenvolvimentos da legislação comparada. Todavia, não necessariamente limitando essa avaliação a Portugal porque, na realidade, há evidências claras de que a base de inspiração para a redação do Código Eleitoral cabo-verdiano (a versão originária e sucessivas revisões) não foi exclusivamente a legislação portuguesa. Sem que isso tenha relevância nesta matéria, não há, no caso de Portugal, um regime jurídico-eleitoral codificado, e há evidências, sem se negar a influência supramencionada, de que muitas das soluções constantes da nossa lei eleitoral resultam da legislação eleitoral hispano-americana (Espanha e México), brasileira e indiana, o que se nota, em particular, em matéria de restrições às liberdades comunicacionais em período eleitoral.

É o que também reiteram atores políticos do processo de aprovação e alteração desses preceitos do Código Eleitoral, quando a 21 de maio de 2007, o deputado apresentador do projeto de revisão do Movimento para a Democracia, salientou que se inspirava “*nas soluções de Direito Comparado, designadamente do Brasil, do México e outros países latino-americanos e da Índia e na doutrina francesa ou propostas por instituições internacionais que se dedicam ao tema das eleições livres e regulares*” (Actas da Reunião Plenária de 21 de maio de 2007, Praia, Assembleia Nacional, 2007, p. 35), o mesmo constando da nota justificativa que continha. Um publicista de renome, autor da principal análise do Código Eleitoral cabo-verdiano, o Professor Mário Ramos Silva, alinha no mesmo diapasão, entendendo que o nosso Código Eleitoral “*teve como fonte de inspiração mais próxima o Código Eleitoral Francês, o Código Eleitoral Brasileiro e a*

Lei Orgânica do Regime Eleitoral Geral Espanhol e seguiu de perto o conteúdo do Projeto de Código Eleitoral Português” (Código Eleitoral Anotado, Praia, Edição do Autor, 2005, p. 20).

O facto é que a análise da legislação eleitoral desses (e de outros) países demonstra, curiosamente, não haver solução universal na matéria objeto deste desafio de constitucionalidade, mas diversos modelos. Neste particular, como se depreende do maior levantamento internacional sobre limitações a publicação de sondagens, há, sobretudo, grande pluralismo de soluções (v. *Freedom to Publish Opinion Polls Results. Report on a Worldwide Update*, World Association for Public Opinion Research, 2002; *Freedom to Publish Opinion Polls Results. Report on a Worldwide Update*, World Association for Public Opinion Research, 2012). Uns adotam um modelo de regulação mínima da campanha eleitoral, sem proibições desta índole (modelo tradicional em vários países europeus, como decorre da análise da legislação comparada em vigor nesse continente nos anos noventa coligida por Jorge Miranda (comp.), *Leis Eleitorais para os Parlamentos da União Europeia*, Lisboa, INCM, 1998), nalguns casos com aposta na autorregulação da matéria pelos próprios órgãos de comunicação social, outros mantêm a proibição, pelo menos durante o período de campanha, utilizando alcances diferentes, e, nesta matéria, Cabo Verde não está assim tão mal acompanhado, porquanto países em que ocorreram indiscutíveis desenvolvimentos no processo de democratização e até mais antigos do que o nosso, mantêm restrições nesta matéria, como são o caso do Reino da Espanha (5 dias antes), o Luxemburgo (idem), Itália (15 dias) e México (3 dias), etc.

A – No Reino, a versão consolidada do ‘Régimen Electoral General’, publicado pelo *Boletín Oficial del Estado*, após a sua última modificação de 31 de março de 2015, mantém-na no artigo 69 (7), estipulando que “*durante los cinco días anteriores al de la votación queda prohibida la publicación, difusión o reproducción de sondeos electorales por cualquier medio de comunicación*”, completado com regime penal previsto pelo artigo 145, de acordo com o qual, “*quienes infrinjan la normativa vigente en materia de encuestas electorales serán castigados con la pena de prisión de três meses a un año, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por tiempo de uno a três años*”.

No Grão-Ducado, mesmo após parecer do Conselho de Estado sobre a não necessidade de manutenção da proibição de sondagens (*Avis du Conseil d’Etat sur la Proposition de loi relative à la publication des sondages d’opinion et portant modifications de la loi électorale modifiée du 18 février 2003*, n. 49.699, 26 juin 2012, p.

4), conforme o qual “*le Conseil d’Etat en vient à la conclusion qu’une interdiction de la publication, de la diffusion et du commentaire de sondages d’opinion, s’ils sont en rapport direct ou indirect avec les élections européennes, législatives ou communales, ne s’impose plus*”, o legislador optou por manter a proibição, embora tenha reduzido substancialmente o tempo da interdição, nomeadamente constando na *Loi relative à la publication des sondages d’opinion et portant modifications de la loi électorale modifiée du 18 février 2003 etc*, publicada no *Memorial. Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg*, Recueil de Legislation, A – n. 236, 17 décembre 2015, art. 3º, que “*Pendant les cinq jours qui précèdent le jour des élections européennes, législatives ou communales ou le jour du référendum ou de la consultation populaire ainsi que pendant le déroulement des opérations électorales ou consultatives, il est interdit de publier, diffuser ou commenter tout sondage d’opinion tel que défini à l’article 1er.*”.

No que diz respeito à República Transalpina, a divulgação de sondagens em período eleitoral continua a ser governada pela *Legge n° 28, di 22 febbraio 2000*, ‘Diposizione per la parità di accesso ai mezzi di informazione durante la campagne, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale*, n. 43 del 22 febbraio 2000, a qual dispõe no seu artigo 8 (1) que “*Nei quindici giorni precedenti la data delle votazioni è vietato rendere pubblici o, comunque, diffondere i risultati di sondaggi demoscopici sull’esito delle elezioni e sugli orientamenti politici e di voto degli elettori, anche se tali sondaggi sono stati effettuati in un periodo precedente a quello del divieto*”, o que configura uma extensão da proibição muito similar à nossa.

Na República Centro-Americana atrás mencionada, a atual legislação eleitoral dispõe, no seu artigo 213 (2), que “*Durante los tres días previos a la elección y hasta la hora de cierre de las casillas, queda estrictamente prohibido publicar, difundir o dar a conocer por cualquier medio de comunicación, los resultados de las encuestas o sondeos de opinión, que tengan como fin dar a conocer las preferencias electorales*” (*Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Diario Oficial, 2. Sección, 23 de mayo de 2014*).

A República Helénica também adotou a mesma linha, estipulando no artigo 49 da sua lei eleitoral, aqui em versão em inglês, que “*Fifteen (15) days before the elections and until 19:00 time of the day of the voting, [it is] prohibited to conduct polls of the voting intentions of voters in parliamentary elections and European Election, the publication and in any way transmit the result of the polls as well as in any way transmission and coverage by the media*” (Presidential Decree n° 26/2012, traduzido e reproduzido em

Greek Electoral, Political Parties and Regulations Handbook, Washington, International Business Publications, 2015).

B – Naturalmente, outros chegaram por via da intervenção do próprio legislador (Portugal) ou do poder judicial (o Brasil), a soluções menos apertadas ou até mais liberalizantes. No primeiro país lusófono, como se chama a atenção no sustentado pedido, houve desenvolvimento que foi sistematicamente reduzindo o período de embargo à divulgação, começando com a fórmula de acordo com a qual *“desde a data da marcação das eleições até ao dia imediato ao da sua realização é proibida a divulgação de resultados de sondagens ou inquéritos relativos à atitude dos eleitores perante os concorrentes”* (aparece primeiro na Lei nº 319/A-76 (Regulamenta a Eleição para Presidente da República), publicada no *Diário da República*, I Série, n. 103, de 3 de maio de 1976, art. 50; Lei nº 701- B/76, publicada no *Diário da República*, I Série, n. 229, 29 de setembro de 1976, art. 51, e, posteriormente na Lei n. 14/79 (Lei eleitoral para a Assembleia da República), publicada no *Diário da República*, I Série, n. 112, de 16 de maio de 1979, art. 60). Atendendo que, no primeiro caso, *“o Presidente da República marcará a data das eleições para a Presidência da República, com a antecedência mínima de cinquenta dias”* (artigo 11), no segundo, que *“o dia das eleições gerais dos órgãos de representação das autarquias será marcado por decreto do Governo com pelo menos setenta dias de antecedência”* (artigo 14), e, no derradeiro que, *“o Presidente da República marca a data das eleições com antecedência mínima de oitenta dias”* (artigo 19), dá para ver atestar o alcance desta proibição.

Em 1991, a Lei nº 31/91, de 20 de junho, relativa à publicação e difusão de sondagens e inquéritos de opinião, publicada no *Diário da República*, I série, A, n. 165, de 20 de julho de 1991, reduzia-a drasticamente, determinando que *“nos sete dias que antecedem o dia da eleição ou de votação para referendo, e até ao encerramento das urnas são proibidos a publicação, difusão, comentário ou análise de qualquer sondagem ou inquérito de opinião directa ou indirectamente relacionados com o acto eleitoral ou referendário”* (art. 8º), e, finalmente, por meio da Lei nº 10/2000, de 21 de junho, publicada no *Diário da República*, I série, n. 142, de 21 de junho de 2000, redigida no sentido de que *“É proibida a publicação e a difusão bem como o comentário, a análise e a projecção de resultados de qualquer sondagem ou inquérito de opinião, directa ou indirectamente relacionados com actos eleitorais ou referendários abrangidos pelo disposto nos n.os 1, 2 e 4 do artigo 1º, desde o final da campanha relativa à realização*

do acto eleitoral ou referendário até ao encerramento das urnas em todo o País”, estabeleceu o atual regime jurídico (art. 10 (2)).

No segundo país lusófono, no quadro da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.741 –, DF, de 6/08/2006, o Supremo Tribunal Federal, seguindo voto do relator Ricardo Lewandowski, com o argumento de que à *“luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e em face dos dispositivos da Lei Maior acima citados, como considerar hígida, do ponto de vista constitucional, a proibição de divulgar pesquisas eleitorais a partir do décimo quinto dia anterior até as dezoito horas do dia do pleito[?]”*, declarou inconstitucional norma que proibia a divulgação de sondagens no Brasil por esse período de tempo (v. súmula representativa deste acórdão em *Coletânea Temática de Jurisprudência. Direito Eleitoral*, p. 13, com a versão completa do acórdão a poder ser encontrado no sítio do Supremo Tribunal Federal).

C – É verdade que, mesmo nos casos em que são mantidos embargos temporais à publicação de sondagens, há uma tendência na redução da sua extensão. Mas também há outros que denotam aumento em relação ao mesmo e não só nos casos de democracias em retrocesso. Mesmo as que têm algum grau de consolidação dentre os países emergentes, por vezes fazem tais opções. É o caso, por exemplo, da Costa Rica que possui um dos regimes democráticos mais estáveis de toda a América Latina e que recentemente aumentou-o de dois para quatro dias, nos termos do seu novo código eleitoral (Ley nº 8765, de 19 de agosto de 2009, *Alcance nº 77 a la Gaceta nº 171*, 2 de septiembre de 2009), que, no seu artigo 138 (3), estipula que *“Se prohíbe la difusión o publicación, parcial o total, por cualquier medio, de sondeos de opinión y encuestas relativas a procesos electorales, durante los tres días inmediatos anteriores al de las elecciones y el propio día, y los elaborados por empresas no registradas durante el período de la campaña electoral”*.

Na Colômbia, o Código Eleitoral de 2005, expandiu a proibição de um dia para sete dias, nos termos do artigo 28, conforme o qual *“Se prohíbe la realización o publicación de encuestas o sondeos la semana anterior a las elecciones a la Presidencia de la República en los medios de comunicación social nacional. También queda prohibida la divulgación en cualquier medio de comunicación de encuestas o sondeos, durante el mismo término, que difundan los medios de comunicación social internacionales”*. Recorde-se que, no caso concreto, a muito respeitável Corte Constitucional da Colômbia, já havia, em 1993, considerado que a norma da Lei 58 de 1958 que regulava a questão e nos termos da qual

“Durante los treinta (30) días anteriores a una elección, ningún medio de comunicación social podrá difundir encuestas de opinión, que muestren el grado de apoyo ciudadano a los candidatos o prevean el resultado de la elección.” (art. 23 (2)) (Disponível no sítio da Corte: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-488-93.htm>), era, conforme pronuncia de sua competência, “inexequível” por violação do núcleo essencial da liberdade de informação, do princípio da proporcionalidade por ser proibição inócua, da garantia de proibição de censura e de ser contrária ao ideário de uma democracia participativa plena e com cidadãos informados e responsáveis. A mesma questão ser-lhe-ia colocada no ano seguinte, já que, tendo o legislador insistido com a reprodução da mesma norma, nos termos de que *“Durante los treinta (30) días anteriores a una elección, ningún medio de comunicación social podrá difundir encuestas de opinión que muestren el grado de apoyo ciudadano a los candidatos o prevean el resultado de la elección”*, reiterou-se a mesma decisão tomada um ano antes, declarando “inexequível” esta outra iniciativa normativa.

Contudo, após o seu expurgo, e conforme modelação feita pelo órgão judiciário em causa, que reduziu a moratória a um dia, um pedido de parecer do Parlamento Colombiano ao Tribunal Constitucional desse país, atendendo à diferente extensão inserta num novo projeto de lei, ou seja, de sete dias ao invés dos trinta, fez com que este órgão constitucional homólogo tecesse as seguintes considerações: *“En estas condiciones, la Corte coincide con la jurisprudencia constitucional y admite que recortar la posibilidad de publicar encuestas 30 días antes de las elecciones constituye una limitación injustificada del derecho que tiene los electores de enterarse del progreso del debate electoral. No obstante, la norma que en esta oportunidad se somete a estudio de la Corte no restringe la posibilidad de publicar encuestas de opinión dentro de los 30 días anteriores a las encuestas, sino, apenas una semana antes de su celebración. Atendiendo a que la restricción en este caso no es de 30 días, sino de 7, la Corte Constitucional considera que el precedente jurisprudencial no es aplicable, pues evidencia que la restricción al derecho de información no es desproporcionada. Por el contrario, entiende de la disposición se ajusta a la Carta y es proporcionada al fin perseguido, al permitir a los electores contar con una semana de reflexión para definir, sin la presión de los resultados de las encuestas, su preferencia electoral. En este sentido, la Corte considera que los dos pronunciamientos anteriores de la Corporación no son aplicables a la norma objeto de estudio, pues contenían una restricción de mayor duración que la que ahora se impone. En el artículo 28 del proyecto de ley, la imposibilidad de publicar encuestas electorales se restringe a una semana antes de las elecciones, por lo que no constituye*

una decisión que sacrifique injustamente el derecho a la información de los electores. Con todo, pese a que la Corte Constitucional declarará la exequibilidad de este inciso, no sobra reiterar lo dicho por el mismo tribunal respecto del manejo profesional y responsable de los datos suministrados por los encargados de las encuestas y de la necesidad de que los mismos se divulguen de manera veraz e imparcial. Sobre el particular, la Corte advirtió que el manejo de los resultados de las encuestas no puede convertirse en un medio de manipulación de la información, por lo que el Estado debe verificar la seriedad de quienes asumen esa tarea en el marco de las elecciones a cargos públicos”.

No mesmo ano de 2005, o Comité de Direitos Humanos das Nações Unidas não censurou entendimento tomada anos antes pelo Tribunal Constitucional da Coreia do Sul que considerou que embargo à publicação de sondagens previsto pela sua legislação eleitoral que se estendia por 23 dias não era inconstitucional (*Kim Jong-Cheul v. Republic of Korea*, Communication nº 968/2011, Human Rights Committee, 27 July 2005), pois, “*The Committee notes the underlying reasoning for such a restriction is based on the wish to provide the electorate with a limited period of reflection, during which they are insulated from considerations extraneous to the issues under contest in the elections, and that similar restrictions can be found in many jurisdictions. The Committee also notes the recent historical specificities of the democratic political processes of the State party, including those invoked by the State party. Under such circumstances, a law restricting the publication of opinion polls for a limited period in advance of an election does not seem ipso facto to fall outside the aims contemplated in article 19, paragraph 3. As to the issue of proportionality, the Committee notes that, while a cut-off date of 23 days prior to the election is unusually long, it need not pronounce itself on the compatibility per se of the cut-off date with article 19, paragraph 3, since the author’s initial act of publishing previously unreported opinion polls took place within seven days of the election. The author’s conviction for such publication cannot be considered excessive in the context of the conditions obtaining in the State party*” (para. 8.3.).

D – Mas, não faltam na análise comparada de legislação e da jurisprudência também declarações de inconstitucionalidade de normas que limitam, com grau variado, a publicação de sondagens. Igualmente, é de notar, neste incompleto levantamento, a posição da Corte de Cassação Francesa, que, em concreto, levou a alterações legislativas no país gaulês. No entender desse tribunal superior, a proibição existente em França violava várias cláusulas de proteção das liberdades comunicacionais da Convenção

Europeia de Direitos Humanos que faz parte também do direito dessa nação, sendo restrição não necessária à proteção de qualquer interesse público passível de legitimá-las (v. *Phillip A. c. Cour d'Appel de Paris, Cour de Cassation, Chambre Criminelle, Arret 4 septembre 2001*, reproduzida em *Legalis*, 4 de septembre 2001).

A proibição de divulgação de sondagens introduzida pela *Loi n° 77-808 du 19 juillet relative à la publicatiOn et à la diffusion de certain sondages d'opinion*, *Journal Officiel de la République Française*, 20 Juillet, pp. 3837-3838, estipulava que “*Pendant la semaine qui à precede chaque tour de scrutin ainsi que pendant le déroulement de celui-ci, sont interdits, par quelque moyen que ce soit, la publication, la diffusion et commentaire de tout sondage tel que defini à l'article 1^{er}*”, sendo alterada pelo artigo 5° da *Loi n° 2002-214 du 19 février 2003 modifiant la loi n° 77-808 du 19 juillet relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion*, *Journal Officiel de la République Française*, 20 février 2002, p. 3257, de acordo com o qual “*Les mots: “pendant la semaine qui precede chaque tour de scrutin ainsi que pendant le déroulement de celui-ci” sont remplacés par les mots: “la veille de chaque tour de scrutin ainsi que le jour de celui-ci”*”.

No mesmo ano o Supremo Tribunal das Filipinas declarou inconstitucional proibição de divulgação de sondagens de 15 dias (referente a eleições nacionais) e de 7 dias (referente a eleições municipais) no caso *Social Weather Stations, Incorporated and kamalahan Publishing Corporation, doing Business as Manila Standard vs. Commission on Elections*, G.R. n° 147571, Mendoza, J., Judgment of 5 May 2001 <http://sc.judiciary.gov.ph/jurisprudence/2001/may2001/147571.htm>, com o argumento que violava garantia constitucional de proteção das liberdades de expressão e de imprensa: “*For reasons hereunder given, we hold that 5.4 of R.A. No. 9006 constitutes an unconstitutional abridgment of freedom of speech, expression, and the press. To be sure, 5.4 lays a prior restraint on freedom of speech, expression, and the press by prohibiting the publication of election survey results affecting candidates within the prescribed periods of fifteen (15) days immediately preceding a national election and seven (7) days before a local election. Because of the preferred status of the constitutional rights of speech, expression, and the press, such a measure is vitiated by a weighty presumption of invalidity. Indeed, any system of prior restraints of expression comes to this Court bearing a heavy presumption against its constitutional validity (...). The Government thus carries a heavy burden of showing justification for the enforcement of such restraint*”.

Ainda em 2001, o Tribunal Constitucional do Perú declarou inconstitucional norma com textura semelhante, partindo do seguinte arrazoamento: “*la adopción de la medida limitadora que se ha cuestionado resulta excesiva y no tolerable en un régimen democrático, donde la libertad de informar sólo puede ser limitada en la medida de lo estrictamente debido. Las encuestas y su difusión y proyección constituyen un importante elemento para conocer lo que piensa un sector de la sociedad, y como tales, representan un medio válido para la formación de una opinión pública, a la vez de representar también un importante mecanismo de control sobre la actuación de los organismos responsables del proceso electoral, y en esa medida, de la propia transparencia del proceso electoral*” (para. 12) (Expediente nº 2-2001-AI/TC (Declaran fundada en parte Acción de Inconstitucionalidad interpuesta contra el segundo párrafo del Art. 191º de la Ley Orgánica de Elecciones, modificado por la Ley nº 27369), publicado em *El Peruano. Diario Oficial*, a. 19, n. 7591, 5 de abril de 2001, pp. 200933-200937).

O Tribunal Constitucional Húngaro declarou, em 2007, a inconstitucionalidade de normativo eleitoral com proibição de divulgação de sondagens pelo período de oito dias, considerando que violava o princípio da proporcionalidade que deve guiar as restrições às liberdades fundamentais em causa (disponível em versão traduzida para o inglês no sítio do Tribunal: http://www.mkab.hu/letoltsek/en_0006_2007.pdf), reiterando posição semelhante em face de nova norma a fixar o embargo em seis dias com fundamentos muito similares mais recentemente em 2013 (idem).

E também outras jurisdições constitucionais comparadas são chamadas a pronunciar-se no sentido de rejeitar qualquer limitação nesta matéria, como ocorreu com o célebre precedente canadiano *Thomson Newspapers Company Limited, doing Business as the Globe and Mail, the Evening Telegram, Winnipeg Free Press and Times-Colonist, and Southam Inc. v. The Attorney General of Canada*, disponível em *Canada Supreme Court Reports*, Part 1, Canada Supreme Court, 1998, pp. 877-974, em que o Tribunal declarou norma do Código Eleitoral Federal, contendo tais proibições, com a duração de três dias, inconstitucional.

O Supremo Tribunal da Argentina, por sua vez, não encontrou base para declarar a inconstitucionalidade de norma do Município de Buenos Aires que proíbe, nas eleições realizadas no município, a divulgação de sondagens pelo período que vai do dia de reflexão até três horas depois da hora marcada para o encerramento das urnas, com o argumento de que “*en cuanto a la primera limitación establecida por la ley 268 –las cuarenta y ocho (48) horas anteriores a la iniciación del comicio–, cabe concluir que*

dicha restricción es constitucional pues lo que la ley busca amparar es el espacio óptimo de reflexión que todo elector debe tener antes de emitir su voto. A ello cabe agregar que la información sobre las tendencias electorales de la ciudadanía puede circular libremente durante los días y meses previos a la fecha del acto comicial, durante la campaña y sólo se la restringe por el breve lapso de 48 horas” (p. 1840), e que *“En tales condiciones, la norma es constitucional, sobre todo teniendo en cuenta que la ley de la Ciudad de Buenos Aires no prohíbe recoger esa información, sino que sólo limita su difusión por un brevísimo período de tiempo – tres horas –, con la sola finalidad de evitar que se altere el proceso electoral previo su finalización y rodear de las necesarias garantías el derecho a voto de sus habitantes”* (p. 1844) (*Asociación de Teleradiodifusoras Argentina y otro v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Recurso Extraordinario, 7 de junio de 2005 in: Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, CSJN, 2005, t. 328, v. 2).*

Acresce que a prática de interpretação da extensão das liberdades comunicacionais que marca algumas tradições constitucionais, levam a que, mesmo nas situações em que não se esteja a discutir a proibição de divulgação de sondagens sem qualquer exceção, adotem posições claramente contrária a qualquer possibilidade de vedação geral e de estender o discurso constitucionalmente protegido para considerar inconstitucionais outras restrições. Neste sentido, por exemplo, a influente *Supreme Court* dos Estados Unidos da América na sua decisão *Burson, Attorney General and Reporter for Tennessee v. Freeman* (oficialmente publicado no *US Reports*, v. 504, 1991, pp. 191-228), considerou que a proibição da célebre ‘boca de urna’ e de distribuição de material de campanha a menos de cem pés de local de voto, não era inconstitucional, logo revogando decisão do Supremo Tribunal do Estado do Tennessee ancorada no pressuposto de que tais proibições violavam a liberdade de expressão e a liberdade de informação.

Mas, mesmo internamente, notam-se derivações, o que é representado pela recente decisão da mesma corte constitucional estado-unidense em caso a envolver a possível inconstitucionalidade de norma que estabelecia limites à possibilidade de entidades privadas usarem os seus recursos para advogar a eleição ou rejeição de candidato, decidindo-se que o discurso político de pessoas coletivas não podia ser restringido por invocação de interesses públicos ligados à regulação das eleições (*Citizens United v. Federal Election Commission. Appeal from the United Nations States District Court for the District of Columbia*, oficialmente publicado no *US Reports*, v. 558, 2010, pp. 310-485).

E – Por conseguinte, a tese da incompatibilidade natural entre proibição de sondagens e inquéritos de opinião durante o período de campanha eleitoral e Estado Democrático não pode ser considerada pelo Tribunal Constitucional como suficientemente demonstrada. Na verdade, o bosquejo legislativo e jurisprudencial, feito por amostragem, guia-nos, outrossim, no sentido de que, sendo incontornavelmente questão polémica, Estados de Direito Democráticos têm, na realidade, considerando a dinâmica e a complexidade inerentes a esses domínios, tateado à busca das soluções que melhor se adequem aos desafios concretos que os confrontam.

E isto por um motivo muito simples. Quase todos os sistemas democráticos contemporâneos fora do mundo anglo-saxónico, onde a implantação desse regime é mais ancestral e consistente, já fazendo parte da cultura institucional dessas nações, conheceram processos democráticos mais oscilantes e partilharam o espaço com projetos mais autoritários de governação. Neste sentido, a sua construção sempre teve no seu bojo o fracasso de experiências democráticas do passado em que os sistemas foram fragilizados internamente por forças antidemocráticas que pretendiam ascender ao poder pelas urnas e controlá-lo, direta ou indiretamente, para impor os seus projetos políticos, económicos ou sociais. As cautelas que os regimes democráticos, particularmente as novas democracias, tomam no sentido de se preservar ou de fortalecer o sistema de manifestação da vontade coletiva são naturais a qualquer corpo político. Demanda-o algum realismo constitucional, o qual não deixou de ser acolhido pela Carta Magna da República, havendo traços dispersos pelo texto fundamental.

Nem é necessário recorrer a qualquer conceito de militância democrática, para se poder justificar alguma margem para intervenções preventivas do poder legislativo relativamente ao objetivo de evitar a concretização de determinadas finalidades, desde que imperiosas e razoáveis. Neste sentido, independentemente da posição que se tomar a respeito da inconstitucionalidade deste normativo, o facto é que a restrição à publicação de sondagens e inquéritos de opinião no período em causa, atendendo ao pressuposto de que pode perverter o resultado normal das eleições, não pode ser construída como, *de per se*, ilegítimas. A questão de base não será essa, mas de avaliar se há fundamento para tanto e a intensidade com que tais raciocínios precaucionários podem ser concretizados sem atingir o âmago do Estado de Direito Democrático. É que este, apesar de tudo, tanto pode ver a sua vitalidade fragilizada pelo excessiva preocupação, que lhe leva a medicar-se em excesso, como pela negligência em relação aos cuidados necessários à sua preservação.

Em todo o caso, a democracia é a forma de regime constitucionalmente adotada e que se caracteriza pelos fins que preconiza, ou seja, de garantir que aqueles que governam fazem-no sempre legitimados pelo soberano, o povo, algo que deve resultar de processos objetivos de manifestação da vontade popular. Todavia, enquanto tal, permite a adoção de diversos modelos distintos para que essa vontade se expresse da forma o mais livre e autêntica que for possível. Não há, pois, modelo único ou universal de organização democrática, nem um modo inflexível de tratar a relação entre democracia e proibição temporária de divulgação de sondagens e de inquéritos de opinião, durante período de campanha eleitoral. Até porque, além daquele que é aparentemente favorecido, o da limitação somente incidente sobre o período de reflexão, há, por um lado, um ainda mais liberal, que a desconsidera, permitindo-as mesmo nos dias das eleições, com recolha de opiniões logo a seguir ao ato de votação, e, por outro, os que agravam o período defeso, estendendo-o ainda mais do que o nosso.

Naturalmente, o Tribunal Constitucional não desconhece tais desenvolvimentos, nem tão-pouco faz questão de os ignorar propositalmente. Contudo, se, como regra, deve tratar questões constitucionais mantendo presentes as particularidades da nossa Lei Fundamental e a diferenciação dos elementos sociais, identitários, políticos, culturais, históricos, éticos, económicos da nossa Comunidade Política, os quais deverá sempre ponderar, maior cautela deve ter nesta matéria em relação a esses desenvolvimentos. É que a desconsideração de variáveis nacionais é suficiente para inquinar o recurso central a tais experiências em particular nesta área tão delicada como a da regulação das eleições. Como em qualquer país, a evolução em matéria eleitoral em Cabo Verde tem tentado responder à própria natureza da nossa democracia, um processo em desenvolvimento, cuja sedimentação depende da contínua sofisticação do sistema eleitoral, regra geral em passos pequenos que dependem da avaliação da própria experiência pelo legislador. Não se pode dizer que isto não esteja a acontecer. Como disse um parlamentar proponente de projeto de lei de revisão do Código Eleitoral, o projeto submetido *“se inspira[va] na dolorosa experiência cabo-verdiana concreta (...)”* (Actas da Reunião Plenária de 21 de maio de 2007, p. 35).

Mas, as variáveis são imensas e dificilmente encontraremos exemplos estrangeiros que possam, enquanto tais, favorecer reproduções nacionais. A situação depende, primeiro, do grau de consolidação da democracia e da experiência na realização de eleições de cada país, não sendo a mesma coisa fazer a apreciação da proibição de divulgação de sondagens num país que tem vinte e cinco anos de democracia e noutro

que tem uma experiência centenária e ininterrupta da mesma; um que, como o Ilhéu (v. Daniel Costa, “Sistema Eleitoral a Sistema Partidário Cabo-verdiano (1991-2001). Com um Olhar sobre o Mundo”, *Direito e Cidadania*, a. v, n. 16/17, 2002/3, pp. 553-300; Edalina Sanches, “Institucionalização do Sistema Partidário e Democratização em Cabo Verde” in: Cristina Montalvão Sarmiento & Suzano Costa (orgs.), *Entre a África e a Europa. Nação, Estado e Democracia em Cabo Verde*, pp. 249-270), tenha um sistema de partidos marcado desde a abertura política por dois grandes partidos, e por mais um partido que consegue, de forma menos ou mais consistente, intrometer-se na disputa por mandatos eleitorais e por alguns partidos sem presença parlamentar, e outros que têm uma pluralidade de partidos que partilham de modo oscilante as preferências dos eleitores, etc, etc; por sistemas em que os partidos têm um substrato muito forte, com eleitorado fixo por motivos ideológicos, e um, como o nosso, em que esta associação, pode ser muito mais instável e a ligação poderá dever-se a outros fatores menos ontológicos, e um conjunto de outros fatores que podem condicionar as escolhas feitas pelo legislador.

2.8.4. O interesse público que justifica medidas restritivas desta natureza são: primeiro, impedir a manipulação da vontade eleitoral através da divulgação de informações e resultados falsos ou equivocados sobre as intenções numa perspetiva de não poderem ser objeto de correções atempadas e, assim, influenciar, falsamente, o eleitor, perturbando a autenticidade do processo eleitoral; segundo, evitar o efeito contágio sobre o processo de formação de vontade do eleitor com antecipações sobre os resultados finais, levando-o a alterar o sentido do seu voto, promover o voto útil, desviá-lo ou até desmotivá-lo de votar, tendo, nestes casos, efeitos de intensificar as diferenças entre a força política vencedora e as outras, impedir o crescimento eleitoral dos pequenos partidos ou aumentar a abstenção eleitoral; em último caso, debilitando a própria democracia representativa.

O segundo objetivo, na realidade, para ser legítimo depende, em última instância, de um pressuposto móvel, ao qual, em seguida, se agregam outros efeitos. Neste caso tem a ver com a conceção de que não se está perante um eleitorado completamente maduro, que pode, de alguma forma, ser influenciado pela apresentação de cenários eleitorais. Para que tal base tenha alguma sustentação, ela, no mínimo, tem que ter alguma plausibilidade empírica, não podendo decorrer da simples intuição.

Tais evidências devem, pois, decorrer de dados quantitativos recolhidos e tratados pelas ciências sociais, nomeadamente as que incidem sobre o fenómeno político. Neste sentido, de grande relevância, são os estudos que têm sido feitos por centros de pesquisa

de opinião e por outros centros de estudo, bem como medidores de maturação institucional e democrática, e ainda as leituras qualitativas e reflexões que suscitam na mente e pena de académicos e intelectuais.

Os que nos são fornecidos pela *Afrosondagem*, mostram-nos dados relevantes relativos a atitudes perante a cidadania caracterizados por reduzidos índices de confiança interpessoal fora do seio familiar, limitado interesse e acompanhamento geral de assuntos público-políticos, seguimento de noticiários televisionados e radiodifundidos com índices altos e menor leitura de jornais, consciência política em patamares ainda não ideais, participação política praticamente reduzida ao período das eleições. Todavia, todos eles com tendência de crescimento sustentado. Os dados coletados pelo importante centro de estudos de opinião referido revela curiosamente que a própria percepção dos cabo-verdianos a respeito da democracia nacional, regime apoiado pela maioria, não é estática, sendo equacionada a partir de uma perspetiva de aprimoramento constante. Em 2011, os inquiridos atribuíam nota 7 à democracia cabo-verdiana, e classificavam o estado em que se encontrava em 2002 com a de 6 e em 1991 com 3, perspetivando que, no futuro, evoluirá para 9. Acresce que a maior parte das pessoas não considerava, no momento em que o estudo de opinião foi feito, que, em Cabo Verde, há uma democracia completa.

Por seu lado, a *Freedom House* tem mantido Cabo Verde de forma sistemática na categoria dos países com liberdade geral e com liberdade de imprensa. Um país em que, nomeadamente, os direitos políticos são assegurados, constatação que, neste quesito, é a mesma desde 1998, e as realizações do país em relação às liberdades civis, muitas das quais necessárias ao exercício dos direitos políticos – nomeadamente do ponto de vista da liberdade de reunião e de manifestação, informação, imprensa, etc., a ascenderem e a manterem-se na primeira categoria a partir do relatório de 2004 (ver esses relatórios em www.freedomhouse.org).

Por sua vez, o *Democracy Index* da *Economist Intelligence Unit* tem incluído o país no rol das democracias imperfeitas ou com algumas fragilidades, o que, embora pareça, à primeira vista, pouco abonatório, na realidade, deixa-nos na companhia de países como Itália, Coreia do Sul, Japão, Costa Rica, França, estando, inclusive, à frente de outros como Portugal, Eslovénia, Grécia, etc. (*Democracy Index 2015. Democracy in an Age of Anxiety*, The Economist Intelligence Unit, 2015, pp. 4-5). Avaliando o percurso feito por Cabo Verde nessa respeitada avaliação, verifica-se que há um notável reconhecimento da *performance* em relação a eixos de avaliação como o processo eleitoral e pluralismo e liberdades civis, um razoável ‘score’ relativamente ao

funcionamento do Estado e fragilidade manifestada em dois quesitos, nomeadamente o relacionado à participação política e à cultura política. Isto, por exemplo, reflete-se na anotação do último relatório produzido em que Cabo Verde tem 9.17 (em 10) no que diz respeito ao processo eleitoral e pluralismo e 6,25 em relação à cultura política. Na sua dinâmica, tomando como balizas o percurso de 2006 a 2015, o item relativo a cultura política até, tendo sido, algumas vezes, superior ao termo inicial da medição, neste momento é inferior (era de 6,88 passou a 6,25), notando-se, todavia, alguma melhoria, ainda que lenta e oscilante ao longo dos anos, em relação ao item da participação política (em 2006 era de 5, atualmente passou para 6,67) (v. todos os relatórios em www.eiu.com).

Esta tendência é confirmada por índices regionais, como o *Mo Ibrahim Index of African Governance*, que também reserva nota elevada para Cabo Verde em itens mais formais como o dos direitos políticos (100 em 100 de 2000 a 2014) ou no que toca às liberdades civis (100 desde 2003), oscilantes em relação a eleições livres e justas e menos fortes em relação à participação política.

Os estudos destas instituições, com as suas derivações, mostram-nos um sistema democrático em processo de maturação com acentuadas e consistentes realizações a vários níveis, sobretudo no que toca ao arcabouço formal da democracia e o apoio ao próprio regime. Não obstante, também indicam-nos uma cultura política e a sofisticação do eleitor cabo-verdiano ainda com hiatos em relação ao mínimo ideal, não obstante estarem em processo gradativo de afirmação. A avaliação qualitativa desses dados feita pela própria Afrobarómetro/Afrosondagem em 2003 (*Opinião Pública sobre a Democracia e os Mercados em Cabo Verde*, Praia, Afrobarómetro/Afrosondagem, p. 13 e ss), e 2005 (*Atitudes em Relação à Qualidade da Democracia*, Praia, Afrobarómetro/Afrosondagem, pp. 12-19), indicam essa mesma tendência, e avaliações académicas recentes de estudiosos dessas questões, como Leão de Pina, “Valores, Cultura Política e Democracia em Cabo Verde: entre adesão ao formal e recuo ao particular”, *Direito e Cidadania*, a. 10, n. 29, 2009, pp. 95-142; id., “Tendências da Cultura Política, Democratização e Esfera Pública em Cabo Verde” in: Cristina Montalvão Sarmiento & Suzano Costa (orgs.), *Entre a África e a Europa. Nação, Estado e Democracia em Cabo Verde*, Lisboa, Almedina, 2013, pp. 331-354) e Suzano Costa, “Sociedade Civil, Estado e Qualidade da Democracia em Cabo Verde” in: *Ibid.*, pp. 273-329), confirmam essas conclusões.

Por conseguinte, considerando esta base empírica, não deixa de ser lógico que o legislador, observador e ator da realidade política, veja no contexto concreto de Cabo

Verde, uma base de justificação das medidas de antecipação que tomou ou foi mantendo. Não na perspetiva de acolhimento de algum princípio da reserva de maturação do eleitor, mas porque dele deriva um interesse público racional no controlo da manipulação eleitoral e eventuais desvios à autenticidade material da escolha eleitoral.

É verdade que distante está a demonstração de que, deveras, os efeitos negativos de divulgação das sondagens se concretizam, até porque para cada teoria que sustenta que elas promovem o voto útil e a desmobilização eleitoral, há outras que advogam que estimulam precisamente o contrário (v. *Whos is Affraid of Election Polls? Normative and Empirical Arguments for the Freedom of Pre-Election Surveys*, Amsterdam/Lincoln, Foundation for Information, 2001). Acresce que, em Cabo Verde, os dados empíricos e os estudos disponíveis sobre questões político-eleitorais infelizmente não têm abordado esta dimensão do comportamento eleitoral. Naturalmente, perante tal indeterminação, o Tribunal não pode, pura e simplesmente, rejeitar a plausibilidade do interesse público que sustenta a moratória na divulgação e comentário de sondagens. Outrossim, deve considerá-lo e avaliar este desafio de constitucionalidade a partir de tal base.

2.8.5. O direito fundamental sobre o qual a operação de restrição incide é, primacialmente, a liberdade de informação, tanto na sua dimensão de liberdade de informar, individualmente considerada e institucionalmente configurada como liberdade de imprensa (de comunicação social), por um lado, que teria como titulares empresas do setor e jornalistas (profissionais da comunicação) e, de outro, a liberdade de ser informado, que, neste caso, é de titularidade individual. Seria, atendendo ao contexto, uma liberdade do eleitor obter informações pertinentes ao processo eleitoral, nomeadamente, de conhecer as intenções de voto dos eleitores nas diversas candidaturas, e dos órgãos de comunicação social, informá-lo. Mas, coloca-se, adicionalmente, a questão de se estar perante violação do princípio democrático e do direito de participação política.

Mais uma vez, neste particular, é preciso ajustar o inquérito constitucional de possível violação de normas consagradoras de liberdades previstas pelo artigo 48, neste caso, no seu número 2, ou no artigo 60 da Constituição da República, dirigindo a discussão para avaliar se a restrição prevista pela norma do artigo 99 (1) do Código Eleitoral que proíbe a divulgação de sondagens e inquéritos durante o período de dezassete dias que medeia o início da campanha eleitoral e o fim da votação é legítima ou não, considerando, *a priori*, que há objetivamente afetação.

2.8.6. Havendo tal enquadramento, a questão a saber é se a restrição inserta no artigo 99 (1) viola direitos fundamentais ou princípios constitucionais, nomeadamente os indicados pela peça de elevado mérito jurídico que foi trazida ao nosso conhecimento por S. Excia. o Senhor Presidente da República. Começamos pelo princípio democrático, que, como tal, exerce a dupla função de explicitar um valor básico do sistema e de, conseqüentemente, enviar um comando geral a todo e qualquer poder público – nomeadamente o legislativo – de lhe considerar em qualquer operação que se insira na sua missão constitucional.

O conteúdo do princípio democrático já tinha sido abordado por este Tribunal numa outra perspetiva, significando que, em Cabo Verde, o poder político originário é do povo e é exercido em seu nome. Dentre outros, projeta uma obrigação de o resultado da sua manifestação de vontade dever ser efetivamente considerado, ou seja, por outras palavras, se torne efetivo. Não sendo, enquanto tal, uma posição jurídica subjetiva, o princípio democrático, naturalmente, deve ser levado em consideração, mas a questão a saber é se ela se materialize no sentido de se projetar para gerar um efeito de, atendendo ao caso concreto, inibir o legislador de não impedir ao cidadão o acesso a informação que lhe permita manter-se atualizado, nomeadamente, determinando, se positiva a resposta, a sua intensidade e amplitude.

Como qualquer princípio, apesar de gozar de importância estrutural e sistémica, deve ser considerado na máxima intensidade fática e juridicamente possível, o que significa que, por um lado, não pode ser desconsiderado, por exemplo ao ponto de ser esvaziado, mas, que, por outro, também se confronta, em situações concretas como esta, com outros princípios de igual magnitude ou, pelo menos, também importantes. É o caso, nomeadamente do princípio do Estado de Direito, do princípio da liberdade e da autonomia individuais e do princípio republicano, particularmente importante no quadro deste desafio constitucional concreto.

Disso decorre que ele não pode ser lido no sentido de que o membro do povo, enquanto cidadão e eleitor, tenha prerrogativas de obtenção de toda a informação relativamente às eleições. Por vezes, poderá não poder obtê-la por aplicação do princípio da liberdade, designadamente porque, por exemplo, as próprias candidaturas poderão ter informação constitucionalmente protegida que não querem divulgar, ainda que seja relevante para a formação da vontade do eleitor, ou outros eleitores poderão ter interesses nesta matéria desejando reter informação que tenham ou não dar qualquer indicação sobre o sentido do seu próprio voto ou orientações eleitorais; por vezes em razão do princípio

republicano, nomeadamente nos casos em que se possa invocar interesses gerais para se impedir o acesso geral a essas informações.

Note-se, a propósito, que o próprio sistema eleitoral, assente no princípio do segredo do voto, contrasta com modelos apostados em garantir até essa informação. Por exemplo, na Roma Antiga, sabe-se que o sistema de votação direta, foi durante muito tempo *viva voce*, não só para permitir que as elites e os patronos controlassem os seus apadrinhados, mas também para que o povo soubesse a forma como os seus concidadãos mais ilustres pensavam em relação a essas matérias, podendo assim guiar a sua própria manifestação de vontade eleitoral.

Por vezes essa sonegação de alguma informação pode decorrer do próprio princípio democrático, o qual, como se sabe, projeta-se em feixes com intensidade diferenciada sobre várias esferas. De tal sorte que da mesma forma como abarca a perspetiva do cidadão ter acesso a informações a respeito de questões eleitorais, também alcança a perspetiva do legislador democrático intervir para condicioná-la. Não parece a este Tribunal que, vistas as coisas nesta perspetiva, o princípio democrático poderá ter o condão de sustentar uma declaração de inconstitucionalidade da proibição de divulgação de sondagens.

Do seu principal desdobramento subjetivo, o direito de participação na vida política previsto pelo artigo 55 (1), encontra-se base de inquérito mais viável, pois efetivamente ele recobre o direito do cidadão de participar de forma efetiva, seja de modo direto ou através dos seus representantes, e pressupõe-se que, em abstrato, o faça acedendo às informações e elementos que entender e conseguir reunir. Logo, havendo um impedimento de aceder a informação constante de sondagens ou inquérito, isso pode gerar um efeito restritivo sobre este direito também. Mas, neste caso, o direito de participação política encontra-se em situação de sobreposição com a liberdade de informação do eleitor, podendo, enquanto tal, ser tratado a partir dessa perspetiva.

2.8.7. É a isso que nos leva o argumento construído a partir do parágrafo 31 da petição e que se relaciona diretamente com posições jurídicas ligadas à liberdade de informação. A questão de fundo, neste quesito, é saber se houve vulneração desta liberdade fundamental que possa ser considerada constitucionalmente ilegítima. Pelas razões já avançadas, o programa para se fazer tal inquérito já está estabelecido na Constituição, concretizando-se na necessidade de se verificar a existência de finalidade legítima, de autorização constitucional, de a medida não ser individual e concreta, de não produzirem efeitos retroativos, de preservar o núcleo essencial do direito, de ser

adequada, necessária e justa, sendo certo que qualquer inconsistência nesta matéria resulta na sua inconstitucionalidade.

Pelo que foi sendo dito ao longo desta decisão, o Tribunal não tem dúvidas acerca da existência de finalidade legítima ancorada tanto ao princípio democrático, quanto ao princípio republicano do Estado de Direito Cabo-verdiano, do qual resulta, igualmente, um objetivo legítimo de garantir a integridade do processo eleitoral e a aferição correta da vontade eleitoral.

Também não falta autorização constitucional para restringir. Ela, outrossim, é particular e explícita, se atentarmos ao artigo 99 (5), o qual defere ao legislador a missão de ponderação entre os princípios da liberdade de propaganda, igualdade de oportunidade e de tratamento de todas as candidaturas, da neutralidade e imparcialidade de todas as entidades públicas perante as candidaturas e o da fiscalização das contas eleitorais. Podendo não parecer evidente que a proibição de divulgação de sondagens pode ter a ver com tais princípios, sublinhe-se que, dependendo do ângulo de abordagem, a divulgação de sondagens pode ser uma manifestação da liberdade de propaganda e, do outro, pode levar a um afastamento da igualdade de oportunidades entre as candidaturas.

Naturalmente, neste caso não se colocam questões de retroatividade de norma restritiva de direitos, liberdades e garantias, nem de sua individualidade e concretude, suscitando-se dúvidas somente em relação à sua compatibilidade com o núcleo essencial do direito ou, alternativamente, com o princípio da proporcionalidade. O que se tem que apurar é se a restrição objetiva à liberdade de informação que decorre da proibição de divulgação e de comentários a sondagens ou inquéritos de opinião a envolver à atitude dos cidadãos perante os concorrentes durante um período de dezassete dias, correspondente exatamente ao período de campanha eleitoral, de reflexão e de votação, está em desconformidade com a Lei Fundamental. Em casos de ocorrer segunda volta em eleições presidenciais, naturalmente o prazo de interdição poderá mudar, mas não é este elemento que está em causa diretamente.

Em relação ao núcleo essencial do Direito não parece que a questão se coloque, pois, se se considerar o âmbito da liberdade de informação, nomeadamente, na perspetiva do eleitor, de obter informação sem bloqueios por parte dos poderes públicos, do leque material de modos de obtenção de informação, mesmo em períodos eleitorais, a afetação está longe de ser integral. Como a informação relevante para a formação da sua opinião provém de várias fontes, interditar-lhe o acesso a uma delas, as informações resultantes de sondagens/inquéritos de opinião, durante um período limitado de tempo, ainda que tão

importante para o seu esclarecimento, não parece que se esteja a atingir o núcleo básico de proteção da liberdade de informação. Isto porque, mais uma vez, o titular do direito continua a poder obtê-la, e sobre a mesma temática de tendências eleitorais, de várias outras fontes, nomeadamente própria, através da sua observação, de noticiários informativos, de conversas públicas ou privadas, da avaliação do número de pessoas em comícios, e, até, designadamente, como tem acontecido, de pessoas que têm acesso a sondagens e inquéritos de opinião. Não há equivalência nenhuma, é certo. Todavia, para efeitos de avaliação de ingerência ilícita sobre o núcleo essencial do direito, essa possibilidade é suficiente.

O que acontece efetivamente é que esse âmbito é atingido pela restrição, limitando-se precisamente o acesso a este tipo de informação pelos canais normais. Por conseguinte, a questão determinante a cuidar é de se saber se, de facto, esta afetação que incide sobre a extensão do direito, é constitucionalmente ilegítima por não se ter atido aos limites impostos pelo princípio da proporcionalidade. A sua adequação depende de se avaliar se a medida restritiva permite ou não, a partir de um quadro de conexão racional, que se atinja o interesse público que foi invocado para a legitimar, nomeadamente impedir a geração de um efeito de, em síntese, levar à transmissão de sondagens ou inquéritos realizados sem base científica e metodológica, muitas vezes visando-se a obtenção de vantagem eleitoral, e de evitar o efeito contágio das sondagens no sentido de incentivar o voto útil ou provocar o desvio ou a desmobilização eleitoral.

O Tribunal Constitucional considera que, por enquanto, é ajustada. Embora, deixe aqui registado que, face à emergência da comunicação social eletrónica, a capacidade de projeção individual de mensagens por meio da rede social, o ruir das fronteiras nacionais da informação e a perda acentuada de capacidade regulatória do Estado a respeito deste tipo de comunicação social, a eficácia da medida poderá se fragilizar gradualmente ao ponto de poder vir a ter influência sobre a sua aptidão para produzir os fins para os quais foi criada. E, como as restrições a direitos não podem ser gratuitas, devendo, outrossim, estar amparadas em razões justificantes, caso venham a revelar-se inócuas no futuro, impor-se-á sobre elas a barreira da adequação. Por ora, nota-se que se começa a explorar a possibilidade de a divulgação ser feita por meio de empresas de comunicação social ou sítios que operam fora do país, cujo controlo, a prazo, poderá revelar-se infrutífero, atendendo à dinâmica própria do espaço virtual.

No que diz respeito ao subprincípio da necessidade, a mesma questão se coloca, pois torna-se absolutamente relevante, num quadro em que o Tribunal avalia, se, de facto,

houve escolha do meio menos afetante que igualmente permitisse a concretização de interesse público relevante, inquirir, não só sobre a existência ou não da proibição, como igualmente da sua intensidade, neste caso por meio de verificação do seu regime sancionatório.

Este estabelece, no caso concreto, sanção administrativa, nos termos atrás recortados, a qual, a rigor, não cobre todo o âmbito da proibição e fá-lo de forma relativamente moderada, deixando, de lado, por exemplo, o comentário a sondagens que não seja feito através de meio de comunicação social, e limita os agentes passíveis de realizar, com relevância sancionatória, o comportamento típico, ressalvada, por ora, a aplicação da base de incriminação geral prevista pelo artigo 279. A questão adicional a decidir seria de se saber se também a sanção prevista se conforma ao subprincípio da necessidade no sentido de ser o meio menos afetante. Sempre haveria a possibilidade de uma sanção civil – decorrente de responsabilidade – ou até pela possibilidade de haver sanção moral, consubstanciada na mera constatação da violação ao direito, todavia, em qualquer dos casos ou seria materialmente equivalente – em termos de incidência patrimonial – ou insuficientemente dissuasora, pois haveria uma tendência para avaliação de custos e benefícios por parte das entidades tipificadas, de tal sorte a não favorecer a realização da finalidade legítima em discussão.

Finalmente, não considera o Tribunal que a medida se revela excessiva, atendendo que a compressão que atinge a liberdade de informação é, pelos motivos já apresentados, mínima, tendo em vista que o acesso a informação de pertinência eleitoral que auxilia a formação da vontade flui de forma livre, sendo suficiente para que o eleitor tome a sua decisão em consciência, nomeadamente com base na preservação dos seus interesses concretos. Atendendo que o Tribunal deve aceitar que, no mínimo, o interesse público invocado pelo legislador para a afetação concreta, é ainda plausível, atendendo ao estágio de desenvolvimento da democracia cabo-verdiana, este teria força suficiente para justificar a afetação concreta à liberdade de informação.

2.8.8. No que diz respeito à liberdade de informar, que aqui se sobrepõe à liberdade de imprensa, problemas muito similares se colocam ao julgador, e que podem, pela sua semelhança, justificar pronunciamento mais sintético. Isto porque, objetivamente, não pode o Tribunal deixar de considerar que há afetação pelo facto de se vedar a publicação e o comentário de sondagens e inquéritos de opinião atinentes à atitude dos cidadãos perante os concorrentes. Evidentemente, são informações relevantes que,

em período eleitoral, aumentam a capacidade informativa e de análise de órgão dessa natureza.

Por seu turno, a afetação poderá ter sido feita de forma contrária às condições de afetação do artigo 17 (4) e 17 (5). Neste quesito é importante reter que o Tribunal considera que há, pelos motivos já apontados, autorização para restringir, não há produção de efeitos retroativos e a norma é geral e abstrata. Ademais, é duvidoso que atinja o núcleo essencial dessas liberdades sobrepostas no caso concreto. Os órgãos de comunicação social continuam a ter um leque de fontes de notícias muito amplo a partir dos quais podem desempenhar a sua função social de divulgar notícias. Atendendo que tal afetação subsiste somente por tempo determinado, não abrangendo períodos anteriores ou posteriores ao vedado, a esfera básica de proteção contínua intacta, não se podendo considerar que, pelo facto de se interditar que sejam divulgadas ou comentadas sondagens ou inquéritos de opinião sobre a atitude dos cidadãos em relação aos concorrentes por órgão de comunicação social, esvazia ou mitiga de forma constitucionalmente vedada a liberdade de informação.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, o Tribunal não tem dúvidas que a medida é idónea no sentido de atingir o fim pretendido pelo legislador, que, *a priori*, não haveria meios menos afetantes igualmente eficazes para controlar os efeitos possíveis de contágio produzido pelas sondagens ou inquéritos de opinião e que, em particular no que diz respeito à liberdade de imprensa, o sacrifício de não poder publicar ou divulgar sondagens, não é excessivo, pois mantém preservadas a maior parte das fontes de informação que lhe permitem apurar certos sentidos e tendências eleitorais, havendo, do outro lado, um interesse público intenso no sentido de garantir que o eleitor expressará o seu voto à margem de considerações que tenha na sua base previsões eleitorais.

2.8.9. Este aspeto alia-se a outro, que aqui não pode ser desconsiderado e que decorre do regime sancionatório associado, mais concretamente do previsto pelo artigo 325 do Código Eleitoral, de acordo com o qual “*As empresas de comunicação social, de publicidade ou de sondagens que divulgarem ou promoverem a divulgação de sondagens fora casos e dos termos deste Código, serão punidas com coima de duzentos e cinquenta mil a dois mil e quinhentos mil escudos*”. Como decorre desta norma, agentes deste ilícito serão sempre empresas – ou de comunicação social, ou de publicidade ou de sondagens. Cabo Verde não é igual a outros países em que a promoção, para efeitos de divulgação externa, de sondagens e de inquéritos de opinião resultam sobretudo da iniciativa de empresas de comunicação social com interesse em capitalizar em termos de exploração

comunicacional, quotas de mercado, venda de publicidade, prestígio ou lucros, a informação privilegiada que conseguem obter por estes meios em momentos nos quais há grande interesse e curiosidade do público. Outrossim, elas, nesses períodos, são promovidas, sobretudo, pelas próprias candidaturas, que, contando com uma muito menor intensidade sancionatória, poderão fazê-las divulgar, caso for este o seu interesse eleitoral, com a utilização de meio sedado fora do território nacional e abrigado de intervenção das autoridades nacionais. Claro que sempre se pode dizer que seria aplicável neste caso às candidaturas, a norma incriminatória geral prevista pelo artigo 279, mas esta também está em crise, ficando, como alternativa e, se houver gastos adicionais com a divulgação, o controlo por via de aprovação de contas e pagamento de subvenções, ou o cumprimento voluntário.

O que importa reter, e neste caso afastar, é que a proibição constante no artigo 99 (1) no que diz respeito especificamente ao comentário das sondagens/inquéritos, só pode ser lido, e neste caso o Tribunal adota interpretação conforme a Constituição, no sentido de a) os meios de comunicação social desde o início da campanha eleitoral e até à hora do fecho das mesas das assembleias de voto no dia marcado para as eleições estão interditos de comentar os resultados de qualquer sondagem ou inquéritos de opinião atinentes à atitude dos cidadãos perante os concorrentes; b) as candidaturas, desde o início da campanha eleitoral e até à hora do fecho das mesas das assembleias de voto no dia marcado para as eleições estão interditos de comentar os resultados de qualquer sondagem ou inquéritos de opinião atinentes à atitude dos cidadãos perante os concorrentes. Por motivos naturais, isso afasta qualquer interpretação no sentido de que um cidadão fora de meio de comunicação social e de espaços e eventos ligados às candidaturas estivesse sujeito à mesma proibição, nomeadamente em conversas com amigos ou em outras situações desta natureza em que se limita a fazer uso da sua liberdade de expressão.

2.8.10. O legislador, aparentemente, continua a considerar a necessidade da vedação em causa, até porque não a deixou de verter – e em termos mais estritos sobre os quais escusamo-nos de fazer um pronunciamento – para o artigo 20 (1) da *Lei de Sondagens* (Lei nº 19/VII/2012, de 13 de setembro, publicada no *Boletim Oficial da República de Cabo Verde*, I Série, nº. 25, 13 de setembro), redigido de acordo com o qual, “No período oficial de campanha para o acto eleitoral ou referendário abrangidos pelo disposto nos números 1, 2 e 3 do artigo 2.º, e até à hora do fecho das mesas das assembleias de voto no dia marcado para as eleições ou referendo, são proibidos a publicação, difusão, comentário ou análise de qualquer sondagem ou inquérito de

opinião directa ou indirectamente relacionados com qualquer acto eleitoral ou referendário”, passando, arguivelmente, até a abarcar a figura do referendo.

Contudo, atendendo aos desenvolvimentos tecnológicos e à maturação contínua do eleitorado cabo-verdiano já mencionados, a própria aprovação da Lei de Sondagens – que estabelece – de forma muito estrita – as exigências gerais sobre a credenciação e operação de entidades que realizam sondagens e inquéritos de opinião, bem como os requisitos técnicos e comunicativos que as mesmas devem obedecer, e a instalação da Autoridade Reguladora para a Comunicação Social, como órgão adicional de monitorização, o Tribunal Constitucional entende que a proibição em causa pode estar a caminhar para as bermas da inconstitucionalidade. Todavia, ainda lá não se encontra, substantivamente porque ainda não há evidências claras de existência de uma democracia plenamente consolidada e irreversível ao ponto de tornar ilegítimo ao legislador manter essas cautelas – admite-se, quase paternalistas – em relação ao acesso do cidadão a sondagens em período de campanha, de reflexão e de votação. Portanto, não poderá, neste momento, contrariamente ao mui douto pedido, declarar a inconstitucionalidade da norma.

No mesmo sentido, não poderá impor interpretação conforme à Constituição no sentido de que a norma deva ser interpretada como recobrando somente os períodos de reflexão (ou de votação). Tal passo transformaria o Tribunal em legislador, com a consequente usurpação de poderes, violação do princípio da separação e inconstitucionalidade. Naturalmente, o sistema não impede que o Tribunal Constitucional recorra à interpretação conforme a Constituição, no entanto, somente nos casos em que a polissemia, vazios ou textura aberta da norma o permitam. Não parece ser o caso desta que está a ser sujeita neste momento a controlo de constitucionalidade. Agora, atendendo que podemos estar perante norma que está em processo de deslizamento rumo ao limiar da inconstitucionalidade, ao legislador caberá avaliar a manutenção da extensão da proibição ou a sua flexibilização, mantendo-se o Tribunal Constitucional aberto para continuar a acompanhar a evolução da norma, para efeitos similares aos que presidiram a este pedido, no concernente à possível evolução rumo ao elemento de fundo que permitirá ultrapassar qualquer receio razoável do legislador: a estabilização do processo de consolidação da democracia e a maturação plena do eleitorado cabo-verdiano, ou, alternativamente, a configuração da inocuidade da vedação, atendendo à evolução tecnológica que pode minar a sua eficácia.

2.9. Se o artigo 279, criando base geral de incriminação de condutas não tipificadas, viola o disposto em garantias ligadas ao princípio da legalidade, nomeadamente a sua dimensão de determinabilidade penal e de taxatividade da lei penal, o princípio do Estado de Direito, nas suas dimensões de certeza e de segurança jurídica, e, por fim, o princípio da proporcionalidade.

2.9.1. Conforme anunciado, e seguindo a ordem utilizada pelo pedido feito por S. Excia. o Presidente da República, revela-se fundamental verificar se o disposto artigo 279, criando base geral de incriminação de condutas não tipificadas, viola as garantias ligadas ao princípio da legalidade, nomeadamente a sua dimensão de determinabilidade penal e de taxatividade da norma penal incriminadora, o princípio do Estado de Direito, nas suas dimensões de certeza e de segurança jurídica, e, por fim, o princípio da proporcionalidade. Algo que a alta entidade que requereu a fiscalização entende, nomeadamente, baseando-se na importante obra de André Lamas Leite, *As 'Posições de Garantia' na Omissão Impura. Em Especial, a Questão da Determinabilidade Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, Parte II, cap. I.

2.9.2. O artigo 279 do Código Eleitoral, sob a epígrafe “*Não cumprimento de outras obrigações impostas por lei*” está assim redigido: “*Aquele que não cumprir, nos seus precisos termos quaisquer obrigações relativas às eleições, previstas neste diploma, ou retardar injustificadamente o seu cumprimento, será, na falta de incriminação especial, punido, consoante a gravidade da infração, com pena de prisão de um ano ou com pena de multa até dois anos*”.

A inserção desta cláusula penal é, no quadro do ordenamento jurídico cabo-verdiano, materialmente ainda mais antiga do que as restantes normas objeto desta fiscalização da constitucionalidade, pois pode ser encontrada na Lei Eleitoral de 1980 (Lei nº 2/80, de 9 de Setembro, *Boletim Oficial da República de Cabo Verde*, nº 36, 9 de setembro de 1980), que, no seu artigo 128, prescrevia que “*Aquele que não cumprir nos seus precisos termos quaisquer obrigações relativas à eleição, prevista neste diploma, ou retardar injustificadamente o seu cumprimento, será na falta de incriminação especial, punido, consoante a gravidade da infração, com pena de três dias a um ano e multa de 100\$ a 100.000\$*”. A tradição, no quadro ainda da Primeira República, pegou, considerando que a Lei Eleitoral para a Assembleia Nacional Popular de 1984 (Lei nº 45/II/84, de 31 de dezembro, *Boletim Oficial da República de Cabo Verde*, nº. 52, 31 de dezembro de 1984), também reproduzia a mesma norma *ipsis literis* no seu artigo 95. A Lei Eleitoral para os Órgãos Municipais não explicitava norma com o mesmo teor, mas

remetia o regime sancionatório para a Lei Eleitoral para a Assembleia Nacional Popular, nos termos do artigo 92 (1) (*“A matéria referente ao ilícito eleitoral no âmbito dos municípios é regulada pelas disposições legais constante do título V da Lei Eleitoral para a Assembleia Nacional Popular”*).

Os desenvolvimentos legislativos em matéria eleitoral de 1990 não incidiram sobre essa cláusula. A Lei nº 87/III/90, 13 de Outubro, (*Boletim Oficial da República de Cabo Verde*, nº. 41, 13 de outubro de 1990), manteve-a, todavia alterando a parte final do preceito, nomeadamente no segmento final em que passou a constar que a pena seria de *“prisão de três dias a um ano e multa de 1 000\$ a 10 000\$”* (art. 120). A Lei Eleitoral para Presidente da República Lei nº 88/III/90, 13 de Outubro, (*Boletim Oficial da República de Cabo Verde*, nº. 41, 13 de outubro de 1990) também reproduziu norma similar, embora tendo que se considerar diferenças mais abrangentes na redação, sendo ainda mais apertada em relação às condutas típicas, mas mais leniente nas penas aplicáveis, atendendo que, paradoxalmente em termos de lógica sistémica, não se previa pena de prisão. Isto considerando a estipulação do seu artigo 125 de que *“Aquele que não cumprir nos seus precisos termos quaisquer obrigações relativas à eleição previstas neste diploma, ou que lhes sejam impostos pelo mesmo, ou não praticar os actos administrativos que sejam necessários para pronta execução ou ainda retardar injustificadamente o seu cumprimento será na falta de incriminação especial ou de procedimento disciplinar adequado, condenado com multa de 1 000\$ a 10 000\$”*.

Já depois da inauguração da nova ordem constitucional, a tradição não foi quebrada, dispondo o artigo 119 da nova Lei Eleitoral para a Assembleia Nacional (Lei nº 116/IV/94, de 30 de dezembro, *Boletim Oficial da República de Cabo Verde*, I Série, nº. 42, 30 de dezembro de 1994), que *“Aquele que não cumprir nos seus precisos termos quaisquer obrigações relativas à eleição, previstas neste diploma ou retardar injustificadamente o seu cumprimento, será, na falta de incriminação especial, punido, consoante a gravidade da infração, com pena de prisão de três dias a um ano e multa de vinte mil e cinquenta mil escudos”*, notando-se um agravamento da pena pecuniária em relação ao regime anterior. No caso da Lei Eleitoral para a Eleição do Presidente da República (Lei nº 117/IV/94, de 30 de dezembro, *Boletim Oficial da República de Cabo Verde*, I Série, nº. 42, 30 de dezembro de 1994), retomou-se a redação comum aos outros diplomas eleitorais, reproduzindo-se, a propósito, nos seus exatos termos a norma equivalente da Lei Eleitoral para a Assembleia Nacional. No que toca à Lei Eleitoral para os Órgãos dos Municípios (Lei nº 118/IV/94, de 30 de dezembro, *Boletim Oficial da*

República de Cabo Verde, I Série, nº. 42, 30 de dezembro), a técnica de remissão manteve-se, só que, desta feita aos dois outros diplomas em simultâneo, tendo em conta que o seu artigo 90 estabelecia que “*A matéria referente ao ilícito eleitoral no âmbito dos municípios é regulada pelas disposições legais constantes do Título V da Lei Eleitoral para a Assembleia Nacional e para as presidenciais*”.

É, com tal percurso que se chega ao actual normativo, o qual, naturalmente, foi o objeto de um novo *fiat* de um órgão legislativo competente, tratando-se, apesar da tradição que se registou, um normativo formalmente novo, não obstante manter, grosso modo, a mesma redação, com a exceção da parte final, de estipulação das consequências, onde se regista referência a pena de “*prisão até um ano ou com pena de multa até dois anos*” no artigo 268 da versão originária. As *Atas da Reunião Plenária de 15 de janeiro de 1999*, em que a disposição foi aprovada, não indicam a mínima discussão sobre o preceito.

2.9.3. Em certo sentido, com a exceção apontada, houve alguma evolução, nomeadamente porque a nova redação não acumula a pena privativa de liberdade e a pena pecuniária, mas dispõem-nas como alternativas, e sendo, de certa forma, compreensível tal tipo de cláusula na Primeira República, quando não havia Estado de Direito, pelo menos na aceção liberal da palavra, a questão a saber é se isso é compaginável com um modelo de Estado de Direito do tipo liberal em que há garantia material e formal de posições jurídicas fundamentais contra o arbítrio dos poderes públicos, há contenção, substantiva e processual, dos seus poderes punitivos e que se sustenta na centralidade e dignidade da pessoa humana.

2.9.4. A razão de ser dessa dúvida tem a ver com uma evidência insofismável, pois que o dispositivo incriminatório remete a uma pluralidade indefinida de condutas. O que é facilmente perceptível bastando, para tanto, analisar o segmento “*quaisquer obrigações relativas às eleições, previstas neste diploma, ou retardar injustificadamente o seu cumprimento*”, que seria a consagração do tipo objetivo. A questão a saber naturalmente é se tal técnica de redação, especialmente de abordagem de uma questão criminal, é harmonizável com a Constituição, nomeadamente com as normas cuja violação se menciona, particularmente se atentarmos que poderá estar a cobrir dezenas e dezenas de obrigações previstas pelo Código Eleitoral, sujeitando-as potencialmente à mesma base de incriminação e moldura penal, sem qualquer distinção *a priori* fixada pelo legislador, que leve em conta a sua lesividade concreta em relação a bens jurídicos protegidos, cujo valor constitucional é naturalmente distinto, e cuja infração também

poderá ser diferente consoante a situação. Cabe, naturalmente, ao legislador, em princípio, ponderá-lo, caso a caso, e não por via de normas incriminatórias gerais.

2.9.5. Pressupõem-se facilmente que o legislador quis garantir completude ao sistema sancionatório de base criminal, tentando evitar que condutas graves, materialmente penais, não tivessem a devida resposta. Ele, evidentemente, valoriza o sistema democrático, com base no qual, o soberano originário, o povo, de quem recebe um poder delegado, expressa, de forma livre e autêntica, a sua vontade. Garantir que os procedimentos necessários a essa manifestação soberana não seja perturbado em moldes a adulterá-la é um dever para o legislador. Não é sem propósito que a alínea c) do artigo 7º da Constituição ordena o Estado a “*garantir o respeito pela forma republicana de governo e pelos princípios do Estado de Direito Democrático*”.

Agora, se, nestes termos, o Estado possui um interesse legítimo na preservação do modelo de organização da comunidade política constitucionalmente adotado, há limites que são colocados à intensidade e ao modo como o pode fazer. Já se havia dito, a propósito da proibição de divulgação de sondagens, que as novas democracias, enquanto passam por um período de transição rumo à consolidação – que acontece, essencialmente, quando, do ponto de vista institucional-formal ligado à organização do Estado, mas também do *ethos* do cidadão, o regime político é adotado como elemento cultural e identitário, sem o qual a autopercepção individual e coletiva deixam de fazer sentido –, possui alguma legitimidade de adotar medidas cautelares, para evitar a sua perversão – que não era o caso – ou efeitos deletérios sobre o seu projeto de fortificação. Mas, isto, tem claros limites constitucionais, não conferindo ao legislador, ao abrigo da necessidade de defender o regime democrático ou o próprio Estado de Direito, cheques em branco. Sendo um Estado também assente no pressuposto da existência de alguns trunfos contra o Estado, para usar a expressão dworkiniana, não permite jacobinismos jurídicos no sentido da célebre frase de Saint Just, “*pas de liberté por les ennemies de la liberté*” (ver troca de cartas entre Saint Just e um admirador em <http://www.dialogus2.org/JUS/citation.html>, momento no qual pronuncia a frase, e as *Ouevrès Completes de Saint-Just*, Charles Vellay (introduction et notes), Paris, Charpentier & Fasquelle, 1908). Significa que qualquer descumprimento, e nos seus exatos termos, de obrigação existente no quadro do processo eleitoral, tenha que ser sancionada criminalmente e da mesma forma, geraria precisamente esse efeito generalizante, que pressupõe a dispensa da avaliação correta de cada conduta e de culpa de cada pessoa, já que todos são tratados como inimigos da democracia.

2.9.6. Portanto, não sendo um pensamento desprovido de racionalidade, à primeira vista, que o legislador queira usar um regime sancionatório penal para proteger certos valores ligados ao processo eleitoral, o modo como o fez pode levantar questões de compatibilidade com o princípio da taxatividade ou determinabilidade da pena invocado pela alta autoridade que requereu esta fiscalização, remetendo, e bem, para a avaliação do conteúdo e implicações do número 4 do artigo 32 da Lei Magna da República (aplicação da lei penal), o qual estabelece que “*não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior*”.

2.9.7. Não se faz necessário um exercício muito grande para se demonstrar que esta dimensão incontornável do princípio da legalidade penal é indissociável do percurso do Estado de Direito Democrático, o modelo de organização política adotado pela comunidade política cabo-verdiana e representado na Lei Fundamental da República. Foi em parte para evitar o arbítrio dos governantes e controlar a tentação humana de perseguir desafetos, associais, inimigos, concorrentes, etc., que se fez emergir o postulado de que somente com base em lei anterior de incriminação se pode punir e que qualquer pena somente é justa se aplicada com base na lei. Neste termos, pronunciou-se um dos patronos do Direito Penal moderno, Cesare Beccaria, *Dei Delitti e delle Pene*, Roma, Castelvechi, 2014 [orig: 1764], cap. iv, ao salientar que “*Quando um codici fisso de leggi, che si debbono osservare alla lettera, nos lascia al giudice altra incombenza che si esaminare le azione de' cittadini, e giudicarle conformi o difforme alla legge scritta, quando la norma del giusto e dell'ingiusto, che deve dirigere le azione sì del cittadino ignorante comme del cittadino filosofoso, non è un affare de controversia, ma di fatto, allora i sudditi non sono soggetti alle picolé tirannie (...) [Quando um código fixo de leis, que se devem observar à letra, não deixa ao juiz outra incumbência a não ser examinar as ações do cidadão e julgá-las conforme se conformam ou não à lei escrita, quando o padrão do justo e do injusto que deve dirigir a conduta tanto do cidadão ignorante como do cidadão-filósofo não é controversa, mas um facto, então os súditos não estão sujeitas às pequenas tiranias*”. Mesmo uma norma escrita literalmente draconiana (por remissão ao célebre legislador ateniense), independentemente de outras discussões que pode gerar em relação a sua dureza, tem pelo menos a virtude de comunicar um comportamento devido de forma acessível ao destinatário da norma.

Não é à toa que mesmo modelos de Estado autoritários, como o de Hobbes, ainda assim ancora o *jus puniendi* do Estado na existência de leis de incriminação de condutas e definição de penas. A possibilidade que o indivíduo tem de ajustar a sua conduta, de se

guiar pelo permitido e pelo proibido, de ter uma resposta a pergunta sobre o lícito e o ilícito, a respeito do punível e do não punível, do grau sancionatório a que está sujeito numa comunidade política, é essencial. Sem ela, não há qualquer vislumbre de Estado de Direito, porque não há segurança jurídica, não há previsibilidade, não há livre desenvolvimento da personalidade, não há determinação da conduta, e geram-se as condições que favorecem o arbítrio e outras mazelas provenientes do poder não controlado das autoridades políticas, policiais e judiciárias.

Ora, isso só é possível havendo *lex scripta*, contendo a conduta típica, o comportamento, ativo ou omissivo, incriminado, e a pena cominada para tal, permitindo que o destinatário da norma, a ela acedendo ou devendo aceder, possa legitimamente responder por qualquer conduta tipificada. Todavia, as implicações da norma constitucional vão além disso, como bem lembra o pedido recebido por este Tribunal.

2.9.8. Consubstancia-se na exigência dessa lei ou a norma que contenha ser clara, certa e determinável para qualquer pessoa a que se destina. São as consequências e as implicações que se deve retirar da palavra “expressamente”, cujo conteúdo indica um sentido de totalidade ou, pelo menos, quase totalidade e autossuficiência ilocucionária, ou seja, de que os elementos do crime devem especificamente constar da norma de incriminação, nomeadamente uma descrição a mais completa possível do tipo objetivo do crime, do tipo subjetivo, dos meios passíveis de utilização para o seu cometimento e o limite mínimo e máximo da pena, bem como a sua natureza. Portanto, não é só a *lex scripta* exigência do princípio da legalidade, é também a *lex certa*, no sentido de clara e determinada, e, para a maior parte dos casos, *stricta*. Portanto, à anterioridade da norma, acrescem exigências de taxatividade ou, no mínimo, de determinabilidade.

2.9.9. Como estamos perante uma garantia fundamental, destinada, dentre várias outras, a preservar um dos mais sacrossantos direitos fundamentais, a liberdade sobre o corpo, a possibilidade de afetação é uma questão que, como tal, não se coloca. Em princípio, desde que a restrição incida sobre uma norma constitucional com tal natureza ela é, *ipso facto*, inconstitucional. Nestes casos, o raciocínio judicial é mais de subsunção do que de balanceamento ou ponderação, como foi o desenvolvido até esta fase no âmbito desta decisão. Ou seja, aplicando o silogismo lógico aristotélico, se a norma legal afeta, cortando parte do âmbito de proteção de norma constitucional e se a norma constitucional é uma garantia fundamental, logo a primeira é inconstitucional sem a necessidade de se fazer qualquer juízo adicional, nomeadamente de existência ou não das condições de afetação previstas pelos números 4 e 5 do artigo 17 da Constituição.

Agora, esta reflexão não permite, por si só, fechar a questão, atendendo a necessidade de definir o mandado constitucional de taxatividade ou a determinabilidade da norma penal, ou, no fundo, de se definir o que corresponde a cada conceito à luz do princípio constitucional da legalidade e qual o seu impacto na construção dos tipos penais. É que a base da qual decorre não é, nem pode ser tida, por estática. Sendo norma, é refém da linguagem. Logo, é, como diria Wittgenstein, um “*labirinto de caminhos*” (*Philosophical Investigations*, G.E. Anscombe (ed.), Oxford, Blackwell, 1953, para. 205), sujeita a mutações no tempo e no espaço. Portanto, a própria taxatividade ou a determinabilidade da norma penal o que faz são exigências de que os destinatários da proibição consigam de forma razoável conhecer e entender, *a priori*, por via de lei escrita, qual é o comportamento devido e as consequências concretas do não cumprimento. É uma questão cognitiva e de inteligibilidade que o sistema jurídico de um Estado de Direito Liberal e Democrático não se pode furtar. Se o legislador falha ao fazê-lo, priva a norma legal de caráter penal de uma das bases essenciais de sua aplicação, pois não havendo consciência de ilicitude, não há legitimidade punitiva do Estado.

Naturalmente, isso não cria ao legislador democrático um impedimento geral de criação de normas penais menos fechadas, usar conceitos com algum grau diferenciado de sentidos ou expressões que podem gerar dúvidas hermenêuticas ou usar técnicas remissivas em matéria penal ou que requeiram utilização de conceitos externos, portanto extrapenais. No entanto, entende o Tribunal que só o pode fazer de forma constitucionalmente aceitável em situações específicas nas quais há necessidade de preservação de bens jurídicos concretos em áreas em que, pelo seu dinamismo ou pluralismo, não conseguem ser capturadas de modo eficaz por normas penais estritas, ao estilo clássico. Neste sentido, o legislador democraticamente legitimado pode ser dispensado excepcionalmente isento de construir uma norma não taxativa – no sentido de estrita nos limites da linguagem – em tais circunstâncias, mas jamais poderá ser desobrigado de garantir a sua determinabilidade, ou seja, a capacidade, objetivamente aferível, de ela gerar no seu destinatário compreensão do comportamento exigido e das consequências jurídicas do indevido, permitindo, assim, que ele tenha oportunidade de conformar a sua conduta aos ditames legais.

Sendo estas as obrigação do legislador, ou seja, de garantir, nos limites virtuais da linguagem, taxatividade nas situações em que não se mostre necessário haver recurso a elementos menos precisos, e, no mínimo, determinabilidade, quando isso se mostrar absolutamente necessário, o do Tribunal Constitucional é de avaliar, caso seja chamado

a decidir, se essas exigências são cumpridas por normas que sejam trazidas ao seu conhecimento, portanto analisando-as caso a caso.

2.9.10. É aceitável que, em sede de questões eleitorais, a taxatividade seja difícil de realizar, havendo abertura para a utilização não só de conceitos extrapenais, que, em sede de legislação especial, é quase inevitável, mas também conceitos menos precisos, técnicas de remissão, etc. Todavia, por mais que sejam usadas, em último caso, remetem à exigência de determinabilidade. O facto é que, como indicado no pedido, a norma legal em causa está muito longe de ser determinável. Outrossim, é demonstrativa de uma indeterminação quase total. A única comunicação que o destinatário da norma recebe é no sentido de que ela incide sobre violações de obrigações relativas às eleições previstas no Código Eleitoral e não cobertas por incriminação especial. Compreende-se as preocupações do legislador, neste caso, tendo em vista o seu objetivo de garantir completude ao sistema sancionatório. Todavia, tal raciocínio não é aceitável em face das garantias constitucionais em matéria criminal, inultrapassáveis sob pena de se desfigurar a natureza de Estado de Direito Democrático da nossa República.

Tendo a necessidade de criar, dentro dos limites constitucionais, tipos penais para preservar interesses públicos relevantes no quadro do processo eleitoral e garantir proteção a bens jurídicos concretos, o ónus do Estado não pode ser transmitido ao destinatário da norma, o qual teria que verificar, nomeadamente, quais são as obrigações previstas sobre matéria eleitoral – tudo potencialmente – pelo Código Eleitoral que podem constituir crime à luz do artigo 279. Não é aceitável que assim seja e muitos menos o é por via de utilização de uma sanção criminal. É ao legislador a quem cabe avaliar e justificar individualmente quais são as condutas que devem ser incriminadas como pressuposto da defesa de outros direitos e da preservação de interesses públicos e que requerem, com base no princípio da subsidiariedade, intervenção criminal, portanto as situações em que existam bens jurídicos penais a proteger. Até pelo domínio que tem da área a regular, que este Tribunal já aceitou, com a devida deferência, a exigência não pode ser realmente outra.

Não o fazendo, vulnera de modo inaceitável o princípio da taxatividade ou da determinabilidade penal, tornando desnecessárias as competentes indagações a respeito de igual violação do princípio da proporcionalidade neste caso. No entendimento deste Tribunal a norma viola a garantia fundamental da legalidade da norma penal, atendendo que o postulado mínimo dela decorrente de que a norma seja determinável não foi observado pelo legislador em circunstâncias nas quais ele, atendendo ao contexto

concreto, deveria ter feito muito mais para a concretizar. Por conseguinte, não obedecendo o mínimo exigível pelo princípio da determinabilidade, prescinde-se de qualquer operação de balanceamento.

2.9.11. Há, todavia, a registar que, na medida em que há violação desse princípio, isso também gera lesão insuportável de outra dimensão do princípio da legalidade, pedra de toque do Estado de Direito, o princípio da não-retroatividade da lei penal *in pejus*. Isto porque os efeitos são semelhantes. A norma penal que não é determinável e muito menos taxativa, é inexistente. Sendo assim, a sua utilização como base de incriminação do aplicador da lei, coloca-o numa incómoda posição de arbitrariedade pura, pois a ele caberá definir *a posteriori*, os elementos típicos do delito, as condutas incriminadas, o seu potencial lesivo – que são funções primacialmente legislativas –, o que significa que a decisão que proferir será sempre *ex post factum*, portanto retroativa, inquinando-a, de modo irremediável, face ao Estado de Direito Democrático, por se tratar de matéria penal e por dizer respeito ao domínio dos direitos, liberdades e garantias, em que tais efeitos são tabu.

2.9.12. Pelo exposto, considera o Tribunal que estamos perante norma que deve ser declarada inconstitucional e os efeitos que eventualmente produziu apagados, na medida do constitucionalmente possível, do nosso ordenamento jurídico.

III. Decisão

Pelas razões supramencionadas, os Juízes Conselheiros, reunidos em Plenário, decidem:

3.1. Por unanimidade, declarar, com os efeitos previstos nos artigos 284, número 1, e 285, número 1, da Constituição da República, a inconstitucionalidade da alínea c) do número 2 do artigo 105 da Lei n.º 92/V/99, de 8 de fevereiro, na versão consolidada resultante das revisões operadas pela Lei n.º 118/V/2000, de 24 de abril, pela Lei n.º 12/VII/2007, de 22 de junho e pela Lei n.º 56/VII/2010, de 9 de março, na medida em que viola as liberdades de expressão, de informação e de imprensa protegidas, respetivamente, pelos artigos 48 (1), 48 (2) e 60 (1) da Constituição da República;

3.2. Por unanimidade, não declarar a inconstitucionalidade da alínea d) do número 2 do artigo 105 da Lei n.º 92/V/99, de 8 de fevereiro, na versão consolidada resultante das revisões operadas pela Lei n.º 118/V/2000, de 24 de abril, pela Lei n.º 12/VII/2007, de 22 de junho e pela Lei n.º 56/VII/2010, de 9 de março;

3.3. Por unanimidade, com os efeitos previstos nos artigos 284, número 1, e 285, número 1, da Constituição da República, declarar a inconstitucionalidade da alínea e) do número 2 do artigo 105 da Lei n.º 92/V/99, de 8 de fevereiro, na versão consolidada resultante das revisões operadas pela Lei n.º 118/V/2000, de 24 de abril, pela Lei n.º 12/VII/2007, de 22 de junho e pela Lei n.º 56/VII/2010, de 9 de março, na medida em que viola as liberdades de expressão, de informação e de imprensa protegidas, respetivamente, pelos artigos 48 (1), 48 (2) e 60 (1) da Constituição da República;

3.4. Por unanimidade, não declarar a inconstitucionalidade da alínea f) do número 2 do artigo 105 da Lei n.º 92/V/99, de 8 de fevereiro, na versão consolidada resultante das revisões operadas pela Lei n.º 118/V/2000, de 24 de abril, pela Lei n.º 12/VII/2007, de 22 de junho e pela Lei n.º 56/VII/2010, de 9 de março;

3.5. Por maioria, declarar, com os efeitos previstos nos artigos 284, número 1, e 285, número 1, da Constituição da República, a inconstitucionalidade parcial, sem redução do texto, do número 1 do artigo 106 da Lei n.º 92/V/99, de 8 de fevereiro, na versão consolidada resultante das revisões operadas pela Lei n.º 118/V/2000, de 24 de abril, pela Lei n.º 12/VII/2007, de 22 de junho e pela Lei n.º 56/VII/2010, de 9 de março, quando interpretado:

a) No sentido de proibir que o cidadão que não integre entidade concorrente às eleições, manifeste, por qualquer meio ao seu dispor, opinião sobre as eleições, por violação da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa protegidos, respetivamente, pelos artigos 48 (1) e 60 (1) da Constituição; e,

b) No sentido de proibir que órgãos de comunicação social, em espaços noticiosos, informem o público sobre questões de interesse eleitoral, ainda que o façam, respeitado o dever de tratamento isonómico, por via de reprodução de imagens e sons que integrem apelo ao voto feito pelas candidaturas ou em evento por elas organizado, por violação da liberdade de informação e da liberdade de imprensa protegidas, respetivamente, pelos artigos 48 (2) e 60 (1) da Constituição da República.

Vota parcialmente vencido o Juiz Conselheiro Aristides Raimundo Lima, nos termos da declaração de voto que junta em anexo.

3.6. Por maioria, não declarar a inconstitucionalidade do número 8 do artigo 106 da Lei n.º 92/V/99, de 8 de fevereiro, na versão consolidada resultante das revisões operadas pela Lei n.º 118/V/2000, de 24 de abril, pela Lei n.º 12/VII/2007, de 22 de junho

e pela Lei n.º. 56/VII/2010, de 9 de março. Vota vencido o Juiz Conselheiro Aristides Raimundo Lima, nos termos da declaração de voto que junta em anexo;

3.7. Por unanimidade, não declarar a inconstitucionalidade do número 1 do artigo 99 da Lei n.º. 92/V/99, de 8 de fevereiro, na versão consolidada resultante das revisões operadas pela Lei n.º. 118/V/2000, de 24 de abril, pela Lei n.º. 12/VII/2007, de 22 de junho e pela Lei n.º. 56/VII/2010, de 9 de março;

3.8. Por unanimidade, declarar, com os efeitos previstos nos artigos 284, número 1, e 285, número 1, da Constituição da República, a inconstitucionalidade do artigo 279 da Lei n.º. 92/V/99, de 8 de fevereiro, na versão consolidada resultante das revisões operadas pela Lei n.º. 118/V/2000, de 24 de abril, pela Lei n.º. 12/VII/2007, de 22 de junho e pela Lei n.º. 56/VII/2010, de 9 de março, por violação do princípio da determinabilidade da lei penal ínsito no parágrafo 4º do artigo 32 da Constituição da República.

Registe, notifique e publique.

Tribunal Constitucional, na Cidade da Praia, aos 7 de julho de 2016.

Os Juízes Conselheiros

José Pina Delgado (Relator), *Aristides R. Lima* (nos termos da declaração de voto em anexo) e *João Pinto Semedo*.

Declaração de voto

1. Acompanhei o sentido do pronunciamento do Tribunal nas seguintes decisões do acórdão:
 - a) Declaração de inconstitucionalidade da alínea c) do n.º 2 do artigo 105º do CE;
 - b) Não declaração de inconstitucionalidade da alínea d) do n.º 2 do artigo 105º do CE;
 - c) Declaração de inconstitucionalidade da alínea e) do n.º 2 do artigo 105º do CE;
 - d) Não declaração de inconstitucionalidade da alínea f) do n.º 2 do artigo 105º do CE;

- e) Não declaração de inconstitucionalidade do nº 1 do artigo 99º do CE, (com o apelo implícito, nas razões determinantes (ponto 2.8.10.), ao legislador democrático com vista à assunção da sua obrigação constitucional de posterior melhoria da norma no sentido da sua compatibilidade plena com a Constituição no futuro (*Nachbesserungspflicht* na doutrina alemã¹); não declaração esta que se assemelha àquilo a que a doutrina italiana chama de «constitucionalidade provisória²», quando se estiver perante uma decisão de rejeição que considera a norma como «ainda não inconstitucional»³);
- f) Declaração de inconstitucionalidade do artigo 279º do CE.
2. Já não pude acompanhar a maioria do Tribunal no que respeita a duas decisões:
- a) A declaração de inconstitucionalidade apenas parcial do nº 1 do artigo 106º do CE, quando a minha posição é que se deveria declarar todo o nº 1 do artigo inconstitucional;
- b) Não declaração de inconstitucionalidade do nº 8 do artigo 106º do CE.
3. As minhas objeções têm a ver com o seguinte:
- 3.1. A norma do nº 1 do artigo 106º estabelece que é proibida a propaganda eleitoral nos órgãos de comunicação social, fora dos espaços ou dos tempos de antena previstos nos artigos 115º e 117º. Quer isto dizer que, seja o que for que se considerar propaganda eleitoral, ficam os agentes de campanha eleitoral, sejam eles quais forem, proibidos de fazer propaganda eleitoral nos órgãos de comunicação social⁴ que não sejam a) publicações periódicas e ainda b) sempre que não se esteja perante tempos de antena da rádio e da televisão. Deste modo, resulta proibido aos agentes de campanha eleitoral

¹ **Klaus Schlaich:** *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 3ª edição, Munique, 1999, p. 249 e seg.

² Sobre o tema, cfr. **Carlos Blanco de Morais:** *Justiça Constitucional*, tomo II, p. 327, citando a obra de A. Pisaneschi, «*Le Sentenze di Costituzionalità Provisoria e di Incostituzionalità non Dichiarata: La Transitorietà nel Giudizio Costituzionale*», in *Giurispr. Cost.*, II, 1989.

³ Tal fica patente quando nos fundamentos deste acórdão se diz textualmente o seguinte: «...o Tribunal Constitucional entende que a proibição em causa (entenda-se da divulgação e do comentário de resultados de sondagens e inquéritos de opinião) pode estar a caminhar para as bermas da inconstitucionalidade».

⁴ Para um conceito legalmente ancorado de órgão de comunicação social, ver nº 1 do artigo 24º em conjugação com o artigo 3º da Lei da Comunicação Social (Lei nº 56/V/98, de 29 de Junho, alterada pela Lei nº 70/VII/2010, de 16 de Agosto).

passar mensagens que nomeadamente façam apologia ao voto em publicações não periódicas ou mesmo através de programas de audiovisual avulsos, o que, salvo o merecido respeito, é um absurdo. Ora, agentes de campanha eleitoral podem ser tanto as entidades proponentes de candidaturas, como os candidatos e os cidadãos em geral (artigo 93º, em conjugação com o nº 1 do artigo 104º do CE) . Aliás a Constituição cabo-verdiana é muito clara a respeito ao dizer, primeiro, que «as candidaturas às eleições têm o direito de, livremente, promover e realizar a campanha eleitoral, incluindo nesta a propaganda eleitoral, em qualquer ponto do território» (nº 1 do artigo 99º da CRCV) e, em segundo lugar, ao referir que os cidadãos têm o direito de participar *ativamente* nas campanhas eleitorais». (nº 3 do artigo 99º da CRCV).

3.2.A proibição do nº 1 do artigo 106º, a nosso ver, viola claramente o direito à liberdade de expressão previsto no artigo 48º da Constituição. Este artigo estabelece um conjunto de limites à liberdade de expressão que estão previstos nos seus nºs 4 e 5: direito à honra e consideração das pessoas, o direito ao bom-nome, à imagem e à intimidade da vida pessoal e familiar, por um lado, e, por outro : o dever de proteção da infância e da juventude, a proibição da apologia da violência, da pedofilia, do racismo, da xenofobia e de qualquer forma de discriminação, nomeadamente da mulher, a interdição da difusão de apelos à prática de certos atos. Ora, em nenhum momento se considerou que se tratava de uma restrição autorizada para salvaguardar os direitos referenciados como limites no nº 4 ou os demais interesses protegidos pela cláusula de limites estabelecida no nº5 do artigo 48º. É certo que as restrições aos direitos liberdades e garantias também podem ser feitas para se salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (nº 5 do artigo 17º da CRCV), i.e. o direito constitucional colidente. Acontece, porém, que, no caso em apreço, o único interesse/direito invocado, o da igualdade de oportunidades e de tratamento das candidaturas, já está devidamente protegido pelo artigo 113º do CE que proíbe a propaganda comercial, como de resto referenciou, e muito bem, o acórdão nas suas razões determinantes. De todo o modo, sufragamos a posição daqueles que entendem que «o princípio da igualdade de oportunidades requer «não uma igualização

forçada» de todos os partidos determinada pelo Estado, mas sim que o Estado não exerça qualquer influência determinante na competição partidária⁵.»

3.3. Apesar de compreendermos a técnica utilizada pela maioria para não declarar toda a norma do nº 1 inconstitucional, individualizando dois segmentos interpretativos imaginários que declarou inconstitucionais, mas mantendo todavia intocável o resto da norma, não sufragamos a decisão neste caso concreto. Primeiro, porque reputamos que o nº1 é claramente violador da liberdade de expressão e da liberdade de informação, tanto quando interdita o candidato e o proponente da lista de candidatura de fazerem propaganda eleitoral, como também quando proíbe o cidadão comum de fazer propaganda eleitoral, pois não é de excluir que um cidadão, singularmente considerado, faça propaganda eleitoral⁶; segundo, não podemos aceitar, como decorre da interpretação sustentada pelos ilustres colegas Juízes Conselheiros, que formaram a maioria, que se for um cidadão comum a fazer apelo ao voto num artigo de opinião em jornal tal estaria protegido pela liberdade de expressão, porque se trataria de simples opinião, mas tratando-se de um cidadão que é candidato ou de um partido político proponente o mesmo facto (artigo de opinião), no mesmo órgão de comunicação social, já seria propaganda eleitoral e não protegido jurídico-constitucionalmente pela liberdade de expressão ou de informação. Assim, esta dualidade de critérios não nos parece razoável, primeiro porque a propaganda eleitoral é em tese tutelada também pela liberdade de expressão, segundo porque o conceito de propaganda eleitoral é pouco preciso e relativamente indeterminado, não obstante a definição legal de campanha eleitoral constante do artigo 103º do CE. Por isso, não podemos aceitar a declaração de mera inconstitucionalidade parcial. Também não a sufragamos por duas razões adicionais, primeiro, porque ela própria seria geradora de insegurança jurídica ao estabelecer tratamento diferente e infundado para cidadão não candidato, por um lado, e cidadão

⁵ **Klaus Stern** : *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I, Munique, 1984, p. 307.

⁶ Aliás existe o chamado jornalismo de campanha que consiste no seguinte: manter na agenda de edição em edição o mesmo tema; escolher formulações que tornam ao eleitor certas opiniões atrativas e outras inaceitáveis; colocar determinados argumentos conscientemente de forma favorável; cumular (ou repetir) certas afirmações e silenciar outras por completo; artificialismos como a simplificação falsificadora de concatenações complexas ou dramatização desproporcional e personalizada». Sobre isso cfr. **Horst Avenarius** : *Public Relations. Die Grundform der gesellschaftlichen Kommunikation*, Darmstadt, 1995, p. 82..

candidato, ou partido político proponente, por outro lado, e em segundo lugar, porque, mesmo com a individualização dos segmentos não inconstitucionais, com os quais concordamos, a norma do nº 1 do artigo 106º continuaria a fazer pairar sobre os jornalistas e dirigentes dos órgãos de comunicação social a espada de Dâmocles em que tal norma se tem convertido, dando lugar quer a uma inconveniente autocensura por parte dos *media* e dos jornalistas, quer a perseguições criminais porventura apressadas e infundadas, como aparentemente tem acontecido. Em suma, consideramos o preceito do nº 1 inconstitucional quando seja interpretado como proibindo o cidadão que não integre entidade concorrente às eleições de manifestar a sua opinião sobre as eleições nos órgãos de comunicação social, mas também consideramos inconstitucional proibir o candidato ou mesmo um representante de um partido político concorrente de exarar a sua opinião em artigo ou entrevista, fazendo apelo ao voto. Mas, vamos mais além considerando o número *in totum* inconstitucional.

- 3.4. No ponto 3.5. alínea b) a maioria do Tribunal toma igualmente uma decisão interpretativa, declarando apenas mais um segmento ideal do nº 1 como inconstitucional. Isto ao determinar que o nº 1 é inconstitucional quando interpretado de uma certa forma, isto é, no sentido de «proibir que órgãos de comunicação social que em *espaços noticiosos* informem o público sobre questões de interesse eleitoral...por via de reprodução de imagens e sons que integrem apelo ao voto feito pelas candidaturas ou em evento por elas organizado» . É evidente que a interpretação do nº 1 neste sentido é inconstitucional, como defende a maioria, mas ao limitar-se a inconstitucionalidade apenas à proibição de informações em *espaços noticiosos*, deixa de lado um conjunto de outros espaços ou géneros jornalísticos que não são notícia propriamente: por exemplo os editoriais, comentários, programas de entretenimento, etc. «restringindo-se», pois deste modo inconstitucionalmente o direito à liberdade de expressão e de informação. Por esta razão, entendemos que o acórdão, ele próprio, poderia ter ido mais longe.

3.5.O n° 8 do artigo 106° do CE estatui que «é proibido o recurso à atuação de agrupamentos musicais ou de artistas na realização de comícios ou reuniões públicas de campanha eleitoral.» Esta norma foi introduzida em 2007 sob proposta do principal partido da Oposição de então, mas esteve longe de ser pacífica no debate parlamentar. A posição maioritária do Tribunal é que esta norma não é inconstitucional. Contudo, mais uma vez, não podemos acompanhar a posição dos colendos Juízes Conselheiros. Os argumentos avançados para a defesa da constitucionalidade da norma foram essencialmente os seguintes: a) a norma visaria controlar despesas públicas com a atuação de agrupamentos musicais ou artistas; b) a mesma objetivaria a redução dos comícios e reuniões públicas a situações em que o «eleitor possa ter acesso exclusivo a propostas e ao debate político produzido pelas candidaturas». Dito de forma, passe o termo, brutal, neste último caso, o objetivo seria reduzir os comícios e reuniões públicas a pura conversa, isto é, comunicação oral nua e crua, sem qualquer outro contexto cultural, musical ou outro. Ora, salvo o devido e muito merecido respeito, não concordamos com tais argumentos. Entendemos que deste modo põe-se em causa vários direitos simultaneamente: Primeiro, o direito à liberdade de expressão dos proponentes das listas, pois estes têm o direito não só de manifestar o seu pensamento nas campanhas eleitorais, incluindo os comícios e reuniões públicas, mas também o direito de escolherem o veículo através do qual exprimem o seu pensamento, a sua mensagem política ou programática, podendo este veículo ser musical, teatral, poesia musicada⁷, etc. Segundo, põe-se em causa o princípio da livre atuação dos partidos políticos, que, nas eleições legislativas e autárquicas são proponentes de candidaturas e como tal têm direito a promover livremente campanhas eleitorais. Como defende uma doutrina representativa, o direito à *livre atuação de partidos políticos* é, com base na exegese constitucional, considerado um direito fundamental, que inclui, designadamente uma tríade de liberdades, a liberdade programática, a liberdade de concorrência política e a liberdade de financiamento. Este direito

⁷ Como diz, e muito bem, **Klaus Stern**, « uma opinião pode finalmente ser expressa também através de gestos, do uso de símbolos ou uniformes, da execução de certas peças musicais (hinos nacionais) ou de emblemas ou de distintivos (Ansteckplaketten)». Cfr. **Klaus Stern: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, tomo IV / 1, Munique, 2006, p. 108.

fundamental resulta necessariamente da relação de especialidade que existe entre o direito geral de associação que protege a existência e atividade das associações e o direito à existência e atuação dos partidos políticos. Acresce que a atuação dos partidos políticos pode ser vista igualmente como liberdade de atuação (coletiva) dos seus membros. Este direito fundamental de atuação dos partidos políticos protegeria, segundo alguns, todas as atuações especificamente político-partidárias que não são garantidas por outros direitos fundamentais⁸. Em Cabo Verde, o artigo 57º da Carta Magna estabelece o direito de livre constituição dos partidos políticos, sendo os partidos políticos titulares de vários direitos políticos, entre os quais o de apresentar candidaturas às eleições legislativas e autárquicas e ainda o direito a tempos de antena na rádio e na televisão públicas (artigo 58º, nº 1 da CRCV). Não se pode esquecer também que em Cabo Verde as pessoas coletivas privadas, ainda que com funções públicas relevantes, como é o caso dos partidos políticos, são titulares de direitos fundamentais, desde que compatíveis com a sua natureza. Em terceiro lugar, sabendo que os artistas podem estar no mercado oferecendo os seus serviços para abrilhantar as campanhas eleitorais, o seu direito à iniciativa económica fica prejudicado, quando eles – em contradição com o princípio da autonomia e liberdade contratual⁹, que lhes é inerente - são proibidos de prestar serviço aos partidos políticos nos comícios e reuniões públicas, sendo certo que, por esta ocasião, vários artistas podem contratualizar ou oferecer o seu serviço artístico-cultural com manifesto benefício profissional, direto e indireto, económico ou de imagem. Ora, a liberdade de iniciativa económica é um direito fundamental, que beneficia da analogia substantiva com os direitos, liberdades e garantias¹⁰. Em quarto lugar, põe-se em causa o direito à liberdade de criação artística, pois se impede aos artistas de se apresentarem num palco importante que não é de somenos, pois se é verdade que as eleições se realizam de cinco em cinco em

⁸ Neste sentido, cfr. **Jörn Ipsen**, in Sachs, *Grundgesetz*, 3ª edição, 2002, art. 21º, nota de margem, 30 e seg.

⁹ Por liberdade contratual entende-se a liberdade do indivíduo de conformar as suas relações de vida privada através da celebração de contratos. Tal liberdade é garantida pela Constituição (artigo 41º : direito ao livre desenvolvimento da personalidade) e é uma das manifestações mais importantes do princípio da autonomia privada.

¹⁰ Cfr. **J.J. Gomes Canotilho / Vital Moreira** : *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra Editora, 2007, p. 789.

cinco anos ou de quatro em quatro anos, também é certo que em Cabo Verde se efetuam periodicamente três tipos de eleições, presidenciais, legislativas e autárquicas, que de tempo a tempo, como em 2016, até coincidem no mesmo ano, e é indesmentível outrossim que a atuação dos artistas nos comícios ou reuniões públicas lhes oferece uma ocasião importante para a apresentação das suas criações. Mas também as atuações dos artistas em comícios ou reuniões públicas de campanhas eleitorais são momentos de fruição cultural do povo e de realização do direito à cultura dos cidadãos. Aliás, o artigo 79º da CRCV estabelece que «todos têm direito à fruição e criação cultural, bem como o dever de preservar, defender e valorizar o património cultural». Acresce que o mesmo artigo prevê as responsabilidades dos poderes públicos na garantia deste direito, ao estatuir o seguinte: «Para garantir o direito à cultura, os poderes públicos promovem, incentivam e asseguram o acesso de todos os cidadãos à fruição e criação cultural, em colaboração com outros agentes culturais». Ora, não há nenhuma razão plausível para se limitar estes direitos. Conter os gastos eleitorais, pode ser feito mais eficazmente por outras vias, e de forma menos lesiva para as liberdades, sem pôr em causa o direito à liberdade de expressão, o direito de livre atuação dos partidos políticos, o direito à iniciativa económica e o direito à cultura. Para se reduzir as despesas, bastaria eventualmente diminuir o montante da subvenção do Estado para as campanhas eleitorais ou dos subsídios aos partidos políticos¹¹. A ideia de que um objetivo público legítimo para a restrição dos direitos considerados seria o propósito dos proponentes de evitar a inoculação de outros conteúdos, designadamente relacionados com manifestações artísticas, não convence, até porque no nº 9 do artigo 106º se prevê uma exceção ao envolvimento de artistas nos comícios e reuniões públicas de campanha. Pelo contrário, o que muitos cidadãos terão colhido da discussão em torno da revisão do Código Eleitoral em 2007 é que pairava no espírito de certos deputados a ideia, quiçá, peregrina de que a perda de eleições se ficaria a dever ao facto de alguns partidos contratarem determinados conjuntos musicais particularmente atrativos.

¹¹ Sobre o financiamento dos partidos políticos veja-se, para além dos artigos 122º a 133º do CE, o disposto nos artigos 27º e 28º da Lei 102/V/99, de 19 de Abril.

3.6. O nº 2 do artigo 62º da Lei do Tribunal Constitucional (Lei nº 56/VI/2005, de 28 de Fevereiro) estabelece que o Tribunal Constitucional só pode declarar a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de normas cuja apreciação tenha sido requerida, mas pode fazê-lo com fundamento em violação de normas ou princípios constitucionais diversos daqueles cuja violação foi invocada. Trata-se do chamado princípio do pedido. Não obstante a vigência deste princípio e tendo em conta toda a discussão que é feita na doutrina em torno do mesmo¹², não se pode deixar, a nosso ver, de analisar o nº 8 do artigo 106º, sem ter em conta o nº 9 do mesmo artigo que está numa relação direta com ele, funcionando quase como uma mesma norma, embora em disposições ou preceitos textualmente distintos¹³. Até porque o nº 9 é ininteligível sem o nº 8. Este número estabelece que se podem recrutar para os comícios e reuniões públicas «artistas e agrupamentos culturais tradicionais, designadamente de música e de dança, de carácter marcadamente local ou comunitário e de cariz amador». Ora, verifica-se que deste modo se discriminam artistas sem qualquer fundamento racional ou interesse público que, a nosso ver, tal justifique, o que contraria o princípio constitucional de democracia económica que estatui, entre outros aspetos, a igualdade de condições de atividade entre os agentes económicos e a sã concorrência (alínea b) do nº 2 do artigo 91º da CRCV). Mas, o pior nisto tudo é a consequente limitação da diversidade cultural e da liberdade de escolha dos promotores dos comícios eleitorais.

3.7. O afastamento da dimensão cultural e musical dos comícios e reuniões públicas de campanha eleitoral e a consequente redução da diversidade de oferta cultural são manifestamente um fator de empobrecimento das campanhas eleitorais, aparentemente pouco consentâneo com o princípio democrático, que é um princípio constitucional; primeiro, porque reduzir os comícios a conversas sem uma componente cultural, não favorece a presença

¹² Sobre a discussão doutrinária, cfr., por todos, **Rui Medeiros**: *A decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa 1999, p. 442 e seguintes e **Carlos Blanco de Moraes**: *Justiça Constitucional*, tomo II, 2ª edição, Coimbra, 2011, pp. 575 e seguintes.

¹³ Como é sabido norma e preceito (ou disposição) são duas realidades bem distintas uma da outra. Cfr., muito certamente, **Jorge Miranda**: *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI, 4ª edição, Coimbra, p. 192. Aí o autor afirma o seguinte. « Se em boa técnica legislativa a cada preceito deve corresponder uma norma e a cada norma um preceito, nem sempre isso se verifica (muito pelo contrário)... ». Mais adiante, o eminente catedrático de Lisboa completa o raciocínio, articulando o seguinte: « ... a norma que se visa impugnar pode só vir a encontrar-se através da conjugação de vários preceitos ou de segmentos deles ».

massiva dos cidadãos, principalmente os mais jovens, para escutarem a mensagem política e de cidadania; segundo porque o combate contra a abstenção, e por conseguinte, o futuro da democracia, dependerá muito da capacidade dos partidos políticos e da sociedade em geral para interessar a juventude pela política, o que resultará facilitado, embora, obviamente, não garantido, com a realização de comícios com uma componente cultural e uma participação mais alargada, ou pelo menos não restritiva, de artistas e agrupamentos culturais que não se limitem ao tradicional. Finalmente, não se pode olvidar nem o papel, nem a dimensão da intervenção musical política na história de Cabo Verde. Este papel e esta dimensão estão, de resto, muito bem documentados, não só pelo jornalista e musicólogo, Carlos Filipe Gonçalves, referindo-se, nomeadamente, ao disco-ícone da luta de libertação nacional «Protesto e Luta»¹⁴, mas também pelo CD editado por Rui Machado, intitulado « Música de Intervenção Cabo - Verdiana. A história da Luta pela Independência de Cabo Verde Contada em Música». Basta pensar, por exemplo nas seguintes canções «Hitler Ca ta Ganha Guerra», de B. Léza, «Terra Bô Sabê», de Renato Cardoso, ou «Perguntem a Xanana», de «Os Tubarões» e Rui Machado.

3.8. Finalmente, não há qualquer fundamento constitucional aceitável para a aparente antipatia da norma do nº 8 e 9 em relação à presença de artistas de dimensão nacional ou internacional, designadamente músicos, nas reuniões públicas e comícios de campanha eleitoral. É caso para se perguntar o que se estava a passar, onde estava a deusa Minerva, quando num país de música, como Cabo Verde, em que mesmo no cemitério não é proibida a participação de artistas e músicos de dimensão nacional, sendo até frequente ver artistas nesse local de descanso eterno interpretando, entre outras peças musicais da cultura cabo-verdiana, o célebre trecho de «*ó Djósa quem mandób morré*»¹⁵, o legislador preferiu proibir artistas de carácter nacional ou internacional de participarem nos comícios exercendo o seu direito à liberdade de criação

¹⁴ Cfr. **Carlos Filipe Gonçalves**: *Kab Verd Band*, Praia, 2006, pp. 195 e segs.

¹⁵ Cfr. **Germano Almeida**: *O Testamento do Sr. Napumoceno da Silva Araújo*, Mindelo, 1989, p. 16. (Em que o chefe da banda musical de S. Vicente, quando interpelado sobre a possibilidade de acompanhar o senhor Napumoceno da Silva Araújo à sua última morada com uma marcha nupcial de L. von Beethoven, respondia o seguinte: «Nos enterros estamos habituados a tocar djósa quem mandób morré»...)

cultural ou o direito à participação política na vida do país ? Ou seja, no cemitério, onde é casa dos mortos, pode haver artistas atuando, já nos comícios e reuniões eleitorais públicas, que são lugares de cidadania, democracia e vivacidade, os artistas estão proibidos...

Cidade da Praia, 7 de julho de 2016.

O Juiz Conselheiro

Aristides R. Lima

ESTÁ CONFORME

Cidade da Praia, aos 21 de julho de 2016. - O Secretário do Tribunal Constitucional,

João Borges