



Cópia:

Do acórdão proferido nos autos de recurso de Amparo Constitucional n.º 10/2015, em que é recorrente **Joaquim Wenceslau Moreira de Carvalho** e recorrido o **Supremo Tribunal de Justiça**.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acórdão n.º 10/2018

I – Relatório

1. Joaquim Wenceslau Moreira de Carvalho, com os demais sinais de identificação nos autos, inconformado com o Acórdão n.º 06/15, de 20 de fevereiro, proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça, que negou provimento ao recurso contencioso interposto do despacho da então Senhora Ministra da Justiça e da Administração Interna que o punira com pena de aposentação compulsiva, interpôs recurso de amparo com base no seguinte:

“1.O despacho que o puniu foi-lhe notificado no dia 9 de fevereiro de 2004;

2. No dia 25 de março de 2004, interpôs recurso contencioso, em que pediu a anulação da referida decisão, por tê-la considerado violadora do disposto no artigo 72º da EDAAP.

a) A entidade recorrida jamais deveria socorrer-se daquela disposição para aplicar a pena mais gravosa, tendo em conta que aplicando a pena mais gravosa não teria os factos correspondentes na acusação deduzida pela Instrutora;

b) A decisão que o puniu viola fundamentalmente o princípio do contraditório, tendo em conta que a entidade recorrida fundamentou a sua decisão em factos articulados, não pela acusação, mas sim na Deliberação do Conselho Superior da Magistratura Judicial, sobre os quais o arguido não pôde exercer contraditório;

c) O despacho recorrido viola o princípio da imparcialidade, porque, tendo em conta que a recorrida apoiou a sua decisão nos factos articulados na “acusação” deduzida na Deliberação do CSMJ, sendo esta entidade quem mandou instaurar o processo disciplinar contra o arguido, a mesma jamais deveria suprir as deficiências da acusação, proferindo, assim, uma acusação “a posteriori” e anómala, sem a devida cobertura e

fundamentação processual, pelo menos nas Leis cabo-verdianas, cujo princípio do contraditório, da imparcialidade e da defesa do arguido constituem suportes basilares com enquadramento constitucional;”

1.1. O impugnante insurge-se contra o Parecer do Senhor Procurador-Geral da República, porquanto, na perspetiva dele, aquele representante do Ministério Público havia confundido a data do despacho da Senhora Ministra, *que é de 29/01/2004, com a data de 21 de outubro de 2003, que o recorrente não sabe aonde ele terá ido buscar, só assim se justifica que tenha promovido o indeferimento do pedido, por extemporâneo.* Criticou também o facto de se ter desvalorizado o relatório elaborado pela instrutora do processo disciplinar na parte em que esta afirma que ele recorrente tinha feito prova do destino dado aos valores que se encontravam sob a sua responsabilidade;

1.2. Para o recorrente, o Parecer do Senhor Procurador-Geral da República contribuiu para que o Supremo Tribunal de Justiça tivesse indeferido liminarmente o seu pedido, por alegadamente ter sido apresentado fora do prazo;

1.3. Não se conformando com a decisão de indeferimento, pediu que o mesmo fosse revisto;

1.4. Estranhamente, notificou-se o Ministro da Justiça para intervir nos autos, depois de ter sido notificada a então Ministra, em 2004, sem que se tivesse pronunciado sobre o pedido que o recorrente havia formulado;

1.5. Considera, pois, que a segunda notificação é nula e deveria ter sido declarada com o conseqüente desentranhamento da resposta oferecida pelo titular da Pasta da Justiça em 2014;

1.6. Termina o seu arrazoado nos seguintes termos:

Requer lhe seja feito Justiça por via do presente Recurso Constitucional, nos termos do pedido constante do Contencioso Administrativo nº 06/2004, cuja apensação requereu, assim como a do Recurso de Revisão nº 9/09 e o Processo Disciplinar nº 04/03.»

2. O presente recurso de amparo deu entrada na secretaria do Supremo Tribunal de Justiça enquanto Tribunal Constitucional no dia 24 de março de 2015, tendo sido registado sob o n.º 01/15.

2.1. Em 27 de março de 2015 foi com vista ao Ministério Público, tendo sido remetido e recebido no Tribunal Constitucional em 11 de dezembro de 2015, menos de dois meses após a sua instalação.

2.3. Tendo verificado que o Ministério Público não tinha emitido o Parecer a que se refere o artigo 12.º da Lei do Amparo e do *Habeas Data*, foi-lhe novamente concedida oportunidade de o fazer, querendo, obviamente.

2.4. O Senhor Procurador-Geral, no seu douto Parecer constante de fls. 65 a 69, recebido no Tribunal Constitucional, em 22 de abril de 2016, após ter afirmado “*não conseguimos descortinar da petição de recurso que direitos, liberdades e garantias constitucionalmente reconhecidos que foram violados pelo Supremo Tribunal de Justiça com o Acórdão n.º 06/2015, de 20 de Fevereiro e que devem merecer amparo constitucional, concluiu que “o recorrente não especifica o amparo que entende dever ser-lhe concedido; considerando o teor do art.º 16.º acima transcrito, somos de parecer que o recorrente deve ser notificado para suprir tal insuficiência, no prazo da lei.”*

3. O Plenário desta Corte, por Acórdão n.º 8/2016, de 17 de maio, votado por unanimidade, ordenou a notificação do recorrente para, querendo, e no prazo de dois dias, sob pena de rejeição do recurso:

Juntar documento que prove a data em que foi notificado do acórdão recorrido; identificar com clareza os direitos, liberdades e garantias fundamentais que ele julga terem sido violados, com expressa menção das normas ou princípios jurídico-constitucionais que entende terem sido violados; identificar concretamente o amparo que entende dever ser-lhe concedido para preservar ou restabelecer os direitos, liberdades ou garantias fundamentais alegadamente violados. Ordenou-se, ainda, que se oficiasse o Supremo Tribunal de Justiça e o Ministério da Justiça, consoante o processo disciplinar n.º 04/03 estivesse ou não apenso aos autos do contencioso administrativo n.º 06/2004 e o recurso de revista n.º 9/09, no sentido de os remeter ao Tribunal Constitucional, a título devolutivo.

4. Notificado daquele Acórdão, no dia 24 de maio de 2016, o recorrente apresentou, no dia 26 do mesmo mês e ano, a peça processual constante de fls. 84 e 85, através da qual declarou que foi notificado do Acórdão n.º 06/15, de 20 de fevereiro, no dia 24/02/15.

Esclareceu que os seus direitos fundamentais violados são os previstos no n.º 7 do art.º 35.º, destacando-se os direitos de audiência e de defesa em qualquer processo sancionatório previsto no n.º 2 do artigo 63.º, conjugado com o disposto no n.º 2 do artigo 241.º e n.º 2 do artigo 243.º, todos da Constituição da República, alegando ter sido punido por razões político-ideológicas e em virtude de opção político-partidária.

Para responder à determinação no sentido de identificar concretamente o amparo que entende dever ser-lhe concedido para preservar ou restabelecer os direitos, liberdades ou garantias fundamentais alegadamente violados, veio pedir que a sua carreira bruscamente interrompida seja reconstruída, designadamente pela anulação do ato punitivo e seja indemnizado pelos danos resultantes da violação dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, nos termos da alínea g) do artigo 245.º da CRCV.

4.1. Foram oficiados o Supremo Tribunal de Justiça e o Ministério da Justiça no sentido de remeterem o processo disciplinar n.º 04/03, os autos do contencioso administrativo n.º 06/2004 e o recurso de revista n.º 9/09. Foram recebidos nesta Corte os dois últimos, mas não se soube explicar onde se encontrava o processo disciplinar n.º 04/03 indicado pelo próprio recorrente.

4.2. Compulsados novamente os autos, verificou-se que destes não constava nenhum processo disciplinar registado sob o n.º 04/03.

4.3. No entanto, através da cópia do relatório final elaborado pela instrutora do Processo Disciplinar n.º 1/03 e a cópia parcial da peça acusatória constante de fls. 36 e 37, bem como a fls. 14 e 15 e 23 a 24 dos autos do Contencioso Administrativo n.º 06/2004, chegou ao conhecimento do Tribunal que existia um Processo Disciplinar registado sob o n.º 1/2003.

5. O Plenário desta Corte Constitucional, por Acórdão de n.º 10/2016, de 23 de junho, votado por unanimidade, admitiu o presente recurso de amparo.

6. A entidade recorrida, tendo sido notificada do Acórdão que admitiu o recurso para os efeitos do disposto no n.º 2 do artigo 18º da Lei de Amparo e do *Habeas Data*, não se manifestou.

7. Depois da admissão do recurso, verificou-se que o Processo Disciplinar n.º 01/03, que fora instaurado ao ora recorrente Joaquim Wenceslau Moreira de Carvalho, não se encontrava apenso aos autos do presente recurso de amparo, razão pela qual o Relator determinou que fosse oficiado o Ministério da Justiça no sentido de se o remeter, a título devolutivo.

8. Após várias diligências e insistências abundantemente documentadas nos autos, designadamente através de ofícios e notas, quer junto do Ministério da Justiça, quer junto do Conselho Superior da Magistratura Judicial, finalmente, no dia 4 de agosto de 2017, o Ministério da Justiça e Trabalho remeteu cópia do processo disciplinar n.º 01/2003, de 19 de junho de 2003, no qual se encontrava entranhada a contestação que o recorrente havia apresentado;

9. Dando seguimento à tramitação processual, e ao abrigo do artigo 20.º da Lei do Amparo e do *Habeas Corpus*, Sua Excelência o Senhor Procurador-Geral da República foi notificado para, querendo, emitir parecer sobre o mérito do recurso, tendo formulado, em síntese, as seguintes conclusões:

“Quanto ao requisito previsto na al. b) importa verificar se os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos e que o recorrente alega terem sido violados resultam direta, imediata e necessariamente de acto ou omissão imputável ao órgão judicial, independentemente do objecto em que for praticado;

Transcreve parte do Acórdão 10/2016, onde é registado que o «requerente considera que a violação dos seus direitos fundamentais ocorreu no âmbito do processo disciplinar e recurso contencioso claramente identificados nos autos»; e,

Na resposta ao acórdão n.º 8/2016 veio o requerente apresentar como direito fundamental que considera violado as que decorrem do n.º 7 do art. 35º e 63º n.º 2, conjugado com o n.º 2 do artigo 241º e n.º 2 do art. 243º, todos da CRCV. Esses artigos reconduzem-se basicamente aos direitos de audiência e de defesa em processo sancionatório e de funcionário público não ser prejudicado em virtude das suas opções político-partidárias;

Da análise do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça objecto do presente amparo, não conseguimos descortinar nenhum acto ou omissão que traduza na violação do direito do funcionário público não ser prejudicado pelas suas opções político-partidárias e que possa ser directa, imediata e necessariamente imputado àquela mais alta instância judicial;

Igualmente, considerando o alcance e sentido que é conferido ao direito de audiência e de defesa em processo sancionatório, não divisamos nenhum acto ou omissão que se traduza na violação daqueles direitos e que possa ser directa e necessariamente imputado àquela mais alta instância judicial;

Pelo que não se encontra verificado o requisito exigido na alínea b), já que os direitos fundamentais reconhecidos e que o recorrente diz terem sido alegadamente violados, não resultam directa, imediata e necessariamente de qualquer acto ou omissão imputável ao Supremo Tribunal de Justiça;

Nos termos da al.^a c) do art.º 3º, para que uma decisão judicial seja objecto de recurso de amparo, é necessário que: «a violação tenha sido expressa e formalmente invocada no processo logo que o ofendido dela tenha tido conhecimento e que tenha sido requerida a sua reparação»;

Impõe-se, em face desse requisito que o recorrente, logo que tenha tido conhecimento da violação dos direitos fundamentais que diz ter sido violado, que de forma expressa e formal, os tivesse não só invocado no processo, mas que tenha requerido a sua reparação;

Esse pedido de reparação terá que ser feito perante o órgão judicial que proferiu a decisão objecto de recurso de amparo e só depois de este ter recusado reparar a violação é que se pode interpor recurso de amparo;

É no mesmo sentido que aponta o n.º 2 do art.º 3º ao estabelecer que o prazo para interposição de recurso de amparo – estabelecido no art.º 5º conta-se da data de notificação do despacho que recusar a reparação da violação praticada;

E faz todo sentido que assim seja, porque se há violação de direitos fundamentais e que possam ser imputados directa, imediata e necessariamente ao órgão judicial que proferiu

a decisão, então caberá em primeira mão a esse órgão ser colocado perante a possibilidade de reparar essa violação e só perante a recusa de reparação abrir-se via recurso de amparo que, é um meio que se caracteriza pelos princípios da excepcionalidade e subsidiariedade;

Compulsado os autos não resulta que o recorrente, de alguma forma, tivesse alegado a violação dos direitos e garantias fundamentais que diz terem sido violados no processo e requerido a sua reparação. Razão pela qual, não se encontra também verificado esse requisito específico exigido pela al.^a c) do art.º 3º;

Não resultando verificado os requisitos especiais previstos nas alíneas b) e c) do art.º 3º e exigidos para ser admitido;

Nada obstando, que, tendo sido inicialmente admitido o recurso, esta venha a ser rejeitado, por falta de requisitos específicos previstos no art.º 3º. A interpretação conjugada do art.º 20º e 16º n.º 3 a contrario sensu, permite essa conclusão.”

II – Questões Prévias

1. Antes de entrar nas questões prévias, importa reconhecer que a tramitação deste recurso padece de uma certa morosidade que se deve, em parte, a vicissitudes várias que o afetou, designadamente, o tempo em que o processo esteve pendente no Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional, no Ministério Público, bem como a demora do Ministério da Justiça e Trabalho em remeter cópia do processo disciplinar n.º 01/2003, que, entretanto, estava registado junto do Conselho Superior da Magistratura Judicial como Processo Disciplinar n.º 04/2003. Na verdade, houve uma intensa troca de ofícios entre a Secretaria do Tribunal Constitucional, dando execução aos despachos que foram sendo exarados pelo Relator do Processo, o Ministério da Justiça e Trabalho e o Conselho Superior da Magistratura Judicial, como atestam as referências que se seguem: pelo despacho de fls.134 do autos, o Relator determinou que fosse oficiado o Ministério da Justiça e Trabalho no sentido de remeter a esta Corte, a título devolutivo, o Processo Disciplinar n.º 1/03, que fora instaurado ao ora recorrente Joaquim Wenceslau Moreira de Carvalho. O suprarreferido despacho foi cumprido através do ofício n.º 148/TC/2016, de 26.09.2016 e recebido a 27.09.2016; Em 03.02.2017, sob a ref.114/GMJT/2017, de 31 de janeiro de 2017, constante de fls. 137 dos autos, o Ministério da Justiça e Trabalho

respondeu ao referido ofício do Tribunal Constitucional, nos seguintes termos: «...*Em resposta ao vosso ofício n.º 148/TC/2016 de 26 de setembro em que é arguido Joaquim Wenceslau Moreira Freire de Carvalho, informamos que feitas as pesquisas nos nossos arquivos internos, como também nos da Direção de Recursos Humanos do Ministério da Justiça e Trabalho, não foi encontrado o Processo solicitado, pelo que sugerimos que se encaminhe aos Conselhos Superiores. Aproveitamos ainda para informar que o Processo Disciplinar n.º 04/03, do mesmo arguido, que se encontrava arquivado na Direção dos Recursos Humanos do Ministério da Justiça e Trabalho, foi remetido ao Gabinete do Exmo. Senhor Presidente do Tribunal Constitucional, através da nota N/Ref.º 945/GMJT/2016 no dia 06 de junho.*»

Por despacho de fls. 139 vº, o Juiz Conselheiro-Relator determinou que fosse *oficiado* o Conselho Superior da Magistratura Judicial no sentido de remeter a esta Corte, a título devolutivo, o Processo Disciplinar n.º 1/03, que fora instaurado ao então Escrivão de Direito em serviço no Tribunal Judicial da Comarca de Santa Cruz, Joaquim Wenceslau Moreira de Carvalho, tendo, para o efeito fixado o prazo máximo de 10 dias; cumprido o despacho, por ofício de fls. 141, sob a referência 13/TC/2017, de 14.02.2017, o Conselho Superior da Magistratura Judicial respondeu através do ofício sob referência 020/CSMJ, junto a fls. 142 dos autos, nos seguintes termos: «...*Em resposta a vossa nota n.º 13/TC/2017, de 14 de fevereiro p.p., vimos pela presente, comunicar que desde deliberação do Conselho Superior da Magistratura Judicial, de 21 de janeiro de 2004, o processo foi remetido ao Ministério da Justiça e da administração Interna, e desde então o CSMJ não teve acesso ao referido Processo disciplinar...*»; finalmente, no dia 4 de agosto de 2017, o Ministério da Justiça e Trabalho remeteu cópia do processo disciplinar n.º 01/2003, de 19.06.2003, no qual se encontrava entranhada a contestação que o recorrente havia apresentado.

Os processos apensos aos autos do presente recurso de amparo não tinham o registo integral da contestação que o arguido tinha apresentado num dos processos disciplinares que a entidade recorrida lhe tinha movido. Mas o Tribunal Constitucional não podia deixar de empreender diligências no sentido de a localizar. Pois, podia correr o risco de fazer uma análise com base em elementos incompletos, insuficientes, o que poderia comprometer o desfecho dos presentes autos. Como, amiúde, tem afirmado este Tribunal, o recurso de amparo é um meio de proteção de direitos, liberdades e garantias, mas

também do Sistema de Direitos. Por conseguinte, sobre esta Corte impende o dever de oficiosamente desencadear diligências que se mostrem pertinentes para o cabal esclarecimento de situações que possam ser consideradas violadoras de direitos, liberdades e garantias constitucionalmente reconhecidos.

Foram essas as razões que justificaram a insistência na procura daquele processo disciplinar, o qual veio revelar-se essencial para a apreciação do recurso, como será demonstrado mais adiante.

Este é também o momento de registar que a forma como o recorrente se referiu a alguns intervenientes processuais não foi a mais urbana, tendo bordejado os limites do tratamento que se deve dispensar aos servidores da Justiça, em geral, e aos magistrados, em particular. Por outro lado, reconhece-se que os incidentes que marcaram este processo na fase graciosa e na instância contenciosa administrativa deram azo a que o impugnante manifestasse desabridamente a sua indignação.

1.1. Como questão prévia propriamente dita, importa lembrar que Sua Excelência o Senhor Procurador-Geral da República voltou a pronunciar-se sobre os pressupostos da admissibilidade do recurso, designadamente, os previstos nas alínea b) e c) do n.º 1 do artigo 3.º da Lei do Amparo e do *Habeas Data*, tendo pugnando, novamente, pela rejeição do mesmo, primeiro, porque, no seu entender, « *não se encontra verificado o requisito exigido na alínea b), já que os direitos fundamentais reconhecidos e que o recorrente diz terem sido alegadamente violados, não resultam directa, imediata e necessariamente de qualquer acto ou omissão imputável ao Supremo Tribunal de Justiça*»; segundo, “ *não resulta dos autos que o recorrente tivesse alegado a violação de um qualquer direito fundamental no processo e requerido a sua reparação*”; terceiro, porque *manifestamente não foram violados direitos, liberdades e garantias fundamentais constitucionalmente reconhecidos como suscetíveis de amparo*».

Conforme o Acórdão n.º 11/2017, de 22 de junho, proferido por unanimidade, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 42, de 21 de julho de 2017, a tramitação do recurso de amparo processa-se em duas fases. Na primeira fase verifica-se se o recurso não está em condições de ser admitido e se nada obsta à sua admissão, entra-se na segunda fase, em que se aprecia o mérito do pedido. Nesse aresto ficou consignado que depois de

ultrapassada a primeira fase, não se deve a ela retornar, sob pena de se beliscar a segurança jurídica inerente ao caso julgado. Há que manter essa orientação.

Não fosse a especialidade da tramitação do processo que deu origem ao presente recurso, não se deveria fazer mais considerações sobre o pressuposto previsto na alínea c) do n.º 1 do artigo 3.º da Lei do Amparo.

Na verdade, o Acórdão recorrido foi proferido pelo Egrégio Supremo Tribunal de Justiça enquanto primeira e última instância competente para apreciar a impugnação contenciosa do despacho punitivo, por ser um ato administrativo da autoria de um Membro do Governo, em conformidade com o Decreto-Lei n.º 14-A/83, de 22 de março. Por isso, o pressuposto em análise teve uma configuração diferente dos demais casos em que o Supremo decide como a última instância judicial comum.

Portanto, a petição de recurso do contencioso administrativo em que se pediu a anulação do ato punitivo não podia ser mais clara em denunciar e requerer a reparação da violação do direito à ampla defesa em procedimento disciplinar, tal foi a intencionalidade colocada nos seguintes articulados:

“Salvo opinião contrária, entendemos que a pena aplicada ao arguido, ora Recorrente, jamais deveria ser aquela que lhe foi aplicada, tendo em conta exactamente o disposto no artigo 72.º do E.D.A.A.P, que, aliás, foi alegado pela recorrida;

Para que possa ser aplicada pena de maior gravidade necessária será, antes demais, que na acusação constem factos que indiciam o cometimento de infracção correspondente;

Na verdade, o Conselho Superior da Magistratura Judicial, na tentativa de suprir as notórias e manifestas deficiências da acusação, veio na sua deliberação de 21 de janeiro, a produzir uma nova acusação, trazendo factos novos que não foram objeto da acusação proferida pela instrutora do processo e sobre o qual o arguido, ora recorrente, não teve a oportunidade de exercer o contraditório;

Assim a Recorrida ao fundamentar a sua decisão de punir o arguido, com base no artigo 72.º do E.D.A.A.P com pena de maior gravidade, diversa daquela que foi proposta pelo instrutor, fica o seu despacho e, em consequência, a pena aplicada anulável, porquanto:

a) viola a lei, artigo 72.º em referência; b) viola fundamentalmente o princípio do contraditório; c) viola o princípio da imparcialidade”

Tanto assim foi que o relatório do Acórdão recorrido transcreveu o conteúdo do artigo 26.º da petição de recurso, onde se alegou e se requereu expressamente a reparação da violação do direito ao contraditório.

Portanto, não se pode acusar o recorrente de não ter expressa e formalmente invocado e requerido a reparação da violação dos seus direitos fundamentais.

III - Fundamentação

1. Ultrapassada a questão prévia, o desafio que se nos coloca agora é o de decidir se o Tribunal Constitucional pode conhecer as questões de mérito apresentadas pelo recorrente e se, sim, como fazê-lo. Para tanto, traz-se à colação aquilo que ficou consignado sobre esta matéria no âmbito do Acórdão nº 11/2017, 22 de junho, publicado no Boletim Oficial, I Série, n.º 42, de 21 de julho de 2017: *“A questão que habilitaria a intervenção do Tribunal Constitucional só podia radicar no facto de a justiça comum ter desconsiderado nas operações hermenêuticas que conduziu dos dispositivos relevantes aplicados ao caso imposições exegéticas de base constitucional, nomeadamente o dever de interpretar o direito ordinário, nos limites do permitido pelo próprio enunciado normativo, conforme a Constituição. Ou, nalguns casos, de se ter atuado arbitrariamente fora do âmbito de qualquer definição legislativa ou ainda que se tenha definido de modo inexato casos de colisão entre normas legais de concretização de princípios constitucionais ou destes diretamente. De resto, na interpretação do direito ordinário que não tenha elementos constitucionais, os tribunais judiciais são soberanos, nos termos da sua própria estrutura e mecanismos recursais.”*

1.1. Tendo em conta esse entendimento, nada obsta que se conheça do mérito do presente recurso, começando pela noção de direito, liberdade e garantia. Esta decorre primacialmente da própria Constituição, sendo considerados como tais, em princípio, todos os que fazem parte da Parte II, Título II da Constituição da República, e, por força do artigo 26.º da Lei Fundamental, qualquer outra norma dispersa pelo texto constitucional que preveja posições jurídicas fundamentais com caráter de direito, liberdade ou garantia e as análogas, bem assim como de eventuais normas com a mesma

textura recebidas por via de uma das cláusulas de abertura do sistema de direitos fundamentais. (Cfr. Acórdão n.º 11/2017, 22 de junho)

1.2. O direito de audiência e de defesa encontram-se expressamente previstos no n.º 7 do artigo 35.º da Lei Fundamental, e sendo este inserido no capítulo I do Título II sobre Direitos, Liberdades e Garantias, o que lhes confere o estatuto de direito formal e materialmente constitucional, porquanto a norma que os prevê confere ao arguido posições jurídicas essenciais para a defesa da sua pessoa e da sua dignidade perante os poderes do Estado em sentido amplo, proibindo fundamentalmente, por um lado, as ingerências dos poderes públicos na esfera jurídica individual, e, por outro lado, permitindo ao seu titular exercer diretamente os poderes que dela emergem. São, portanto, direitos estruturalmente fundamentais e suscetíveis de proteção através do recurso de amparo.

Coloca-se, no entanto, a questão de saber como é que em 29 de janeiro de 2004, data em que foi proferida a decisão punitiva, se encontravam regulados os direitos de audiência e de defesa em processo disciplinar.

Na versão originária da Constituição de 1992, os direitos de audiência e de defesa em processo criminal encontravam-se alojados no n.º 5 do artigo 33.º: *“O direito de audiência e de defesa em processo criminal é inviolável e será assegurado a todo o arguido.”*

A redação desse preceito constitucional manteve-se inalterada depois da revisão ordinária da Constituição que ocorreu em 1999, tendo o conteúdo do artigo 33.º, n.º 5 passado para o artigo 34.º, n.º 5.

Foi em 2010, quando se operou a segunda revisão ordinária da Lei Fundamental, que se estendeu expressamente o direito de audiência e de defesa a qualquer processo sancionatório, tendo a matéria sido regulada no n.º 7 do artigo 35.º da CRCV, nos seguintes termos: *“Os direitos de audiência e de defesa em processo criminal ou em qualquer processo sancionatório, incluindo o direito de acesso às provas da acusação, as garantias contra actos ou omissões processuais que afectem os seus direitos, liberdades e garantias, bem como o direito de recurso, são invioláveis e serão assegurados a todo o arguido.”*

No que diz respeito ao procedimento disciplinar, a Constituição, até à revisão de 2010, remetia para lei ordinária a regulamentação da responsabilidade disciplinar do pessoal da

Administração Pública e demais agentes do Estado, sem uma orientação expressa sobre as garantias do arguido em processo sancionatório de natureza administrativa, conforme se alcança do disposto nos artigos 265.º, 239.º versão originária e versão saída da revisão de 1999, respetivamente.

1.3. Em 2004, ano em que foi punido o recorrente, encontrava-se em vigor o Estatuto Disciplinar dos Agentes da Administração Pública, aprovado pelo Decreto-Legislativo n.º 8/97, de 8 de maio.

No debate que teve lugar na Assembleia Nacional por ocasião da aprovação da Lei de Autorização Legislativa que permitiu ao Governo legislar sobre o Estatuto a que se refere o parágrafo antecedente, o então Deputado Eurico Correia Monteiro questionou se não seria mais transparente que esse diploma fosse discutido na Assembleia Nacional, em vez de se ter pedido uma autorização para o Governo legislar sobre matéria disciplinar, a qual, no seu entender, em muitos aspetos pode ser mais gravoso para o cidadão que o próprio processo penal. Apresenta-se a transcrição da intervenção desse Deputado:

“Em relação ao pedido de autorização legislativa, eu creio que, por um lado, ela é pertinente, a Lei em causa é de 1987 e, aliás, devo confessar que sou um dos co-autores da Lei n.º 31/II/87 que instituiu o Estatuto Disciplinar dos Agentes da Administração Pública. Talvez por essa razão é que compreendo a necessidade de se alterar a Lei, praticamente publicada há cerca de dez anos. (pg-557)

Por outro lado, é uma Lei que representa algo de extremamente importante para a vida do funcionalismo público. Digamos que é a garantia do seu posto de trabalho, é o instrumento da sua estabilidade na função que desempenha, e por isso deve ser algo que lhe ofereça garantias mais ou menos seguras para o seu futuro.

Daí que eu creio que seria de bom tom se um diploma desta natureza, que vai abranger certamente cerca de 12 mil pessoas, um diploma que já tem uma larga tradição em termos da sua concepção, em termos da protecção de um conjunto de direitos e deveres, não seria mau se um diploma dessa natureza pudesse ser discutido na Assembleia.

Eu lembro-me que em 1987 esse diploma mereceu uma larga publicitação, houve vários artigos publicados nos jornais sobre a matéria, fez-se algumas conferências, palestras, etc., para publicitar mais a lei. Daí que se fosse possível trazer um diploma dessa

natureza para discussão no Parlamento, pelas implicações que tem, eu creio que seria de todo conveniente. Tanto é que resulta um pouco a ideia de se flexibilizar. Eu creio que é preciso flexibilizar um pouco e agilizar. Só que os limites dessa flexibilização, dessa agilização, naturalmente serão um conjunto de direitos que eu diria quase históricos e de certo tipo de garantias dos funcionários públicos.

Muitas vezes se diz no processo disciplinar e na infracção disciplinar trata-se de coisas mais graves, do que às vezes num processo criminal. Ou seja, a perda de um emprego pode representar muito mais do que uma pena leve de prisão.

Tendo em conta o mundo no qual estamos inseridos, em que ter um emprego vai sendo cada vez mais quase um luxo, quando estamos a lidar com processo disciplinar na Função Pública, cuidados redobrados de certeza deverão ser tomados. Sempre nesta matéria adoptou-se algum cuidado, e por isso coloco essas reservas, apelando ao Governo se não seria de facto mais vantajoso, não existindo outras razões muito ponderosas, trazer um diploma dessa natureza aqui para o Plenário e ser debatido, até como forma de publicitação dos direitos e deveres da Função Pública.

Por outro lado, eu perguntava se nesse processo o Governo, independentemente disso tudo, entende desencadear um processo de auscultação dos Sindicatos da área?” (p. 558).

Segue-se a transcrição da intervenção do então Deputado José Maria Neves:

“Eu penso que pela amplitude desta matéria, pela necessidade de algumas adaptações, pela ideia de que se deve flexibilizar a legislação, eventualmente haja necessidade de algumas alterações no Estatuto Disciplinar que foi aprovado em 1987. No entanto, sou também de opinião de que essa lei devia ser trazida à Assembleia Nacional, para um debate mais aprofundado. Não deve ser analisada de forma isolada. Tem matérias extremamente importantes com implicações na Função Pública, e devíamos analisar esta problemática, que vem aqui no pedido do Governo, de uma forma mais ampla e mais abrangente na Função Pública.

Eu penso que um Estatuto Disciplinar, com matérias desta envergadura, para além de dever ser precedido de um amplo debate a nível da Administração Pública caboverdiana, envolvendo designadamente os Sindicatos, deveria ser trazido aqui para a

Assembleia, para um debate alargado como aconteceu em 1987, com a participação de juristas, com a participação dos funcionários e com a participação dos Sindicatos.” (p. 561). (Intervenções extraídas da ATA da Assembleia Nacional concernente à aprovação da Lei n.º 10/V/96, de 11 de novembro, que concedeu autorização ao Governo para legislar sobre o Estatuto Disciplinar dos Agentes da Administração Pública)

Da intervenção desses Deputados há que reter as seguintes ideias: *Tratava-se de uma Lei que representava algo de extremamente importante para a vida do funcionalismo público; que era uma garantia do seu posto de trabalho, é o instrumento da sua estabilidade na função que desempenha, e por isso deve ser algo que lhe ofereça garantias mais ou menos seguras para o seu futuro;*

“Muitas vezes se diz que no processo disciplinar e na infracção disciplinar trata-se de coisas mais graves, do que às vezes num processo criminal. Ou seja, a perda de um emprego pode representar muito mais do que uma pena leve de prisão.”

Essas intervenções representam aquilo que geralmente se pensa sobre a importância e o impacto da regulamentação do procedimento disciplinar na vida dos funcionários públicos.

Se se partir do princípio de que o acesso à função pública é também um direito do cidadão, previsto pelo artigo 56.º da Constituição, o desligamento compulsivo e unilateral promovido pela Administração, corresponde a uma espécie de morte republicana do cidadão-funcionário.

Sintomático foi o facto de o EDAAP (Estatuto Disciplinar dos Agentes da Administração Pública) ter adotado o mesmo *nomen juris* que se adotou para se referir à pessoa sobre a qual recaem indícios da prática de um facto típico e punível pela lei penal - arguido.

Com efeito, o sujeito processual a quem se imputa a prática de factos que possam dar lugar a uma punição penal ou disciplinar é lhe conferido o estatuto de arguido. Nos termos do artigo 74.º do CPP, é arguido todo aquele sobre quem recaia forte suspeita de ter cometido um crime, cuja existência esteja suficientemente comprovada. Ainda que não se verifique suficiente comprovação da existência do crime que se lhe imputa, qualquer pessoa pode requerer que seja constituída arguida sempre que estiverem a ser efetuadas diligências destinadas a comprovar a imputação que pessoalmente a afetem.

O estatuto de arguido permite a quem se imputa a prática de um ilícito organizar a sua defesa, desde o momento em que assume essa qualidade até ao trânsito em julgado da decisão que o afete, seja em processo criminal, seja em procedimento disciplinar.

Pela similitude entre o processo penal e o procedimento disciplinar, o legislador não hesitou em mandar aplicar supletivamente ao procedimento disciplinar os princípios penais que se harmonizem com o processo disciplinar.

Com efeito, no artigo 13.º do EDAAP dispõe-se que “*nos casos omissos observar-se-ão as regras do direito e processo penais que se harmonizem com o processo disciplina.*”

Vejamos agora quais são os requisitos da acusação deduzida nos termos do artigo 61.º do Estatuto Disciplinar dos Agentes da Administração Pública, tendo em conta que, apesar dos oficiais de justiça se regerem por um estatuto próprio, em matéria disciplinar, são-lhes aplicáveis as disposições gerais do Estatuto dos Agentes da Administração Pública.

“A acusação deverá conter a identificação dos factos constitutivos de cada infração, bem como as circunstâncias de tempo, modo e lugar da infração e as atenuantes e agravantes, mencionando sempre os preceitos legais respetivos e as penas aplicáveis.”

São exigências típicas de um processo acusatório em que se assegura ao arguido o direito à defesa em sentido amplo, reforçado pela vinculação temática. A acusação deve conter tudo o que se imputa ao arguido. Trata-se de um processo aberto, transparente, onde não se esconde nada ao arguido e a quem é permitido lançar mão de todos os meios de defesa. O arguido em processo disciplinar, que pode terminar com uma sanção gravosa como a demissão, não pode ver-se surpreendido com factos ou interpretação de factos em relação aos quais não pôde exercer o direito de defesa.

Tendo em conta o disposto no artigo 13.º do EDAAP, mostra-se necessário conhecer os termos em que se encontravam regulamentados a dedução da acusação e o regime de alteração dos factos na legislação processual penal vigente à data em que o recorrente foi punido.

1.4. Em 2004 vigorava em Cabo Verde o Código de Processo Penal aprovado pelo Decreto n.º 16489, de 15 de fevereiro de 1929, mandado aplicar às províncias ultramarinas, com alterações, através do Decreto n.º 19 271, de 24 de janeiro de 1931.

Conforme aquele diploma legal, “a acusação em processo de querela deve narrar de forma discriminada e precisa os factos que constituem a infração, indicando, se possível for, o lugar e o tempo em que foram praticados, o motivo por que o foram, o grau de participação que neles tiveram os acusados e as circunstâncias que precederem, acompanharam ou seguiram a infração e que possam constituir agravantes ou atenuantes, bem como a indicação da lei,” conforme os parágrafos 3.º e 4.º do artigo 359.º do CPP.”

Segundo Maia Gonçalves, in CPP de 1929, anotação ao artigo 359.º, “A dedução de acusação deve revestir-se do maior cuidado, pelas repercussões que tem na tramitação ulterior. Uma acusação mal formulada pode comprometer irremediavelmente o tratamento que o direito substantivo comina para um dado comportamento humano. É que, se o tribunal é livre na aplicação do direito, não o é na indicação dos factos na fase do julgamento, devido aos limites que o artigo 447.º impõe aos poderes de cognição na matéria de facto.”

Nos termos do artigo 447.º do CPP de 1929, o Tribunal podia condenar por infração diversa daquela por que o réu foi acusado, ainda que seja mais grave, desde que os seus elementos constitutivos fossem factos que constassem do despacho de pronúncia ou equivalente. É o que se chamava de convolção para infração diversa resultante de factos constantes da acusação. Ou seja, o Tribunal era livre de proceder à qualificação dos factos, mas não podia tomar em consideração factos que não constassem do despacho de pronúncia ou equivalente.

O saudoso Prof. Beleza dos Santos já dizia, in “A Sentença Condenatória e a Pronúncia em Processo Penal”; Revista de Legislação e de Jurisprudência, 63.º, 385 e seguintes, “A sentença final, salvo casos excepcionais que a lei prevê, só pode condenar por factos constantes do despacho de pronúncia ou equivalente. A justificação desta regra foi magistralmente exposta pelo Mestre: “Este limite imposto ao tribunal de julgamento representa uma justa garantia para o réu e tem uma justificação fácil de ver. O réu não pode ser surpreendido por uma imputação de factos na audiência de julgamento e tomada em consideração na sentença, quando por tais factos não foi anteriormente pronunciado e não pôde, por isso, organizar e deduzir a sua defesa a tal respeito, oferecer e produzir a respetiva prova, com os prazos devidos.”

A acusação e o julgamento/sentença em processo penal correspondem à acusação e decisão em procedimento disciplinar.

A acusação em procedimento disciplinar assume um papel de grande relevância por força dos efeitos que a mesma produz ao longo de todo o processo gracioso e que, eventualmente, possam projetar-se durante um eventual recurso contencioso administrativo.

À semelhança do que sucede com a acusação em processo penal, a acusação em procedimento disciplinar constitui uma peça fundamental, pois que por ela se delimita tudo quanto se pode imputar ao funcionário público no âmbito do procedimento disciplinar, condicionando, posteriormente, o poder cognitivo da instância de recurso contencioso.

Equivale dizer que o Tribunal não deve conhecer nem valorar factos que não constem da acusação notificada ao arguido.

Aqui chegados, facilmente se conclui que por ocasião em que se proferiu a decisão punitiva a legislação vigente corretamente aplicada pressupunha o respeito pela garantia de defesa em processo disciplinar, a qual decorre da vinculação temática.

Desde 2005, com a entrada em vigor do novo Código de Processo Penal, este que é considerado um autêntico sismógrafo da Lei Fundamental, densificou-se ainda mais o princípio da vinculação temática como se pode ver pela simples leitura do disposto no artigo 396.º e seguintes do CPP. Portanto, a nulidade é insanável.

O Acórdão proferido pelo Egrégio Supremo Tribunal de Justiça é também nulo, porque confirmou a decisão que puniu o recorrente, com base em factos em relação aos quais não foi ouvido, nem pôde exercer o contraditório, tendo violado o direito de audiência e de defesa do arguido em processo disciplinar expressamente previsto no dispositivo constitucional abundantemente citado.

Tinha ficado consignado que desde 2005, com a entrada em vigor do novo Código de Processo Penal, densificou-se ainda mais o princípio da vinculação temática como se pode ver pela simples leitura do disposto no artigo 396.º do CPP.

“1. Se durante a audiência de julgamento se fizer prova de factos não descritos na pronúncia ou, se a não tiver havido, na acusação ou acusações, e que importem crime diverso ou a agravação dos limites máximos da pena aplicável, o juiz que preside ao julgamento comunicá-los-á ao Ministério Público, valendo tal comunicação como denúncia para que ele proceda pelos novos factos, se eles, por si, constituírem outra infracção, ou para que reformule a acusação de acordo com a nova configuração dos factos que, em todo o caso, não poderão ser tomados em conta para o efeito de condenação no julgamento em curso.

2. Ressalvam-se do disposto no número antecedente os casos em que o Ministério Público, o arguido e o assistente estiverem de acordo com a continuação do julgamento pelos novos factos, se estes não determinarem a incompetência do tribunal.

3. Nos casos referidos no número antecedente, o juiz que preside ao julgamento concederá ao arguido, a requerimento deste, prazo para preparação da defesa não superior a oito dias, com o conseqüente adiamento da audiência, se necessário.

4. O disposto no número antecedente terá aplicação, se, durante a audiência, se fizer prova de novos factos, não contidos na pronúncia ou na acusação ou acusações, mas que não importem os efeitos descritos no n.º 1 deste artigo.

5. Ressalvar-se-á do disposto no número antecedente o caso de a alteração ter derivado de factos alegados pela defesa.”

Convém recordar o que se decidiu no Acórdão n.º 29/2017, de 5 de dezembro de 2017 sobre a vinculação temática. Neste aresto o Tribunal Constitucional considerou que a vinculação temática é uma questão importante e merece a apreciação desta Corte, porque se traduz numa garantia processual penal que encontra respaldo nos números 6 e 7 do artigo 35º da Constituição da República. *“Com efeito, aí se estatui, num primeiro momento, que “o processo penal tem estrutura basicamente acusatória [...], e num segundo, que os direitos de audiência e de defesa em processo criminal ou em qualquer processo sancionatório, incluindo o direito de acesso às provas da acusação, as garantias contra atos ou omissões processuais que afetem os seus direitos, liberdades e garantias, bem como o direito de recurso, são invioláveis e serão assegurados a todo o arguido». Além dos princípios já referidos, a Constituição da República de Cabo Verde consagra um conjunto de outros princípios que indubitavelmente tiveram impacto na concreta conformação do nosso processo penal, o que de alguma forma traduz a ideia*

de que o processo penal é direito constitucional aplicado ou de que ele constitui um verdadeiro sismógrafo de uma lei fundamental. A configuração do princípio da vinculação temática num processo penal de base acusatória como o cabo-verdiano não quer dizer que o objeto do processo tenha que se manter exatamente igual do princípio ao fim do processo penal. Em princípio, o tribunal penal não pode, no momento do julgamento, apreciar factos, surpreender o arguido com factos substancial ou qualitativamente diversos dos que constem da acusação e /ou pronúncia sob pena de nulidade da sentença.”

Significa que o arguido não pode ser condenado por factos que não constem do despacho de pronúncia ou equivalente, sem manifestar o seu consentimento no sentido de os mesmos poderem ser apreciados em julgamento e organizar a sua defesa em relação aos novos factos, no prazo que deve ser fixado pelo Tribunal.

Pois, a sentença ou acórdão que condenar por factos não descritos na pronúncia ou, se a não tiver havido, na acusação, fora dos casos e das condições previstos no artigo 396º, é nula por força do disposto na alínea b) do artigo 409.º do CPP, por configurar violação do direito de defesa consagrado n.º 7 do artigo 35.º da Constituição.

1.5. Aqui chegados, é de se perguntar se os direitos de audiência e de defesa em processo disciplinar não são direitos fundamentais de origem legal.

Pois, segundo a cláusula aberta do n.º 1 do artigo 17.º da Lei Fundamental (**âmbito e sentido dos direitos, liberdades e garantias**), “*as leis ou as convenções internacionais poderão consagrar direitos, liberdades e garantias não previstos na Constituição.*” E conforme o Acórdão 7/2016, de 28 de abril, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n. 35, 10 de maio de 2016, e na *Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional de Cabo Verde*, Praia, INCV, Volume I, 2015-2016, p.61, são quatro as condições previstas pela cláusula de abertura para a receção de direitos atípicos pelo sistema cabo-verdiano de direitos fundamentais: a) ausência de previsão na constituição; b) natureza de direito, liberdade ou de garantia; c) previsão em tratado do qual Cabo Verde seja parte ou alternativamente em lei; d) materialidade constitucional.

Não se encontrando previsto na Constituição, mas apenas em lei, torna-se necessário demonstrar a sua materialidade ou fundamentalidade estrutural, o que se consegue fazer

com relativa facilidade, sendo suficiente adotar a técnica que consiste em comparar a estrutura do direito previsto em lei com pelo menos um dos direitos, liberdades e garantias do catálogo.

O conteúdo essencial do direito de audiência corresponde à posição subjetiva que permite ao arguido estar presente em todos os atos processuais que diretamente lhe digam respeito e ser ouvido pelo juiz sempre que este tome qualquer decisão que pessoalmente o afete.

No que concerne ao direito de defesa, a Constituição densificou o seu conteúdo, estabelecendo limites mínimos, exemplificando situações como o acesso às provas da acusação, as garantias contra atos ou omissões processuais que afetem os seus direitos, liberdades e garantias, o recurso, sem os quais não se pode dizer que estão asseguradas as garantias de defesa em sentido material.

No essencial, esses dois direitos conferem ao arguido uma posição jurídica subjetiva que lhe permitem ser ouvido e poder defender-se com todos os meios legais sempre que o Estado lhe imputa factos dos quais possam resultar a aplicação de uma sanção criminal.

São essas mesmas razões que justificam que ao arguido em qualquer processo sancionatório, nomeadamente, em processo disciplinar, sejam asseguradas as mesmas garantias de defesa, quanto mais não seja pelo facto de, como já tinha sido afirmado, um processo disciplinar pode terminar com a aplicação de sanções até mais graves do que aquelas previstas em legislação penal.

Trata-se, por conseguinte, de direito de defesa do cidadão/funcionário perante o Estado titular do poder punitivo, relação essa típica de incidência dos clássicos direitos, liberdades e garantias.

Ao conferir guarida constitucional ao direito de audiência e defesa em qualquer processo sancionatório, a revisão constitucional de 2010 veio confirmar a fundamentalidade desses direitos, inscrevendo-os expressa e formalmente na Lei Fundamental. Pois, a materialidade já os tinham quando estavam previstos apenas em lei ordinária, tendo em conta que a sua estrutura não se alterou com a sua formalização ou inserção no Texto da Constituição.

Conclui-se que os direitos de audiência e de defesa em processo disciplinar já eram direitos materialmente equiparados aos direitos, liberdades e garantias por força do disposto no n.º 1 do artigo 17.º da Lei Fundamental, bem antes desta os ter consagrado formalmente n.º 7 do seu artigo 35.º.

Na verdade, em 2010, o que aconteceu foi formalizar o que materialmente já era um direito fundamental. Por isso, a partir de 2010, esses direitos passaram a ser formal e materialmente direitos, liberdade e garantias.

Reconhecer que os direitos de audiência e de defesa em processo disciplinar são direitos equiparados aos direitos, liberdades e garantias significa que as garantias do arguido em processo disciplinar ficaram reforçadas, na medida em que passaram a beneficiar do regime específico desses direitos fundamentais, devendo ser-lhes aplicados os princípios enunciados no Título I da Constituição, por força do disposto no artigo 26.º: “ *Os princípios enunciados neste título são aplicáveis aos direitos, liberdades e garantias individuais e direitos fundamentais de natureza análoga estabelecidos na Constituição ou consagrados por lei ou convenção internacional.*”

Importa destacar os efeitos que emanam diretamente das normas relativas aos direitos, liberdades e garantias:

A extensão e o conteúdo essencial das normas constitucionais relativas aos direitos, liberdades e garantias não podem ser restringidos pela via interpretativa, conforme o disposto no n.º 2 do artigo 17.º da Constituição.

As leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias são obrigatoriamente de carácter geral e abstrato, não podem ter efeitos retroativos, não podem diminuir a extensão e o conteúdo essencial das normas constitucionais e devem limitar-se ao necessário para a salvaguarda de outros direitos constitucionalmente protegidos, atento o disposto nos artigos 17.º, n.º 5 da Lei Fundamental.

As normas constitucionais relativas aos direitos, liberdades e garantias vinculam todas as entidades públicas e privadas e são diretamente aplicáveis, nos termos do artigo 18.º da Constituição.

Dessa supremacia normativa resulta, designadamente, para todo o intérprete e aplicador de direito o dever de ter sempre em devida conta os efeitos irradiadores da especial força jurídica sempre que proceda a qualquer tipo de operação hermenêutica.

1.6. No entanto, para que se possa avaliar se a decisão recorrida e o Acórdão que a confirmou, respeitaram as diretrizes dos direitos, liberdades e garantias, necessário se mostra empreender uma análise comparativa entre a acusação notificada ao recorrente e a decisão punitiva que o colocou compulsivamente na situação de aposentado.

A acusação notificada ao recorrente foi deduzida com base, essencialmente, nos seguintes factos:

“ Joaquim Venceslau Moreira de Carvalho, Secretário Judicial, exercia as funções de Secretário Judicial no Tribunal da Comarca de Santa Cruz, desde o ano de 1988;

Na sequência de um primeiro processo disciplinar instaurado ao arguido pela Ministra de Justiça, em que foi punido com uma pena de inatividade por 12 meses, viria a ser-lhe instaurado um inquérito;

Na sequência desse inquérito, o Conselho Superior da Magistratura Judicial, por sua vez, mandou instaurar ao referido arguido, o presente processo disciplinar;

Assim, no decurso da instrução deste processo, foram ouvidas testemunhas de forma a descobrir se houve prática de factos irregulares por parte do arguido;

Constatou-se que ao longo de alguns anos, em que houve falta de organização no Tribunal da Comarca de Santa Cruz, foram praticadas algumas irregularidades;

Apurou-se que, em processos dos anos de 1996, 1997, 1998, 1999 e 2000, que diversos réus condenados em custas e multas judiciais não efetuaram tais pagamentos;

Chamados ao referido tribunal para pagarem as dívidas, apresentaram recibos assinados pelo arguido que comprovam o pagamento das mesmas;

No entanto, tais pagamentos não foram feitos de forma regular, ou seja, através de depósitos bancários;

Os devedores entregavam a totalidade ou parte das quantias em dívida diretamente ao arguido que, posteriormente, deveria efetuar os depósitos bancários nas contas do tribunal;

Simplesmente, apurou-se que ao longo desses anos tais depósitos bancários referentes a essas quantias nunca foram feitos;

O arguido, alega, entretanto que, como Secretário Judicial, em determinadas ocasiões teve de utilizar parte desse dinheiro para a compra de materiais de escritório e combustível;

Que não apresentou os justificativos dessas despesas porque quando lhe foi aplicada a pena de inatividade, foi afastado do cargo que desempenhava sem que tivesse tido tempo de organizar os seus documentos;

Mas, pelo que foi apurado ao longo da instrução, uma grande quantia em dinheiro recebida pelo arguido, a título de custas e/ou multas, não foi depositada nas contas do Tribunal da Comarca de Santa Cruz e não existem justificativos do uso dado a essa quantia;

O arguido não nega ter recebido os montantes em causa;

Entretanto, alguns "devedores" alegam que ao longo deste presente processo, reclamaram junto ao arguido que lhes devolveu os montantes que lhe tinham entregue, pelo que regularizaram o pagamento das custas através de depósitos bancários nas contas do Tribunal de Santa Cruz;

Assim, indiciam os autos a prática, pelo arguido, de um crime de peculato, crime esse previsto e punido pelo código penal vigente, devendo o processo crime correr em separado do presente processo disciplinar.

Tendo em conta os factos carreados no presente processo, existe matéria para aplicação de uma medida disciplinar, independentemente de qualquer instauração de um processo crime, pelo que promovemos que ao mesmo seja aplicada uma pena de multa, nos termos do artigo 14.º, n.º 1, alínea b) e 16.º, n.º 2 do Estatuto Disciplinar dos Agentes da Administração Pública.” (Cfr. fls. 51 e 52 dos Autos do Processo Disciplinar n.º 01/2003)

Tendo dela sido notificado, o arguido apresentou a sua contestação junta a de fls. 55 e seguintes dos autos de Processo Disciplinar n.º 01/2003.

Após a realização de diligências requeridas pelo arguido, a senhora instrutora elaborou o relatório final no qual repetiu a proposta de punição que propusera - pena de multa.

Tendo sido apresentado o relatório final, este foi encaminhado para a então Magistrada Judicial na Comarca de Santa Cruz a fim de aplicar a pena correspondente aos factos apurados. Essa magistrada teceu as seguintes considerações: *“embora concordando com o conteúdo do relatório, mas quanto à pena promovida pela instrutora, discordo da mesma, tendo em conta a gravidade dos factos, alegados e provados. Entendo que a pena deveria ser de inatividade, e uma vez que o arguido para além de ter desviado os montantes especificados no processo, ainda continua-se a encontrar processos com custas pagas, e, não foram feitos os respetivos depósitos. Além disso é do conhecimento da signatária que na sequência da inspeção judicial realizada a esta comarca, apurou-se irregularidades, que só o arguido poderia justificar. Nestes termos e usando da faculdade que me é conferida pelo artigo 47.º, n.º 2 e 65, n.º 2, remete-se os autos a este Conselho para os devidos efeitos. (47.º do Decreto-Legislativo n.º 8/97, de 8 de maio e artigo 65.º da lei n.º 135/IV/95, de 3 de julho, alterado pela lei n.º 64/V/98.”*

Recebidos os autos vindos da Comarca de Santa Cruz, o Conselho Superior da Magistratura Judicial decidiu fazer *“incursão aos factos dados como provados, a fim de se aferir da conformidade das infracções com a pena proposta”*, tendo, a final, elaborado o relatório constante de fls. 105 a 109 do processo disciplinar n.º 01/2003, do qual se destacam os seguintes factos:

“Nos processos adiante mencionados, o arguido recebeu entre custas e indemnizações arbitradas a ofendidos em sentenças criminais os correspondentes montantes:

- I. *Divórcio por comum acordo n.º 8/2001 – 21.183\$;*
- II. *Polícia Correccional n.º 46/96 – 14.360\$;*
- III. *Polícia Correccional n.º 47/99 – 22.220\$;*
- IV. *Processo Sumário n.º 71/2000 – 12.350\$;*
- V. *Processo Sumário n.º 38/2000 – 12.000\$;*
- VI. *Processo Sumário n.º 44/2000 – 14.150\$;*
- VII. *Processo Sumário n.º 119/99 - 19.000\$;*
- VIII. *Polícia Correccional n.º 25/98 – 26040\$;*

- IX. *Polícia Correccional n° 8/98 – 19.160\$;*
- X. *Processo Sumário n° 33/2000 – 20.000\$;*
- XI. *Processo Sumário n° 49/2000 – 5.350\$;*
- XII. *Processo Sumário n° 138/99 – 8.000\$;*
- XIII. *Processo Sumário n° 33/99 – 28.500\$;*
- XIV. *Polícia Correccional n° 56/97 – 9.400\$, perfazendo um **TOTAL de 231.713\$00;***

O arguido recebeu os citados valores e não fez depósito no estabelecimento destinado para tal fim;

No que concerne às prestações de custas que recebeu, procedeu sem que tivesse despacho exarado nesse sentido nos respectivos processos;

No decurso do inquérito e do presente processo disciplinar o arguido devolveu às pessoas que tinham feito o pagamento das custas em suas mãos os seguintes montantes: 19.000\$ a Aldino Horta Varela, nos autos de Processo Correccional n° 119/99; 14.150\$ a Inácio dos Santos Monteiro, nos autos de Processo Sumário n° 44/2000; e 14.060\$ a João Mendes Borges, nos autos de Polícia Correccional n° 25/99, o que perfaz um total de 47.210\$ (quarenta e sete mil duzentos e dez escudos).”

Por ter constatado que a pena de aposentação compulsiva ultrapassa a sua competência, decidiu remeter os autos para a Sua Excelência a Senhora Ministra da Justiça e da Administração Interna para os devidos efeitos.

Recebido o relatório a que alude o parágrafo antecedente, a então Senhora Ministra da Justiça e da Administração Interna, invocando o disposto nos n°s 1 e 2 do artigo 72° do Estatuto Disciplinar dos Agentes da Administração Pública, aplicou ao recorrente a pena de aposentação compulsiva, a que se refere a alínea e) do n.º 1 do artigo 14.º do EDAAP.

Parece que entre a acusação que foi notificada ao arguido, em relação à qual exerceu o contraditório, e o relatório do Conselho Superior da Magistratura Judicial de que não teve conhecimento existe uma grande diferença.

Os factos introduzidos no relatório do Conselho Superior da Magistratura, as inferências que deles tirou, a valoração que deles fez e o juízo de valor sobre a conduta do arguido

extravasam de longe os factos e a apreciação dos mesmos feita pela instrutura na acusação.

É, pois, manifesto que não se deu ao arguido a possibilidade de exercer contraditório em relação aos factos constantes desse relatório com base no qual foi punido.

A acusação deve conter tudo o que se considere relevante em termos de imputação de factos e a sua qualificação. O que não estiver na acusação não pode ser usado contra o arguido. O titular do poder disciplinar não pode valer-se de um facto que seja do conhecimento dele, nem tão pouco de factos que presume ser do conhecimento do arguido para agravar a sanção.

O que resulta do EDAAP, mais precisamente do disposto no n.º 2 do artigo 72.º, é a possibilidade da entidade que tem o poder disciplinar ou que mandou instaurar o procedimento disciplinar aplicar uma pena mais grave do que aquela que foi proposta na acusação, desde que os factos subjacentes constem da acusação. Contrariamente ao sentido com que foi aplicada a norma do n.º 2 do artigo supracitado, este não permite que o titular do poder disciplinar possa livremente adicionar ou alterar factos constantes da acusação e servir-se deles para agravar a pena proposta pelo instrutor sem que nisso tenha consentido o arguido e se lhe conceda um prazo para se defender.

Ainda que se admita que alguns dos factos valorados pelo Conselho Superior da Magistratura Judicial já constavam da acusação, muitos deles estavam longe de ter o enquadramento que lhes deu o referido Conselho. Isto para não falar da manifesta alteração da qualificação jurídica dos factos, que passou de condutas configuradoras de negligência grave ou grave desinteresse pelo cumprimento dos deveres profissionais para condutas que inviabilizam a manutenção da relação funcional.

O disposto no n.º 2 do artigo 72.º do EDAAP não permite que se proceda à alteração da qualificação jurídica dos factos constantes da acusação e com base nela agravar a situação do arguido sem que se lhe dê a oportunidade de se defender da nova qualificação jurídica.

O argumento de que a alteração da qualificação jurídica dos factos não afeta a posição jurídica do arguido, porque este se defende dos factos e não da subsunção jurídica é improcedente.

A aplicação de qualquer sanção disciplinar ocorre no fim de um processo disciplinar em que ao agente se imputa uma determinada conduta que a lei considera violadora dos deveres funcionais. É esse comportamento que se deve descrever na acusação e se essa conduta for considerada ilícita e culposa determina a punição do infrator.

Para o direito disciplinar importa estabelecer a relação entre os factos imputados ao agente público e as normas que regulam os deveres dos mesmos. Portanto, é a lei que estabelece o modelo de comportamento disciplinarmente relevante.

A liberdade de qualificação sem que se dê ao acusado a possibilidade de se defender vulnera o seu direito de defesa, já que o arguido acusado por violação de uma determinada norma poderia ser surpreendido pela condenação por uma outra sem que tivesse tido a oportunidade de alegar as suas razões de direito sobre a norma que lhe foi aplicada.

É por isso que a acusação deve conter, além da descrição dos factos, a indicação das disposições legais aplicáveis, sob pena de nulidade. Ora, se a indicação das disposições legais aplicáveis não tivesse qualquer valor, mal se compreenderia que a sua falta constituísse nulidade da acusação. (Cfr. artigos 43.º, n.º 1 e 61.º do EDAAP, conjugado com o disposto na alínea e) do n.º 1 do artigo 321.º do CPP).

O entendimento de que o direito de defesa em processo disciplinar impede que o arguido possa ver a pena indicada na acusação agravada em virtude da alteração da qualificação jurídica dos factos sem que dela tenha conhecimento e possa defender-se, baseia-se, por um lado, nos efeitos irradiadores dos direitos, liberdades e garantias, e, por outro lado, no princípio interpretativo da máxima efetividade, segundo o qual, às normas constitucionais, especialmente as que se referem a direitos fundamentais, se deve atribuir o sentido que lhes confira a maior eficácia possível.

1.7. A vinculação temática é uma garantia da ampla defesa do arguido, que não pode ser surpreendido nem punido por factos em relação aos quais não se lhe concedeu a oportunidade de exercer o contraditório. Isto é, se depois da notificação da acusação, houver alteração de factos, porque apareceram novos factos ou porque os mesmos factos foram qualificados de forma a agravar a pena proposta na acusação, deve-se notificar novamente o arguido para, querendo, se pronunciar ou tomar posição, sob pena de não poderem ser considerados para agravar a sua situação. Pois, caso assim não acontecer, como foi no processo em apreço, a decisão punitiva é nula, bem como o Acórdão que a confirmou.

1.8. Para que não subsista dúvida sobre a aplicabilidade do disposto no n.º 7 do artigo 35.º da Constituição ao caso em análise, importa fazer breves considerações sobre a aplicação das leis penais no tempo.

Com a subordinação da restrição dos direitos, liberdades e garantias aos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o que se consubstancia no princípio constitucional da mínima restrição possível desses direitos, conforme o disposto no n.º 5 do artigo 17.º da Lei Fundamental, associada à finalidade preventiva das penas, passou-se a afirmar, primeiro, no plano jurídico-penal, e, posteriormente, no plano constitucional, o princípio da retroatividade da lei penal mais favorável. Ou seja, da conjugação da proibição de aplicação retroativa da lei penal desfavorável com a imposição da retroatividade da lei penal mais favorável, resultou no que hoje é conhecido por princípio da aplicação da lei penal mais favorável.

As razões jurídico-políticas de garantia do cidadão face ao poder punitivo do Estado e da indispensabilidade da pena que deram origem, sucessivamente, à proibição da retroatividade da lei penal desfavorável e à imposição da lei penal mais favorável justificam também que o princípio da aplicação da lei mais favorável seja aplicado ao processo criminal e por via do disposto no n.º 7 do artigo 35.º da Lei Fundamental a qualquer processo sancionatório.

É evidente que as normas que enformam o direito processual penal não são meras normas técnicas, formais, instrumentais ou de natureza exclusivamente processual.

Pelo contrário, muitas delas, como por exemplo, as que se referem às garantias de defesa, presunção de inocência do arguido, meios de obtenção da prova, pressupostos e prazos para aplicação e manutenção de medidas de coação, são normas processuais penais de natureza análoga às do direito penal material. Pois, afetam os direitos, liberdades e garantias individuais fundamentais. (Américo A. Taipa de Carvalho, *Sucessão de Leis Penais*, 2.ª Edição Revista, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 259 e seguintes e *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2006, p. 222 e seguintes.)

Portanto, em relação às normas processuais penais de cariz material não se pode afastar, pelo contrário, se deve advogar aplicação retroativa da lei mais favorável.

No caso em apreço, se mesmo antes da revisão constitucional de 2010, os direitos de audiência e de defesa já eram direitos fundamentais atípicos protegidos pelo regime de direitos, liberdades e garantias, em 2015, ano em que se prolatou o Acórdão recorrido, e depois de terem adquirido o estatuto de direito formalmente constitucional, por maioria de razão, se deveria aplicar retroativamente o disposto no n.º 7 do artigo 35.º da Constituição, inequivocamente mais favorável ao arguido.

Pelo que, em 2015, quando se proferiu o Acórdão confirmativo da decisão punitiva, não se podia apreciar aquele recurso marginalizando ostensivamente o direito de audiência e de defesa do arguido em processo disciplinar expressamente previsto no dispositivo constitucional abundantemente citado.

1.9. Pelo exposto, conclui-se que o arguido/recorrente foi punido com base em factos em relação aos quais não foi ouvido, nem pôde exercer o contraditório, tendo, consequentemente, sido violados os direitos de audiência e de defesa.

Tais violações consubstanciam vulneração hostil do conteúdo essencial desses direitos fundamentais, pelo que o ato punitivo é nulo, por força do disposto na alínea d) do artigo 19.º Decreto-Legislativo n.º 15/1997, de 10 de novembro.

“O ato administrativo nulo não produz quaisquer efeitos jurídicos, independentemente da declaração de nulidade. Vale dizer que o ato nulo é juridicamente estéril, ou dito de outra forma, o ato nulo é ineficaz do ponto de vista jurídico, não vincula ninguém, particulares, tribunais, outros entes administrativos ou os próprios autores do ato, independentemente de ter sido, ou não, proferida uma declaração de nulidade a esse propósito.” (Cfr. Acórdão n.º 27/2017, de 14 de dezembro, publicado no Boletim Oficial, I Série, n.º 82, de 27 de dezembro de 2017).

Portanto, a nulidade é insanável.

O Acórdão proferido pelo Egrégio Supremo Tribunal de Justiça é também nulo, porque confirmou a decisão que puniu o recorrente, com base em factos em relação aos quais não foi ouvido, nem pôde exercer o contraditório, tendo violado o direito de audiência e de defesa do arguido em processo disciplinar, atento o disposto no n.º 7 do artigo 35.º da Constituição, conjugado com o disposto nos artigos 396º e 409.º, alínea b) do Código de

Processo Penal, estes últimos aplicáveis ao procedimento disciplinar ex vi do artigo 13.º do EDAAP.

2. Apesar de o recorrente ter pedido que fosse anulado o despacho punitivo, o disposto no artigo 24.º da Lei do Amparo permite que se lhe conceda amparo distinto daquele que requereu, desde que se mostre adequado aos direitos, liberdades e garantias considerados violados.

O Tribunal Constitucional tem a responsabilidade de encontrar o amparo que assegure a melhor proteção possível dos direitos, liberdades e garantias e deve fazê-lo num quadro em que, sem nunca prescindir das suas competências, respeite escrupulosamente as atribuições dos demais órgãos da República.

Sempre que o Coletivo reconheça que o ato objeto de recurso de amparo enferma de vício gerador de nulidade, e que a intervenção da entidade recorrida não se mostre necessária, seja para garantir a eficácia da decisão proferida, seja para salvaguardar outros direitos constitucionalmente reconhecidos, o Tribunal Constitucional declara, por si próprio, a nulidade do ato impugnado.

Noutras circunstâncias, poderá declarar a nulidade do ato e remeter o processo para a entidade recorrida adotar medidas adequadas à preservação e ao restabelecimento do exercício dos direitos, liberdades e garantias do recorrente.

Assim sendo, o amparo que se afigura adequado ao caso *sub judice* consiste em reconhecer que os direitos de audiência e de defesa do recorrente foram violados pela decisão punitiva e pelo Acórdão recorrido e em declarar a sua nulidade, com todas as consequências legais, atento o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 25.º da Lei do Amparo e *do Habeas Data*, que confere ao Tribunal Constitucional a competência para “*declarar nulo ou inexistente o acto impugnado.*”

3. Tendo em conta que o Acórdão n.º 6/2015, de 20 de fevereiro foi proferido com base na norma do n.º 2 do artigo 72.º do Estatuto dos Agentes da Administração Pública, é de se questionar se a norma em si ou o sentido com que foi aplicada como *ratio decidendi* não é inconstitucional.

Conforme o disposto no n.º 2 do artigo 72.º, “*Se a decisão for punitiva, será aplicada a pena correspondente à gravidade dos factos que se considere provados desde que descritos na acusação, ainda que nesta o instrutor tenha indicado pena de menor gravidade*”.

A norma do n.º 2 do artigo 72.º do EDAAP foi aplicada no sentido hermenêutico segundo o qual o decisor somente está vinculado aos factos dados por provados e descritos na acusação e não à qualificação jurídica dos mesmos, podendo alterá-la sem antes conceder ao arguido a oportunidade de exercer ampla defesa nos termos constitucionais.

Se em relação à norma em si não se pode afirmar que ela seja inconstitucional, já no que diz respeito ao sentido com que foi aplicada existe forte probabilidade de ser reconhecido como inconstitucional, pela potencial violação do direito de audiência e de defesa consagrados no n.º 7 do artigo 35.º da CRCV, tendo designadamente em conta os efeitos irradiadores e a máxima efetividade das normas sobre direitos, liberdades e garantias.

Assim, e ao abrigo da norma do n.º 3 do artigo 25 da Lei do Amparo e Habeas Corpus, que estabelece que “*se o Tribunal reconhecer que o ato ou omissão objeto de recurso foram praticados por determinação ou em cumprimento de uma norma jurídica ou de resolução de conteúdo normativo individual e concreto inconstitucional ou ilegal, deverá o acórdão ordenar a remessa do processo para o Procurador-geral da República para a fiscalização sucessiva e concreta da constitucionalidade da referida norma ou resolução*”, o Coletivo, depois de reconhecer que o Acórdão recorrido foi proferido com base em norma em relação a qual existe forte probabilidade de vir a ser declarada inconstitucional, não pode furtar-se à injunção que implica a remessa do processo ao Senhor Procurador-Geral da República para a fiscalização sucessiva e concreta da constitucionalidade da norma aplicada.

O objeto da fiscalização sucessiva e concreta é a norma na sua aceção mais ampla, ou seja, a norma em si e o sentido com que foi aplicada no caso concreto, atento o disposto no n.º 2 do artigo 93.º da Lei n.º 56/VI/2005, de 28 de fevereiro, nos termos do qual “*no caso de o juízo de constitucionalidade ou de legalidade sobre a norma que a decisão recorrida tiver aplicado, ou a que tiver recusado aplicação, se fundar em determinada interpretação da mesma lei, este deve ser aplicada com tal interpretação no processo em causa.*”

Através do recurso de amparo, que é um meio privilegiado de proteção de direitos, liberdades e garantias, o Tribunal Constitucional, que é também, por excelência, órgão de Proteção da Constituição e do Sistema Objetivo de Proteção de Direitos, mediante impulso de um outro órgão, pode fiscalizar, em processo próprio, a constitucionalidade de uma norma aplicada num caso concreto e declarar a sua inconstitucionalidade com o conseqüente expurgo do ordenamento jurídico cabo-verdiano, atento o disposto no n.º 1 do artigo 284.º da Constituição: “*os Acórdãos do Tribunal Constitucional que tenham por objeto a fiscalização da constitucionalidade ou ilegalidade, qualquer que tenha sido o processo em que hajam sido proferidos, têm força obrigatória geral.*”

4. Alega o recorrente que o despacho punitivo violou o disposto no n.º 2 do art.º 63.º da Constituição, por ter sido punido por razões político-ideológicas.

4.1. Conforme o n.º 2 do artigo 63.º da Constituição, “*é proibido e nulo o despedimento por motivos políticos ou ideológicos.*”

A inserção sistemática dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores no título II sobre direitos, liberdades e garantias não significa que todos os direitos previstos no capítulo III sejam direitos, liberdades e garantias materialmente fundamentais. Pois, a muitos deles falta, designadamente, a fundamentalidade decorrente da necessidade da intervenção do Estado para a sua materialização. Portanto, saber se uma norma constante do capítulo III do título II da Constituição confere posições jurídicas subjetivas fundamentais depende do resultado da análise estrutural de cada um dos direitos, liberdades e garantias que o integram.

A materialidade dos direitos, liberdades e garantias fundamentais pressupõe que a norma que os prevê confere posições jurídicas que sejam essenciais para a defesa da pessoa e da sua dignidade perante os poderes do Estado em sentido amplo, proibindo fundamentalmente, por um lado, as ingerências dos poderes públicos na esfera jurídica individual, e, por outro lado, permitido ao seu titular exercer diretamente os poderes que dela emergem.

Neste sentido, a fundamentalidade da garantia consagrada na norma do n.º 2 do artigo 63.º da Lei Magna é evidente.

Com efeito, essa norma assegura ao trabalhador o direito fundamental a não ser despedido com base em motivos políticos ou ideológicos, permitindo-lhe exercer os seus direitos políticos, designadamente, o direito de constituir partidos e de neles participar, de ser candidato a qualquer eleição de âmbito nacional ou local sem ter que pedir autorização a quem quer que seja. Pois, o facto de o trabalhador depender do Estado ou de outras entidades públicas ou privadas não pode, sem mais, traduzir-se numa restrição de direitos de participação política.

Por outro lado, essa garantia é o reflexo do princípio da igualdade, na dimensão de proibição de tratamento discriminatório arbitrário, sendo, neste caso, o despedimento com base em motivos políticos ou ideológicos mais um exemplo de categorias suspeitas previstas no artigo 24.º da Constituição.

Portando, a sua fundamentalidade e subjetividade decorrem do facto de ser uma garantia essencial para que o trabalhador não seja discriminado com base em motivos políticos ou ideológicos, preserve o seu direito ao livre exercício de direitos políticos, neste último caso, carecendo da intervenção do Estado, ainda que mínima, no sentido de criar condições para a sua efetivação.

Trata-se de uma garantia que assiste a todos os trabalhadores que exercem uma atividade remunerada, por conta e sob a direção de outrem, sendo a sua característica essencial a subordinação jurídica.

O pessoal da Administração pública pode ser considerado trabalhador a quem se pode estender certas dimensões das garantias dos trabalhadores vinculados a um contrato de natureza privada, acrescidas das que lhe são especificamente aplicáveis por força do Regime Geral da Função Pública.

Por outro lado, e observado o disposto no n.º 5 do artigo 17.º da Constituição, a lei pode restringir o conteúdo e a extensão dos direitos, liberdades e garantias do pessoal da Administração Pública, dos demais agentes do Estado e de outras entidades públicas, incluindo restrição fundada em motivos ideológicos.

4.2. A norma do n.º 2 do artigo 241.º da Constituição garante ao pessoal da Administração Pública, em geral, e neste caso particular, ao recorrente um meio de proteção para a

preservação do seu direito a não ser discriminado em virtude das suas opções político-partidárias ou do exercício dos seus direitos estabelecidos na Constituição.

O recorrente era oficial de justiça e estava, não obstante ter um estatuto próprio, sujeito ao Estatuto Disciplinar dos Agentes da Administração Pública.

Como funcionário público é protegido diretamente pelo disposto no n.º 2 do artigo 63.º, mas também especificamente pela norma do n.º 2 do artigo 241.º da CRCV, que lhe confere a garantia de não ser beneficiado nem prejudicado em virtude das suas opções político-partidárias ou do exercício dos seus direitos estabelecidos na Constituição ou na lei.

Com efeito, essa norma assegura aos funcionários públicos o direito a não serem beneficiados nem prejudicados em virtude das suas opções político-partidárias ou do exercício dos seus direitos estabelecidos na Constituição ou na lei, o que lhes permite exercer os seus direitos políticos, designadamente o direito de constituírem partidos políticos e de neles participarem, de serem candidatos a qualquer eleição de âmbito nacional ou local sem terem que pedir autorização a quem quer que seja.

Através dessa garantia, o princípio da igualdade, na dimensão de proibição de tratamento discriminatório arbitrário, projeta os seus efeitos sobre a situação do pessoal da Administração Pública, dos demais agentes do Estado e de outras entidades públicas.

A proibição de não ser beneficiado nem prejudicado em virtude das suas opções político-partidárias constitui, como tinha sido mencionado, mais um exemplo de categorias suspeitas indicadas no artigo 24.º da Constituição.

Tratando-se de uma garantia inserida na Lei Fundamental, mas fora do catálogo, a sua fundamentalidade depende da análise da respetiva estrutura.

Tendo em conta os pressupostos que permitem considerar normas que conferem posições jurídicas como normas de direitos, liberdades e garantias fundamentais, a materialidade dessa garantia resulta do facto de ser essencial para o funcionário público poder exercer todos os seus direitos estabelecidos na Constituição, nomeadamente, os de ter opção político-partidária, o direito de constituir partidos e de neles participar, de ser candidato

a qualquer eleição de âmbito nacional ou local sem ter que pedir autorização a quem quer que seja.

Essa garantia constitui um meio fundamental de defesa do funcionário, não apenas como homem individual, mas enquanto homem inserido em relações laborais em que o Estado aparece como titular de poder de direção e disciplinar, para a defesa da sua dignidade perante as autoridades públicas, proibindo, fundamentalmente, por um lado, as ingerências dos poderes públicos na esfera jurídica individual através da imposição de uma determinada orientação político-partidária, e, por outro lado, permitindo ao seu titular exercer diretamente os seus direitos constitucionalmente reconhecidos.

Em síntese, a sua fundamentalidade e subjetividade decorrem do facto de ser uma garantia essencial para que o funcionário não seja discriminado em virtude de opções político-partidárias e preserve o seu direito ao livre exercício dos seus direitos estabelecidos na Constituição.

Portanto, a garantia que emerge da norma do n.º 2 do artigo 241.º da Constituição é uma garantia fundamental por ter uma estrutura análoga à dos direitos, garantias e liberdades clássicos, nomeadamente da norma do n.º 2 do artigo 63.º da Lei Fundamental, sendo-lhe aplicáveis os princípios enunciados no título I por força do artigo 26.º da Constituição da República.

4.3. Finalmente, imputa-se à decisão punitiva, confirmada pelo Acórdão recorrido, a violação do disposto no n.º 2 do artigo 243.º da CRCV, segundo o qual: *“A responsabilidade do agente é excluída, quando actue no cumprimento de ordens ou instruções emanadas de superior hierárquico e em matéria de serviço, cessando, no entanto, o dever de obediência sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de crime.”*

Na primeira parte da norma transcrita prevê-se uma cláusula de exclusão da responsabilidade disciplinar do agente quando atue no cumprimento de ordens ou instruções emanadas de superior hierárquico e em matéria de serviço.

Já no segundo segmento, quando se estatui que *“cessa o dever de obediência sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de crime”*, confere-se ao funcionário público uma posição jurídica que lhe permite recusar o cumprimento de uma

ordem cuja execução o possa colocar numa situação equiparada a de um criminoso. Pretende-se, assim, impedir que o funcionário, que se encontra numa relação hierárquica, de subordinação, seja instrumentalizado para a consecução de finalidades ou objetivos que não se mostrem compatíveis com os fins do Estado e vulnere a sua dignidade como homem inserido numa relação laboral hierárquica, designadamente, violando o seu direito à liberdade sobre o corpo, ao bom nome, à reputação e à imagem previstos no n.º 2 do artigo 41.º da Constituição.

O Acórdão n.º 8/2018, de 25 de abril, publicado no *Betim Oficial*, I Série, n.º 25, de 2 de maio de 2018, e no site: www.tribunalconstitucional.cv, fixou o entendimento desta Corte sobre o direito de resistência nos seguintes termos:

“Portanto, fica claro que a Constituição reconhece um direito de resistência de cada pessoa no sentido de recusar obediência a ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias, desde que esteja em situação em que se mostre inviável recorrer à autoridade pública a quem cabe garantir-lhe heteroproteção, se houver. Configura-se, assim, em norma legitimadora de comportamentos contrários ao conteúdo de determinação da autoridade pública que, sendo ilícita, lesa os seus direitos, os quais podem também ser exercidos coletivamente em jeito de desobediência civil sem que disso se possam extrair consequências sancionatórias, desde que o sejam de modo proporcional. Tal norma não se limita a explicitar um meio de proteção de direitos, liberdades e garantias, neste caso de autotutela de direitos, mas é, em si, também um direito, natureza que lhe é reconhecida pelo próprio legislador constituinte quando regista na disposição mencionada que “É reconhecido a todos os cidadãos o direito de não obedecer (...)”, com um registo que também indica-nos que não se trata de um direito qualquer, mas de verdadeiro direito, liberdade e garantia, pois só assim se justifica – muito lockianamente, diga-se – a linguagem do reconhecimento que remete para direitos, na sua essência, originários e intrínsecos à pessoa humana que o Estado se limita a explicitar e a conformar. [...] Sendo assim, a ele é aplicável o regime de direitos, liberdades e garantias previsto pela Constituição, nomeadamente quanto à possibilidade de ser formatado e de ser afetado nas operações típicas de harmonização com outros direitos e com interesses públicos relevantes. Isto além da sua afetação natural e primária, de carácter originário, promovida pelo legislador constituinte, quando a condiciona a situações em que não é

possível recorrer à autoridade pública para se concretizar a normal heteroproteção de direitos que o Estado tem a obrigação de garantir.

Mas, também significa que, enquanto tal, goza do regime especial de proteção que se reserva aos direitos, liberdades e garantias, do qual decorre a possibilidade de sua tutela por meio de recurso de amparo que se materializa nesta ocasião. Além de propiciar a aplicação dos princípios do artigo 18º da Lei Fundamental que fazem parte desse regime, nomeadamente, o da aplicabilidade imediata, no sentido de que se projeta sobre o ordenamento jurídico sem a necessidade de interposição do legislador, e, sobretudo, os da vinculação de entidades públicas e de privadas, ainda que com intensidade diferente e mais constringente em relação às primeiras, atendendo à natureza primacialmente verticalizada (indivíduo-Estado) da relação jusfundamental.”

Uma das características dos princípios enunciados no título I é que os seus efeitos se projetam sobre todo o Texto Constitucional.

Por isso, o disposto no n.º 2 do artigo 243.º da Constituição é uma densificação constitucional do direito de resistência do funcionário público que lhe permite recusar o cumprimento de ordens e instruções cuja execução implique a prática de crime. Sem essa densificação esclarecedora o funcionário público vinculado ao dever de obediência seria obrigado a cumprir ordens ou instruções que implicassem o cometimento de crime ou incorrer em responsabilidade disciplinar por desobediência.

5. Apesar de ter sido demonstrado que o direito de resistência e as garantias de não ser despedido com base em motivos políticos ou ideológicos, beneficiado ou prejudicado em virtude das suas opções político-partidárias são considerados direitos, liberdades e garantias cuja eventual violação pode ser reparada através do recurso de amparo, no caso em apreço, não há indícios de que a decisão punitiva se tenha baseado em motivos político-ideológicos ou em virtude de opções político-partidárias.

O que resulta bem claro dos autos é que a decisão punitiva foi tomada no termo de um processo disciplinar em que se entendeu que o recorrente violou alguns dos seus deveres funcionais.

Os autos não contêm indícios que permitam afirmar que o recorrente perfilhava uma ou outra ideologia ou pertencia a um qualquer partido político.

Não se pode, pois, considerar procedente a alegação de que tenha sido punido por motivos político-ideológicos e em virtude de ter manifestado qualquer opção político-partidária.

Conclui-se que não houve violação da garantia de não ser despedido com base em motivos políticos ou ideológicos, prejudicado em virtude das suas opções político-partidárias, nem tão-pouco de qualquer outro direito, liberdade ou garantia que pudesse justificar a invocação do direito de resistência.

6. Além das questões já tratadas, o recorrente trouxe ao conhecimento desta Corte protetora de direitos, liberdades e garantias o pedido de indemnização pelos danos resultantes da violação dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, atento o disposto alínea g) do artigo 245.º da Constituição.

Relativamente a esse pedido, o Tribunal mantém a decisão que proferiu através do Acórdão de aperfeiçoamento n.º 21/2017, de 5 de outubro de 2017, em que se formulara uma pretensão idêntica a esta.

Por via desse aresto, esta Corte Constitucional considerou *“que o ressarcimento dos danos resultantes de detenção ou prisão não é da competência do Tribunal Constitucional, pelo menos em primeira instância.”*

Não havendo razões que justifiquem mudança de posição sobre esta matéria, reitera-se o entendimento de que o Tribunal Constitucional não pode conhecer em primeira instância um pedido dessa natureza.

IV – Decisão

1. Pelo exposto, o Tribunal Constitucional decide:

a) Declarar que os direitos de audiência e de defesa do recorrente foram violados pela decisão punitiva e pelo Acórdão recorrido;

b) Conceder ao recorrente o amparo, declarando nulos o despacho n.º 3/2004, de 29 de janeiro de 2004, da então Ministra da Justiça e Administração Interna, e o Acórdão n.º 06/2015, de 20 de fevereiro, proferido pelo Egrégio Supremo Tribunal de Justiça;

c) Que não houve violação da garantia de não ser despedido com base em motivos políticos ou ideológicos, de não ser prejudicado em virtude das suas opções político-partidárias, nem tão-pouco de qualquer outro direito, liberdade ou garantia que pudesse justificar a invocação do direito de resistência;

d) Que não pode conhecer em primeira instância do pedido de indemnização formulado pelo recorrente;

2. O Tribunal decide, ainda, ordenar que o processo seja remetido a Sua Excelência o Senhor Procurador-Geral da República para a fiscalização sucessiva e concreta da constitucionalidade da norma do n.º 2 do artigo 72.º do Decreto-Legislativo n.º 8/97, de 8 de maio.

Registe, notifique e publique.

Praia, 3 de maio de 2018

João Pinto Semedo (Relator)

Aristides Raimundo Lima

José Pina Delgado

ESTÁ CONFORME

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, na Praia, aos 15 de maio de 2018.

P' O Secretário do TC,

Aderito Monteiro